

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL - PUCRS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

DAVID TARCISO QUEIROZ DE SOUZA

**A PERMEABILIDADE INQUISITÓRIA DO PROCESSO PENAL EM RELAÇÃO
AOS ATOS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR**

Porto Alegre

2016

David Tarciso Queiroz de Souza

A PERMEABILIDADE INQUISITÓRIA DO PROCESSO PENAL EM RELAÇÃO
AOS ATOS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do SUL – PUCRS.

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Aury Lopes Júnior

Porto Alegre

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S729 Souza, David Tarciso Queiroz de

A permeabilidade inquisitória do processo penal em relação aos atos de investigação preliminar / David Tarciso Queiroz de Souza – 2016.

147 fls.

Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul / Faculdade de Direito / Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2016.

Orientador: Prof. Dr. Aury Lopes Júnior

1. Direito processual penal - Brasil. 2. Inquérito policial. 3. Investigação criminal. I. Lopes Júnior, Aury. II. Título.

CDD 341.43

David Tarciso Queiroz de Souza

A PERMEABILIDADE INQUISITÓRIA DO PROCESSO PENAL EM RELAÇÃO
AOS ATOS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do SUL – PUCRS.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Aury Lopes Júnior – PUCRS

Professor Doutor Ricardo Jacobsen Gloeckner – PGCCRIM

Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa – UFSC

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus grandes amigos Angelo Moreno Cintra Fragelli e Vera M. Guilherme. Sem a ajuda de vocês a conclusão desse trabalho teria sido muito mais árdua ou, talvez, impossível para mim. Serei eternamente grato. Obrigado por me ajudarem de forma incondicional e parabéns por doarem tanto de vocês sem esperar nada em troca.

Agradeço, também, ao meu amigo Alan Pinheiro de Paula, grande incentivador dos propósitos positivos da vida.

RESUMO

O presente estudo versa sobre os reflexos que a introdução dos atos de investigação, notadamente os produzidos por meio do inquérito policial, pode ocasionar no processo e na sentença judicial.

O autor abordou a investigação preliminar, enfatizando suas características autoritárias e inquisitivas, bem como realizou uma análise da valoração dos atos de investigação no processo penal, buscando demonstrar o quanto é deletéria a contaminação do processo penal pelos atos de investigação para a imparcialidade do julgador e, conseqüentemente, para a aplicação hígida da lei.

Palavras-chave: Contaminação, investigação preliminar, inquérito policial, valor probatório.

ABSTRACT

This dissertation is on the reflexes brought to the penal process and the final judicial decision by the introduction of acts of investigation, through police inquiry.

The author chose to analyse preliminary investigation emphasizing its authoritarian and inquisitive aspects, remarking the values attributed to the acts of investigation throughout the penal process, aiming to show how deleterious it is to the impartiality of the judge and, consequently, to the healthy application of law the contamination of the process by the acts of investigation.

Key words: contamination, preliminary investigation, police inquiry, value of proof.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPITULO I – Investigação preliminar e Poder	13
1. Persecução penal e política de Estado.	14
2. Poder investigatório e direitos fundamentais. A tensão.....	19
3. Investigação preliminar: finalidade e fundamento.....	22
4. Objeto da investigação preliminar e a cognição sumária.....	28
5. Forma dos atos	32
5.1. Formalmente facultativa, mas realmente obrigatória.....	32
5.2. Escritura e oralidade.....	34
5.3. O problema da publicidade abusiva e o sigilo da investigação.....	39
CAPITULO II – Investigação preliminar e inquisição. Ambição de verdade e dependência da prova testemunhal	43
1. Inquisição e investigação preliminar: o peso da tradição inquisitória	43
2. A limitação do direito de defesa e do contraditório do inquérito.	50
3. Cultura inquisitória, ambição de verdade e investigação.....	61
4. A dependência da investigação em relação à prova testemunhal e a ingenuidade jurídica quanto à ‘memória’	66
5. Reconhecimento pessoal, memória e defraudação. Efeito foco na arma e falsos reconhecimentos.....	77
6. A prova técnica como instrumento de redução de danos, mas sem cair na tarifa probatória.....	84
CAPITULO III – O problema do valor probatório dos atos do inquérito policial	88
1. Afinal, qual o valor probatório dos atos do inquérito? Apresentando o problema.....	88
2. Distinção entre atos de investigação e atos de prova.....	91
3. Provas técnicas e provas irrepetíveis.	94
4. A contaminação dos atos do inquérito no processo penal à luz do valor probatório.....	97
5. Livre convencimento e decisionismo.	102
6. A luta contra a sedução da ‘evidência’ e o ponto cego do direito.	107
7. A teoria da dissonância cognitiva e o contributo para a demonstração da contaminação.....	111
8. A investigação preliminar no Projeto do Código de Processo Penal.....	120
9. A necessidade de exclusão física dos atos do inquérito policial.....	127
CONCLUSÃO.....	132
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	139

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo aferir a permeabilidade inquisitória do processo penal em relação aos atos de investigação preliminar, ou seja, buscou-se pesquisar se os elementos de informação colhidos no curso do inquérito policial tem caráter contaminante no processo e na sentença judicial.

O inquérito policial é difundido por parte da doutrina e dos atores jurídicos como *mero* elemento de informação, destinado à apuração de uma infração penal e sua autoria. Com efeito, por esse ponto de vista, entende-se, com certo menoscabo, que os atos de investigação não tem qualquer importância para o deslinde do processo e relevância para convicção do magistrado, cuja formação seria erigida, primordialmente, pelas provas produzidas em contraditório judicial. Entretanto, uma análise mais aprofundada da persecução penal, notadamente de ordem prática, demonstra que os atos de investigação possuem forte influência no curso do processo, não podendo ser considerados *meros* atos. No ponto, não se pode descurar da determinação legal de introdução dos atos de investigação, na sua plenitude, no processo, prevista no art. 12 do Código de Processo Penal, bem como da permissão legal para que o magistrado utilize-se desses atos na fundamentação de sua sentença, quando somados as provas produzidas no curso do processo, conforme art. 155 do Código de Processo Penal. Essas regras, por si sós, já são capazes de indicar que os atos de investigação podem possuir destaque no processo, sendo, portanto, suficientes para despertarem inquietação quanto à afirmação de que os atos de investigação correspondem a meros atos, sem importância para o andamento do processo.

Nesse passo, com o auxílio da teoria da dissonância cognitiva e será avaliado no decorrer do estudo se os atos de investigação efetivamente representam meros atos de informação, limitados a um juízo de probabilidade e função endoprocedimental, ou se tais atos possuem caráter decisivo para o deslinde do processo penal, extrapolando sua função.

A análise em questão ganha especial destaque diante da discrepância ideológica e principiológica entre as duas fases da persecução penal. A primeira, de investigação, estagnada nos valores instituídos na concepção do Código de Processo Penal de 1941, mantém-se eminentemente autoritária, inquisitiva, extirpando, por consequência, a possibilidade de real participação do investigado (futuro réu) na fase pré-processual,

bem como fomentando a ideia de que a fase policial deve ser repressiva, não havendo espaço para a preservação de direitos fundamentais. A segunda, processual, mais receptiva as mudanças instituídas pela Constituição Federal de 1988, após reformas processuais, apresentasse, formalmente, como acusatória e democrática. Pois bem, diante do descompasso ideológico, e até mesmo legal, entre as duas fases da persecução penal a inserção dos atos de investigação no processo pode resultar em prejuízos consideráveis para o acusado e para a própria aplicação da lei penal, pois os atos praticados à luz de regras e práticas autoritárias podem estar sendo decisivos para a instrução processual, que deveria ser acusatório e democrático. Ademais, com estribo na chamada teoria da dissonância cognitiva, mostrou-se evidente que o conhecimento pleno dos atos de investigação pelo juiz no momento do recebimento da denúncia pode comprometer sua imparcialidade. Isso porque, segundo a aludida teoria, as pessoas tendem a buscar coerência entre suas fontes de cognição e suas ações e forma de pensar. Como o recebimento da denúncia corresponde a juízo prévio de cognição de culpa do réu, poderá haver dissonância cognitiva decorrente da incoerência entre a decisão de recebimento da denúncia e as provas favoráveis à defesa, contrárias, portanto, a cognição inicial do juiz. Tendo em vista o desconforto psicológico gerado pela aludida dissonância cognitiva, segundo a teoria aludida, a tendência do magistrado será utilizar-se de métodos para reforças e manter a cognição inicial, o que certamente comprometerá a sua imparcialidade e a aplicação correta da lei penal.

A saída para que se propôs para a redução das distorções ocasionadas pela permeabilidade inquisitiva dos atos de investigação no processo foi a extração dos atos repetíveis, produzidos na investigação, após o recebimento da denúncia. Sem a leitura dos atos de investigação preliminar pelo juiz que irá proferir a decisão final no processo, bem como sem a introdução desses atos no processo, imagina-se que estaria consideravelmente mitigada a possibilidade de contaminação psicológica do juiz, bem como que a instrução processual poderia passar a efetivamente ser o local onde as provas são produzidas e o convencimento do juiz é formado.

O estudo em apreço será estruturado, em síntese, da seguinte maneira: no primeiro capítulo será analisada a investigação preliminar de maneira genérica, com ênfase na tentativa de desvelar sua estrutura formal, bem como seu papel na persecução penal. Nesse passo, inicialmente será explorada a íntima relação existente entre a persecução penal e a política de Estado, ou seja, a persecução penal espelha o quanto

democrático ou autoritário é um Estado. Na sequência será cotejada a tensão entre os direitos fundamentais e o poder investigatório. Como pode ser auferido o delicado equilíbrio entre liberdade individual e repressão criminal, tendo em vista os reclamos sociais por punições cada vez mais severas? O capítulo segue sendo apresentadas as finalidades da investigação preliminar, seu objeto e forma de cognição, sua teórica dispensabilidade para o início do processo, a exigência de forma escrita dos atos, a necessidade de sigilo externo da investigação e os problemas resultantes do abuso da publicidade de seus atos.

No segundo capítulo serão abordados alguns pontos nevrálgicos da investigação preliminar, como a cultura inquisitiva que a permeia, a limitação do direito de defesa e do contraditório, a ambição da descoberta da verdade como função da investigação e a dependência da prova testemunhal e do reconhecimento pessoal. A fim de apontar os prejuízos provenientes da estruturação das investigações nas provas testemunhais, foi realizado estudo acerca da falibilidade do testemunho e do reconhecimento pessoal. Para tanto, foram abordados os pontos nevrálgicos do processo que envolve o ato de testemunhar, com suas possíveis interferências, inclusive as chamadas falsas memórias. Quanto ao reconhecimento pessoal, especificamente, foi exposto o grave hábito de dispensa da forma prevista em lei para a confecção do ato e seus consequentes prejuízos no aumento dos chamados falsos positivos. Tais pontos se afiguram, claramente, hostis ao acusado e prejudiciais, inclusive, a aplicação hígida da lei processual penal, pois, por guardarem características autoritárias, apresentam-se antagônicos a ideologia democrática. Destarte, ao serem introduzidos no processo, diante de suas podem desvirtuar o sistema acusatório e o caráter democrática da fase processual, maculando a reconstrução recognitiva do fato.

No terceiro e último capítulo será enfrentada a questão da permeabilidade do processo pelos atos de investigação produzidos no inquérito policial. Nesse capítulo buscar-se-á aferir como os atos de investigação podem influenciar e distorcer a decisão judicial e o processo como um todo. Para tanto será dada ênfase a análise, e transposição para o processo penal, a teórica da dissonância cognitiva, proveniente da psicologia social. Inicialmente foi avaliado o verdadeiro valor probatório dos atos do inquérito policial. Distinguiu-se, na sequência, atos de prova de atos de investigação e prova técnica de prova irrepitível. Avaliou-se, então, a existência de contaminação do processo pelos atos de investigação à luz do seu valor probatório, bem como significado

do livre convencimento do julgador e os limites que impedem o chamado decisionismo. Outro ponto abordado no capítulo, cujo objetivo foi discutir as ferramentas que buscam limitar o decisionismo do julgador foram as denominadas evidência e o ponto cego do direito. O poder aluciante da evidência cria excesso de confiança em elementos de convicção que não passaram pelo crivo do contraditório criando zonas que escapam a cognição do julgador e que, portanto, constituem pontos cegos. Por derradeiro, buscando fortalecer a tese de permeabilidade dos atos de investigação no processo, bem como os prejuízos dela decorrentes, foi explorada a teoria da dissonância cognitiva e a necessidade de exclusão física dos atos de inquérito policial após o recebimento da denúncia.

CAPITULO I – INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E PODER

A investigação preliminar constitui uma expressão de poder. Desenvolvida por órgãos oficiais (Polícia Civil, Polícia Federal, Ministério Público, entre outros), a investigação preliminar, por vezes, requer a invasão da vida íntima e privacidade dos envolvidos, bem como possibilita restrição de bens e da própria liberdade do investigado. E nem poderia ser diferente. Considerando que o processo constitui um mal em si, malgrado a sua necessidade, afigura-se imprescindível que seu início exija o preenchimento de certos requisitos. Com efeito, somente órgãos oficiais, utilizando-se de instrumentos regulamentados pela lei, podem exercer o poder de reunir elementos que possibilitem ou não o início do processo.

O estudo do poder exercido no curso da investigação preliminar se faz necessário para que sejam estabelecidos os limites desse poder e contemporizada a inerente tensão entre a preservação de garantias e direitos individuais e descoberta de indícios de autoria.

A vida em sociedade somente se afigura viável quando cingida por normas, cogentes, tanto para os indivíduos como para o Estado. Como assevera Thomas Hobbes “se não for instituído um poder suficientemente grande para a nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas na sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros.”¹ De acordo com o pensamento contratualista da formação do Estado, os indivíduos transferiram ao Estado parte de seus direitos individuais, obtendo em contrapartida, por meio de leis, proteção contra a imposição da vontade dos mais fortes sobre os mais fracos. O poder atribuído pelos órgãos responsáveis pela investigação preliminar e os exercidos em seu curso, no caso de reserva de jurisdição, são justificados pela obrigação do Estado de busca da paz social. Entretanto, mesmo que com o desiderato de bem estar social, o poder exercido pelo Estado no curso da investigação preliminar não pode ser desmedido. O sofrimento legítimo imposto pelo Estado em decorrência da necessidade de investigação possui limites nas normas.

Em que pese às limitações legais, a aplicação das leis depende, em parte, e mesmo que perfunctoriamente, da interpretação atribuída pelos responsáveis pela investigação preliminar e demais atores envolvidos. As delegacias de polícia civil, em

¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: Ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Brasília: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1999, p. 143.

muitas cidades, são o primeiro, senão o único, órgão que apresenta a figura do Estado e que encontra-se acessível a população. Como primeiro braço do Estado capaz de oferecer resposta a um conflito, natural que seus agentes interpretem a lei e com isso exerçam uma das formas de poder. Nesse passo, a inegável tradição autoritária que condiciona a atuação desses intérpretes, somada a histeria do desejo punitivo, dificultam a concepção dos limites da investigação preliminar. “Há uma inegável tendência ao arbítrio de todos aqueles que exercem o poder (e interpretar é não só uma função criativa, como também uma manifestação de poder)”².

O estudo da investigação preliminar, desenvolvido no presente capítulo, busca traçar um panorama do significado da investigação preliminar, suas características basilares, seu conteúdo, entre outros traços relevantes, a fim de que com isso seja possível delimitar o exercício do poder exercido em seu curso, sem que com isso se torne estérea sua existência.

1. PERSECUÇÃO PENAL E POLÍTICA DE ESTADO

Entende-se por persecução penal a “atividade estatal direcionada a dar efetividade ao poder-dever de punir que se concretiza com o cometimento do crime”³. Trata-se de um juízo progressivo de formação de culpa que se afigura imprescindível para que a pena abstratamente prevista no preceito secundário do tipo penal seja aplicada a um caso concreto. Referido juízo progressivo nasce com um juízo de possibilidade (início das investigações), passa por um juízo de probabilidade (final das investigações pré-processuais e início do processo) e termina com o juízo de convencimento do julgador sobre o fato histórico investigado (sentença).

A persecução penal possui duas fases distintas no Brasil, quais sejam: a fase preliminar, de investigação ou pré-processual, e a fase processual. As duas fases aludidas tem “por finalidade última o cumprimento do dever jurídico do Estado-administração de contribuir à realização da justiça penal”⁴.

² CASARA, Rubens R. R; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 54.

³ CASARA, Rubens R. R; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 290.

⁴ CASARA, Rubens R. R; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 292.

Há uma relação intrínseca entre a persecução penal e a política de Estado, ou seja, a persecução penal, parte integrante do sistema criminal, sofre os reflexos da opção de como o poder penal (política criminal) será tratado pelo Estado. A forma como a persecução penal se desenvolve, notadamente no que se refere à preservação de garantias e limite de poder do Estado, espelha a política de Estado adotada, pois as orientações políticas influem na concepção estrutural do processo⁵ e da fase preliminar. “O Estado, pela sua óptica, cria uma regulamentação processual penal a partir dos valores políticos dominantes”⁶. Como preleciona James Goldschmit, a estrutura do processo penal é o termômetro do quanto autoritária ou democrática é a Constituição de um país⁷. O processo penal reflete diretamente a forma como o governo soberano dialoga com os indivíduos: um processo penal autoritário, repressivo, é sinônimo de um Estado autoritário; um processo penal garantista, regrado por direitos e garantias individuais, espelha um Estado liberal.

Rui Cunha Martins explica que a ideia de um processo correspondente ao que o Estado de direito é, ou seja, de processo como microcosmo do Estado de direito, traduz-se em termos de circularidade sistêmica: “estando o sistema processual inserido no sistema judiciário e este no sistema constitucional, o primeiro expressa, desejavelmente, os princípios adotados neste último”. Tal entendimento sistêmico, segundo o autor, possui como princípio unificador que conecta a circularidade a Constituição.⁸

Seguindo o caminho trilhado com o iluminismo e sedimentado com a Revolução Francesa de 1789 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Constituição Federal brasileira de 1988 rompeu o paradigma de direito autoritário e inaugurou um modelo jurídico comprometido com os direitos fundamentais, denominado Estado Democrático-Constitucional⁹. O legislador originário de 1988, atendendo aos anseios da população e a ruptura política com o regime autoritário anterior, fundou a Lei Maior em bases democráticas, instituindo, já no art. 1º da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito. Uadi Lammêgo Bulos explica que ao utilizar a terminologia Estado Democrático de Direito a Constituição

⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 59.

⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 8.

⁷ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. p. 72.

⁸ CUNHA MARTINS, Rui. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3.

⁹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (Constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 10.

“reconheceu a República Federativa do Brasil como uma ordenação estatal justa, mantenedora dos direitos individuais e metaindividuais”¹⁰.

Mostrando-se coerente com sua ideologia, o texto constitucional prevê em seu bojo, notadamente em seu art. 5º, uma série de garantias individuais contra o aparelho repressivo estatal, claramente adotando uma matriz acusatória para o processo penal e referendando o direito de liberdade¹¹.

Nesse contexto, apresenta-se como dever do Estado preservar os direitos individuais e zelar pela proteção dos indivíduos contra os abusos de poder do Estado. Por ter sido erigida a partir de valores liberais, certamente predominou, na atual Constituição, o pensamento de proteção ao acusado e não ideias de segurança social e de eficiência repressiva¹². Como explica Rubens R. R. Casara os diversos discursos sobre o processo penal podem ser divididos em dois grandes grupos:

“a) os discursos repressivos (epistemologia inquisitiva; modelo autoritário): identificam o processo penal como mero instrumento de imposição de penas ou de tratamento dos criminoso/inimigos; e b) os discursos democráticos (epistemologia garantista; modelo cognitivo e regulado pela legalidade estrita): vislumbram a necessidade do processo penal como forma de limitar o poder estatal e racionalizar a aplicação da lei penal.”¹³

Certamente o discurso democrático é o que alicerça os ideais prescritos na Constituição Federal vigente.

Em que pese ao conceito de democracia ser multifacetário, o núcleo imantador do Estado Democrático de Direito apresenta-se na forma de fortalecimento do indivíduo em todo feixe de relações que ele mantém com o Estado. “Fortalecer o sujeito dentro e fora do processo é uma marca indelével do modelo democrático, que não pactua com a ‘coisificação do ser.’”¹⁴

O pensamento político refletido na Constituição Federal de 1988, inexoravelmente, deve permear toda a persecução penal. “O direito processual penal é o sismógrafo da Constituição do Estado”¹⁵. E com a fase prévia ao processo não pode ser

¹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 79.

¹¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 97.

¹² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

¹³ CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 44.

¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 120.

¹⁵ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Traduzido por Daniel Pastor e Gabriela Córdoba. Buenos Aires: Del Puerto, 2000. p. 10.

diferente. Não só o processo penal, mas toda a persecução penal deve convergir para o atual modelo de Estado Democrático de Direito, sendo igualmente constitucional e democrática¹⁶, com ênfase à proteção dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, à limitação do poder do Estado. Inexoravelmente, a instrução preliminar “não pode se afastar do instrumento-maior ao qual presta serviço”¹⁷.

Com efeito, a atividade policial realizada na fase preliminar ao processo não pode se afastar do desiderato democrático instituído pela Constituição Federal vigente. Nessa perspectiva, o viés repressivo, antigarantista, ligado ao ideal de eficiência punitiva, deve ser rechaçado, por afigurar-se ao arrepio do paradigma constitucional. A essência “legitimadora e limitadora da atividade de polícia é de natureza constitucional com a consagração de um duplo dever ser – defender e garantir – e de uma tríplice dinâmica material – legalidade democrática, segurança e direitos de todos os cidadãos”¹⁸.

Entretanto, em que pese à ênfase à tutela de direitos fundamentais previstas na Constituição Federal, a investigação preliminar, notadamente a instrumentalizada por meio do inquérito policial, ainda detém traços autoritários, inquisitivos e antagônicos aos vetores constitucionais, como se verá no decorrer do estudo.

O paradoxo firmado entre as regras legais que disciplinam as investigações pré-processuais e as normas constitucionais pode encontrar explicação no fato de que as atuais regras que disciplinam a persecução penal no Brasil serem compostas pelo conjunto de elementos que foram incorporados em momentos históricos diferentes¹⁹, cuja política de Estado, muitas vezes, por ser autoritária, imprimia na persecução penal traços também autoritários, inquisitivos, utilitaristas, e, portanto, antagônicos à Constituição Federal vigente. “A história do processo penal é marcada por movimentos pendulares, ora prevalecendo ideias de segurança social, de eficiência repressiva, ora predominando pensamentos de proteção ao acusado”²⁰. Insta enfatizar que não foi criado um novo Código de Processo Penal após a promulgação da Constituição Federal

¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32.

¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 44.

¹⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Ciências policiais: ensaio**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. p. 44.

¹⁹ CUNHA MARTINS, Rui. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4.

²⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

de 1988. Os elementos que compõe, atualmente, a persecução penal no Brasil, são resultado da sucessão de momentos históricos que antecederam a Constituição Federal vigente e que tinham como característica o autoritarismo. No ponto, vale lembrar que no ano da promulgação do Código de Processo Penal, 1941, o Brasil enfrentava o chamado “Estado Novo”, regime autoritário que perdurou de 1937 a 1945, cuja base jurídica foi a Carta ditatorial de 1937. Assim, como não poderia ser diferente, o referido Código recebeu forte influência autoritária, buscando, inclusive, inspiração no chamado *Codice Rocco* italiano, concebido durante o regime fascista enfrentado pela Itália do decorrer de 1930. Não se pode olvidar, ainda, que o Brasil foi governado por militares entre os anos de 1964 a 1985. Com isso, fácil perceber que praticamente um terço da história brasileira do século XX foi ocupada por regimes autoritários. Por consequência, afigura-se inevitável que as regras que disciplinam a persecução penal, por ser resultado do cômputo de vários momentos políticos distintos, nem sempre sejam harmônicas.

Como assevera Rui Cunha Martins, “o Estado de direito é um mecanismo de forte ductilidade”, isto é, suporta altos graus de deformações ante de se romper²¹. A permanência de práticas autoritárias, aparentemente extintas e superadas, falando aqui especificamente das existentes na fase preliminar ao processo, não pode ser encarado como algo insólito ou aberrante no atual Estado de direito brasileiro. Ao contrario, deve ser descortinada e fortemente debatida, a fim que com isso possa haver a necessária adaptação ao texto constitucional.

O Estado de direito detém uma excessiva permeabilidade “ao que não tem um código genético compatível com o seu”²². Rui Cunha Martins explica que todo Estado de direito está sujeito a contaminações de toda ordem e suscetível a contradições internas, a ponto de servir de invólucro para aquilo que ele próprio nega²³.

Dessa forma, resta estampado a umbilical relação entre a persecução penal e a política de Estado adotada, bem como, com o decorrer do estudo, se mostrará evidente a atual contradição entre os ideais democráticos instituídos na Constituição Federal e as vetustas regras que disciplinam a investigação preliminar, previstas no Código de Processo Penal. A persecução penal não é apenas um instrumento de composição ou de

²¹ CUNHA MARTINS, Rui. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013. p. 9.

²² CUNHA MARTINS, Rui. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013. p. 9.

²³ CUNHA MARTINS, Rui. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4.

retribuição, mas, sobretudo, um instrumento político de participação. A harmonia entre as regras aplicadas à persecução penal e a política de Estado depende da coordenação entre direito, processo e democracia, o que ocorre pelo desejável caminho da Constituição²⁴.

2. PODER INVESTIGATÓRIO E DIREITOS FUNDAMENTAIS. A TENSÃO.

A tensão entre o interesse de uma administração funcional e eficaz da justiça, em que há o pleno esclarecimento dos delitos, e o total respeito e observância aos direitos fundamentais do investigado, leva a complexas decisões de ponderação que poucas vezes satisfazem ambos os lados: a persecução penal e a defesa²⁵.

O delicado equilíbrio entre liberdade individual e repressão criminal vem colocando em cheque, na prática forense, os vetores democráticos e até mesmo a preservação de direitos e garantias individuais no processo. É cada vez mais comum a relativização de garantias e direitos individuais em nome de um chamado *bem coletivo* ou *interesse público*, em uma total ignorância acerca do caráter de direito fundamental dessas garantias e, portanto sua supremacia a qualquer ideia de interesse público. Não é demais lembrar, como observa Maria Lúcia Karam, que a sociedade não é ameaçada somente pela prática de crimes. A sociedade é muito mais ameaçada quando o poder punitivo é exercido a qualquer custo, arbitrariamente²⁶.

Ingo Wolfgang Sarlet preleciona que “o termo direito fundamental se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”²⁷

José Joaquim Gomes Canotilho, diferenciando direitos do homem de direitos fundamentais explica que

“as expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem

²⁴ PRADO, Geraldo. **Limites às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 50.

²⁵ AMBOS, Kai. *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización*. Revista Eletrônica Política Criminal, N° 7, A1-7, p. 1-51. Santiago. 2009. Disponível em http://www.politicacriminal.cl/n_07/a_1_7.pdf. Acesso em: 20.10.2015.

²⁶ KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 59

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 35.

são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”²⁸

Direitos fundamentais, portanto, correspondem aos direitos do homem positivados.

Na instrução preliminar, diferentemente do processo, não há o exercício de uma pretensão acusatória, mas sim o exercício de uma *potestas* estatal, ou seja, uma manifestação do “poder de perseguir condutas que atacam ou expõem a risco bens jurídicos tutelados”²⁹. E onde há exercício de poder há resistência, há tensão. O exercício do poder investigatório resulta em inevitável tensão com os direitos fundamentais do investigado, pois grande parte dos atos de investigação acaba por tangenciar, ou até mesmo permear, liberdades individuais. Para se interceptar a comunicação telefônica de um investigado, por exemplo, faz necessária a quebra de um direito fundamental, qual seja, o sigilo telefônico (art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal). Da mesma forma, o direito à inviolabilidade do domicílio, direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal. O exercício do poder investigatório enseja um inevitável conflito com os direitos fundamentais, mesmo que exercido de forma lícita.

Rubens Casara assevera que o processo penal nunca será um fenômeno ou mesmo um exercício intelectual inocente³⁰. Da mesma forma, o poder investigatório exercido na fase preliminar entrará em recorrente choque com os direitos fundamentais dos investigados.

A tensão em apreço é de certa forma compreensível, pois em uma democracia a desconfiança da legalidade do exercício do poder é saudável. O problema surge quando há excesso de poder, seja por desvios ou questões culturais do órgão com atribuição para a realização da investigação, seja pelo descompasso entre o Código de Processo Penal, principal base legal que regulamenta a investigação preliminar, e a Constituição.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 259.

²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 171.

³⁰ CASARA, Rubens R.R. **Processo penal, poder e contrapoder**. Justificando. São Paulo, dez. 2014. Disponível em: <http://justificando.com/2014/12/13/processo-penal-poder-e-contrapoder/>. Acesso em 15.12.2014.

Quanto aos excessos de poder na fase investigativa, é sabido que as conquistas no âmbito dos direitos fundamentais muitas vezes são encaradas pelos atores responsáveis pelas investigações preliminares, notadamente no âmbito policial, como obstáculos para o esclarecimento do crime. Normas que tutelam direitos fundamentais são vistas como sinônimo de impunidade. Há uma órbita repressiva que envolve a apuração de um fato aparentemente criminoso.

A sensação de insegurança e medo, típicas da sociedade de risco³¹ hodierna, contamina grande parte da população de todo país e tem reflexos diretos na persecução penal. Surgem assim, iniciativas populares objetivando o incremento da intervenção penal, movimento doutrinariamente conhecido como populismo punitivo,³² e outras tantas reivindicações bélicas que, ao clamarem por justiça, no fundo reivindicam vingança e aplicação sumária de castigo.

Entre os graves problemas resultantes dessa alienada e reducionista visão de justiça criminal, encontra-se a tensão entre a preservação de direitos fundamentais do investigado e a proteção da vítima³³. É comum que seja depositado no agente do Estado que está mais próximo do fato criminoso, o policial, a expectativa de prender, julgar e, sumariamente, aplicar um castigo ao suposto autor do delito. Muitas vezes o responsável pela investigação se sente responsável não somente por apurar a autoria da infração, mas sim por “fazer justiça”, esquecendo-se com isso do seu verdadeiro papel na persecução penal.

Certamente, a função da persecução penal não é a de atender expectativas de vingança³⁴, sob pena da inerente tensão entre poder investigatório e direitos fundamentais ser agravada e deixar a margem do aceitável.

³¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco, rumo a uma outra modernidade**. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2011.

³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Tiempos de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2009. p. 19.

³³ AMBOS, Kai. *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización*. Revista Eletrônica Política Criminal, Nº 7, A1-7, p. 1-51. Santiago. 2009. http://www.politicacriminal.cl/n_07/a_1_7.pdf. Acesso em 04/04/2015

³⁴ “O processo, o devido processo, é um grande defraudador de expectativas. É uma funcionalidade inestimável. Será também a sua maior qualidade. Num mundo em que as expectativas se soltaram (em boa hora) das amarras a que as prendiam quer a esperança, quer a promessa, mas em que a recuperação dessa possibilidade de preencher as expectativas logo foi tomada por assalto por um capitalismo que fez desse preenchimento questão de consumo e por uma comunicação social comprovadamente especializada no ramo e que de pronto fez desse preenchimento questão de excitação, sangue e verdade, a percepção de um mecanismo precisamente vocacionado para se posicionar num local tão fora quanto possível daquela acoplagem capitalismo-comunicacional e do populismo adveniente só pode ser motivo de estima.” (CUNHA MARTINS, Rui. **A hora dos cadáveres adiados**. Corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013. p. 104-105).

Diante da inerente tensão de interesses, os limites legais devem ser rigorosamente respeitados na fase investigativa, como forma de contemporizar as forças em jogo.

Entretanto, o poder investigatório - que como qualquer outro não é um objeto natural, uma coisa, mas sim uma prática social e, como tal, constituída historicamente enquanto prática social³⁵ - tem na sua base legal uma estrutura autoritária, tendo em vista suas origens, que fomenta uma maior permeabilidade na esfera individual do investigado do que a admitida pela Constituição Federal de 1988.

Nesse passo, além da natural tensão entre o poder investigatório e os direitos fundamentais do investigado, há evidente conflito ideológico entre a Constituição Federal e as regras que disciplinam a investigação preliminar, previstas no vetusto Código de Processo Penal, o que agrava ainda mais a tensão aludida.

Dessa forma, é premente a necessidade de adequação do procedimento preliminar ao processo, e conseqüente limites de poder investigatório, aos princípios básicos pertencentes à forma de um Estado Democrático de Direito, precipuamente no que tange aos direitos fundamentais do investigado.

3. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: FINALIDADE E FUNDAMENTO

Carlos Viada Lopez e Pedro Aragonese Alonso prelecionam que “*en el proceso penal existe una actividad, preliminar a la acusación, formalizada jurídicamente, con el fin de poder conocer los datos de hecho necesarios para que la parte acusadora pueda solicitar la apertura del proceso propiamente dicho*”³⁶.

Manuel Guedes Valente explica que a primeira fase da persecução penal, consiste em um “processo de procura de indícios e de vestígios que indiquem, expliquem e façam compreender quem, como, quando, onde e porquê foi cometido o crime X”³⁷.

Na definição de Aury Lopes Junior, investigação preliminar é o

“conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado; a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de

³⁵ MACHADO, Roberto. **Por uma Genealogia do Poder**. In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. X.

³⁶ LOPEZ, Carlos Viada; ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Curso de derecho procesal penal**. Madrid: Castellana, 1974. p. 236.

³⁷ VALENTE, Manuel Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial**. Coimbra: Almeida, 2012. p. 373.

natureza preparatória em relação ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não processo)”³⁸

Como se percebe, a investigação preliminar ou instrução preliminar³⁹, consiste no conjunto de elementos realizados por um órgão do Estado, que tem início logo após a ocorrência de um fato aparentemente criminoso e fim com o início do processo. Trata-se de procedimento de natureza administrativa, pré-processual e com função preparatória do processo ou do não processo. Seus atos revestem-se da forma escrita e sigilosa, havendo limitação do contraditório e do direito de defesa⁴⁰.

Quanto ao órgão encarregado, à investigação preliminar pode estar a cargo de um membro do Poder Judiciário, seja juiz ou promotor de justiça⁴¹, o que lhe confere natureza de procedimento judicial pré-processual, ou a cargo de um órgão ligado ao Poder Executivo, como a Polícia ou Ministério Público, quando, então, sua natureza será administrativa⁴².

A investigação preliminar apresenta as seguintes finalidades:

- a) Colheita de indícios de autoria e prova da materialidade (descoberta do fato oculto);
- b) Função de filtro;
- c) Função simbólica;
- d) Finalidade acautelatória

A mais perceptível e latente finalidade da investigação preliminar é, sem dúvida, a de indicar o provável autor da infração penal e provar a existência do delito, ou seja, a “busca do fato oculto”⁴³.

³⁸ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.92

³⁹ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 90.

⁴⁰ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 96.

⁴¹ Vale lembrar que em alguns países, como Itália e Portugal, os promotores de justiça são membros do Poder Judiciário e não Poder Executivo, como no Brasil.

⁴² Para Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner, a investigação preliminar, mesmo que dirigida por uma autoridade com poder jurisdicional, juiz instrutor, não pode ser considerada processo em sentido próprio, pois encontrar-se desprovida de pretensão, partes potencialmente contrapostas, controle de um órgão supraordenado a elas, garantia do contraditório e ampla defesa, existência de uma sentença e produção de coisa julgada e possibilidade de recurso (LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 96.).

⁴³ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 103.

A infração penal tem, como regra, um caráter oculto. O autor de uma infração penal, buscando não frustrar os fins do crime e evitar a pena como efeito jurídico⁴⁴, pratica-a, de forma geral, dissimuladamente, ocultando sua identidade e, quando possível, até mesmo o próprio fato delituoso.

Como aponta Pedro Aragonese Alonso “*en muchos supuestos existe dificultad para el conocimiento de los hechos en los que ha de ampararse la acusación por la propia índole secreta de la actividad delictiva*”⁴⁵.

Nesse passo, a instrução preliminar tem o escopo de, em um juízo perfunctório de cognição, desvelar o fato criminoso, reunindo provas de sua existência (prova da materialidade), e identificando seu provável autor. Somente após comprovar que o crime ocorreu e descoberto o provável autor do delito, é que se mostra possível a dedução da pretensão acusatória⁴⁶. A “fase preliminar, à qual se dá o nome de instrução em sentido estrito, serve precisamente para um exame superficial da suspeita da qual nasce o processo, a fim de ver se é fundada ou não”⁴⁷.

Na legislação pátria, referindo-se especificamente ao inquérito policial, o art. 4º do Código de Processo Penal estatui que a Polícia Judiciária tem “por fim a apuração de infrações penais e da sua autoria”⁴⁸. Em texto semelhante, também relativo ao inquérito policial, a Lei 12.830/13, art. 2º, §1º, preleciona que as investigações realizadas pela Polícia Judiciária têm como objetivo “a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais”⁴⁹.

Não se pode perder de vista, contudo, que apurar a autoria da infração, na plenitude, imputando culpa a alguém, é incumbência afeta ao processo penal e não a investigação preliminar. A investigação preliminar objetiva uma tutela mediata, cujo

⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 103.

⁴⁵ ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Instituciones de derecho procesal penal**. Tomo I. Madrid: Gráfica Encinas, 1979. p. 250.

⁴⁶ BRASIL, Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Art. 41. “A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”

⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Leme: EDIJUR, 2014. p. 86.

⁴⁸ BRASIL, Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Art. 4º. “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.”

“Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”

⁴⁹ BRASIL, Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Art. 2º, § 1º “Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais”.

objetivo não é fazer justiça, mas garantir o eficaz funcionamento da justiça⁵⁰. Na lição de Franco Cordero, conforme as ideias do sistema acusatório, as provas são constituídas pelas partes, em juízo. Assim, a atividade do investigador serve para eleger os pontos que serão trabalhados ou não no curso do processo⁵¹, servindo como “instrumento para formar ou mesmo introduzir elementos necessários para o exercício da pretensão”⁵².

Ao lado da busca por indícios de autoria e prova da materialidade, incumbe à investigação preliminar, também, evitar que um inocente seja processado injustamente⁵³. Além de viabilizar o processo, a investigação preliminar tem a função de impedir o exercício de ações penais aventureiras, preservando, com isso, “a inocência contra acusações infundadas e o organismo judiciário contra o custo e a inutilidade em que estas redundariam”⁵⁴. Trata-se da chamada *função de filtro*⁵⁵.

Nereu José Giacomolli explica que a fase preliminar possui duas funções essenciais e contrapostas, quais sejam: de um lado a de fornecer elementos fáticos, mormente de autoria, materialidade e espécie delituosa para que seja deduzida uma pretensão acusatória; de outro, a função de filtro às acusações infundadas, temerárias e destituídas de qualquer elemento razoável de autoria⁵⁶.

E não poderia ser diferente. “O processo penal em si já é uma pena. É inegável que o processo penal significa um etiquetamento com clara estigmatização social e por isso o juízo de pré-admissibilidade da acusação é tão importante”⁵⁷. Nas palavras de Carlos Viada Lopez e Pedro Aragonese Alonso “*el proceso penal ya comporta por su propia existencia una cierta sanción para el encausado, por lo que el ejercicio de la*

⁵⁰ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.100.

⁵¹ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo II. Santa Fé de Bogota, Colombia: Temis, 2000. p. 193.

⁵² LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 38.

⁵³ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 326.

⁵⁴ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 167-168.

⁵⁵ FRANCO, Cordero. **Procedimiento penal**. Tomo II. Santa Fé de Bogota: Temis, 2000. p. 212; ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 326; GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crise, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 50; LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 124.

⁵⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crise, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 50.

⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 258.

acusación ha de rodearse de las máximas garantías de seriedad para evitar vejaciones injustificadas”.⁵⁸

Em que pese à função de filtro ser, talvez, a menos conhecida e aceita função da investigação preliminar, sua importância para justiça criminal é latente. Francesco Carnelutti explica que “quando um imputado acaba por ser absolvido, não se perde apenas tempo e se causa fadiga, mas, não poucas vezes, é inferido um dano irreparável no indivíduo e na sociedade”⁵⁹. Segundo o autor, a sentença absolutória, excluída a decorrência de insuficiência de provas, representa o erro judicial de se ter levado um inocente a julgamento, quando nem sequer deveria ter sido acusado, bem como a declaração de culpa (erro) daqueles que o arrastaram ao processo. O processo “expõe um pobre homem a ser levado ante o juiz, investigado, separado da família e dos negócios, prejudicado, para não dizer arruinado ante a opinião pública, para depois nem se quer ouvir desculpas”⁶⁰.

No mesmo sentido, Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner asseveram que a absolvição, em muitos casos, deve ser interpretada como um erro judiciário e reflexo do mau funcionamento da Justiça, pois a investigação preliminar poderia ter evitado o início de um processo infundado⁶¹.

Com efeito, como o processo, por si só, já pode ser responsável por um grande constrangimento à pessoa processada⁶², a pretensão acusatória não pode ser exercida irrestritamente, sem o mínimo de probabilidade de que o réu seja efetivamente o autor do crime e sem a certeza de que o crime ocorreu (materialidade). A pretensão acusatória deve ser rodeada de garantias para evitar acusações injustas⁶³. Logo, para que seja possível o início do processo deverão ser reunidos elementos que indiquem um lastro mínimo de probabilidade de que o futuro réu seja o autor do delito.

⁵⁸ LOPEZ, Carlos Viada; ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Curso de derecho procesal penal*. Madrid: Castellana, 1974. p. 236.

⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Leme: EDIJUR, 2014. p. 86.

⁶⁰ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Traduzido por Carlos Eduardo Trevelin Millan São Paulo: Pillares, 2009. p. 93-95.

⁶¹ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 105.

⁶² ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de derecho procesal penal*. Tomo I. Madrid: Gráfica Encinas, 1979. p. 290.

⁶³ ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de derecho procesal penal*. Tomo I. Madrid: Gráfica Encinas, 1979. p. 290.

A investigação preliminar atende, ainda, a uma função simbólica⁶⁴. A pronta atuação dos órgãos responsáveis pela fase preliminar após a ocorrência de um ilícito, notadamente pelas polícias, demonstra a efetiva presença e resposta do Estado à ação desviante, apaziguando a sociedade. Com isso é reforçado o caráter oficial da investigação preliminar e dissuadida a vingança privada. A ausência do Estado é fator preponderante para a autotutela.

Por derradeiro, insta ressaltar que grande parte dos vestígios do delito tende a desaparecer com o passar do tempo. Com efeito, considerando a necessidade de acautelamento imediato dos elementos cognitivos frágeis à ação do tempo, resta à fase preliminar ao processo, ainda, finalidade acautelatória, consistente em colher ou produzir as provas inadiáveis⁶⁵, como uma interceptação telefônica, apreensão de objetos, exames de corpo de delito, perícias em geral etc. A função cautelar da investigação preliminar pode atingir, medidas de natureza pessoal, como prisões cautelares, e patrimonial, como, por exemplo, o sequestro de bens (além das probatórias referidas).

Sobre o tema, Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner alertam que a função simbólica da investigação preliminar tem sido explorada para muito além do limite razoável, sendo usadas para sedar a opinião pública⁶⁶. A notória demora na aplicação da pena tem transformado a prisão preventiva, por exemplo, em verdadeira antecipação de pena.

Dessa forma, auferir elementos que apontem o provável autor do delito, provar que o crime ocorreu (indícios de autoria e prova da materialidade⁶⁷), evitar que inocentes sejam processados indevidamente (função de filtro), apaziguar a sociedade (função simbólica), bem como acautelar as provas urgentes, são as finalidades diretas da instrução preliminar.

⁶⁴ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 106.

⁶⁵ O tema será abordado de forma ampla no segundo capítulo, quando serão diferenciados os elementos de informação das provas.

⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 107.

⁶⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crise, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 51.

4. OBJETO DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E A COGNIÇÃO SUMÁRIA

Como afirmado, a investigação preliminar tem como escopo (entre outros), auferir a existência de indícios de autoria e prova da materialidade de um fato aparentemente criminoso, a fim de que a pretensão acusatória possa ser exercida. Logo, a investigação preliminar não depende do exercício de uma pretensão acusatória para que tenha início, mas serve de instrumento para que ela (pretensão acusatória) se efetive.

Com efeito, basta uma notícia que remeta a existência de um juízo de possibilidade sobre a prática de uma infração penal para que seja justificado o início das investigações. O “objeto da investigação preliminar é o fato constante na *notitia criminis*, isto é, o *fumus commissi delicti* que dá origem à investigação e sobre o qual recai a totalidade dos atos desenvolvidos nessa fase”⁶⁸.

Mas qual seria o grau de cognição almejado nas investigações promovidas na fase preliminar? Ou seja, o quanto de conhecimento acerca da autoria deve-se buscar nas investigações preliminares?

A persecução penal constitui um juízo escalonado de formação da culpa e, igualmente, de cognição⁶⁹. Com a notícia do crime nasce o juízo de possibilidade da existência de um fato delituoso e, quiçá, da autoria, justificando-se o início das investigações preliminares. Trata-se da suspeita da autoria. Um juízo hipotético, de caráter puramente subjetivo, baseado em suposições e sinônimo da desconfiança de que o investigado seja o provável autor do fato investigado. A investigação preliminar, diferentemente do processo, parte da hipótese formulada pelo investigador para a colheita de elementos informativos. O responsável pela investigação, ao se deparar com a cena de um crime, por exemplo, ou mesmo com a notícia da infração, formula uma suposição acerca de como o fato ocorreu e quem possa ser o autor. Essa hipótese, enquanto desprovida de qualquer elemento informativo ou prova, constitui somente uma suspeita, isto é, um juízo de convicção baseado na possibilidade, em conjecturas, em critérios subjetivos decorrentes da interpretação do condutor das investigações. Trata-se de um “achismo”, sem qualquer base objetiva. Referido juízo “prescinde da afirmação de um predomínio das razões positivas sobre as razões negativas ou vice-

⁶⁸ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 171.

⁶⁹ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 172.

versa”⁷⁰. Reunidos elementos informativos palpáveis, concretos, que transbordam a psique do investigador acerca do provável autoria do delito, a fase preliminar ao processo cumpre sua função primordial, qual seja, constituir um juízo de probabilidade acerca da autoria delitiva, devendo ser encerrada. Seu término pode gerar condições para o início do processo, cuja finalidade é discutir a matéria alegada na pretensão acusatória de forma contraditória, possibilitando o convencimento do julgador acerca da autoria.

Nesse contexto, não se afigura atribuição da fase de investigação debater o objeto da investigação na sua totalidade, de forma plena, tampouco concluir pela culpa do investigado. A investigação preliminar detém a tarefa de auferir indícios⁷¹ de quem seja o provável autor da infração penal objeto da investigação. “A investigação não tem como fundamento a pena e tampouco a satisfação jurídica de uma pretensão. Não faz – em sentido próprio – justiça, senão que tem como objetivo imediato garantir o eficaz funcionamento da justiça”⁷². A investigação preliminar não tem o escopo de provar a culpa ou a inocência do investigado.

Assim, é certo que a investigação preliminar não pode ser transmutada em instrução processual. Não é função da fase preliminar realizar a instrução probatória que alicerçará a convicção do julgador para sentença, mas sim formar um juízo de probabilidade que possibilite o início do processo.

É no processo que se deve formar, por meio da produção de provas e com pleno exercício do contraditório, a convicção do julgador. A limitação temporal, a inexistência de partes e de contraditório, entre outros fatores extirpam da fase pré-processual a responsabilidade pela apuração plena da autoria da infração penal. “Como procedimento prévio e de caráter preparatório, ela está dirigida apenas a justificar o processo

⁷⁰ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 173.

⁷¹ Para Franco Cordero a palavra indícios “*evoca hipótesis empíricas; si x implica y y resuta x, el axioma manda que también sea verdad y*”. Trata-se de conclusões indutivas sobre algo CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo II. Santa Fé de Bogota, Colombia: Temis, 2000. p. 5). Maria Thereza Rocha de Assis Moura, em obra específica sobre o tema, conceitua indícios como “todo rastro, vestígio, sinal e, em regra, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 41). No mesmo sentido o art. 239 do CPP “considera indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

⁷² LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 38.

(preparando o exercício da pretensão acusatória) ou o não processo (pela via do arquivamento)”⁷³.

Dessa forma, tendo em vista seu objetivo, a investigação preliminar tem seu campo de cognição limitado, o que implica a prescindibilidade de que o órgão encarregado da investigação aprofunde as investigações.

Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner classificam a sumariedade da investigação preliminar em: a) limitação qualitativa; b) limitação quantitativa; c) sistema misto⁷⁴.

A limitação qualitativa corresponde aos planos horizontal e vertical de cognição. No plano horizontal a limitação refere-se à desnecessidade – e até mesmo impossibilidade, diante da inexistência de contraditório - de obtenção de elementos informativos e provas plenas suficientes para condenação. Já no plano vertical a limitação imposta à fase preliminar refere à análise dos elementos jurídicos referentes à existência do crime, ou seja, o fato típico, antijurídico e culpável.

“A instrução preliminar não deve ser normativamente uma cognição plena, profunda e completa sobre a existência do delito, pois esse é o objetivo da fase processual e da instrução definitiva. Uma fase pré-processual plenária não representa mais do que uma molesta duplicidade ou, ainda pior, desvirtua completamente a fase processual, transformando-se na alma do processo”⁷⁵.

A limitação quantitativa corresponde à imposição de restrição temporal à investigação, ou seja, limite de duração das investigações.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 10, limita a duração do inquérito policial a 10 (dez) dias, estando o indiciado preso cautelarmente, e 30 (trinta) dias, prorrogáveis, quando o investigado estiver solto⁷⁶.

Entretanto, na prática, é recorrente que o inquérito policial, nos casos em que não há prisão cautelar, extrapole o prazo estabelecido pela lei. Pesquisa realizada em cinco capitais do Brasil (Belo Horizonte, Recife, Porto Alegre, Goiânia e Belém), no

⁷³ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 173.

⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 180-185.

⁷⁵ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 178.

⁷⁶ Nos processos de competência da Justiça Federal o prazo é de 15 dias, prorrogáveis, independentemente de prisão, (art. 66 da Lei 5.010/66). Nos crimes previstos na Antidrogas (Lei 11.343/06) o prazo é de 30 dias quando houver prisão cautelar e 90 dias quando não houver prisão, ambos prorrogáveis. Nos crimes contra a economia popular (Lei 1.521/51) o prazo é de 10 dias, independente de prisão.

ano de 2014, a pedido do Ministério da Justiça, demonstraram que 80% dos inquéritos policiais analisados, que não possuíam prisão cautelar, excederam o prazo de 30 dias, chegando a média de 147 dias em Belém e 700 dias em Belo Horizonte⁷⁷.

O sistema misto reúne as duas espécies de limitações mencionadas, quais sejam, a qualitativa e a temporal. Como asseveram Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner, no sistema misto a limitação temporal contribui para que sumariedade horizontal e vertical da instrução preliminar não exista somente no plano teórico. “Por culpa do titular da instrução preliminar” há um “grave distanciamento entre normatividade e efetividade”, ou seja, a investigação preliminar, concebida como sumário, acaba convertendo-se, na prática, em um procedimento plenário⁷⁸. A limitação temporal buscaria dar efetividade à sumariedade qualitativa. Esse é o sistema adotado no Brasil, tendo em vista a limitação temporal expressamente prevista no art. 10 do Código de Processo Penal e as finalidades da investigação preliminar.

Todavia, tendo em vista a inexistência de sanção pelo não cumprimento do prazo estabelecido no referido artigo e a impotência do órgão acusador em produzir provas na fase processual, não é incomum que inquéritos policiais, por exemplo, transitem por anos sem uma solução. O resultado dessa demora é a ocorrência de prescrição, a impossibilidade de produção de provas em juízo, com a conseqüente pulverização do descrédito da justiça criminal.

Como arrematam Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner,

“constata-se que a melhor fórmula está em limitar a investigação preliminar nos dois planos: qualitativamente, deverá ser sumária, limitada à atividade mínima de comprovação e averiguação dos fatos e da autoria, para com isso justificar o processo ou o não processo; quantitativamente – aspecto temporal -, a investigação preliminar deverá estar normativamente limitada, atendendo às especiais características do sistema jurídico de cada país. Também é aconselhável estipular uma punição processual, como a ineficácia dos atos praticados após o término do prazo fixado.”⁷⁹

⁷⁷ BRESCIANI, Eduardo. **Julgamentos de homicídios no Brasil demoram até dez vezes mais do que prevê a legislação.** O Globo. Rio de Janeiro, 17.12.2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/julgamentos-de-homicidios-no-brasil-demoram-ate-dez-vezes-mais-do-que-preve-legislacao-14852884#ixzz3iGjthxH>. Acesso em 10.11.2015.

⁷⁸ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2013. p. 183.

⁷⁹ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2013. p. 185.

5. FORMA DOS ATOS

O estudo das formas pelas quais os atos de investigação preliminar são desenvolvidos mostra-se imprescindível para a conclusão acerca do quanto autoritária ou democrática ela vem se desenvolvendo, bem como se tais atos tem aptidão para serem utilizados como elemento de cognição no processo.

Com efeito, serão apresentadas características genéricas relativas à forma dos atos de investigação preliminar e suas implicações no contexto da persecução penal.

5.1 Formalmente facultativa, mas realmente obrigatória

No Brasil, a investigação preliminar é considerada facultativa, ou seja, o exercício da ação penal não está condicionado à prévia existência de uma investigação preliminar. Havendo elementos de convicção aptos a justificar a existência de um juízo de probabilidade acerca da autoria delitiva e prova da materialidade é possível o início do processo, mesmo que não tenha sido realizada investigação prévia. A investigação preliminar, portanto, é dispensável.

O inquérito policial, por exemplo, é descrito por parte da doutrina como mera peça informativa totalmente dispensável.

Em que pese ao referido entendimento teórico, a inserção dos atos de investigação no processo⁸⁰ tem conferido, na prática, verdadeira dependência do processo em relação aos elementos informativos produzidos na fase preliminar, tornando-os indispensáveis.

É sabido que, na prática, o juiz e todos os demais atores processuais seguem as pegadas daquilo que foi produzido na fase de investigação durante o curso do processo. O art. 155 do Código de Processo Penal, mesmo diante de uma avalanche de críticas da doutrina⁸¹, prevê, inclusive, a possibilidade do juiz fundamentar sua sentença utilizando-se dos elementos informativos colhidos na fase investigativa.

Bernd Schunemann afirma que o juiz conduz a produção de provas no processo

“a partir da base e da rota de marcha que lhes são dadas pelos autos da investigação preliminar, a respeito dos quais, ademais, ele próprio, por

⁸⁰ BRASIL, Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Art. 12 “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.”

⁸¹ Por todos, CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. São Paulo: Atlas, 2013.

ocasião do recebimento da denúncia e abertura do processo, já se manifestara no sentido de sua idoneidade para fundamentar uma alta probabilidade de condenação”⁸².

Diante desse contexto, a investigação preliminar pode representar, em verdade, o guia condutor dos atos processuais, que, muitas vezes, não é demais dizer, limitam-se a mera encenação do roteiro desenhado na fase preliminar.

E mais. Não se imagina que o promotor de justiça sairá às ruas a fim de colher provas no curso do processo. Fauzi Hassan Choukr⁸³ afirma que o Ministério Público pouco acrescenta, em juízo, àquilo que foi produzido no contexto investigatório, apenas ratificando-o judicialmente e reduzindo a ação penal a um mero apêndice da investigação.

Assim, em que pese ser dispensável, não há como negar a forte dependência que o processo possui em relação à investigação preliminar. Logo, conceber a investigação preliminar, precipuamente a instruída por meio do inquérito policial, como *mero elemento de informação* mostra-se uma verdadeira falácia, já que o que se vê na prática é o Estado-jurisdição cedendo espaço para o Estado-administração e nele se ancorando para emitir a sentença⁸⁴.

Não se pode descurar, ainda, que a investigação preliminar, como já mencionado, exerce função de filtro para acusações infundadas. Dessa forma, mesmo que dispensável, seu exercício pode funcionar como importante instrumento para evitar acusações infundadas e acusações de surpresa, pois a reunião de elementos informativos nessa fase, mesmo que de forma perfunctória, poderia possibilitar a formação de um primeiro juízo de valor sob a conduta investigada, bem como a manifestação, prévia ao processo, do investigado.

Sobre o tema, Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner defendem o chamado sistema misto. Por esse sistema a investigação preliminar seria obrigatória para os delitos graves e facultativa para os de menor gravidade, como ocorre na

⁸² SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverantes e aliança.** In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 231.

⁸³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Inquérito policial: novas tendências e prática.** IBCRIM, São Paulo, boletim 84, novembro 1999.

⁸⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 134.

Espanha⁸⁵. No caso dos delitos graves a obrigatoriedade da fase preliminar seria salutar tanto para evitar acusações infundadas e a estigmatização resultante do processo, bem como para evitar que a Poder Judiciário movimente sua máquina a fim de julgar um processo natimorto e desnecessário.

5.2 Escritura e Oralidade

Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner esclarecem que “em relação à forma dos atos praticados na investigação preliminar, pode-se classificar segundo sejam produzidos oralmente ou por escrito”⁸⁶.

O art. 9º do Código de Processo Penal estabelece que todos os atos de investigação deverão ser reduzidos a um texto escrito⁸⁷. Uma breve análise da concepção da fase preliminar demonstra que a instrumentalização da fase preliminar ao processo não poderia ser oral.

Primeiramente, porque a investigação preliminar constitui a primeira fase da chamada persecução penal. Trata-se de fase administrativa, que, portanto, não é presidida por um juiz de direito. Com efeito, como não poderia deixar de ser em um processo acusatório, o juiz que irá proferir a sentença não participa diretamente da produção de elementos informativos da fase preliminar. Malgrado o salutar distanciamento do magistrado da produção de elementos informativos, a formação de sua convicção poderá se fundamentar em tais elementos⁸⁸, conforme se depreende da leitura do art. 155 do Código de Processo Penal. Nesse contexto, a falta de imediação entre o material colhido nas investigações preliminares e o julgador obriga que as investigações preliminares sejam reduzidas a um texto escrito. Somente por meio da forma escrita se torna possível que o juiz tome conhecimento dos atos da fase preliminar ao processo e, com base neles, possa formar parte de sua convicção. Ademais, a forma escrita se mostra imprescindível até mesmo para a acusação. Como regra, nem mesmo o Ministério Público tem contato direto com os elementos colhidos na fase preliminar ao

⁸⁵ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 189.

⁸⁶ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 189.

⁸⁷ BRASIL, Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Art. 9º “Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.”

⁸⁸ O assunto será explorado no terceiro capítulo.

processo. Considerando que grande parte das investigações é realizada pelas polícias, até mesmo para a acusação afigura-se imprescindível que o material colhido na fase preliminar seja transformado em um texto escrito.

“Na investigação preliminar a cargo do Ministério Público ou da Polícia, quem decide sobre a abertura do processo é o juiz, que muito pouco ou nada participa da fase pré-processual. A regra é que esse juiz que decide sobre a pré-admissibilidade da acusação faça-o baseando-se na prova escrita, pois não presenciou a produção. Logo, não há oralidade nem imediação. Favorece o segredo e não se fala em identidade física do juiz”⁸⁹

Nesse sentido, Aury Lopes Junior explica que “a falta de imediação, que se traduz na necessidade do juiz relacionar-se o mais próximo possível com os meios de prova⁹⁰, sacrifica a oralidade”⁹¹, exigindo que os elementos colhidos sem a participação do magistrado sejam escritos.

Em segundo porque, como será explanado no segundo capítulo, a investigação preliminar é entendida como um procedimento inquisitivo e como tal, secreto. O segredo do procedimento investigativo busca preservar a imagem do investigado contra juízos apressados de culpa e a conseqüente estigmatização social, bem como garantir eficácia da fase preliminar. Logo, a investigação preliminar é considerada um procedimento sigiloso, ao contrário do processo.

Nesse passo, por não ser acessível ao público em geral, por não ser público, exige-se, como forma de controle dos atos, que as investigações preliminares sejam documentadas de forma escrita.

No ponto, há, como afirma Rui Cunha Martins, uma verdadeira trilogia: inquisitivo/escrito/secreto.⁹²

Pedro Aragoneses Alonso sintetiza o tema esclarecendo que existe uma evidente relação entre o procedimento oral e a publicidade e imediação, bem como entre o procedimento escrito o segredo e a imediação. A publicidade exige a oralidade pela

⁸⁹ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 192.

⁹⁰ ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de derecho procesal penal*. Madrid: Encinas, 1979. p.112

⁹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 320.

⁹² CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12.

consideração elementar de que o grande público não pode ver todas as manifestações processuais escritas⁹³.

Dessa maneira, a forma escrita afigura-se inerente ao procedimento de investigação preliminar, servindo, inclusive, de salutar controle dos atos investigação.

A exigência de forma escrita, entretanto, não pode ser mote para que a investigação preliminar despreze a utilização de tecnologias na documentação da colheita de elementos informativos, notadamente as oitivas de testemunhas, vítimas e dos suspeitos.

Em que pesem todos os avanços tecnológicos ocorridos desde 1941, ano de edição do Código de Processo Penal, os depoimentos, declarações e interrogatórios prestados na fase policial ainda são transformados em textos escritos e anexados aos autos do inquérito.

Difícil precisar os motivos pelos quais se mantém essa anacrônica forma de documentação: talvez incompetência, talvez descaso legislativo para com a fase pré-processual. O certo é que essa forma primitiva de documentar as oitivas policiais, inexoravelmente, gera inestimáveis prejuízos à higidez da persecução penal.

A forma escrita pode prolongar excessivamente a conclusão das investigações. Uma das grandes críticas ao inquérito policial, por exemplo, é a demora no seu trâmite. Em que pese ao Código de Processo Penal estabelecer prazo de 30 dias para o encerramento das investigações, quando o indiciado estiver solto⁹⁴, é comum encontrarmos, nas delegacias de todo o país, inquéritos tramitando por anos. Dentro dos fatores que contribuem para o desmedido prolongamento das investigações encontram-se a falta de efetivo policial, a inflação legislativa, o desvirtuamento da finalidade do inquérito policial⁹⁵, e, certamente, as dificuldades decorrentes das oitivas escritas.

A confecção do texto que documenta uma oitiva envolve uma sucessão de atos que demandam precioso tempo: primeiro são realizadas perguntas ao entrevistado. O

⁹³ ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal (introduccion)*. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas. p. 192.

⁹⁴ BRASIL, Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Art. 10. “O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.”

⁹⁵ É recorrente que o titular da ação, ao receber um inquérito que esteja instruído exclusivamente com indícios de autoria e prova da materialidade, determine o retorno dos autos a delegacia de polícia, a fim de que sejam realizadas diligências para tornar robusta a “prova” para condenação, fato que deveria ser realizadas durante o processo. Dessa forma, a demora do inquérito policial, por vezes, é proveniente do seu desvirtuamento, já que ao invés de ser utilizado para a reunião de indícios, faz o papel da instrução processual.

delegado de polícia irá, então, “traduzir” as respostas para uma linguagem formal, ditando um texto ao escrivão de polícia. Após qualificar e preencher o documento com endereço, telefone e demais dados da pessoa a ser ouvida, o escrivão irá digitar, em um computador, o texto criado pelo delegado de polícia.

A demora na persecução penal é um fator preocupante e decisivo para o sucesso das investigações no atual cenário de descalabro nos índices cada vez maiores de criminalidade. O decurso prolongado de tempo pulveriza a sensação de impunidade, desmotiva os agentes responsáveis por combater o crime e gera descrédito na lei penal.

Cesare Beccaria, em 1764, ano de publicação da obra “Dos delitos e das penas”, já asseverava que quanto mais pronta for a pena e mais perto seguir o delito, tanto mais justa e útil ela será⁹⁶. “Mais justa porque evitaria que o acusado fosse submetido, longamente, aos tormentos do processo. Mais útil, porque a punição num curto espaço de tempo dissemina a ideia de que não há crime sem castigo”⁹⁷. Assim, o tempo e o processo são fenômenos em constante confronto. O tempo conspira contra o processo, porque depende dele a possibilidade de imposição de pena, depende dele a prática dos atos processuais dentro de prazos legalmente estabelecidos⁹⁸.

Como assevera Paul Virilio, “a velocidade decide. Quem tiver maior velocidade tem mais poder, logo a velocidade esta diretamente ligada à decisão”⁹⁹. Assim, as ações criminosas não podem ser mais dinâmicas que as formas de investigações. Velocidade é poder.

Ademais, a garantia da duração razoável do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, e no art. 7º, 5., do Pacto de San Jose da Costa Rica (CADH), certamente deve ser respeitada na fase policial, afinal “os dispositivos do Código de Processo Penal devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta”...¹⁰⁰

⁹⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Traduzido por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 33.

⁹⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Traduzido por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 33.

⁹⁸ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 33.

⁹⁹ VIRILIO, Paul. **Entrevistas do Le Monde: Ideias Contemporâneas**. Traduzido por Maria Lucia Blumer. São Paulo: Ática, 1981. p. 16.

¹⁰⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 11.

A substituição do procedimento escrito pela gravação audiovisual dos depoimentos, declarações e interrogatórios realizados na fase investigativa poderia amenizar o tempo de tramitação do inquérito policial.

Testes realizados em delegacias de polícia do Estado do Amapá apontam que a substituição dos depoimentos escritos pelo sistema de filmagem reduziu em 80% o tempo necessário para a realização de uma oitiva.¹⁰¹ No Estado do Alagoas, igualmente, constatou-se em testes que um auto de prisão que levaria cerca de 1h30min para ser confeccionado com o sistema convencional, pode ser finalizado em 30min com a utilização da filmagem dos depoimentos em vídeo¹⁰².

Não é por acaso que a gravação dos depoimentos é utilizada nos processos judiciais desde o ano de 2010, quando o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), por meio da Resolução de nº105/2010, regulamentou o tema.

A gravação em audiovisual dos depoimentos realizados na fase policial é uma das raras hipóteses em que se consegue cumular rapidez e aumento da qualidade. A filmagem, além de diminuir significativamente o tempo de permanência do inquérito policial na delegacia de polícia, ainda possibilita o controle indireto da atividade policial e a melhora da qualidade do procedimento.

A substituição do modelo escrito por gravações audiovisuais traria benefícios incomensuráveis para o trabalho policial. O ganho de tempo, por exemplo, permitiria que a polícia se dedicasse a um grande número de outros casos, tornando-a, assim, mais célere e eficaz. Ademais, haveria benefícios diretos para as vítimas e testemunhas, que permaneceriam durante menos tempo na delegacia de polícia para serem ouvidas.

¹⁰¹ SISTEMA DA POLÍCIA CIVIL REDUZ EM ATÉ 80% TEMPO PARA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO. São Paulo: Jusbrasil, agosto 2014. Disponível em: <http://gov-ap.jusbrasil.com.br/politica/104245131/sistema-da-policia-civil-reduz-em-ate-80-tempo-para-instauracao-de-inquerito>. Acesso em 10.04.2015.

¹⁰² ALMEIDA, Fabyane. **Depoimentos em inquéritos podem ser gravados em AL**. Cada Minuto. Maceió, 10.09.2012. Disponível em: <http://cadaminuto.com.br/noticia/2012/09/11/o-sistema-sera-adotado-para-garantir-mais-celeridade-nas-oitivas>. Acesso em 10.06.2015.

5.3 O problema da publicidade abusiva e o sigilo da investigação

Ao contrário do processo, cuja publicidade é a regra¹⁰³ e constitui uma garantia inerente a um processo democrático, a investigação preliminar tem o sigilo como uma de suas características.

O art. 20 do Código de Processo Penal expressamente prevê que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

Trata-se de norma que busca garantir a eficácia da investigação e, também, proteger a imagem do investigado.

Como explicam Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner, no plano do utilitarismo judicial, a divulgação dos atos praticados na investigação preliminar, para o público geral, chamado de sigilo externo, poderia prejudicar a investigação do fato oculto e a colheita de provas. Para essa linha de pensamento, portanto, o sigilo externo busca a máxima eficácia da atuação estatal na repressão dos delitos.¹⁰⁴

Ademais, o sigilo externo salvaguarda a imagem do investigado, preservando o seu estado de inocência. A publicidade das investigações poderia prejudicar desmedidamente o investigado, criando um indelével estigma a sua imagem.

Como prelecionam Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner,

“o sigilo exterior surge como a forma de instrumentalizar e dar efetividade ao direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, de modo que o estado não pode deixar de combater a estigmatização social que gera esse conjunto de atividade de investigação.”¹⁰⁵

Com efeito, com escopo de preservar a intimidade, honra e imagem do investigado a investigação preliminar, com estribo no art. 5º, X, da Constituição Federal, pode ser restrita aos diretamente interessados, ou seja, ao Ministério Público, à

¹⁰³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 5, LX: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;” e art. 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

¹⁰⁴ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 296.

¹⁰⁵ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 198.

defesa e ao juiz. Em outras palavras, trata-se de uma espécie de publicidade limitada aos envolvidos na ação preliminar ao processo, e que, por consequência, resulta no sigilo das investigações à coletividade (sigilo externo).¹⁰⁶

Não se pode descurar, ainda, que a exposição do investigado pode resultar na violação da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e Pacto de São José da Costa Rica, entre outros. Ao permitir a divulgação das investigações o investigado, que tem seu direito de defesa limitado na fase preliminar ao processo, pode sofrer as nefastas consequências de um “julgamento popular”, baseado não em argumentos jurídicos, mas sim em informações muitas vezes sensacionalistas e distorcidas.

“A publicidade abusiva dos atos da investigação preliminar é, sob o ponto de vista do sujeito passivo, o mais grave prejuízo que pode sofrer um inocente, pois o coloca prematuramente no banco dos acusados”¹⁰⁷. Como afirma Francesco Carnelutti

“ao homem, quando sobre ele recai a suspeita de ter cometido um delito, é dado *ad bestias*, como se dizia em um tempo dos condenados oferecidos como comida para as feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão... basta apenas ter surgido a suspeita; o imputado, sua família, sua casa, seu trabalho, são inquiridos, requeridos, examinados, despedidos, na presença de todo mundo. O indivíduo, desta maneira, é transformado em pedaços.”¹⁰⁸

Portanto, seja para a hígidez da investigação, seja para a salvaguarda da imagem do investigado e garantia do respeito à presunção e inocência, a investigação preliminar deve ser sigilosa para as pessoas não interessadas diretamente na investigação.

Todavia, é fácil vislumbrar, em inúmeros programas de televisão voltados especificamente para o relato de delitos, por exemplo, a desmedida publicidade das investigações policiais, inclusive por parte dos agentes nelas envolvidos. Não é demais afirmar que a investigação preliminar foi transformada em um verdadeiro palco para o estrelato de agentes público, que alimenta toda uma indústria jornalística que vive em

¹⁰⁶ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 194.

¹⁰⁷ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 196.

¹⁰⁸ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Traduzido por Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo Pillares, 2009. p. 66.

torno do tema. “Falar em sigilo da investigação nesse quadro é cair no abismo entre a realidade dos fatos e o direito positivo”.¹⁰⁹

“O delito encontra-se no seio da sociedade, perturba a paz e a condição da vida social e, por isso, desperta o interesse e a curiosidade do público”¹¹⁰. Há, inexoravelmente, um forte interesse da população por tudo aquilo que se apresenta como expressão da desgraça humana. Michael Foucault, descrevendo a ostentação do suplício, afirma que a população apresentava extraordinária curiosidade em presenciar o sofrimento do condenado, o que levava “os espectadores a se comprirem em torno do cadafalso e do sofrimento que este exhibe”¹¹¹.

O sensacionalismo de alguns meios de comunicação aliado à tentativa de valorização, por meio de *marketing* institucional, de alguns órgãos responsáveis pelas investigações preliminares resulta na violação do sigilo externo e exposição do investigado ao público em geral, quase como uma regra. Como se a investigação policial tivesse que ser um castigo ao investigado, uma espécie de pena antes do julgamento e somente fizesse sentido quando amplamente divulgada. Algo equivalente ao suplício que, como retratado por Michel Foucault, deveria ser marcante, ou pela cicatriz que deixa no corpo ou pela ostentação de que se acompanha e que torna a vítima do suplício infame¹¹².

Nesse contexto, a publicidade soa como triunfo do trabalho investigativo. O órgão responsável pela investigação preliminar divulga, sem medir as consequências, todos os seus atos, esquecendo-se dos possíveis prejuízos para investigação e para o investigado. Guardadas as devidas proporções, assim como as cerimônias do suplício, retratadas por Michel Foucault, o personagem principal passa a ser o povo, “cuja presença real e imediata é requerida para sua realização. Um suplício que tivesse sido conhecido, mas cujo desenrolar houvesse sido secreto, não teria sentido”.¹¹³ Da mesma forma, uma investigação sem publicidade parece não fazer sentido e não cumprir o seu papel. “O próprio excesso das violências cometidas é uma das peças de sua glória: o

¹⁰⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 105.

¹¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 193.

¹¹¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Traduzido por Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 45.

¹¹² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Traduzido por Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 30.

¹¹³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Traduzido por Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 49.

fato de o culpado gemer ou gritar com os golpes não constitui algo de acessório e vergonhoso, mas é o próprio cerimonial da justiça que se manifesta em sua força”¹¹⁴.

As consequências da publicidade excessiva das investigações são tamanhas, que mesmo uma posterior sentença absolutória não terá o condão de restabelecer na sociedade o estado de inocência extirpado pela exposição e consequente “condenação” pública do investigado.

¹¹⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Traduzido por Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 32.

CAPITULO II – INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E INQUISIÇÃO. AMBIÇÃO DE VERDADE E DEPENDÊNCIA DA PROVA TESTEMUNHAL.

Como será devidamente apresentado no capítulo em apreço, a investigação preliminar no Brasil encontra-se permeada de práticas inquisitivas e autoritárias, muitas vezes antagônicas com os preceitos democráticos apregoados na Constituição Federal. Ademais, a busca pela verdade, fator justificador e de fomento para práticas autoritárias, é considerado por muitos atores jurídicos como o mote principal do trabalho investigativo. A soma desses fatores a dependência da prova testemunhal, em detrimento de meios tecnológicos, impele a investigação preliminar um enorme descompasso com a fase processual da persecução penal, prejudicando a aplicação da lei penal e, principalmente, o acusado.

Dessa forma, serão abordados pontos nevrálgicos da estrutura da investigação preliminar, a fim de que seja demonstrado, no terceiro capítulo, os prejuízos que a inserção e influencia desses atos podem gerar no processo.

1. INQUISIÇÃO E INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: O PESO DA TRADIÇÃO INQUISITÓRIA

A história do processo penal é marcada pela constante alternância entre os sistemas acusatório e inquisitório¹¹⁵.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho explica que os diversos ramos do direito podem ser organizados a partir da concepção de sistema. Para o autor, sistema consiste no “conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade”¹¹⁶.

Tereza Armenta Deu, ao apresentar em sua obra os pontos mais significativos de cada sistema processual penal, explica que o sistema inquisitivo “*permite aunar la función acusadora y enjuiciadora en un solo sujeto, eliminando la necesidad de que exista un acusador para poder juzgar, quedando tal función asumida por el órgano enjuiciador*”¹¹⁷.

¹¹⁵ ARMENTA DEU, Teresa. *Principio acusatório y derecho penal*. Barcelona: JM Bosch, 1995. p. 11.

¹¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios do direito processual penal brasileiro**. In: Separata ITEC, ano 1, nº 4 – jan/fev/mar 2000. p. 3.

¹¹⁷ ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 22.

Para Aury Lopes Júnior a “separação (inicial) das atividades de acusar e julgar não é o núcleo fundante” que diferencia os sistemas inquisitório e acusatório. Segundo o autor, em que pese ser uma importante característica, a existência ou não de separação do agente responsável pela acusação e pela defesa não é o fator determinante para sua identificação como acusatório ou inquisitivo. Além dessa característica devem ser analisadas a iniciativa probatória, a publicidade, o contraditório, a oralidade, a igualdade de oportunidades, entre outros fatores¹¹⁸. Para o autor, a iniciativa probatória nas mãos das partes, durante toda a persecução penal, inclusive na fase processual, é o que caracterizaria o sistema como acusatório¹¹⁹. No inquisitório, ao contrário, o juiz congrega, em relação à gestão da prova, poderes de iniciativa e de produção¹²⁰.

A perspectiva inquisitória pode ser encontrada em sua forma embrionária no Império Romano, no chamado processo penal público da *cognitio*. Nessa espécie de processo as funções de acusar e julgar, bem como a gestão da prova, características do sistema inquisitivo, concentravam-se nas mãos do juiz.

Com a queda do Império Romano o sistema inquisitivo foi substituído pelo processo acusatório, decorrente do direito germânico. Entretanto, entre os séculos XII e XIII¹²¹, ocorreu o ressurgimento do sistema inquisitivo.

O modelo inquisitório chega ao apogeu com perseguições religiosas da Inquisição pela igreja católica, em 1670, na França, com a Ordenança. Demonstrando um enorme poder contaminante, as práticas inquisitórias utilizadas no processo canônico transbordam os meandros da Igreja e passam a ser incorporadas por toda a Europa Continental, em todas as espécies de delitos. “*La revolución inquisitorial satisface exigencias comunes a dos mundos: el eclesiástico, asechado por las herejías, y el civil, en el cual la expansión económica origina criminalidad*”¹²². Como explica Aury Lopes Junior, até o século XII, predominava o sistema acusatório, não existindo processo sem acusador legítimo e idôneo. Entretanto, ao longo dos séculos XII ao XIV, o sistema acusatório vai sendo paulatinamente substituído pelo inquisitório¹²³.

¹¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 98-107.

¹¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 105.

¹²⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 50

¹²¹ KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 41

¹²² CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo I. Santa Fé de Bogota: Temis, 2000. p. 16.

¹²³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 96.

Com a implantação do sistema inquisitorial uma radical transformação na fisionomia do processo se instala. O juiz, de espectador passivo do processo, se converte em protagonista do sistema. Como um ser todo poderoso, representante divino, o juiz passa a ser intocável, insuspeito e acima dos demais agentes processuais¹²⁴. Sob a justificativa de necessidade da descoberta da verdade, a acusação se torna dispensável, pois o julgador, assim como o inquisidor, passa a exercer o papel de juiz, acusador e defensor. O investigado passa a ser visto como o objeto da investigação. A defesa é entendida como, além de dispensável, já que todo o poder estava nas mãos do julgador, um estorvo ao processo, pois poderia representar um obstáculo para a descoberta da verdade. A finalidade da defesa, quando aceita, era somente facilitar a confissão. Os métodos processuais também são alterados. O debate contraditório é excluído. “O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e os acusados”¹²⁵. Adota-se o segredo em detrimento da publicidade. O procedimento processual se torna amorfo, “*pues el secreto, ese método introspectivo y el compromiso ideológico de los que actúan excluyen vínculos, formas y términos: Lo que cuenta es el resultado*”¹²⁶.

A inquisição tinha como base o dogma da descoberta da verdade. A verdade tratava-se de uma espécie de critério argumentativo que oferecia suporte à arquitetura inquisitória processual.¹²⁷ Atingir a verdade, e por consequência a salvação, passou a ser justificativa plausível para que os inquisidores praticassem todos os tipos de atos, inclusive a tortura, já que a verdade estava no interior do suspeito. Em nome do combate a heresia e consequente salvação, foi implantada pela Igreja católica uma estrutura de investigação, processo e julgamento, baseados em dogmas, que admitia até mesmo a tortura como meio para obtenção da verdade. No combate a heresia o portador da verdade, inquisidor, deveria ser intolerante e podia utilizar-se de todos os meios e armas. “Contra o mal absoluto – heresia – valem todos os instrumentos e todas as armas.”¹²⁸

¹²⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 06.

¹²⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 98.

¹²⁶ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo I. Santa Fé de Bogota: Temis, 2000. p. 16-19.

¹²⁷ KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11.

¹²⁸ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Traduzido por Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 9-11.

Mesmo com o fim da inquisição, no final do século XVII, é possível identificar, ainda na legislação hodierna, práticas características da ideologia inquisitiva na persecução penal brasileira, notadamente na investigação preliminar ao processo, cujo escopo, para muitos atores jurídicos e para parte da doutrina¹²⁹, é a busca da verdade.

Em que pese à ideia inicial de sistemas processuais, acusatório e inquisitório, referir-se ao processo penal, não constitui aberração jurídica, tendo em vista a unidade da persecução penal e instrumentalidade da fase preliminar em relação ao processo, intitular a investigação preliminar de inquisitiva ou acusatório, a depender das características dos seus atos. Basta lembrar que a doutrina conceitua o inquérito policial, praticamente de forma uníssona, como procedimento inquisitivo.

No ponto, Luciano Feldens e Andrei Zenkner Schmidt afirmam que a inquisitividade do inquérito policial não reside na concessão de um poder discricionário e ilimitado à autoridade policial, mas sim na inexistência de separação das funções de acusar e julgar. “No âmbito do inquérito policial, sua inauguração e conclusão estão acometidas a uma mesma autoridade (ou instituição) policial”.¹³⁰

Ademais, ao delegado de polícia incumbe as funções de colher os elementos de investigação e realizar, ou não, o indiciamento. Trata-se, trasladando a ideia, da gestão da prova nas mãos do julgador, pois o delegado de polícia tem o poder de colher as provas e depois de decidir acerca do indiciamento do investigado, o que corresponderia, guardada as devidas proporções, a uma sentença.

Como se infere, o inquérito policial, inexoravelmente, consiste um procedimento inquisitivo. Tal conclusão, equivocadamente, mas como reflexo lógico, é utilizada para explicar algumas das práticas autoritárias que são praticadas no curso da investigação preliminar.

É certo que muitas das práticas, consideradas antidemocráticas e autoritárias, atualmente utilizadas nas investigações preliminares, notadamente a desenvolvida pelas polícias, encontram correspondentes nos atos adotados no período inquisitivo. A ideologia instituída pela Inquisição inegavelmente agrada regimes autoritários. Rubens R. R. Casara e Antonio Pedro Melchior explicam que a Igreja católica passou a adotar práticas austeras e cruéis na inquisição com a busca pelo poder e a aliança promíscua com os impérios nacionais absolutistas, que não cessavam de procurar formas de se

¹²⁹ Por todos, ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal anotado**. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. – Campinas: Bookseler, 2000. p. 304.

¹³⁰ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação criminal e ação penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 17.

legitimar e se manter¹³¹. Franco Cordero preleciona que o sistema inquisitório, após longa duração, passou a satisfazer os funcionários ligados a persecução penal, pois, “detentores de uma onisciência carismática, acumularam poderes escavando o oculto”¹³². Há, inexoravelmente, um forte elo e afinidade entre os preceitos instituídos pela inquisição e os regimes autoritários.

Nesse passo, afigura-se inegável que o Código de Processo Penal brasileiro, concebido na década de 40, possui perfil essencialmente inquisitorial¹³³, já que gestado em um regime autoritário da história do Brasil, chamado de Estado Novo, e com inspiração no *Codice Rocco* italiano, que entre outras características autoritárias, presumia culpa dos acusados, tinha a prisão como regra e ainda considerava a defesa supérflua¹³⁴. Com efeito, como não poderia deixar de ser, o pensamento autoritário que orbitava os Poderes Legislativo e Executivo da época, foram refletidos no Código de Processo Penal, que, por consequência, emanou “a mentalidade antidemocrática e eminentemente policalesca de então”¹³⁵ na persecução penal como um todo, transformando-a em uma máquina punitiva¹³⁶.

Dessa forma, a fase preliminar ao processo, notadamente o inquérito policial, é, ainda hoje, regida, em grande parte, pelas regras originais do aludido Código, cuja mentalidade autoritária adotou parte das práticas inquisitivas como método de investigação. Nereu José Giacomolli afirma que a fase preliminar ao processo, no Brasil, em pleno século XXI, tem “bases forjadas na década de quarenta, em uma estrutura de preponderância desequilibradora da incidência da potestade punitiva sobre o *status libertatis*”¹³⁷.

Não obstante a Constituição Federal de 1988, eminentemente democrática, ter rompido, pelo menos formalmente, com o sistema político autoritário que antes imperava, é possível afirmar que seus mandamentos não foram, na plenitude, absorvidas pelos sistemas de investigação preliminar existentes no Brasil, notadamente pelo

¹³¹ CASARA, Rubens R. R; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 361.

¹³² CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo I. Santa Fé de Bogota: Temis, 2000. p. 25.

¹³³ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 07.

¹³⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 07.

¹³⁵ SILVA JUNIOR, Valter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (Constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 09.

¹³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32.

¹³⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**. Crise, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 02.

inquérito policial. As regras que disciplinam a fase pré-processual da persecução penal permanecem praticamente inalteradas desde a edição do Código de Processo Penal, em 1941. É bem verdade que desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 até os dias de hoje, seis¹³⁸ relevantes leis alteraram o aludido diploma, buscando com isso adequá-lo à nova ordem constitucional¹³⁹. Contudo, nenhuma modificação substancial atingiu a primeira fase da persecução penal, notadamente o inquérito policial, permanecendo o *modus operandi* de condução das investigações o mesmo da matriz inquisitiva¹⁴⁰.

Há uma situação de marcante contradição entre a Constituição Federal e o Código de Processo, pois enquanto aquela maximiza os direitos fundamentais e é repleta de valores democráticos, este, pelo menos no que tange ao inquérito policial, ainda mantém o resquício inquisitivo¹⁴¹.

Rui Cunha Martins explica que os “organismos dados como mortos e ‘superados’” podem persistir em novos sistemas, por vezes mais desfigurados ou mais transfigurados, mas persistente, decidindo políticas, restringindo direitos, forjando alternativas, falhando soluções¹⁴², numa espécie de aprisionamento temporal.

Os reflexos do peso da tradição inquisitório na fase preliminar pode ser identificado, por exemplo, no amorfismo do indiciamento.

Por meio do indiciamento o delegado de polícia, de forma juridicamente fundamentada, profere decisão que imputa a probabilidade da prática de uma infração penal a um investigado, tendo em vista considerar existentes indícios de autoria e prova da materialidade. Trata-se de ato vinculado¹⁴³, exclusivo do delegado de polícia, que expressa um juízo opinativo sobre a probabilidade de autoria, baseado em uma análise perfunctória dos fatos.

¹³⁸ BRASIL, Lei nº 10.792/2003, Lei nº 11.719/2008, Lei nº 11.689/2008, Lei nº 11.690/2008, Lei nº 11.900/2009, Lei nº 12.403/2011.

¹³⁹ Flaviane de Magalhaes Barros afirma que “a reforma parcial transformou o CPP em uma colcha de retalhos, mas não conseguiu retirar o seu forte conteúdo autoritário e sua base inquisitorial” (BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal: comentários crítico dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 03.)

¹⁴⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Inquérito policial: novas tendências e prática.** IBCRIM, São Paulo, boletim 84, novembro 1999.

¹⁴¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da Constituição.** São Paulo: Edipro, 1999. p. 36.

¹⁴² CUNHA MARTINS, Rui. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal.** São Paulo: Atlas, 2013. p. 11.

¹⁴³ “Indiciar alguém, como parece claro, não deve surgir qual o ato arbitrário, ou de tarifa, da autoridade, mas, sempre legítimo. Não se funda, também, no uso do poder discricionário, visto que inexistente, tecnicamente, a possibilidade legal de escolher entre indiciar ou não”. (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **O indiciamento como ato de polícia judiciária.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 313).

Não é demais dizer, portanto, que por meio do indiciamento o Estado-Administração imputa “culpa” (probabilidade de autoria da prática de um crime) a alguém.

Em que pese ao seu peso, o indiciamento vem sendo considerado “uma das grandes incógnitas da estrutura preparatória para o exercício da ação no sistema brasileiro”¹⁴⁴. As incertezas quanto ao tema já se iniciam pela falta de um conceito legal. Em que pesem existirem pelo menos 20 (vinte) artigos no Código de Processo Penal referindo-se a palavra “indiciado”¹⁴⁵, o diploma legal sequer conceitua o “indiciamento”, que dirá enfrentar os inúmeros questionamentos que dele surgem, como por exemplo: quais as consequências procedimentais e extraprocedimentais? quais suas consequências endoprocessuais? quais as suas finalidades? em qual momento deve ser realizado e qual é a sua forma?

A inexistência de regras claras e precisas quanto aos procedimentos que devem ser adotados na fase preliminar da persecução penal fomenta o autoritarismo e, inexoravelmente, afigura-se reflexo de uma cultura inquisitorial ainda latente, principalmente, no seio policial. Quanto menos regras, menos limites à atuação Estatal. Logo, é forçoso concluir que o inquérito policial consiste em um procedimento inquisitivo, em face da gestão dos elementos de investigação nas mãos do responsável pelo indiciamento e da inexistência de separação das funções de acusar e julgar, como já aludido. Todavia, a inquisitorialidade da persecução penal hodierna não pode ser confundida com o processo penal inquisitório desenvolvido segundo o modelo canônico¹⁴⁶, tendo em vista as diferenças na concepção de Estado, poderes do atores judiciários e práticas legais desenvolvidas no curso da persecução penal, entre outros fatores. Práticas autoritárias, persistentes na atual fase de investigação preliminar (e na persecução penal como um todo) - como a iniciativa probatória do juiz, o indiciamento, a busca da verdade, o desprestígio e a posição supérflua da defesa, entre outros atos autoritários – não podem encontrar refúgio de legalidade na característica inquisitiva da investigação preliminar.

¹⁴⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 111.

¹⁴⁵ BRASIL, Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Arts. 6º, V, 10, 14, 2, 405, §1º.

¹⁴⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal** – jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. p. 178.

Dessa forma, a reformulação das regras que disciplinam a fase preliminar, com a devida acoplagem constitucional, adequando a investigação à base de princípios que sustentam a noção de processo, como a “garantia constitutiva de direitos fundamentais, próprias do paradigma do Estado Democrático de Direito”¹⁴⁷, significaria delimitar os poderes dos responsáveis pela investigação, reduzindo as práticas autoritárias e, quiçá, contribuindo para a transformação de paradigma cultural autoritário. Com isso, a função de filtro da fase preliminar, tão desprestigiada, poderia ser erigida a local de destaque, aprimorando a aplicação da lei penal.

2. A LIMITAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO DO INQUÉRITO.

A evolução histórica dos direitos fundamentais atribuiu à ampla defesa o *status* de princípio, ensejando sua expressa previsão em inúmeros tratados internacionais, como a DUDH (Declaração Universal de Direitos Humanos) de 1948 e CADH (Convenção Americana de Direitos Humanos). No Brasil a ampla defesa encontra-se prevista no art. 5^a, LV, da Constituição Federal.

O princípio da ampla defesa, cuja vasta importância e amplitude dificultam a formulação de um conceito estanque, consiste, seguindo a lição de Nereu José Giacomolli, em garantir ao acusado ampla e plena possibilidade de defesa por meio do exercício de outros direitos e garantias, como o de ser informado da acusação, o direito à prova, o *nemo tenetur*, a igualdade de armas, entre outros¹⁴⁸. No mesmo sentido Vicente Greco assevera que o conhecimento claro da imputação, a possibilidade de apresentar alegações, de ter defesa técnica, de poder acompanhar a produção da prova e fazer contraprova e de poder recorrer da decisão desfavorável, são meios inerentes à ampla defesa.¹⁴⁹

A ideia que cinge a ampla defesa é a de que seu exercício efetivo obriga a colocação do acusado no centro do processo, devendo esse princípio ser entendido além de um direito voltado para o acusado, mas sim como uma garantia do justo processo¹⁵⁰.

¹⁴⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal: comentários crítico dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 07.

¹⁴⁸ GIACOMOLLI, Nereu Jose. **O devido processo penal, abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.** São Paulo: Atlas, 2014. p. 113.

¹⁴⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades.** São Paulo: Saraiva, 1989. p. 110.

¹⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do processo: Novas tendências do direito processual.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 8.

A doutrina¹⁵¹, de forma geral, divide analiticamente a ampla defesa em defesa técnica e autodefesa.

A defesa técnica é a exercida por meio de advogado e busca garantir que os aspectos técnico-jurídicos da defesa do acusado/investigado estejam respaldados por um profissional habilitado para tanto, preservando-se, assim, a paridade de armas entre acusação e defesa.

Já a autodefesa é desenvolvida pelo próprio acusado, que, pessoalmente, defende seu interesse¹⁵². Resumidamente, a autodefesa se concretiza no direito de estar presente nos atos processuais e no direito de audiência.

Nesse contexto, é certo que o exercício do direito de defesa não está afastado da fase pré-processual.

A inquisitividade do inquérito policial “não deve ser confundida, de nenhum modo, com o processo penal inquisitório, de triste memória.”¹⁵³ No processo penal inquisitório a participação da defesa era ínfima, sendo considerada um verdadeiro entrave para a descoberta da verdade. O papel da defesa se limitava a facilitar a confissão do investigado, sendo totalmente dispensável. Não se falava, portanto, em ampla defesa.

Todavia, em que pese o inquérito policial ser um procedimento inquisitivo, não se pode legitimar qualquer tentativa de limitação do direito de ampla defesa sob o simples argumento de que o procedimento policial é inquisitivo, notadamente por se tratar de procedimento realizado sob a égide de uma Constituição Federal democrática, como a brasileira. “A inquisitorialidade não é incompatível com o exercício do direito de defesa pelo indiciado durante o inquérito policial”¹⁵⁴, tampouco pode ser sinônimo de restrição de direitos conquistados durante longa caminhada histórica da humanidade ou justificativa para arbitrariedades na investigação.

O inquérito policial deve receber um filtro constitucional e ser interpretado de acordo com as regras atinentes a um Estado Democrático de Direito. Não há espaço

¹⁵¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 257.

¹⁵² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 227.

¹⁵³ TUCCI, Rogério Lauria. **Polícia Civil e o projeto de Código de Processo Penal**. In: Bismael B. Moraes (coord.). **A polícia à luz do direito**. São Paulo: RT, 1991. p. 106.

¹⁵⁴ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 214.

para considerar o acusado como mero objeto de investigação, portador da verdade que o inquisidor deve extrair¹⁵⁵.

E não é necessário grandes divagações epistemológicas para se concluir a possibilidade, com as atuais regras vigentes, da participação efetiva do investigado no inquérito policial. O art. 14 do Código de Processo Penal, por exemplo, possibilita que o investigado requeira diligência à autoridade policial. Tal previsão legal nada mais é do que uma expressão da autodefesa. Da mesma forma, a possibilidade do investigado permanecer em silêncio durante o interrogatório policial é corolário da autodefesa negativa. Ao prever no art. 5º, LV, da Constituição Federal, que aos “acusados em geral” é assegurada a ampla defesa, certamente o constituinte ordinário buscou albergar os investigados, suspeito da fase pré-processual. Como preleciona Aury Lopes Junior, a expressão utilizada no citado artigo da Constituição Federal foi “acusados em geral” e não somente “acusados”. Destarte, devem ser compreendidas nessa expressão quaisquer imputações impelidas a uma pessoa, como o indiciamento e uma simples notícia-crime ou uma representação¹⁵⁶.

Dessa forma, o princípio da ampla defesa é totalmente aplicável na fase pré-processual, em nada conflitando com o seu caráter inquisitivo.

Uma investigação preliminar que se volta somente para a obtenção de elementos de cognição favoráveis à acusação, ou seja, que só se importa em documentar elementos de convicção que apontem indícios contrários ao investigado, preterindo a defesa, certamente originará um processo manco, com uma hipertrofia acusatório, sendo favorável somente à acusação. Essa hipertrofia de poderes da acusação reproduzirá uma assimetria em desfavor do acusado que certamente persistirá ao longo de todo o processo, “*como uma doença perpétua*”¹⁵⁷.

Portanto, por meio de uma investigação preliminar que atenda aos reclamos da defesa, não se furtando a documentar elementos de informação favoráveis ao investigado, seria possível evitar que o processo se iniciasse com desmedida vantagem para a acusação.

¹⁵⁵ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 75.

¹⁵⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 338.

¹⁵⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverantes e aliança**. In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 231.

Como a investigação preliminar, notadamente a instrumentalizada por meio do inquérito policial, não é unidirecional, ou seja, não busca (ou não deveria), exclusivamente, subsidiar a acusação, há obrigação do órgão incumbido da investigação renuir elementos que possam contribuir com a defesa. Com efeito, a defesa pode consubstanciar a tese defensiva, no curso do processo, com estribo nos elementos angariados, pela Polícia Civil, por exemplo, na fase preliminar ao processo. Esse procedimento evitaria que o princípio do *in dubio pro reo* fosse, na audiência de instrução, “posto faticamente de ponta-cabeça, já que a hipertrofia da acusação impõe a defesa provar a incorreção da denúncia, caso realmente queira a absolvição”¹⁵⁸.

Quanto à existência de contraditório na fase preliminar, o tema já se afigura um pouco distinto do supramencionado.

Elio Fazzalari preleciona que contraditório consiste em um método de confrontação da prova que se estabelece entre partes contrapostas que serão afetadas pelo provimento final do processo¹⁵⁹ - acusação e defesa -, que, somada à exigência de prévia comunicação dos atos que serão praticados, constitui o cerne da estrutura dialética do processo. Trata-se do direito, constitucionalmente assegurado¹⁶⁰, de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *iter* procedimental¹⁶¹.

Na visão de Elio Fazzalari, o contraditório é a característica que diferencia o processo do procedimento. Para o autor, processo é o procedimento em contraditório, isto é, procedimento em que a participação contraposta dos interessados no resultado final é imprescindível para sua existência. Em que pese haver várias espécies de procedimentos (como tributário, administrativo, entre outros), para que um procedimento seja adjetivado como processo, seus atos devem estar permeados pelo contraditório¹⁶². O processo, portanto, é uma das espécies de procedimento, cuja principal característica é a existência do contraditório, ou seja, da participação especial

¹⁵⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverantes e aliança**. In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 216.

¹⁵⁹ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992. p. 85.

¹⁶⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 5º, LV. “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

¹⁶¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 223.

¹⁶² FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992. p. 85.

das partes (atores que sofrerão os efeitos da sentença)¹⁶³, já que seus interesses em relação ao ato final são opostos¹⁶⁴.

A estrutura dialética do processo, base do contraditório, é essencial para a formação do convencimento hígido do juiz, pois, com base nos argumentos e contra-argumentos das partes é que será possível decidir de forma não mais solitária, mas sim com base no que foi produzido democraticamente¹⁶⁵.

Como aduz Francesco Carnelutti, “para saber se o imputado é inocente ou culpado, o juiz necessita de que um acuse e outro o defenda; ele não pode saber se tem razão a acusação ou a defesa sem escutar a uma e a outra”¹⁶⁶.

É nesse debate argumentativo (discurso proposicional e não autoritário) que reside à essência do contraditório, e é a “partir do contraditório que se estabelece a legitimidade do provimento judicial”¹⁶⁷. Como preleciona Francesco Carnelutti

“se a colaboração de uma parte é parcial ou, em outros termos, tendenciosa, este defeito se corrige com a colaboração da parte contrária, uma vez que esta tem interesse em desvelar a outra parte da verdade. Uma parte combatendo contra a outra, chocando os pedernais, de modo que acabam por fazer saltar a chispa da verdade”¹⁶⁸.

Vale enfatizar que o contraditório não se resume à contra argumentação ou simples participação das partes no processo. Aury Lopes Júnior afirma que a garantia do contraditório pode ser dividida em duas dimensões: reação e informação¹⁶⁹.

O direito de reação consiste no direito de participar da produção probatória resistindo à pretensão acusatória e tendo a garantia de que todas as alegações serão avaliadas pelo julgador. Trata-se da “possibilidade concreta de contrapor, em paridade de armas, os argumentos deduzidos pela outra parte”, o que exige uma condição de diálogo que viabilize a resistência ou produção de significantes probatórios¹⁷⁰.

¹⁶³ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992. p. 60.

¹⁶⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 68.

¹⁶⁵ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 97.

¹⁶⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Leme: EDIJUR, 2014. p. 74.

¹⁶⁷ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 97.

¹⁶⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Leme: EDIJUR, 2014. p. 67.

¹⁶⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 223.

¹⁷⁰ CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 295.

Para que seja possível reagir e participar no processo, contudo, faz-se mister o conhecimento, por vezes prévio, do ato que será praticado pela parte contrária. Trata-se do direito de informação constitutivo do contraditório.

Assim como a contraposição, o direito de informação é imprescindível para a efetividade do exercício do contraditório.

Antônio Scarance Fernandes afirma que

“no processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade das armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares”¹⁷¹

Definidos os contornos do contraditório, é possível aferir se se apresenta viável conceber que a instrução do inquérito policial seja efetiva sob à luz do contraditório.

A resposta será afirmativa se for possível, pelo menos na teoria, adotar o debate argumentativo entre partes contrapostas (direito de reação) no inquérito policial, bem como a prévia informação aos envolvidos, como regra, dos atos de investigação que serão realizados no curso das investigações (direito à informação).

Pois bem. Quanto ao direito de reação, o debate argumentativo entre partes contrapostas no inquérito policial se afigura praticamente impraticável, tendo em vista a inexistência de partes no inquérito policial. Em que pese à possibilidade do investigado colaborar com as investigações¹⁷², não lhe cabe o direito de construir, dialeticamente, o resultado da investigação, não sendo possível reagir, plenamente, às informações produzidas no estreito *locus* do inquérito policial¹⁷³. Diferentemente do processo, não há no inquérito policial partes contrapostas que almejam interesses distintos no resultado final do procedimento. Em apertada síntese, tendo em vista este não ser o ponto principal do presente tópico, o processo penal é constituído, impreterivelmente, por três atores principais, quais sejam: juiz, acusação e defesa. Ao juiz, ente imparcial, incumbe

¹⁷¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 36.

¹⁷² BRASIL, Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Art. 14. “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.”

¹⁷³ CASARA, Rubens R. R; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 296.

a missão de aplicar a lei material ao caso concreto. Às partes, acusação e defesa, compete a tarefa de levar ao processo os argumentos e meios de prova que subsidiarão o convencimento do juiz. Essa separação de funções é essencial para a existência do contraditório. Somente é possível imaginarmos o contraditório pleno em um procedimento onde existam partes distintas e contrapostas. Como assevera Franco Cordero, “*el debate contradictorio requiere, por lo menos, dos personas que intervengan, ante uno que los modera, y presupone luchadores equivalentes*”¹⁷⁴. Já o inquérito policial não é formado, necessariamente, por três atores, como o processo. Na fase pré-processual, especificamente na investigação por meio do inquérito policial, a relação que se estabelece é da Polícia Civil investigando um fato. Não há duas partes contrapostas e um ente imparcial a quem é destinada a produção probatória e que irá realizar um juízo de valor de forma imparcial. O convencimento do delegado de polícia, necessário para o indiciamento, nasce, em regra, dos elementos obtidos pela própria polícia, e não pelas partes, que sequer ainda existem. Há um trabalho solitário da polícia nessa fase, não havendo, necessariamente, contribuição do investigado e do futuro acusador. A Polícia Civil elabora uma hipótese sobre o suposto delito investigado e sai em busca de elementos. Esse sistema exclui a necessidade de diálogo.¹⁷⁵

Como é fácil deduzir, nesse contexto não há espaço para a dialética que constitui o contraditório. Faz parte da própria estrutura do inquérito policial a inexistência de partes e, por consequência, do contraditório. O contraditório é observado quando se criam as condições ideais de fala e oitiva¹⁷⁶ para as partes, o que não há no inquérito policial.

O inquérito policial contraditório, com a possibilidade de grandes debates argumentativos, poderia inchar consideravelmente o tempo e a quantidade de atos de investigação, transformando-o em um verdadeiro processo. Imaginar um inquérito policial contraditório seria assumir o risco de inverter a instrução processual, transformando o inquérito em um procedimento de cognição exauriente, o que reduziria a fase processual em uma simples repetição dos atos já praticados. Como abordado no primeiro capítulo, a fase pré-processual possui limitação qualitativa, ou seja,

“a instrução preliminar não deve ser normativamente uma cognição plena, profunda e completa sobre a existência do delito, pois esse é o objetivo da

¹⁷⁴ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo II. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. p. 201.

¹⁷⁵ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo II. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. p. 47.

¹⁷⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 221.

fase processual e da instrução definitiva. Uma fase pré-processual plenária não representa mais do que uma molesta duplicidade ou, ainda pior, desvirtua completamente a fase processual, transformando-se na alma do processo”¹⁷⁷.

Não se pode descurar que a fase pré-processual deve ser sumária, ou seja, deve objetivar a realização de um juízo de probabilidade acerca da autoria delitiva e não um juízo de convencimento capaz de subsidiar uma condenação. Exigir que os atos do inquérito policial sejam praticados sob o crivo do contraditório teria o condão de transformá-la em uma verdadeira instrução processual prévia.

Portanto, não há como adotar o debate argumentativo entre partes contrapostas no inquérito policial.

No que se refere ao direito à informação, segunda dimensão do contraditório, já mencionada, seu exercício pleno no inquérito policial, igualmente, não se afigura possível. Isso porque a comunicação prévia ao investigado de todos os atos de investigação poderia transformar o inquérito policial em verdadeira instrução processual, comprometendo sua necessária celeridade, desvirtuando o escopo de busca de um juízo de probabilidade e comprometendo a cognição sumária¹⁷⁸.

Todavia, a inerente impossibilidade de obrigatoriedade de comunicação prévia, ao investigado, dos atos de investigação praticados no curso do inquérito policial não significa que ele deva ser um procedimento totalmente secreto, obscuro. Não se pode confundir obrigatoriedade de informar previamente a prática de um ato com o direito de acesso por parte da defesa aos atos de investigação já produzidos, corolário da ampla defesa. O direito de acesso aos autos do inquérito policial é um importante instrumento de controle dos atos realizados no curso da investigação e “garantia ao exercício futuro e amplo da defesa”¹⁷⁹. Em consonância com o exposto encontra-se a Súmula Vinculante 14, cujo teor esclarece que: “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”.

No mesmo diapasão a recente Lei 13.245, de 12 de janeiro de 2016, alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94) prevendo expressamente o

¹⁷⁷ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 178.

¹⁷⁸ A cognição no inquérito policial foi tratada no primeiro capítulo.

¹⁷⁹ CASARA, Rubens R. R; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 297.

direito do advogado examinar os autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, independentemente do órgão que a esteja realizando, como segue:

“ art. 7º, XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;”

A impossibilidade de conceber um inquérito policial contraditório pleno, isto é, com direito à reação e informação, não elide a participação do advogado do suspeito em certos atos de investigação, seja em face do exercício da ampla defesa, como já exposto, seja por uma espécie distinta de contraditório, chamado de *imperfecto*. Essa espécie de contraditório é amplamente adotada na fase investigativa na Espanha e consiste na garantia de que certos atos de investigação sejam realizados com a presença do defensor do investigado. Trata-se de contraditório imperfecto porque *las personas san dos*, ou seja, não existe a figura do juiz imparcial presidindo o ato de formação da prova apresentado por uma das partes, mas sim o investigador e a defesa¹⁸⁰.

Assim, como corolário do chamado *contraditório imperfecto*, e, a depender do prisma, do exercício da ampla defesa, seria possível admitir que os atos de investigação que não exijam sigilo para sua produção e que não possam ser repetidos na fase processual, como a realização de perícias, por exemplo, possam ser acompanhados pela defesa.

O contraditório imperfecto apresenta-se adequado para o atual sistema de persecução penal brasileiro, já que o Código de Processo Penal admite¹⁸¹ que o juiz forme seu convencimento com base, também, nos elementos de investigação. Como explica Franco Cordero, se fossem negados efeitos processuais às atividades investigativas estaria fora de lugar o debate contraditório anterior ao processo. Todavia, admitindo-se que alguns atos de investigação farão parte do debate processual, haverá neles um peso quase que instrutório e, portanto, deverá ser exigida a participação da defesa na sua produção¹⁸².

¹⁸⁰ CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Tomo II. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. p. 205.

¹⁸¹ BRASIL, Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. 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.”

¹⁸² CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Tomo II. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. p. 204.

Em consonância com a ideia de contraditório imperfeito e com estribo em uma perspectiva democrática de investigação, a qual coloca o acusado como sujeito de direitos e não objeto da investigação, o inciso XXI do Estatuto das Ordens dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94), alterado pela Lei 13.245, de 12 de janeiro de 2016, passou a prever o direito do investigado de ser assistido por um advogado durante o curso da apuração da infração penal, mormente no que tange ao seu interrogatório, bem como o direito do defensor apresentar razões e quesitos. Vale a reprodução do texto:

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:
a) apresentar razões e quesitos;

Como se percebe a lei não se refere à participação da defesa no curso de todo e qualquer ato de investigação, limitando-a ao interrogatório do investigado - o que representa expressão da ampla defesa - e ao direito de apresentação de razões e quesitos, o que poderíamos entender como uma forma de contraditório imperfeito diferido. Logo, o legislador foi um tanto quanto tímido ao introduzir a participação da defesa na investigação preliminar, não contemplando no texto legal o direito de participação da defesa durante a oitiva de testemunhas ou realização de perícias, por exemplo. Ademais, o §11 do art. 7º do Estatuto em comento, também acrescentado pela citada lei, deixa claro que

“a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.”

Em que pese a limitada extensão da regra de participação da defesa, não há como negar que a nova lei represente um avanço na erradicação da tradição autoritária que permeia a investigação preliminar. A participação da defesa habilita a investigação preliminar a cumprir sua função e filtro, evitando acusações infundadas e processos estéreis. A aproximação dos responsáveis pela investigação com as teses defensivas propicia a oxigenação de quadros paranoicos gerados pela formulação de hipótese única de autoria, evitando a chamada visão de túnel. A presença da defesa

reforça, ainda, a ideia de que o investigado é sujeito de direitos e não objeto da investigação. Como observa Fauzi Hassan Choukr,

“a dignidade da pessoa humana como fundamento maior do sistema implica a formação de um processo banhado pela alteridade, ou seja, pelo respeito à presença do outro na relação jurídica, advindo daí a conclusão de afastar-se deste contexto o chamado modelo inquisitivo de processo, abrindo-se espaço para a edificação do denominado sistema acusatório. Fundamentalmente aí reside o núcleo de expressão que afirma que o réu (ou investigado) é sujeito de direitos na relação processual (ou fora dela, desde já na investigação), e não objeto de manipulação do Estado”¹⁸³

Ponto polêmico da nova redação do art. 7º, XXI, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil reside na previsão de nulidade do interrogatório e demais atos dele proveniente, quando não respeitado o direito de assistência de um advogado. Grande parte da doutrina e um sem número de julgados considera que os atos em desacordo com a lei praticados no curso do inquérito policial, por exemplo, representam mera irregularidades, que não possui o condão de contaminar o processo e, portanto, não causa nulidade. O novo texto, entretanto, expressamente impele pena de nulidade absoluta para o interrogatório praticado com a obstrução da presença do advogado, fazendo surgir as seguintes dúvidas: reconheceu-se a existência de nulidade e contaminação do processo pelos atos de investigação? Ou o legislador não foi técnico ao utilizar-se da expressão “nulidade absoluta”, devendo o interprete entender como mera irregularidade o cerceamento da presença do defensor?

Certamente a primeira opção é a que mais se coaduna com a perspectiva de uma persecução penal em consonância com a Constituição Federal vigente, cuja preservação de garantias e direitos do investigado é o ponto gravitacional. Outrossim, se atos de investigação são aptos a fundamentar a decisão do julgador, conforme estabelece o art. 155 do Código de Processo Penal, nada mais correto de que sua confecção ao arrepio da lei seja considerado um ato nulo. Não se pode admitir que um ato de investigação, eivado de vício, sirva para a formação da cognição do julgador.

Dessa forma, a nova lei representa um importante avanço no reconhecimento dos direitos e garantias do investigado já na fase preliminar, podendo ser um contributo para a mudança da mentalidade autoritária que aflige o procedimento pré-processual.

¹⁸³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 08.

A nova lei prevê, ainda, sanções para o descumprimento dos direitos por ela atribuídos à defesa. Conforme §12 do art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, também introduzido pela Lei 12.403/16,

“a inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.”

Destarte, pelas razões outrora apresentadas, afigura-se certo que a nova lei não institui contraditório pleno na fase preliminar, tendo em vista as limitações aludidas, mas, todavia, consentânea com a ordem democrática, previu expressamente o direito de participação ativa da defesa do investigado.

Admitir o exercício pleno da ampla defesa e o chamado contraditório imperfeito no inquérito policial são medidas salutares para a equiparação de armas entre acusação e defesa no curso do processo, bem como representam uma evolução civilizatória e democrática a ser implementada na fase investigativa.

3. CULTURA INQUISITÓRIA, AMBIÇÃO DE VERDADE E INVESTIGAÇÃO.

As práticas adotadas pela Igreja católica nos procedimentos canônicos durante o chamado período inquisitório, entre os séculos XII e XVIII, foram recepcionadas por diversas legislações laicas da Europa continental e, por influência ibérica, absorvido por países da América Latina, como o Brasil¹⁸⁴. Com efeito, um “repertório cultural que aponta para uma maneira de ver a vida e compreender o desvio, a culpa, os mecanismos de penitência e, como consequência, o processo penal”¹⁸⁵, foi insculpido em todos os países que receberam influência do processo inquisitório da Igreja católica.

Mesmo com o declínio da inquisição, a partir do século XIX, é fácil encontrar, ainda nos dias atuais, um legado de práticas típicas do período inquisitorial na persecução penal brasileira, como a possibilidade do juiz, de ofício, ordenar a produção

¹⁸⁴ BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Batos, 2000. p. 363.

¹⁸⁵ CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 362.

de provas ainda na fase pré-processual¹⁸⁶. Ademais, há uma íntima relação entre a tradição inquisitiva e o autoritarismo político. Como afirma Nilo Batista, o desejo de fazer valer o ideal autoritário possibilitou que as práticas e dogmas difundidos pela Inquisição contribuíssem com a formação da matriz do direito criminal brasileiro¹⁸⁷.

No Brasil, mesmo após a adoção, pelo menos em tese, do sistema acusatório, consentâneo com o regime democrático de governo instalado com a Constituição Federal de 1988, resta evidente na lei processual penal a existência de um legado de práticas inquisitórias no contexto da persecução penal, notadamente no que se refere à investigação policial. Basta ver que a doutrina, quase que de forma uníssona, conceitua o inquérito policial como um procedimento *inquisitório* e lhe atribuí características típicas do sistema processual inquisitivo, como, por exemplo, o sigilo, a inexistência de contraditório e o tratamento do investigado como mero objeto da investigação¹⁸⁸.

Como já afirmado, o inquérito policial ainda é regido pelas regras originais do Código de Processo Penal, cuja ideologia fundante era claramente autoritária, repressiva e mais voltada para o discurso de tutela do bem comum, da proteção da ordem público, ou seja, da defesa social, do que do indivíduo. Nesse contexto, as práticas e dogmas inquisitoriais encontraram liberdade para serem recepcionadas pela legislação processual penal da época, perdurando no inquérito policial até os dias atuais.

Não se pode olvidar, ainda, que em uma democracia recente, como a brasileira, as práticas consagradas em determinada época, mesmo que reprovadas pela nova ordem política, convivem com as atuais, demorando a desaparecerem¹⁸⁹. Geraldo Prado explica que as transformações no campo da justiça criminal, decorrentes da transição do regime autoritário, anterior à Constituição Federal de 1988, para o regime democrático, ainda não se mostram plenas. A tensão entre sistema político (administração funcional e eficaz) e o sistema de justiça criminal se resolveu não com a extirpação da tradição inquisitiva, base teórica do processo penal consolidado entre os anos 30 e 70 do século

¹⁸⁶ BRASIL, Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Art. 156. “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008); II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)”

¹⁸⁷ BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Batos, 2000. p. 363.

¹⁸⁸ Por todos, GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 99-100.

¹⁸⁹ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the Brazilian lessons**. São Paulo: Atlas, 2013.

XX, mas sim como a acomodação dessas práticas no âmbito das novas experiências políticas democráticas e republicanas¹⁹⁰.

A sobrevivência da cultura inquisitorial citada, como consequência, deposita na investigação preliminar a expectativa e responsabilidade de extração da essência plena do fato investigado, da *verdade*. A ideia de verdade constitui um mito que se encontra atrelado à estrutura do sistema inquisitivo¹⁹¹.

A concepção de verdade como finalidade da persecução penal estava difundida por todas as culturas jurídicas durante o período de predomínio inquisitório¹⁹². Logo, afigura-se natural que o inquérito policial, ainda considerado um procedimento inquisitivo, encontre traços da responsabilidade de busca da chamada *verdade real* em seu âmago.

Vale lembrar que a ideia de busca da verdade real como escopo do processo penal encontra-se sedimentada na origem do Código de Processo Penal brasileiro. Vincente Manzini, cuja obra serviu de base para a concepção do Código de Processo Penal italiano de 1931, que serviu de inspiração para o Código de Processo Penal brasileiro de 1941, defendia que o juiz, no processo penal, deveria buscar a realidade dos fatos, isto é, a verdade material¹⁹³. Ademais, como já citado, no ano de publicação do Código de Processo Penal, o Brasil vivia um regime político ditatorial, chamado de *Estado Novo*. Nesse contexto, a suposta busca da verdade encontrava território fértil para ser cultivada. Como observa Salah H. Khaled Júnior, “regimes autoritários, ditatoriais e totalitários, caracterizados pela tendência em produzir ‘verdades’ através de práticas persecutórias”¹⁹⁴.

Com efeito, a cultura inquisitória impregnou na investigação preliminar a ambição da busca da sofismável verdade, antagônica à persecução penal almejada em um Estado Democrático de Direito, mantendo-se ainda presente na investigação por meio do inquérito policial. A verdade, como suporte à arquitetura inquisitória, mantém-se vigente mesmo dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito, “o qual por

¹⁹⁰ PRADO, Geraldo. *Charla proferida en el ámbito de II Congreso de Derecho Penal y Criminología*, realizado em Buenos Aires, por la ALPEC. 07 de nov. 2013. Disponível em: <https://psigma.academia.edu/GeraldoPrado/Papers>. Acesso em 06.06.2015.

¹⁹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 580.

¹⁹² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traduzido por Jordi Ferrer Beltrán. Madri: Editorial Trotta, 2002. p. 21.

¹⁹³ CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 571.

¹⁹⁴ KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12.

excelência não deveria comportar espaço para o florescimento de sensibilidades inquisidoras”¹⁹⁵.

Nesse contexto, mesmo que desprovida de contraditório e com ínfima participação do suspeito, ou seja, mesmo adquirindo conhecimento sobre o fato delituoso de maneira unilateral e limitada à hipótese formulada pelo próprio investigador, a investigação preliminar ainda carrega, para muitos atores nela envolvidos, a expectativa da descoberta da verdade sobre os fatos investigados. Espera-se que por meio da investigação policial seja realizada a perfeita e plena reconstrução do passado, o que se mostra inverossímil e acaba por justificar práticas autoritárias. Como alerta Aury Lopes Junior, há ainda autores e atores judiciais que sustentam a mitológica ‘verdade real’ para justificar suas práticas autoritárias¹⁹⁶.

Há uma inerente e intransponível limitação para a reconstrução plena do passado por meio da investigação preliminar e até mesmo do processo.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho preleciona que com o predomínio da Filosofia da Linguagem sobre a Filosofia da Consciência, mostra-se impossível, a partir da relação sujeito-objeto, chegar-se a uma verdade única. Segundo o autor seria possível chegar a parte dela, que, todavia, “*não é o Todo e, portanto, é de outra coisa que se trata*”¹⁹⁷. “A verdade será na melhor das hipóteses contingencial”¹⁹⁸. “Nem com magia é possível transportar a totalidade fática circunstancial aos autos. Os humanos estão desprovidos (pelo menos até onde se alcança) de poderes divinos e sobrenaturais para operar tais milagres”¹⁹⁹.

A ideia de que a investigação preliminar é apta a revelar a verdade é típica do sistema inquisitivo, cuja lógica esta centrada na verdade absoluta, sempre intolerante, sob pena de perder seu caráter “absoluto”²⁰⁰.

Além de não haver, de forma geral, “mecanismo capaz de eliminar os inúmeros impedimentos à obtenção de uma verdade correspondente ao real, possibilitando que o

¹⁹⁵ KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11.

¹⁹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 118.

¹⁹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema inquisitório e o processo em “O Mercador de Veneza”**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.); **Direito e Psicanálise: Interseções a partir de “O Mercador de Veneza”, de William Shakespeare**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 155.

¹⁹⁸ KHALED JR, Salah H. . **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 591.

¹⁹⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório**. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 226.

²⁰⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 100.

historicamente verificável possa ser obtido sem qualquer espécie de deformação”²⁰¹, não se pode descurar que em um Estado Democrático de Direito as investigações para o esclarecimento de um crime devem ser realizadas de acordo com os limites estabelecidos pela lei. Assim, a verdade não pode ocupar um lugar hegemônico no processo, devido à existência de uma série de limites à atividade probatória, como a recusa da prova ilegal²⁰².

Certamente, a ambição de trazer à tona a suposta verdade dos fatos, somada à deletéria e fantasiosa ilusão de que incumbe à polícia resolver os problemas da criminalidade, são fatores que estimulam práticas ilícitas em nome de um suposto nobre ideal: a solução de um crime. “A obsessiva ambição de verdade legitima um poder que não conhece freios e que acaba quase que invariavelmente sendo utilizado de forma arbitrária”²⁰³.

Imaginar a investigação concretizada no inquérito policial como apta a revelar a ilusória verdade seria o mesmo que transformar esse instrumento em uma panaceia, e o policial num messias, capaz de indicar as causas e soluções de todos os males. Como alerta Alexandre Morais da Rosa, “a tentação de ocupar esse lugar é permanente, afinal, não seria maravilhoso poder reparar o mundo, reformar as coisas, ajudar as pessoas a andarem no caminho certo e do bem?”²⁰⁴

Assim, a investigação, inexoravelmente, não representa meio hábil para se chegar à verdade do fato ocorrido, pois esta diz respeito à realidade do já ocorrido, ou seja, uma realidade histórica²⁰⁵ que ao ser reconstruída, certamente ganhará nova roupagem. A verdade real é imaginária e não pode ser atingida, pois como o crime está no passado, a verdade do presente não é real. Como preleciona Luigi Ferrajoli “a verdade certa, objetiva ou absoluta representa sempre a expressão de um ideal

²⁰¹ KHALED JR, Salah H. . **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 173.

²⁰² KHALED JR, Salah H. . **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 169.

²⁰³ KHALED JR, Salah H. . **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 172.

²⁰⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Variáveis ocultas e efeito borboleta na decisão penal**. Consultor Jurídico. Março 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-mar-22/diario-classe-variaveis-ocultas-efeito-borboleta-decisao-penal>. Acesso em 29.03.2014.

²⁰⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 281.

inalcançável”²⁰⁶. “‘A’ verdade, no singular, será sempre incompleta, necessariamente contingente e dependente de referenciais (tempo, espaço e lugar)”²⁰⁷.

Dessa forma, com a assunção do sistema acusatório, cuja busca é, precipuamente, pela eficácia do sistema de garantias constitucionais, e diante da consciência de que a verdade certa, objetiva ou absoluta representa a expressão de um “ideal inalcançável, uma ingenuidade epistemológica”²⁰⁸, a ideia de que a investigação preliminar (inquérito policial) tem como fim a descoberta da verdade, deve ser enterrada.

A investigação não é capaz de trazer o tempo de volta. A investigação cria, por meio de um conhecimento construído a partir de rastros, um presente que simula um suposto e imaginário passado. A investigação produz; não desvenda o passado. O tempo que escoou se foi em definitivo, para além de quaisquer possibilidades de ressurreição. A verdade correspondente não se coloca à disposição do investigador²⁰⁹.

Com efeito, é preciso pensar a persecução penal desprovida da responsabilidade da “verdade”. A verdade é contingencial e não fundante²¹⁰.

4. A DEPENDÊNCIA DA INVESTIGAÇÃO EM RELAÇÃO À PROVA TESTEMUNHAL E A INGENUIDADE JURÍDICA QUANTO À ‘MEMÓRIA’.

No Brasil, malgrados os avanços tecnológicos, a principal fonte de prova ainda é, indubitavelmente, a testemunha, seja pela facilidade em sua produção, seja pela deficiência em produzir provas técnicas²¹¹. Talvez pelas restrições técnicas que infelizmente a polícia judiciária brasileira – em regra – tem, a prova testemunhal acaba por ser o principal meio de prova do processo criminal e a base da imensa maioria das sentenças condenatórias ou absolutórias proferidas²¹².

²⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 42.

²⁰⁷ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 1.

²⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 42.

²⁰⁹ KHALED JR, Salah H. . **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 346, 347.

²¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 120.

²¹¹ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 58.

²¹² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 668

Paradoxalmente, esse meio de prova é também um dos menos confiáveis e que mais facilmente pode ser manipulado e distorcido. Giuliana Mazzoni afirmar que “*dado el gran número de variables que pueden incidir en el grado de fiabilidad del testimonio, es fácil comprender que sea casi imposible en la realidad obtener un testimonio totalmente exacto*”²¹³.

Os relatos ofertados pelas testemunhas durante o depoimento referem-se, necessariamente, a fatos passados e, portanto, dependem de uma série de fatores, que muitas vezes extrapolam os ensinamentos jurídicos, para serem expostos de forma correspondente ao que foi testemunhado. “A testemunha exerce uma função retrospectiva, na medida em que busca resgatar na memória a lembrança de um fato ocorrido no passado, a fim de dar conhecimento ao julgador sobre aquilo que viu e ouviu, cumprindo uma função recognitiva do processo”²¹⁴.

Depositar a expectativa de reconstrução do passado na prova testemunhal, limitando o estudo do tema ao campo jurídico, beira à ingenuidade dos operadores do direito. A correspondência entre o fato testemunhado e o relatado da testemunha depende de uma rede complexa de variáveis. “*El contenido de un testimonio depende de la interacción entre el contenido de la memoria – el contenido del suceso al que ha asistido el testigo -, y los procesos de decisión relativos a ‘lo que’ el testigo trata de relatar*”²¹⁵.

Conhecer o processo que envolve um depoimento é essencial para a conscientização do quão frágil pode ser um testemunho. O ato de relatar um fato testemunhado nasce necessariamente na captação do acontecimento pelos sentidos da testemunha, passa pelo armazenamento do fato na sua memória e termina com a recuperação da memória e conseqüente declarações perante uma autoridade. Como todas aludidas fases estão suscetíveis a interferências, é fundamental analisá-las isoladamente, a fim de que com isso seja desmistificada a relevância da prova testemunhal na persecução penal.

²¹³ MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 24

²¹⁴ DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memorias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 93.

²¹⁵ MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 06.

A primeira fase do processo que envolve o testemunho é a chamada aquisição ou codificação do fato testemunhado. Trata-se da captação das imagens e sons do fato presenciado pela testemunha.

Dois fatores são determinantes para o processo de aquisição do fato: a atenção e as percepções.

Giuliana Mazzoni preleciona que “*solo lo que es objeto de atención será elaborado de manera que pueda ser codificado, comprendido, representado en la memoria a largo plazo e, posteriormente, utilizado, es decir, recordado*”²¹⁶.

O admirador de uma obra de arte, que observa um objeto estático, de forma voluntária, contemplativa, calma e com o escopo de auferir na memória o maior número de detalhes possível, terá muito mais possibilidades de captar informações sobre o objeto visualizado do que a testemunha ou vítima de um crime, que, permeadas por emoções negativas, concentram seus esforços na tentativa de interromper, com máxima brevidade, a visualização da cena²¹⁷. A atenção focalizada e seletiva é crucial para permitir dar um sentido à informação que nos chegam aos sentidos²¹⁸.

Nesse aspecto já surgem as primeiras interferências que comprometem a prova testemunhal. Presenciar um fato criminoso, como regra, não pode ser considerado algo aprazível. A captação das imagens do fato criminoso encontra-se cingida por sentimentos como o medo, ansiedade, pressa de sair do local e distanciar-se de uma situação de perigo, nervosismo etc. Deveras, portanto, que não se possa esperar que o indivíduo que presencie um evento de tal natureza consiga apreender, com riqueza de detalhes, todo o contexto da cena da criminosa.

Ademais, como alerta Cristina di Gesu, “a atividade sensorial é determinada pela potencialidade dos sentidos para perceber os estímulos”²¹⁹. Assim, a aquisição do fato

²¹⁶ MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 34,35.

²¹⁷ Preleciona Giuliana Mazzoni que entre os fatores cruciais que interferem na exatidão da memória e confiabilidade de um testemunho estão: *la presencia o ausencia de intencionalidad para recordar en el momento en que se asiste al episodio, la cantidad de tiempo que transcurre entre el episodio y el testimonio, la conciencia de la diferencia entre verdad y mentira, entre verdad y fantasía, la finalidad que mueve a testimoniar, la intención de decir la verdad o de mentir, el nivel de certeza y confianza en la bondad y veracidad de lo que se recuerda, el tipo de interferencia que el testigo soporta entre el momento en que asiste al episodio y el momento en que es llamado a declarar, el modo en que viene efectuado el reconocimiento*. MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 22.

²¹⁸ MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 35.

²¹⁹ DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memorias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 104.

testemunhado depende da capacidade dos órgãos sensoriais da testemunha, bem como das condições de tempo e lugar onde o fato está ocorrendo.

Logo, a atenção da vítima ou testemunha de um crime não está intencionalmente voltada para a apreensão de detalhes do acontecimento criminoso. Com isso, sua visão sob a plenitude do fato que esta presenciando encontra-se comprometida. Grande parte do que está acontecendo ao seu redor simplesmente não é visto e, assim, somente imagens isoladas de parte do contexto fático são captadas.

Outro aspecto relevante para a captação de informações é a percepção. Ela é responsável por elaborar a informação que se apresenta aos sentidos e lhe atribui um significado. Esse processo depende do conhecimento que o indivíduo possui sobre o mundo e sobre as coisas. É por meio da percepção que os objetos são individualizados, recebem um nome e um significado. Em outras palavras, “*un limón es percibido como un limón, un fruto con determinadas características y no sólo como un objeto amarillo y o oblongo de superficie rugosa*”, graças à percepção²²⁰.

Esse processo de perceber e interpretar o objeto ou acontecimento visualizado é determinante para o armazenamento das informações na memória e futura recordação²²¹.

Ocorre que, do mesmo modo que a percepção é determinante para estabelecer os fatos que serão memorizados, a memória, por meio dos conhecimentos armazenados, exerce forte influência na percepção. A maneira como se interpreta e se percebe o acontecimento testemunhado depende dos conceitos que o indivíduo possui em sua memória.

A cena de um homem, maltrapilho, observando produtos numa prateleira de supermercado pode ser percebida como a de um possível furto, tendo em vista o estereótipo contido na memória de quem presencia.

Assim, não se pode olvidar que as declarações de quem relata um fato criminoso são contaminadas pelas interpretações que a testemunha atribuiu ao fato. O relato não se refere estritamente ao que supostamente foi visualizado. Os conhecimentos e as convicções que a testemunha possui em sua memória certamente constituirão um componente de destaque na forma como ela irá recordar-se do ocorrido, tendo em vista

²²⁰ MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 38.

²²¹ MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 39.

o poder que eles exercem na interpretação que é realizada ao se visualizar um fato²²². A objetividade do testemunho, exigida pela norma processual²²³, mostra-se ilusória

Resta estampado, portanto, que o mais comum é que a testemunha codifique a informação que lhe chega do meio, sendo, fundamental para tanto, a atenção e a percepção. O fato presenciado pela testemunha não passa a fazer parte do sistema cognitivo da mesma forma e com os mesmo detalhes da realidade. A informação se modifica e se transforma desde os primeiros instantes²²⁴.

Após captado o trecho do fato objeto da prova que a testemunha logrou absorver, faz-se necessário que ele seja armazenado em sua memória.

Malgrado os avanços da neurociência após a Segunda Guerra Mundial, o conhecimento hoje existente sobre a memória ainda é incompleto e somente tangencia a tarefa de desvendar seus mistérios, cuja complexidade envolve a biologia, neurociência, sociologia, psicologia, psiquiatria, biologia molecular, entre outras áreas²²⁵.

A memória, sem a pretensão de aprofundar o tema, é entendida como a capacidade de armazenar as impressões e os conhecimentos adquiridos²²⁶. Tal processo de “sobrevivência de imagens passadas”²²⁷ é essencial para os depoimentos, declarações e interrogatórios.

Giuliana Mazzoni aponta a existência de vários tipos de memória, como, por exemplo, a memória autobiográfica, a memória episódica, a memória semântica e a memória procedimental²²⁸.

Ao estudo em tela interessa a análise das chamadas memória episódica e memória semântica²²⁹.

²²² MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 41.

²²³ BRASIL, Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Art. 213. “O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.”

²²⁴ MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 49.

²²⁵ ÁVILA, G. N.; GAUER, G. J. C.; ANZILIERO, D. L. Memória (s) e testemunho: um enfoque interdisciplinar. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de. (Orgs.). **Crime e interdisciplinaridade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012. p. 374

²²⁶ GIACOMOLLI, Nereu José; GESU, Cristina Carla di. **As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília, nov. 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/06_191.pdf. Acesso em: 21.07.2014.

²²⁷ BERGSON, Henri. **Matéria e memória: ensaio sobre a relação do corpo com o espírito**. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 49.

²²⁸ MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 28-32.

A memória episódica conserva dados, informações e imagens de forma precisa, com datas, horas, locais e demais detalhas. Sua característica principal é a possibilidade de precisar o espaço e o tempo do acontecimento. Esse tipo de memória é o mais utilizado durante o testemunho, tendo em vista que os indicadores temporais e espaciais nela contidos são indispensáveis para a investigação. “*El policía, o quien en su lugar conduzca el interrogatorio, está interesado en conocer dónde y cuándo*”.²³⁰

Todavia, como o delito é cercado por emoções, “a tendência da mente humana é guardar a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva provida de detalhes técnicos e despida de contaminação”²³¹. Logo, o prejuízo para as respostas às indagações do entrevistador é latente.

Já na memória semântica estão armazenados dados e informações que têm um formato próprio, isto é, não são nem imagens nem sons, nem palavras escritas com letras, mas sim representações abstratas. Essa espécie de memória é responsável por armazenar informações em forma de esquemas e *scripts* e atribuir significado ao que foi presenciado. Ao contrário da memória episódica, que armazena detalhes do fato, a memória semântica é abstrata.

A palavra “ladrão”, por exemplo, é armazenada na memória semântica em forma de um conceito esquemático que contém elementos gerais que caracterizam a ideia de que cada pessoa possui de ladrão, como vestimenta, comportamento, fenótipo etc. Ao ouvir a palavra ladrão os elementos esquemáticos contidos na memória de uma pessoa, correspondentes a essa palavra, são ativados, criando com isso uma imagem mental abstrata do ladrão que ela imagina.

Dotar o fato presenciado de uma interpretação e de um sentido é fundamental para se recordar de acontecimento. “*Cuando no es posible dar ninguna interpretación dotada de sentido es casi imposible el recuerdo*”²³².

²²⁹ Vale citar, contudo, que a memória autobiográfica tem a função de armazenar informações sobre a própria pessoa e sobre sua própria história. Já a memória procedimental refere-se aos conhecimentos que permitem mobilizar toda uma série de ações motoras e mentais, como pensar, realizar gestos e atos de diversos tipos.

²³⁰ MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 33.

²³¹ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memorias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 110.

²³² MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 44.

O problema é que essa espécie de esquema guia a forma como a testemunha irá interpretar o fato criminoso presenciado, podendo modificar a recordação²³³. Quando se atribui um sentido a um fato presenciado, tendo como base os conhecimentos preexistentes na memória semântica, inevitavelmente se agregam informações desviantes tanto na captação como no armazenamento do fato presenciado, prejudicando a fidelidade da recordação.

A palavra igreja, por exemplo, ativa no ouvinte todo o significado e representação que essa palavra possui em sua memória de longo prazo. Da mesma forma, a palavra “ladrão” corresponde a uma esquema mental que é capaz de construir, abstratamente, de acordo com os conhecimentos da pessoa, uma ilustração sobre as características de um ladrão. Presenciado um furto em uma igreja o relato da testemunha não conterà somente o que efetivamente foi por ela testemunhado, mas, também, os dados contidos no esquema de “ladrão” e de igreja existentes em sua memória a longo prazo. Os conhecimentos preexistentes na memória da testemunha, organizados em esquemas, contaminam a codificação e recordação do fato, agregando ao relato deduções e elementos que não foram efetivamente presenciados²³⁴.

As deduções e processos de racionamento podem ser comparados, de certo modo, aos estereótipos, ou seja, formas de juízo sobre um grupo de pessoas que elimina as diferenças entre os indivíduos a ele pertencentes e potencializam os elementos comuns²³⁵. Julga-se um indivíduo com base no grupo que ele pertence.

O estereótipo é um esquema de conhecimento, um tipo especial de convicção que funciona como um filtro através do qual obrigatoriamente passam as informações que o indivíduo recebe sobre o mundo ou sobre pessoas pertencentes a outros grupos sociais²³⁶. A influência negativa dos estereótipos no âmbito do testemunho é similar à exercida por outras formas de dedução. Os estereótipos induzem, inconscientemente, à modificação das declarações acerca do que foi testemunhado²³⁷.

²³³ MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 32.

²³⁴ MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 42.

²³⁵ MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 45.

²³⁶ MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 46.

²³⁷ MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 48.

A memória semântica tem forte influência na percepção, acima citada, podendo contribuir com o desvirtuamento de um fato já na captação.

Portanto, além das distorções na captação dos fatos presenciados pelas testemunhas, o processo de armazenamento na memória é, também, responsável por macular a legitimidade desse meio de prova.

Por fim, o relato da testemunha depende, ainda, além da captação dos fatos e do armazenamento na memória, do processo de recuperação do que se encontra armazenado.

Para que um dado armazenado na memória seja convertido em recordação é necessário que ele seja recuperado²³⁸. O ato de recuperação daquilo que se encontra na memória está sujeito, igualmente, a inevitáveis distorções.

O ponto nevrálgico da recordação do fato consiste na impossibilidade de reprodução precisa do que foi presenciado. Recordar um acontecimento, ou seja, recuperá-lo na memória, não significa voltar mentalmente ao passado e, no presente, reproduzir fielmente o que ocorreu. “As imagens não são armazenadas sob forma de fotografias fac-similares de coisas, de acontecimentos, de palavras ou de frases. O cérebro não arquiva fotografias Polaroid de pessoas, objetos, paisagens”²³⁹. “O cérebro não guarda as recordações de forma exata, trabalhando com a ideia de ‘representação aproximativa’. A memória não é estática, mas essencialmente dinâmica”²⁴⁰. O processo de recuperação, em verdade, não consiste em reprodução do fato presenciado, mas sim na sua reconstrução na memória, pois o que é armazenado são trechos, recortes, resíduos de tudo que foi presenciado²⁴¹ pela testemunha.

O ato de recuperar as recordações na memória envolve a ativação de diversas informações já existentes na memória, que após corrigidas, completadas e reorganizadas são capazes de criar um acontecimento que pode ser chamado de recordação. “*La memoria sería, pues, fundamentalmente, un proceso de tipo reconstructivo y no una simples recuperación*”²⁴².

²³⁸ MAZZONI, Giuliana. **Se puede creer a um testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 54.

²³⁹ DAMÁSIO, Antônio. **O Erro de Descartes: Emoção, Razão e o Cérebro Humano**. São Paulo: Cia. das Letras, 1996. p. 128-129.

²⁴⁰ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 112.

²⁴¹ DAMÁSIO, Antônio. **O Erro de Descartes: Emoção, Razão e o Cérebro Humano**. São Paulo: Cia. das Letras, 1996. p. 128.

²⁴² MAZZONI, Giuliana. **Se puede creer a um testigo?** *El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 59.

Para que a reconstrução possa ocorrer a testemunha terá que reunir os trechos do acontecimento que logrou armazenar na memória. Logo, é fácil perceber que a recordação não é capaz de reconstruir com fidelidade os fatos testemunhados²⁴³, pois há na memória somente fragmentos do ocorrido e não um todo coeso. Com efeito, a tendência da testemunha é resgatar em suas memórias os resíduos de imagens que logrou armazenar, do trecho da cena que conseguiu presenciar. De posse desses fragmentos, buscando formular um relato coeso e coerente, a testemunha, mesmo que inconscientemente, preenche as lacunas existentes com suas expectativas, influências e emoções, construindo com isso nova versão sobre o fato testemunhado. É como se um livro tivesse algumas páginas arrancadas e o leitor preenchesse as lacunas com sua própria versão da história.

Giuliana Mazzoni explica que quando um indivíduo não consegue se recordar de um fato que presenciou, utiliza-se, inconscientemente, *la información relativa a “lo que probablemente debió haber sucedido, basándose en los conocimientos que hoy posee en relación con aquel acontecimiento”*²⁴⁴.

Aury Lopes Júnior afirma que

“o crime é história, passado, e como tal, depende exclusivamente da memória de quem narra. A fantasia/criação faz com que o narrador preencha os espaços em branco deixados na memória com as experiências verdadeiras, mas decorrentes de outros acontecimentos. A imaginação colore a memória com outros resíduos. É o clássico exemplo do cubo: podemos ver duas, no máximo três faces. O cubo só é real no imaginário, pois somente assim se conhece as 6 faces. Não resta dúvida que a imaginação não forma imagens, mas deforma as cópias pragmáticas fornecidas pela percepção.”²⁴⁵

A reconstrução do fato testemunhado armazenado na memória ainda sofre os efeitos das chamadas *falsas memórias*. De acordo com o estudo desenvolvido por Elizabeth Loftus²⁴⁶ nos anos 70, as lembranças de um fato armazenadas por uma pessoa não são puras e fieis àquilo que ela presenciou ou viveu. Ao conversar com outra pessoa, ser erroneamente interrogado, ou mesmo ao assistir uma reportagem sobre o

²⁴³ GIACOMOLLI, Nereu José; GESU, Cristina Carla di. **As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília, nov. 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/06_191.pdf. Acesso em: 21.07.2014.

²⁴⁴ MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 61.

²⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 263.

²⁴⁶ LOFTUS, Elizabeth. **As falsas lembranças**. In: *Revista Viver Mente & Cérebro*. São Paulo, ano 2, n. 162, jul. 2006. p. 90.

fato vivido, a testemunha recebe novas informações sobre aquilo que presenciou e, destarte, incorpora essas informações em sua memória.

Ao recuperar em sua memória os fatos testemunhados, a fim de prestar depoimento, por exemplo, a testemunha mistura o real e o imaginário. Como já afirmado, a recuperação dos acontecimentos armazenados na memória não significa o retorno ao passado. Ao relatar o ocorrido, a testemunha contamina a lembrança do fato com suas percepções atuais e emoções²⁴⁷ e, inconscientemente, modifica-o, dando nova roupagem ao ocorrido. A memória não é neutra. Ela seleciona, e por vezes modifica aquilo que foi captado pelos sentidos. Nesse contexto, exsurge terreno fértil para as chamadas “falsas memórias”, isto é, recordações de situações que, na verdade, nunca ocorreram²⁴⁸.

Lilian Milnitsky Stein e colaboradores de sua obra explicam que as falsas memórias podem ocorrer tanto devido a uma distorção endógena, ou seja, fruto de processos internos do indivíduo, quando recebem o nome de falsas memórias espontâneas, quanto por uma falsa informação oferecida pelo ambiente externo, sendo, então, denominadas de falsas memórias sugeridas.²⁴⁹ Segundo os autores, as falsas memórias espontâneas, também denominada de autossugeridas, “ocorrem quando a lembrança é alterada internamente, fruto do próprio funcionamento da memória, sem a interferência de uma fonte externa a pessoa”. Essa interferência ou interpretação pode passar a ser lembrada como parte da informação original, comprometendo, assim, a fidelidade do que foi recuperado na memória. Já as falsas memórias sugeridas são provenientes da incorporação de uma falsa informação recebida pelo agente posteriormente ao fato testemunhado. A falsa informação tende a produzir uma redução das lembranças verdadeiras e aumento das falsas memórias²⁵⁰.

²⁴⁷ ÁVILA, G. N.; GAUER, G. J. C.; ANZILIERO, D. L. Memória (s) e testemunho: um enfoque interdisciplinar. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de. (Orgs.). **Crime e interdisciplinaridade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012. p. 380

²⁴⁸ ÁVILA, G. N.; GAUER, G. J. C.; ANZILIERO, D. L. Memória (s) e testemunho: um enfoque interdisciplinar. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de. (Orgs.). **Crime e interdisciplinaridade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012. p. 380.

²⁴⁹ BRUST, Priscila Goergen; NEUFELD, Carmem Beatriz; STEIN, Lilian Milnitsky. **Compreendendo o fenômeno das falsas memórias**. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 25.

²⁵⁰ BRUST, Priscila Goergen; NEUFELD, Carmem Beatriz; STEIN, Lilian Milnitsky. **Compreendendo o fenômeno das falsas memórias**. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 26.

Nesse passo se mostra fácil inferir que a memória é suscetível a distorções decorrentes de informações agregadas posteriormente ao fato testemunhado, ou seja, de sugestões.

Importante trazer à baila, ainda, a distorção no testemunho proveniente da chamada *complacência*. Estudos de psicologia social demonstram que a testemunha tem a tendência de dizer aquilo que o entrevistador quer ouvir. “*Una persona que quiere complacer dice lo que cree que el otro quiere oír, y capta las pequeñas señales que el otro le envía para hacerle entender qué es lo que se espera de su respuesta*”²⁵¹. Trata-se de uma espécie de *temor reverencial* desencadeado pela vítima, testemunha ou até mesmo suspeito quando se encontra na presença da autoridade que irá entrevista-la. Ocorre principalmente nos depoimentos de crianças e, quando se trata de crime sexual, por exemplo, em que a palavra da vítima ganha especial destaque, tendo em vista a inexistência de testemunhas, pode ter consequências desastrosas.

A realização de perguntas com afirmações hipotéticas do fato criminoso podem introduzir, de maneira incidental, uma informação que além de poder não ser verdadeira, ainda pode induzir e modificar a resposta da testemunha. E esse, normalmente, é um dos métodos de entrevista utilizados pela polícia, já que as investigações policiais partem e se baseiam em cogitações, hipóteses que servem de vetor para a busca de elementos que as confirmem²⁵².

Os métodos persuasivos e a utilização de táticas manipuladoras para se obter uma confissão em um interrogatório ou mesmo para obter informações de uma testemunha também são fontes de graves contaminações na prova testemunhal e induções à confissão de fatos que o suspeito sequer praticou. A memória é muito maleável e os conteúdos da memória são facilmente modificáveis mediante intervenções externas. “*Es posible inducir a las personas a recordar elementos que no estaban presentes en episodios que, sin embargo, presenciaron y vivieron*”²⁵³.

Pelo exposto, resta estampada a fragilidade da prova testemunhal. Entretanto, é notório que muitos atores judiciais não se dão conta das interferências que o relato de

²⁵¹ MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 76.

²⁵² SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverantes e aliança**. In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 231.

²⁵³ MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 80.

uma testemunha pode sofrer. Com isso, depositam na prova testemunhal um peso probatório maior do que deveria possuir. Em outras palavras, muitas vezes a prova testemunhal é a única base para condenação, o ponto gravitacional do processo, sendo totalmente desprezado o fato de que a lembrança não é igual a realidade²⁵⁴

5. RECONHECIMENTO PESSOAL, MEMÓRIA E DEFRAUDAÇÃO. EFEITO FOCO NA ARMA E FALSOS RECONHECIMENTOS.

Tão frágil e falho²⁵⁵ quanto à prova testemunhal, o reconhecimento pessoal é outro meio de prova comumente utilizado na fase pré-processual pelas polícias judiciárias.

O reconhecimento é o ato pelo qual alguém é levado a analisar alguma pessoa ou coisa e, recordando o que havia percebido em um determinado contexto, compara as duas experiências.²⁵⁶ Por meio dele alguém admite e afirma como certa a identidade de pessoa ou coisa em comparação com outra que viu no passado. “Tal identificação é a exteriorização do possível, feita naquele momento, do que está registrado na memória”²⁵⁷.

Assim como a prova testemunhal, o reconhecimento pessoal depende da atenção, percepção e memória do reconhecedor. Logo, todas as interferências no processo que envolve o testemunho, já apresentadas, têm aplicação no concernente à fragilidade do reconhecimento pessoal. A atenção, por exemplo, afigura-se como elemento crucial no processo de reconhecimento pessoal. A atenção pode ser dirigida pelo espectador em alguns momentos, mas em outros ela é atraída por elementos inesperados. Isso ocorre, por exemplo, quando uma pessoa se vê sob a mira de uma arma. Nesse caso, involuntariamente, toda a atenção torna-se orientada para a arma. A arma e somente a arma será o foco de atenção e, em consequência, o principal elemento codificado que será depois recordado. Os demais elementos contidos na cena serão codificados de modo parcial e dificilmente serão recordados²⁵⁸. É o chamado *efeito do*

²⁵⁴ IZQUIERDO, Ivan. **Memoria**. Porto Alegre: Artemed, 2006. p. 17.

²⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 259.

²⁵⁶ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Traduzido por Jorge Gerrero. Bogotá: Temis, 2000. p. 123.

²⁵⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal, crise, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 155.

²⁵⁸ MAZZONI, Giuliana. **Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria**. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 35-36.

*foco na arma*²⁵⁹. Com a atenção toda voltada para a arma é fácil concluir que o posterior reconhecimento restará comprometido, pois o reconhecedor não terá capacidade para identificar o autor do crime, já que não logrou absorver o seu fenótipo. A utilização de uma arma pelo criminoso é capaz de concentrar a atenção da vítima/testemunha no objeto bélico, distraíndo sua atenção quanto às características físicas do autor do delito e outros detalhes que poderiam ser preponderantes para sua identificação. “*El testimonio global relativo al episodio vivido es más bien casi inexistente y de escasa fiabilidad.*”²⁶⁰ Há duas formas de realização do reconhecimento pessoal, quais sejam, o reconhecimento sequencial e o reconhecimento simultâneo, também chamado de roda de reconhecimento.

O reconhecimento sequencial é o modelo em que os suspeitos são apresentados um de cada vez para a testemunha ou vítima, que, a cada apresentação, tem a possibilidade de indicar se o apresentado é ou não o autor do delito²⁶¹.

Esse modelo é elogiado por evitar que o reconhecedor compare as pessoas colocadas a sua frente para o reconhecimento e busque, entre elas, a que possui maior semelhança com o autor do delito. Ademais, a apresentação de uma pessoa por vez ao reconhecedor, sem que ele saiba quantas pessoas lhe serão apresentadas, força-o a somente indicar alguém quando estiver com plena convicção acerca do reconhecimento²⁶².

Conforme indica Giuliana Mazzoni, nesse sistema o percentual de falsos reconhecimentos, no caso de ausência do “culpado”, foi reduzido em até 50%, quando comparados ao modelo de reconhecimento simultâneo²⁶³.

Já o reconhecimento simultâneo, também denominado de “roda de reconhecimento”, consiste no procedimento pelo qual o ato de reconhecimento é realizado com o suspeito colocado, simultaneamente, ao lado de outras pessoas que com ele guarde semelhantes características físicas.

A doutrina, comparando o modelo simultâneo com o sequencial, vislumbra maior falibilidade do modelo simultâneo. Nereu José Giacomolli, por exemplo, assevera

²⁵⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal, crise, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.162.

²⁶⁰ MAZZONI, Giuliana. **Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria**. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 19.

²⁶¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 709.

²⁶² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 709-710.

²⁶³ MAZZONI, Giuliana. **Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria**. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 150.

que no modelo simultâneo de reconhecimento a pessoa que está realizando o reconhecimento compara as pessoas exibidas, selecionando, dentre elas, a que mais se assemelha à lembrança que possui do acusado. Nesse passo, nesse sistema, o reconhecedor tem a tendência de apontar, entre os que lhe são colocados à disposição, o mais próximo da imagem que tem na lembrança, e não aquele que resulta de plena convicção. Essa fragilidade é propícia para o chamado “falso positivo”²⁶⁴.

No reconhecimento simultâneo quase 90% dos reconhecedores, conforme alude Giuliana Mazzoni, identificam um suposto autor do delito. Esse número, estrondoso, encontra amparo no fato de que “*en realidad, los testigos no identifican necesariamente culpable sino a alguien que se le asemeja más que los demás, pero que no es precisamente el culpable*”²⁶⁵.

Com efeito, o método em apreço é, certamente, mais sugestivo e perigoso, quando comparado ao primeiro aqui apresentado.

Em que pesem às deficiências apontadas pela doutrina, o modelo simultâneo de reconhecimento pessoal foi o adotado pelo Código de Processo Penal, conforme se deduz da leitura do art. 226, II, como segue:

“II- a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la”;

Vale registrar que a exigência de postar o suspeito ao lado de outras pessoas que com ele mantenham semelhanças, a fim de que o reconhecimento seja realizado, é relativizada pela doutrina e pela jurisprudência, tendo em vista o aludido artigo conter a expressão “se possível”.

Dessa forma, seguindo esse entendimento, o reconhecimento pessoal pode ser realizado, e tem validade como prova, mesmo quando o suspeito é colocado sozinho à frente do reconhecedor, o que agrava ainda mais a possibilidade de falso reconhecimento.

Ademais, o reconhecimento é um meio de prova essencialmente formal, tipificado nos arts. 226 a 228 do Código de Processo Penal, cuja observância dos requisitos legais é condição de sua validade.

²⁶⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal, crise, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 155.

²⁶⁵ MAZZONI, Giuliana. **Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria**. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010. p. 149.

O art. 226 do Código de Processo Penal estabelece que em caso de necessidade de que a vítima ou testemunha reconheça um suspeito, seja na fase policial ou judicial, deverá ser observado o seguinte procedimento:

a) inicialmente o reconhecedor deverá descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

b) posteriormente, a pessoa cujo reconhecimento se pretende, se possível, será colocada ao lado de outras pessoas que com ela tiverem semelhança. No ponto, vale observar que a regra é que a pessoa que irá passar pelo reconhecimento seja colocada ao lado de outras pessoas (o Código não especifica quantas) que tenham características físicas semelhantes a ela (como cor da pele, altura, barba, cabelos etc). Isso busca evitar que o reconhecedor seja induzido por possíveis semelhanças físicas entre o autor do delito e uma pessoa a ele apresentada para o reconhecimento, e, com isso, acabe se equivocando no reconhecimento.

c) o reconhecedor deverá, então, indicar se reconhece uma das pessoas submetidas ao reconhecimento;

d) do procedimento será lavrado auto pormenorizado com a assinatura do reconhecedor, da autoridade e de duas testemunhas presenciais.

As exigências legais pontuadas estão longe de serem perfunctórias jurídicas. Elas constituem condição que impelem credibilidade a esse meio de prova, refletindo na melhora da qualidade da tutela jurisdicional prestada e na confiabilidade do sistema judiciário²⁶⁶.

O reconhecimento pessoal, como já afirmado, é um meio de prova cuja forma encontra-se estritamente definida na lei. Nesse passo, as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal são essenciais a sua validade. Como bem observa Aury Lopes Junior, em matéria processual penal, forma é garantia e limite de poder²⁶⁷. As normas processuais que tutelam as formas buscam evitar abusos do Estado na persecução penal e, com isso, tutelam garantias individuais.

Como se deduz, portanto, as formas têm a finalidade de cercar o ato de maior segurança e idoneidade. Destarte, não se deve conceber que a legalidade das formas seja desprezada, mesmo que o ato tenha atingido o fim colimado. A forma é um imperativo legal que representa tutela das liberdades. Certamente, em matéria processual penal, não há espaço para informalidade e amadorismos.

²⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 703.

²⁶⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 701.

Na prática, entretanto, é notório que na maior parte das delegacias de polícia e dos fóruns de todo o país a forma exigida pela lei para a realização de reconhecimentos pessoais vem sendo desprezada rotineiramente.

Na fase pré-processual não é necessário um grande estudo empírico para se deduzir que, de uma forma geral, infelizmente, a informalidade impera. Em situações flagranciais dificilmente o suspeito que é capturado na rua, logo após o crime, é apresentado na delegacia de polícia sem antes ter sido apresentado para a vítima do delito, a fim de ser reconhecido, ou não, informalmente. E mesmo quando a vítima e o detido são concomitantemente levados para a delegacia de polícia, o reconhecimento pessoal normalmente afigura-se comprometido. Isso porque, em grande parte das vezes, os procedimentos policiais que antecedem ao reconhecimento pessoal expõem o detido à vista da vítima, que ao vê-lo algemado e tomando conhecimento que ele foi detido como possível autor do crime, certamente criará uma predisposição para reconhecê-lo no momento da formalização do ato.

E não para por aí. Muitas vezes todo o procedimento determinado pelo art. 226 do Código Processo Penal é simplesmente desprezado e substituído pela afirmação da vítima ou testemunha, no decorrer de oitiva, de “que reconhece o suspeito com total certeza”.

Há ainda a prática, cômoda e injustificada, de substituir o reconhecimento pessoal pelo reconhecimento fotográfico, mesmo quando se mostra possível a realização daquela.

E na fase judicial o desprezo às formalidades e às práticas ao arrepio da lei, em grande parte dos fóruns de todo o país, não se afiguram diferentes. É comum juízes substituírem o procedimento formal, previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, pela simples indagação à vítima ou testemunha: *o senhor reconhece o réu ali presente como sendo o autor do fato?* Essa prática é tão comum que vem sendo aceita pelos Tribunais, sob o argumento de que o inciso III do art. 226 do Código de Processo Penal somente recomenda que outras pessoas semelhantes sejam colocadas ao lado do suspeito no momento do reconhecimento, não se tratando, portanto, de um imperativo legal. Segundo esse entendimento, a expressão “se possível”, contida no referido artigo,

permitiria o reconhecimento pessoal sem a participação de outras pessoas ao lado do suspeito²⁶⁸.

Essa é, inclusive, a posição de parte da doutrina. Luciano Feldens e Andrei Zenkner Schmidt asseveram que, acaso não obedecidas às formalidades legais para o reconhecimento pessoal, como no caso do simples apontamento de alguém como sendo o autor da infração penal, esse elemento de prova assumirá a relativização própria de um depoimento testemunhal, “não havendo dizer-se tenha a pessoa identificada sido submetida ao reconhecimento de pessoa de que trata o CPP”²⁶⁹.

Todavia, os reconhecimentos pessoais realizados em desrespeito às formalidades legais constituem prova ilícita e não podem ser admitidos no processo.

Como já aludido, no processo penal, forma é garantia²⁷⁰ e limite de poder. Portanto, a violação de uma forma estabelecida na lei atenta contra a liberdade individual e contra o próprio processo.

Dessa forma, o reconhecimento pessoal realizado na fase policial de forma contrária à forma estabelecida pela lei, por exemplo, não deve ser aceito em juízo sob o argumento de que o vício será sanado pela corroboração do reconhecimento na fase processual, por exemplo. O reconhecimento pessoal é um meio de prova irrepetível. Com efeito, não se pode simplesmente anular um ato de reconhecimento, haja vista que não se pode renovar tal sessão nos mesmos moldes já definidos. Ou seja, “não se reconhece o já reconhecido”. Se não forem seguidos os ritos previstos, perde-se o valor probante do procedimento²⁷¹. Deveras, pois a imagem incorporada pelo reconhecedor no primeiro reconhecimento interferirá na sua memória, influenciando no segundo reconhecimento, o que resulta na sua total perda de eficácia probatória.

²⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE DO RECONHECIMENTO PESSOAL REALIZADO EM JUÍZO. Os requisitos elencados no art. 226 do diploma processual penal não são cogentes, mas meras recomendações, tanto que o inciso I obviamente não é exigível em audiência de instrução com o réu presente, o inciso II refere procedimento a ser observado "se possível" e o inciso IV é evidentemente facultativo, já que desnecessário "auto pormenorizado" quando o fato for narrado no termo de audiência respectivo, como é o caso dos autos. Assim, o reconhecimento de pessoa efetuado na esfera judicial, ainda que em desatenção às formalidades constantes do mencionado art. 226, tem valor probante idêntico àquele efetuado com as formalidades exigidas pelo dispositivo processual... Apelação Crime ACR 70051757094. Relator Des. Manuel José Martinez Lucas. Acórdão. 02.04.2013.

²⁶⁹ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação criminal e ação penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 33. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112730812/apelacao-crime-acr-70051757094-rs/inteiro-teor-112730824>. Acesso em: 20.05.2015.

²⁷⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 701.

²⁷¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Tipicidade e sucedâneos de prova**. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord.). **Provas no Processo Penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 20.

Do mesmo modo, o reconhecimento informal realizado pelo juiz em audiência não encontra respaldo na justificativa do livre convencimento do julgador, como alguns Tribunais admitem²⁷².

É sabido que o sistema de valoração das provas adotado em nosso Código de Processo Penal, conforme art. 155, foi o do *livre convencimento motivado ou persuasão racional*. Como explica Aury Lopes Junior, nesse sistema, “não existem limites e regras abstratas de valoração (como no sistema legal de provas), mas tampouco há a possibilidade de formar sua convicção sem fundamentá-la (como na íntima convicção)²⁷³. No sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional o juiz possui liberdade para valorar toda e qualquer prova existente no processo, desde que, na sentença, justifique a formação de sua convicção.

Assim, em que pese à liberdade probatória, não é qualquer alegação ou fato que pode ser utilizado pelo magistrado na fundamentação da sentença.

Como bem observa Salah H. Khaled Junior, “a sentença condenatória somente pode ser legitimada caso as regras do devido processo legal sejam estritamente respeitadas, o que permite maximizar as possibilidades de redução decorrente de condenações equivocadas”.²⁷⁴

Dessa forma, pelo exposto, deduz-se que, assim como a prova testemunhal, o reconhecimento pessoal é um elemento informativo (ou meio de prova) permeado de fragilidades. Com efeito, inexoravelmente, faz-se necessário que tanto a prova

²⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO RECONHECIMENTO PESSOAL POR VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 226 DO CPP. No tocante à alegação de inobservância ao disposto no art. 226, inciso II, do CPP, já está consolidado o posicionamento nesta Corte, em alinhamento ao das Cortes Superiores, de que o referido dispositivo legal é recomendação de procedimento, ou seja, deverá ser cumprido quando possível. MÉRITO. EXISTÊNCIA DE DÚVIDA INSANÁVEL QUANTO À AUTORIA DA SUBTRAÇÃO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. A condenação criminal só é possível quando durante a instrução processual evidenciarem-se elementos que façam certa a imputação. No caso dos autos, ainda que a vítima tenha afirmado o ora apelante era "muito semelhante" a um dos autores da subtração em tela, não houve convicção no reconhecimento do réu, restando duvidosa a prova da autoria do delito. Destarte, inexistindo nos autos outros elementos que efetivamente esclareçam a autoria do crime em comento, forçoso reconhecer a existência de dúvida insanável quanto a ter o réu cometido o delito de furto qualificado que lhe foi imputado, sendo impositiva a sua absolvição, em homenagem ao princípio *in dubio pro reo*. PRELIMINAR DE NULIDADE DOS RECONHECIMENTOS FOTOGRÁFICOS REJEITADA. APELAÇÃO PROVIDA. POR MAIORIA. Apelação Crime nº 70055405500. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Acórdão Julgado em 21.11.2013. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113566473/apelacao-crime-acr-70055405500-rs/inteiro-teor-113566483>. Acesso em: 20.05.2015.

²⁷³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 575.

²⁷⁴ KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 591.

testemunhal como o reconhecimento pessoal deixem de ser as principais fontes de informação nas investigações policiais e até mesmo nos processo penais.

6. A PROVA TÉCNICA COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DE DANOS, MAS SEM CAIR NA TARIFA PROBATÓRIA.

Os infortúnios decorrentes da fragilidade da prova testemunhal e da centralização dos métodos de investigação nesse meio de prova poderiam ser amenizados se o protagonismo probatório, hoje pertencente às provas testemunhais, fosse substituído pela prova técnica.

A prova técnica, ou seja, aquela produzida por profissional dotado de conhecimento específico para realização de análise científica do objeto da prova, inexoravelmente, possui menor permeabilidade de interferências que comprometem sua credibilidade, quando comparada com a prova testemunhal. Isso porque, enquanto a testemunha reconstrói o fato presenciado e o relata em seu depoimento, processo que, como referido outrora, é cercado de interferências, o perito analisa o objeto da prova desprovido de interferências emocionais e com o objetivo específico de extrair as conclusões necessárias para a investigação. Não há, no caso da prova pericial, reconstrução de um fato passado, mas sim análise contemporânea e técnica do objeto da prova. A testemunha, “é um homem, um homem com seu corpo e com sua alma, com seus interesses e com suas tentações, com suas recordações e com seus ouvidos, com sua ignorância e com sua cultura, com sua valentia e com seu medo”²⁷⁵ e, portanto, repleta de falhas.

Nesse passo, como observa José Nereu Giacomolli, “no processo penal, ao esclarecimento científico e técnico de questões que não são jurídicas, a prova pericial desempenha um papel cada vez mais relevante e importante, beirando a consideração, na práxis, como um verdadeiro tarifamento da prova”.

A ênfase na produção da chamada prova técnica pode significar a redução dos danos causados pelas interferências que a prova testemunhal e reconhecimento de pessoas, mencionados acima, podem sofrer, tendo em vista que a base científica dessa espécie de prova traduz maior credibilidade à informação por ela transmitida.

²⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Traduzido por Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo Pillares, 2009. p. 67.

Entretanto, insta destacar que a prova técnica não pode se tornar uma espécie de prova tarifada²⁷⁶, com valor superior à prova testemunhal ou a qualquer outro meio de prova. A perícia, assim como todas as provas, tem valor relativo. Não há hierarquia de provas no atual modelo processual penal brasileiro, pois o juiz tem liberdade na formação de seu convencimento. Não é demais lembrar que o sistema de avaliação probatória prevalente no sistema processual penal brasileiro, conforme art. 93, IX, da Constituição Federal, e art. 155 do Código de Processo Penal, é o da *livre convicção motivada ou persuasão racional do julgador*. Por esse sistema, como explica Aury Lopes Junior, “não existem limites e regras abstratas de valoração (como no sistema legal de provas), mas tampouco há a possibilidade de formar sua convicção sem fundamentá-la (como na íntima convicção)”²⁷⁷. Assim o juiz teria liberdade para valorar toda e qualquer prova existente no processo, desde que, na sentença, justifique a formação de sua convicção.

Desse modo, “é importante afastar o endeusamento da ciência, ainda com forte presença no Direito”²⁷⁸ e não atribuir à prova pericial natureza distinta dos demais meios de prova. Em que pese o valor do conhecimento científico, “não há como endeusá-lo com o absolutismo, pois mesmo o saber científico é relativo e possui prazo de validade”²⁷⁹. Todas as ciências são precárias, não podendo a formação da convicção do juiz se curvar, irrefletida e acriticamente, à suposta certeza científica²⁸⁰. Não é porque o laudo pericial foi produzido por um *expert* que ele pode ser considerado irrefutável, equivalendo a um dogma no processo.

Aliás, importa destacar, nesse rumo, que a prova pericial também é passível de falhas na sua formação, o que pode atingir a sua idoneidade. A falta de isolamento do local do crime, fato de notória ocorrência no Brasil, e a inexistência de cadeia de custódia de prova, por exemplo, podem ocasionar falhas na conclusão do perito, comprometendo a credibilidade desse meio de prova.

²⁷⁶ “la técnica de la prueba legal consiste en la producción de reglas que predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada tipo de prueba. En cambio, el principio opuesto, de al prueba libre o de la libre convicción, presupone la ausencia de aquellas reglas e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación del hecho sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002. p. 387.)

²⁷⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 575.

²⁷⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 631.

²⁷⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 631.

²⁸⁰ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 420.

Dessa forma, a mudança de eixo probatório, ou seja, a substituição de foco processual da prova testemunhal para a prova técnica, pode representar um mecanismo salutar para a redução de danos provenientes das falhas inerentes à prova testemunhal. Todavia, não se deve extirpar por completo, colocando na berlinda, a utilização da prova testemunhal ou mesmo considerar esse meio de prova de menor valor, sob pena de se retornar ao sistema da prova legal.

A tentativa de racionalizar ao extremo os meios probatórios, por meio da utilização expressiva de provas técnicas, pode significar um retrocesso processual. O sistema tarifado ou da prova legal, como explica Michele Taruffo, buscava *racionalizar la valoración de la prueba y, más en general, el juicio de hecho, reduciendo tendencialmente a cero el peligro insito en la arbitrariedad subjetiva del juez y eliminando, por otro parte, las pruebas irracionales*²⁸¹.

Todavia, o autor esclarece que no sistema tarifado, ao contrário do que se pode imaginar, a prova legal é mais fruto de elaboração doutrinária de juristas del “*droit savant medieval y renascentista*” do que objeto de regulação. A cultura jurídica é a fonte primária e essencial do fenômeno da prova legal. E continua o autor asseverando que

*“en resumen, el sistema de la prueba legal es esencialmente el producto típico y casi exclusivo de una cultura jurídica formalista, analítica y categorizante, amante de las sutilezas y de las complicaciones clasificatorias; únicamente como reflejo, y en mucha menor medida, es un fenómeno legislativo”*²⁸².

Por todo exposto, corre-se o risco de a prova técnica, por ser elaborada por profissional com conhecimento específico e que se utiliza de métodos e critérios científicos, e tendo em vista que o juiz, em regra, não detém conhecimento técnico em diversas áreas do saber, como a biologia, química etc, ser considerada uma prova acima das demais, o que remete ao sistema tarifado.

Como explica Nereu José Giacomolli,

“embora a práxis forense consagre um lugar destacada à prova técnica, muito em face do mito do encontro da verdade e da supremacia da prova técnica, a admissibilidade não poderá ser automática e a valoração judicial há de considerar os elementos da concretudo do caso, na perspectiva do processo penal (limites diferenciados, conceitos de ilicitude, v.g.), de seu objeto

²⁸¹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002. p. 387.

²⁸² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002. p. 389.

circunscrito, da preocupação com o caso e com o universo probatório, diversamente do objeto generalizado do conhecimento científico”²⁸³

A prova técnica não é irrefutável, tampouco pode ser valorada diferentemente das demais provas contidas no processo, por mais sedutor que pareça o discurso da *verdade científica*²⁸⁴. É bem verdade que sua utilização deve ser fomentada na persecução penal, já que pode significar a redução dos danos causados pelas falhas provenientes da prova testemunhal e reconhecimento pessoal. Todavia, não se pode perder de vista que essa espécie de meio probatório também é falível e que, destarte, o sistema de livre convencimento motivado deve ser mantido, a fim de que o juiz, por meio do contraditório, tenha liberdade para formação de seu convencimento pelo conjunto probatório.

²⁸³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São Jose da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 183.

²⁸⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 651.

CAPITULO III – O PROBLEMA DO VALOR PROBATÓRIO DOS ATOS DO INQUÉRITO POLICIAL

O presente capítulo busca aferir a influência cognitiva que os elementos de informação colhidos pela investigação preliminar impele no processo. O objeto é saber se os elementos cognitivos auferidos no inquérito policial, cujo objetivo é propiciar a formação de um juízo de probabilidade, estão extrapolando seus limites endoprocimentais e contaminando a decisão judicial e todo o andamento do processo.

1. AFINAL, QUAL O VALOR PROBATÓRIO DOS ATOS DO INQUÉRITO? APRESENTANDO O PROBLEMA.

No Brasil, a persecução penal é constituída de duas fases distintas: uma fase pré-processual, administrativa, normalmente documentada por meio do inquérito policial, e uma fase processual.

Em que pese à autonomia das duas fases e as suas desmedidas diferenças conceituais, não há como negar a existência de forte liame entre elas, tampouco a interferência dos atos administrativos da investigação no processo judicial. Na alusão de Achilles Benedito de Oliveira o inquérito policial e o processo podem ser entendidos como uma “corrida de revezamento, em que um atleta passa ao outro o bastão, sem interferência de um no espaço de atuação do outro”²⁸⁵. Trata-se de um juízo progressivo de formação de culpa que se afigura imprescindível para que a pena abstratamente prevista no preceito secundário do tipo penal seja aplicada a um caso concreto. Referido juízo progressivo nasce com um juízo de possibilidade (início das investigações), passa por um juízo de probabilidade (final das investigações pré-processuais e início do processo) e termina com o juízo de convencimento do julgador sobre o fato histórico investigado (sentença).

Ademais, o art. 12 do Código de Processo Penal²⁸⁶ determina que todos os elementos de informação e provas produzidas no curso do inquérito policial deverão integrar o processo. Logo, mesmo os elementos que poderiam ser repetidos em juízo são

²⁸⁵ OLIVEIRA, Achilles Benedito de. **Ministério Público e Polícia**. In: Revista de Polícia do Estado de São Paulo. São Paulo, ano 17 - n. 22. p. 70-74, Dezembro/1996.

²⁸⁶ BRASIL, Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Art. 12. “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.

integralmente inseridos no processo, tornando ainda mais íntima a ligação entre inquérito policial e processo.

Como se vê, a fase “investigativa não se constitui em um compartimento incomunicável no cosmos processual, embora ali devesse se circunscrever”²⁸⁷.

Dessa forma, há, indubitavelmente, uma umbilical conexão entre a investigação preliminar e o processo. Trata-se de uma relação de complementariedade e, de certa forma, de dependência que une, inclusive, o estudo dos temas. A visão, disseminada, de que as regras aplicadas ao inquérito policial são umas, enquanto as do processo outras, transforma a persecução penal em um procedimento esquizofrênico, em que num primeiro momento, ou seja, durante o inquérito policial, há “autorização” para agir de forma autoritária, inquisitiva, enquanto que em um segundo momento, fase processual, deve-se respeitar o sistema de garantias imposto pela Constituição Federal e as regras do sistema acusatório. Um ser duplo. Algo parecido com o monstro da mitologia chamado Centauro²⁸⁸, cuja característica marcante era reunir o racional e o irracional em um único corpo. Com uma importante diferença na alusão, entretanto: o Centauro é considerado um monstro do bem; já a mistura entre o inquérito policial e processo, por vezes, pode ter resultados maléfico.

Mas afinal, qual o valor probatório dos atos do inquérito?

Certamente a introdução do inquérito policial no processo ocasiona inevitável influência dos atos de investigação na formação da convicção judicial e no deslinde dos atos processuais desenvolvidos pelas partes. As distorções existentes nas oitivas e reconhecimentos pessoais realizados na fase policial, já citadas, por exemplo, emanam efeitos maléficos para além da fase preliminar, alcançando a fase processual.

É bem verdade que no plano probatório o valor do inquérito policial deveria se exaurir com a admissão da denúncia²⁸⁹. “O inquérito policial filtra e aporta as fontes de informação úteis para o processo. Sua importância consiste em dizer quem deve ser ouvido, e não o que foi declarado”.²⁹⁰ Todavia, em que pese à irretocável afirmação de Aury Lopes Junior, bem como o corriqueiro discurso doutrinário que atribui ao inquérito policial a característica de *mero elemento de informação*, sem valor

²⁸⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crise, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 04.

²⁸⁸ Monstro mitológico que possui duas naturezas: humana e equestre. Trata-se, portanto de um ser com a cabeça e o tronco de um homem e o corpo, da cintura para baixo, de um cavalo.

²⁸⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 322.

²⁹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 322.

probatório, a ligação referida entre as duas fases da persecução penal e, principalmente, a possibilidade de o juiz utilizar-se dos elementos informativos para formação de sua convicção, podem estar ocultando a “mais séria distorção encontrada na realização da nossa justiça penal, qual seja, a indevida intromissão dos elementos de informação coletados durante a investigação na atividade jurisdicional”²⁹¹.

Parte da doutrina já se deu conta da influência, e por vezes preponderância, dos elementos informativos produzidos no inquérito policial no processo. Luiz Flávio Gomes e Flávio Scliar, por exemplo, prelecionam que apesar de esquecido como parte integrante do Direito Processual Penal e desprezado pela doutrina, o inquérito policial “informa decisivamente o espírito do julgador, sendo por vezes os atos de instrução processual meras reiterações do que nele foi produzido”²⁹².

Não é outra a visão Fauzi Hassan Choukr, para quem o Ministério Público pouco acrescenta em juízo àquilo que foi produzido no contexto investigatório, apenas ratificando-o judicialmente e reduzindo a ação penal a um mero apêndice da investigação²⁹³.

No mesmo sentido, Salo de Carvalho assevera que, embora no *plano* “discursivo a doutrina processual penal atribua ao procedimento policial papel secundário, o fato de ser o ‘input’ do sistema de persecução criminal constitui o inquérito como o principal mecanismo de produção da verdade processual”²⁹⁴.

Assim, conceber o inquérito policial como *mero elemento de informação*, sem valor probatório, mostra-se uma verdadeira falácia, já que o que se vê na prática é o Estado-jurisdição cedendo espaço para o Espaço-administração e nele se ancorando para emitir a sentença²⁹⁵.

Todavia, vale frisar ser

“absolutamente inconcebível que os atos praticados por uma autoridade administrativa, sem a intervenção do órgão jurisdicional, tenham valor

²⁹¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 131.

²⁹² GOMES, Luiz Flávio; SCLIAR, Flavio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia**. 2008. LFG. São Paulo, out. 2008. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081020154145672&mode=print>. Acesso em: 21.10.2013.

²⁹³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Inquérito policial: novas tendências e prática**. IBCRIM, São Paulo, boletim 84, novembro 1999.

²⁹⁴ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 89.

²⁹⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 134.

probatório na sentença. Não só não foram praticados ante o juiz, senão que simbolizam a inquisição do acusador, pois o contraditório é apenas aparente e muitas vezes absolutamente inexistente. Da mesma forma, a igualdade sequer é um ideal pretendido, muito pelo contrário, de todas as formas se busca acentuar a vantagem do acusador público”.²⁹⁶

Os efeitos danosos da introdução do inquérito policial no processo nem sempre são visíveis e perceptíveis imediatamente²⁹⁷. Todavia, desvelar a real influência que os atos de investigação exercem na formação da convicção do magistrado se mostra premente para o enfrentamento do problema e “compreensão da necessidade do deslocamento do eixo condutor da incidência da potestade punitiva da fase preliminar à fase judicializada”²⁹⁸

2. DISTINÇÃO ENTRE ATOS DE INVESTIGAÇÃO E ATOS DE PROVA

Não obstante os atos de investigação comporem o processo, podendo ser inclusive utilizados pelo magistrado no momento da sentença, como referido, há distinção formal entre atos de investigação e atos de prova.

Segundo Aury Lopes Júnior, os atos de prova

“a) são dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação; b) estão a serviço do processo e integram o processo penal; c) dirigem-se a formar um juízo de certeza – tutela de segurança; d) servem à sentença; e) exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação; f) são praticados ante o juiz que julgará o processo.”

Já os atos de investigação

“a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; b) estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos; c) servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza; d) não exigem estrita observância da publicidade, contraditório e imediação, pois podem ser restringidas; e) servem para a formação da *opinio delicti* do acusador; f) não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não processo (arquivamento); g) também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares

²⁹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 324.

²⁹⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crise, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 12.

²⁹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**. Crise, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 06.

personais, reais ou outras restrições de caráter provisional; h) podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária.”

O art. 155 do Código de Processo Penal, de acordo com a redação atribuída pela Lei 11.690/08, seguindo a distinção aludida, delimitou o alcance do princípio do livre convencimento, vedando a utilização, com exclusividade, dos atos de investigação, denominados de elementos informativos, na fundamentação da sentença judicial e consagrou o contraditório como elemento essencial do próprio conceito de prova.²⁹⁹

Destarte, enquanto as provas consistem nos elementos cognitivos colhidos, em regra, durante o curso do processo e sob o crivo do contraditório, os atos de investigação, ou seja, os elementos de cognição reunidos na fase da investigação, consistem nos elementos produzidos sem a observância do contraditório, portanto sem a presença das partes e do juiz, e no contexto de um procedimento administrativo. Na lição de Franco Cordero, conforme as ideias do sistema acusatório, as provas são constituídas pelas partes, em juízo. O contraditório e a presença física do juiz (imedição) são condições de validade da prova³⁰⁰. Já a atividade do investigador serve para eleger os pontos que serão trabalhados ou não no curso do processo³⁰¹. A polícia deve se preocupar em obter elementos indicativos do evento passado objeto da investigação, os quais servirão de matéria-prima das provas processuais. Tais elementos representam algo que se refere ao passado, mas que é presente. “Restos”, fragmentos do passado que possibilitam concluir, pelo menos em parte, como a suposta ação criminosa se desenvolveu. Com efeito, “o que estiver despido do contraditório, não é ato probatório, podendo constituir-se em ato de investigação”³⁰².

Nesse contexto, as finalidades da prova e dos atos de investigação também se afiguram distintas. Os atos de investigação possuem finalidade endoprocedimental, ou seja, servem para fundamentar medidas cautelares e para justificar o processo ou o não

²⁹⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prova – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: Maria Thereza Rocha de Assis Moura (coord). **As reformas no processo penal. As novas Leis de 2008 e os projetos de reforma.** São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009. p. 247.

³⁰⁰ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons.** São Paulo: Atlas, 2013. p. 21;

³⁰¹ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal.** Tomo II. Santa Fé de Bogota, Colombia: Temis, 2000. p. 193.

³⁰² GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformar (?) do processo penal: considerações críticas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 20-22.

processo, nunca para justificar um juízo condenatório³⁰³. Como observa Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró,

“não constituem, a rigor, provas no sentido técnico-processual do termo, mas informações de caráter provisório, aptas somente a subsidiar a formulação de uma acusação perante o juiz ou, ainda, servir de fundamento para a admissão dessa acusação e, eventualmente, para a decretação e alguma medida de natureza cautelar”³⁰⁴

Já a prova possui função cognitiva e persuasiva, ou seja, busca, por meio indireto, convencer o julgador acerca do alegado³⁰⁵. O essencial da prova é engendrar a convicção do juiz³⁰⁶. Por meio da prova se pretende a captura psíquica do juiz. Aury Lopes Júnior explica que a sentença é um “ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo”.³⁰⁷ No mesmo sentido, Jacinto de Miranda Coutinho aduz que “a prova é o meio que constitui a convicção do juiz sobre o caso concreto ou, também e no mesmo sentido, conjunto de elementos que formam a convicção do juiz, em que pese saberem todos não ser só ela a formadora do juízo.”³⁰⁸

Logo, indubitavelmente, a convicção do magistrado e, por consequência, a sentença, deveriam decorrer da prova produzida em contraditório judicial.

*“La prueba procesal es, sin duda, una actividad dirigida por un órgano jurisdiccional y destinada a él, de modo que unos actos de investigación que se realizan sin intervención jurisdiccional en modo alguno pueden confundirse con actos de prueba, ni tener los efectos de estos”*³⁰⁹.

³⁰³ LOPES JÚNIOR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 298.

³⁰⁴ BADARÓ, Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 63.

³⁰⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformar (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 24.

³⁰⁶ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 05.

³⁰⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 589.

³⁰⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti para os operadores do Direito**. In: **Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos 2001/2002**, p. 177.

³⁰⁹ MONTERO AROCA, Juan; RAMOS, Manuel Ortells; CÓLOMER, Juan-Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón. **Derecho jurisdiccional III Proceso penal**. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1996. p. 151.

A única prova válida para uma condenação é a “*prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial, en un proceso público e contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos*”.³¹⁰

3. PROVAS TÉCNICAS E PROVAS IRREPETÍVEIS

Como exposto, somente são consideradas provas, em regra, os atos produzidos em juízo, no curso do processo e sob o crivo do contraditório. Com efeito, os atos produzidos na fase pré-processual, pela polícia, por exemplo, constituem, em regra, atos de investigação, cuja função é limitada a embasar a possível acusação. Trata-se de uma limitação de eficácia que se justifica pela ausência de contraditório e pela forma inquisitiva como tais atos são praticados.

Os atos de investigação, em regra, para servirem de fundamentação para uma sentença judicial, devem ser novamente realizados na fase judicial, sendo submetidos ao contraditório e demais regras processuais. Tal repetição, entretanto, somente se mostra possível quando a fonte de prova perdurar no tempo, ou seja, quando for possível repetir no curso do processo o que foi realizado na fase pré-processual. A possibilidade de repetição do ato atribui à fonte de prova o título de prova repetível.

No ponto, cumpre alertar que parte da doutrina³¹¹ afirma que a prova penal nunca poderá ser efetivamente repetida, pois não haveria possibilidade de reproduzir, em um segundo momento, as mesmas condições que cingiram a colheita inicial da prova. Nesse passo, por repetição deve ser entendida a probabilidade de imutabilidade da fonte até a instrução processual, fato que possibilitaria resultado similar ao da primeira colheita. A possibilidade de repetição, que em verdade se trata de uma nova produção probatória com base na mesma fonte, exige, portanto, perenidade da fonte de prova³¹². Logo, prova repetível é aquela que tem a possibilidade de ser refeita na fase judicial, tendo em vista sua fonte se manter preservada durante o decurso do tempo.

Há provas, entretanto, que não apresentam condições de serem refeitas no curso do processo, seja em razão de seu desaparecimento em face do decurso do tempo, seja pela impossibilidade lógica de repetição. Dessa forma, exigem produção imediata, sob pena de desaparecimento. É o que ocorre, por exemplo, com exame de corpo de delito

³¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. teoría del garantismo penal*. Madrid: Trota, 1995. p. 830.

³¹¹ Por todos, GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 204.

³¹² PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. Niterói: Impetus, 2009. p. 691.

no caso de lesões corporais leves, e, respectivamente, com a interceptação de conversas telefônicas.

Não é demais lembrar que a colheita dessas espécies de provas é uma das funções da fase preliminar, chamada de função acautelatória, pois preparar (e a fase preliminar ao processo é preparatória) significa pré-aparelhar, pré-constituir. Assim, acautelar o processo com eventuais elementos de convicção não renováveis é função da fase investigativa.

Como se percebe, os atos de investigação podem ser transitórios, quando puderem ser repetidos, ou definitivos, quando insuscetíveis de repetição na fase processual.

A questão é saber quando e quais os requisitos para que os elementos de convicção produzidos na fase pré-processual, insuscetíveis de repetição no curso do processo, possam fundamentar a decisão judicial.

O legislador brasileiro, atento à impossibilidade de repetição de certos elementos de convicção na fase processual e da necessidade de utilização desses elementos pelo julgador como fonte de convicção em sua sentença, previu, no art. 155 do Código de Processo Penal, a possibilidade de o juiz fundamentar sua decisão, mesmo que exclusivamente, em certos elementos de convicção produzidos na fase investigativa e que, possivelmente, não poderiam ser repetidos na fase processual, denominando-os de *provas cautelares, não repetíveis e antecipadas*.

Em que pese o legislador não ter especificado o que são cada uma dessas espécies de provas, é certo que a característica existente em todas elas é a probabilidade de não poderem ser novamente produzidas na fase processual, exigindo, assim, produção imediata.

Diante da ausência de conceito legal coube à doutrina definir cada uma das citadas espécies de provas. Para Renato Brasileiro de Lima,

“Provas cautelares são aquelas em que há um risco de desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo, em relação às quais o contraditório será diferido. Podem ser produzidas no curso da fase investigatória ou durante a fase judicial. É o que acontece, por exemplo, com uma interceptação telefônica. Tal medida investigatória, que tem como elemento da surpresa verdadeiro pressuposto de sua eficácia, depende de prévia autorização judicial, sendo que o investigado só terá conhecimento de sua realização após a conclusão das diligências...”

A prova não repetível é aquela que, uma vez produzida, não tem como ser novamente coletada ou produzida, em virtude do desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória. Exemplificando, suponha-se que alguém

tenha sido vítima de lesões corporais de natureza leve. O exame pericial levado a efeito imediatamente após a prática do delito dificilmente poderá ser realizado novamente, já que os vestígios deixados pela infração penal irão desaparecer. Tais provas podem ser produzidas na fase investigatória e na fase judicial. A produção das provas não repetíveis, ante o perigo de que haja dispersão dos elementos probatórios em relação aos fatos transeuntes, independe de prévia autorização judicial...

Provas antecipadas, por sua vez, são aquelas produzidas com a observância do contraditório real, perante a autoridade judicial, em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo, em virtude de situação de urgência e relevância. Podem ser produzidas na fase investigatória e na fase judicial. É o caso do denominado depoimento *ad perpetuam rei memoriam*, previsto do art. 225 do CPP.³¹³

Importante frisar, como adverte Aury Lopes Junior, que pela impossibilidade de repetição em iguais condições, as provas não renováveis deveriam ser colhidas pelo menos sob a égide da ampla defesa, ou seja, com a possibilidade de manifestação da defesa, inclusive no que se refere à postulação de outras provas. Para tanto, sua produção deveria ser realizada por meio do chamado incidente de produção antecipada de prova, o que possibilitaria jurisdicionalizar a atividade probatória no curso do inquérito, já que a prova seria produzida perante uma autoridade jurisdicional e com plena observância do contraditório e do direito de defesa³¹⁴.

Em que pese à prova testemunhal ainda ser a fonte de prova mais utilizada na persecução penal brasileira, muitas investigações policiais baseiam-se quase que exclusivamente em provas técnicas e não repetíveis. É o que ocorre em alguns casos de crimes financeiros, cujas fontes de provas são documentos, e em crimes ambientais, em que a perícia ganha especial destaque. Nesses casos, como o processo também acaba tendo como base a prova técnica não renovável, é fácil vislumbrar que a instrução processual praticamente ocorreu na fase pré-processual e, pior, sem a participação da defesa.

Como preleciona Claus Roxin,

“el procedimiento de investigación, que según el programa originario del legislador solo debía preparar el procedimiento que tenía su coronación en el juicio oral, se ha convertido, entretanto, con frecuencia, en la parte esencial del proceso penal... Además, a menudo, cuando se llega al juicio oral, su resultado está delineado ya por los resultados de la investigación del procedimiento preliminar. Por ello, es imperiosamente necesario darles al imputado y al defensor mayores posibilidades de influir sobre el procedimiento de investigación”³¹⁵.

³¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I. Niterói: Impetus, 2012. p. 116-117.

³¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 327.

³¹⁵ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 326.

E não é outra a visão de Nereu José Giacomolli, para quem, diante da prática de atos probatórios que não serão reproduzidos em juízo, como as perícias, por exemplo, há necessidade de haver, de *lege ferenda*, “formalização e substancialização do contraditório” já na fase preliminar, pois “só a presunção de idoneidade dos peritos oficiais não é suficiente à preservação dos direitos fundamentais do suspeito ou do indiciado”³¹⁶.

4. A CONTAMINAÇÃO DOS ATOS DO INQUÉRITO NO PROCESSO PENAL À LUZ DO VALOR PROBATÓRIO

Consentâneo com a necessidade democrática de limitar as fontes de cognição do magistrado aos elementos cognitivos produzidos no curso do processo, sob o crivo do contraditório, e buscando adaptar o Código de Processo Penal à nova ordem constitucional, o legislador brasileiro, no ano de 2008, alterou o art. 155 do citado código, estabelecendo, expressamente, que a formação da convicção do juiz deve ser realizada “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”.

Como se vê, ainda que de forma tímida, já que o advérbio *exclusivamente* possibilita a utilização dos elementos colhidos na fase pré-processual na decisão judicial, o legislador condicionou a formação da convicção do magistrado às provas produzidas em contraditório judicial, como regra. Há, portanto, pelo menos formalmente, uma limitação à influência dos elementos informativos no processo, pois o juiz está proibido de utilizar, com exclusividade, tais elementos em sua sentença. E nem poderia ser diferente. O processo, caminho necessário para se aplicar a pena, deveria se iniciar nas sombras e ser iluminado pelas provas³¹⁷. “Daí por que o juiz deveria ser, por essência, um ignorante: ele deveria desconhecer o fato e teria que conhecê-lo através da prova”³¹⁸. As provas exercem papel fundamental na atividade cognitiva do juiz e na seleção das hipóteses formuladas durante o processo³¹⁹. Como

³¹⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 90.

³¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Edijur, 2014. p. 103.

³¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 550.

³¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 550-551.

afirma Luigi Ferrajoli “a única prova válida para uma condenação é a *prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial, en un proceso público e contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos*”.³²⁰ A estrutura dialética do processo é essencial para o convencimento hígido do juiz, pois, com base nos argumentos e contra-argumentos das partes, ele decidirá não mais solitário, mas sim com base no que foi produzido democraticamente³²¹. Como aduz Francesco Carnelutti, para “saber se o imputado é inocente ou culpado, o juiz necessita de que um acuse e outro o defenda; ele não pode saber se tem razão a acusação ou a defesa sem escutar a uma e a outra”³²².

Ademais, limitar a convicção do julgador as provas produzidas no curso do processo e sob o crivo do contraditório é medida que se coaduna com a ideia de processo democrático. Isso porque, como mencionado, a produção de provas no curso do processo segue, preponderantemente, as regras do sistema acusatório, consentâneas com regimes democráticos, enquanto que os atos de investigação são produzidos sob a égide inquisitiva que disciplina o procedimento preliminar. As regras do jogo processual são fatores que diferenciam o processo inquisitivo do acusatório. No processo inquisitivo “*cuenta el resultado obtenido a cualquier modo*”³²³, pois seu objetivo principal é realizar o direito penal material. O poder de punir do Estado é o ponto central do processo, o que “em linha contemporânea equivale a dizer que o juiz cumpre função de segurança pública”³²⁴. Diferentemente, no processo acusatório o processo tem o escopo de impedir o arbítrio do poder punitivo do Estado. Portanto, admitir que o juiz se utilize de atos de investigação para fundamentar sua sentença significa aproximar o processo penal do sistema inquisitivo.

Não obstante as objeções à utilização dos atos de investigação como elemento de convicção para o magistrado, e por mais que Código de Processo Penal, em seu art. 155, tente limitar a formação da convicção do magistrado às provas produzidas em contraditório judicial, não há como negar que os elementos informativos contribuem, por vezes categoricamente, na decisão judicial. Como adverte Rui Cunha Martins, o

³²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995. p. 830.

³²¹ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 97.

³²² CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Leme: EDIJUR, 2014. p. 74.

³²³ CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Tomo II. Madrid: Temis, 2000. p. 88.

³²⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 105.

caráter de brecha tomado pelo advérbio *exclusivamente*, contido no art. 155 do Código de Processo Penal, e a autoestrada de excepcionalidade por ele introduzida, “empurra inevitavelmente o articulado para a zona do que chamei a estratégia de mera adequação formal, leia-se de mera cosmética, na consagração da democraticidade do processo”.³²⁵

O art. 12 do Código de Processo Penal prevê que inquérito policial será, em sua plenitude, introduzido no processo quando servir de base para denúncia. Com isso, em que pese à distinção teórica entre prova e elemento informativo, bem como a vedação de utilização com exclusividade dos atos de investigação para fundamentar a sentença, a verdade é que o magistrado, para a formação de sua convicção, terá ao seu dispor elementos de cognição produzidos nas duas fases da persecução penal, e não somente as provas produzidas em contraditório judicial. Essa mistura de elementos de convicção impede, por mais clara que esteja a motivação da sentença, que se afira o efetivo valor das provas e dos atos de investigação na convicção do juiz, criando o risco de que a sentença tenha sido baseada nos atos de investigação e não nas provas.

Nereu José Giacomolli assevera que a permissão legal para que o magistrado fundamente sua decisão, mesmo que subsidiariamente, em atos de investigação, sacramentalizou o que vinha ocorrendo na práxis judiciária, ou seja, a consideração dos elementos colhidos na fase inquisitorial para condenar o acusado³²⁶.

Segundo Aury Lopes Junior, o sistema de persecução penal no Brasil, constituído, como regra, pelo inquérito policial totalmente inquisitório e pela fase processual com “ares” de acusatório, representa uma verdadeira fraude criada no Código napoleônico, de 17/11/1808, que serviu a Napoleão, um tirano, mas que não serve à democracia. A fraude reside no fato de que, nesse sistema, a prova colhida na inquisição do inquérito é integralmente acoplada ao processo, “bastando um belo discurso do julgador para imunizar a decisão e mascarar a prevalência dos elementos obtidos na fase inquisitória. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase”³²⁷.

Com a introdução dos elementos informativos no processo a sentença criminal, “na *práxis*, não se limita à essência do que é produzido sob o crivo do contraditório,

³²⁵ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 23.

³²⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformar (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 22.

³²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 106.

mas incorpora, como se prova fosse, os elementos informativos e os argumentos de prova”³²⁸

Isso porque

“la práctica vuelve a la simple gnoseología inquisitoria (entonces atemperada por el formalismo legalista), desarrollando una máquina omnívora; resulta útil todo dato, no importa como haya sido conocido; el metabolismo decisorio divide y asimila todo, desde las pruebas prohibidas hasta las no-pruebas (por ejemplo, el denunciado, los informes de la policía, los escritos anónimos, la reconstrucción efectuada privadamente en sala de decisión)”.³²⁹

Como bem observa Ricardo Jacobsen Gloeckner “os poderes instrutórios levam consigo o problema do ilimitado, do excesso, capaz de converter o juiz num degenerado perseguidor da verdade a qualquer preço”.³³⁰

“A frágil regulamentação da metodologia da busca de informações na fase preliminar do processo penal, aliada à utilização de métodos, meios e fontes próprias da fase judicial aumenta a valoração probante dessa etapa no julgamento”.³³¹ Pela comodidade de se produzir “provas” na fase inquisitiva, o comum é que o órgão acusador parasite o inquérito policial, pouco acrescentando, na fase judicial, àquilo que foi produzido no inquérito policial³³². As provas produzidas em contraditório judicial, que deveriam ser a espinha dorsal do processo, acabam se tornando coadjuvantes na formação da convicção do julgador, convertendo o processo “em uma mera repetição ou encenação da primeira fase”³³³. Nesse contexto, a contaminação do processo pelos atos de investigação é latente.

“O processo penal é instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato”³³⁴. Entretanto, é recorrente sentenças que claramente se baseiam nos elementos obtidos no inquérito policial, mas que para velar essa ilegalidade, utilizam-se de frases

³²⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**. Crise, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 06.

³²⁹ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo II. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temes, 2000. p.6

³³⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no processo penal. Salvador: Juspodivm: 2015, p. 179.

³³¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**. Crise, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 12.

³³² CHOUKR, Fauzi Hassan. **Inquérito policial: novas tendências e prática**. IBCRIM, São Paulo, boletim 84, novembro 1999.

³³³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 106.

³³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 538.

dissimuladas do tipo: “condeno com base na prova judicial cotejada com a do inquérito”³³⁵. A audiência de instrução e julgamento, momento oportuno para a produção de provas, que deveria ser o centro decisório do processo, “em muitos casos tem apenas a função ideológica, uma vez que o juiz, de modo geral, mesmo inconsciente, não faz mais do que chancelar, numa dispendiosa encenação, as conclusões já adiantadas pelo promotor”³³⁶, em pleno prejuízo à defesa.

Não se pode olvidar que, como explanado no primeiro capítulo, o inquérito policial apresenta características autoritárias e dissonantes dos vetores constitucionais. José Nereu Giacomolli observa que a fase preliminar, no Brasil, ainda se mantém, em pleno século XXI, “em bases forjadas na década de quarenta, em uma estrutura de preponderância desequilibradora da incidência da potestade punitiva sobre o *status libertatis*”³³⁷.

Destarte, aceitar a prevalência, ou mesmo a contaminação, dos elementos informativos no processo equivale ao retrocesso de acatar decisões baseadas em um procedimento inquisitivo, totalmente descompassado da Constituição Federal vigente. A ausência de contraditório e da presença física do juiz no momento da produção tornam os atos de investigação, na sua maioria, elementos de convicção inidôneos para servirem de base de convencimento, mesmo à luz do princípio do livre convencimento motivado, para o julgador. Isso porque, como explica Rui Cunha Martins, “a ausência de contraditório atinge a própria essência do elemento de convicção”³³⁸.

Não se pode olvidar que como a prova é, essencialmente, uma atividade dirigida a formar o convencimento psicológico do juiz, entende-se que sua produção deve ser realizada, em regra, na presença do magistrado e mediante a possibilidade de contraditório. A prova possui função persuasiva em relação ao julgador e, portanto, nada mais correto do que exigir que as provas valoradas pelo juiz no momento da sentença sejam produzidas na sua presença e com base nas regras do devido processo legal, notadamente, a possibilidade de contraditório. “À assunção das provas procede,

³³⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 304.

³³⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverantes e aliança**. In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 219.

³³⁷ GIACOMOLLI, José Nereu. **A fase preliminar do processo penal: crise, miséria e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 02.

³³⁸ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 21.

naturalmente, o juiz. Se ele tem que persuadir a si mesmo, convém que veja com seus olhos, ouça com seus ouvidos e toque com suas mãos”³³⁹.

Com efeito, a introdução do inquérito policial no processo ocasiona uma verdadeira fraude processual probatória, pois as provas produzidas no curso do processo correm o risco de se transformarem em meras repetições dos atos de investigação, em nada inovando ou mesmo afetando veementemente a formação da convicção do julgador. A decisão do juiz, que deveria se basear no discurso de argumentos das partes³⁴⁰, ou seja, nas provas produzidas em contraditório, certamente acaba tendo como fonte principal de cognição os atos de investigação e não as provas.

Como ensinam Aury Lopes Junior e Alexandre Morais da Rosa, “provavelmente uma das maiores conquistas do processo penal democrático seja a garantia de ser ‘julgado com base na prova’, ou seja, com base nos elementos produzidos em juízo, à luz do contraditório e demais garantias constitucionais processuais. Prova é o que se produz em juízo”³⁴¹.

Dessa forma, a contaminação do julgador pelos atos de investigação introduzidos no processo fere sua imparcialidade, como se verá a seguir, prejudica o réu e o próprio sistema acusatório. “O desnorteamento da fase preliminar contaminará todo o processo penal”, não podendo ser admitido³⁴².

5. LIVRE CONVENCIMENTO E DECISIONISMO

A valoração das provas produzidas no curso do processo é uma atividade intelectual e, também, jurídica. A sentença judicial não pode ser encarada como uma decisão isolada do mundo, atrelada somente aos fatores jurídicos. A interpretação puramente literal das normas jurídicas, desprovida de ideologias e da moral e sem qualquer preocupação com ideais de justiça ou cunho social, como apregoado por Hans

³³⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Leme: EDIJUR, 2014. p. 87

³⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Acción comunicativa y razón sin transcendencia*. Traduzido por Beatriz Vianna Boeira. Barcelona: Paidós, 2002. p. 47.

³⁴¹ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Por que "depoimentos" prestados em delegacia não podem ser usados em juízo?** Consultor Jurídico. São Paulo, mar. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-27/limite-penal-depoimentos-prestados-delegacia-nao-podem-usados-juizo>. Acesso em 27.03.2015.

³⁴² GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crise, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 21.

Kelsen na obra *Teoria pura do direito*³⁴³, é ainda referência para apaziguar “a consciência dos julgadores que remetem, à lei, a responsabilidade por suas decisões”³⁴⁴. Todavia, afigura-se inegável a influência de fatores extrajurídicos e interdisciplinares na formação da convicção do magistrado. “Muitos são os fatores que influenciam e compõem o processo decisório, que é complexo por natureza”³⁴⁵, dentre eles a emoção, o sentimento do julgador. Certamente entender o processo decisório e todo o complexo ritual judiciário implica em transcender as amarras jurídicas e dialogar com a psicologia, filosofia, neurologia, sociologia, antropologia e outros ramos do saber³⁴⁶. A interdisciplinaridade é fator fundamental diante da complexidade do ato de decidir. Como observa Aury Lopes Junior, após citar Antônimo Damásio, “não existe racionalidade sem sentimento, emoção, daí a importância de assumir a parcela inegável de subjetividade no ato decisório”³⁴⁷. Nesse contexto, certamente o juiz “não é mero 'sujeito passivo' nas relações de conhecimento. Como todos os outros seres humanos, também é construtor da realidade em que vivemos, e não mero aplicador de normas, exercendo atividade simplesmente recognitiva”³⁴⁸. E não poderia ser diferente, pois juiz é um ser-no-mundo e sua decisão não está impermeável a interferências externas ao processo, tampouco as suas próprias emoções. O juiz não está alheio à realidade. Sua compreensão sobre os fatos a serem julgados recebe influência direta do que ocorre ao seu redor. A velocidade como a vida contemporânea se desenvolve, tão bem explicada por Paul Virilio³⁴⁹, a constante busca de valores da sociedade e a nova moral³⁵⁰ que se instituiu atingem também ao julgador. As leis penais não são aplicadas de forma automática, num simples exercício de subsunção da conduta à norma. A compreensão “sobre o caso penal é resultado de toda uma imensa complexidade que envolve os

³⁴³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Traduzido por J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³⁴⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de ; PRADO, Geraldo; CUNHA MARTINS, Rui. **Decisão judicial**. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 98.

³⁴⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo; CUNHA MARTINS, Rui. **Decisão judicial**. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 131.

³⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1095.

³⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1098.

³⁴⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro**. In: *Separata ITEC*, ano 1, nº 4 – jan/fev/mar 2000, p. 3.

³⁴⁹ VIRILIO, Paul. **Velocidade e política**. Traduzido por Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

³⁵⁰ LIPOVETSKY, G. **A era do após-dever**. In: MORIN, E.; PRIGOGINE, I. (Orgs.) **A Sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o ceticismo e o dogmatismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 29-30.

fatores subjetivos que afetam a sua própria percepção do mundo”³⁵¹. Inexoravelmente, fatores emocionais, como traumas, cultura, ideologias, entre outros, poderão influir na prestação da tutela jurisdicional. Ao “lado do campo de manipulações consciente dos dados fáticos, jurídicos, da argumentação (...) há outros aspectos, como o da determinação inconsciente, da “transposição de sentido projetada pelo ser”...³⁵² A convicção é um “mecanismo cuja vertente de ‘zona de contágio’ não pode ser subestimada”.³⁵³

A fim de que seja reduzido o grau de subjetivismo da análise probatória e das decisões judiciais, faz-se necessário um aparato de garantias processuais,³⁵⁴ dentre elas a necessidade de motivação das decisões judiciais. Nesse contexto, o sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional é um importante princípio a sustentar a garantia da fundamentação das decisões judicial³⁵⁵.

Como explica Franco Cordero, na prática, “*el libre convencimiento se convierte en una ganzúa en manos del juez que se considera omnisciente*”... chegando a ser “*la fórmula de un conocimiento omnívoro en perfecto estilo inquisitorio*”.³⁵⁶ No sistema da íntima convicção o juiz não precisava fundamentar sua decisão, possuindo total liberdade para valorar as provas.

Pelo sistema do livre convencimento motivado o juiz possui liberdade para avaliar as provas contidas nos autos, não havendo limites ou regras abstratas de valoração (como no sistema legal de provas)³⁵⁷, todavia sua decisão deve ser fundamentada, explicando as razões de fato e de direito que a ensejou, bem como a correlação entre o contexto fático e a medida adotada. Trata-se de um freio ao arbítrio do poder estatal, pois por meio da motivação se pode avaliar se a decisão judicial não está refletindo somente a própria opinião do julgador, em pleno descompasso com as provas contidas nos autos. Como aduz Aury Lopes Júnior, “o livre convencimento é, na verdade, muito mais limitado do que livre. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de

³⁵¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 108.

³⁵² GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas. p. 234.

³⁵³ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito**: *the brazilian lessons*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 02.

³⁵⁴ CASARA, Rubens R. R; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro - dogmática e crítica**: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 331-332.

³⁵⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 575.

³⁵⁶ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo II. Santa Fé de Bogota, Colombia: Temis, 2000. p. 35-36

³⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 575.

controle”³⁵⁸. “A interpretação dos textos legais não pode depender de uma ‘subjetividade assujeitadora’, como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete”³⁵⁹.

O esforço para se evitar que a vontade do julgador se sobreponha as normas, em uma espécie de solipsismo judicial³⁶⁰, encontra limites que se afiguram inerentes à liberdade do magistrado em analisar as provas contidas nos autos, como por exemplo, a impossibilidade de aferir, com convicção, as razões que motivaram o juiz a decidir. Malgrado a fundamentação, os argumentos contidos sentença podem ser adequados à decisão judicial, mesmo que avessos aos elementos contidos nos autos. A utilização da generalidade dos princípios, somada ao panprincipiologismo³⁶¹, e um sem número de distorções interpretativas da norma, possibilitam que os argumentos contidos nos autos sejam adequados àquilo que por vezes representa a vontade do julgador e não uma decisão imparcial, baseada no resultado de convencimento esperado na dialética processual. Como aponta Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, “é impossível penetrar nos escaninhos do cérebro humano para demonstrar tal ou qual aspecto assume preponderância no ato decisório”³⁶². Há um itinerário psicológico na formação dos vereditos que não pode ser controlado.

“A afirmação do princípio da livre valoração da prova, embora não afaste a legitimidade da análise jurídica, implica em conexões que extrapolam os critérios de regulação jurídica. O princípio jurídico da livre valoração implica uma visão holística da prova, e, conseqüentemente, integram-se outros aspectos extrajurídicos necessários à determinação do fato.”³⁶³

O ato de julgar possui uma “dimensão inconsciente que se projeta nas decisões”³⁶⁴. O problema surge quando a vontade do julgador passa a se sobrepor às

³⁵⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 576.

³⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 95.

³⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 35.

³⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 493.

³⁶² CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo; CUNHA MARTINS, Rui. **Decisão judicial**. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 88.

³⁶³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo; CUNHA MARTINS, Rui. **Decisão judicial**. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 124.

³⁶⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo; CUNHA MARTINS, Rui. **Decisão judicial**. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 126.

regras, ou seja, quando o chamado decisionismo judicial contamina o ato de julgar. Segundo Luigi Ferrajoli, “O decisionismo é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da conseqüente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social.”³⁶⁵ Trata-se do desprezo do magistrado pela “sagrada” imparcialidade nos julgamentos e a adoção de critérios subjetivos nas decisões. O juiz se esquece das provas e passa a utilizar-se de critérios íntimos para seu convencimento. Como assevera Daniel Sarmiento

“muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarmos a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser”.³⁶⁶

Muitas vezes, o inconsciente “se revela por detrás do decisionismo, da arbitrariedade, da discricionariedade judicial, dos argumentos de autoridade, eliminando a possibilidade de uma instância lógica e contraditória para proteger-se de ser surpreendido em plena ação”³⁶⁷. O “caráter subjetivo do juízo, que, na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resulta mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato.”³⁶⁸ Com isso, exsurge uma inevitável insegurança jurídica, já que o mesmo caso pode receber sentenças diversas, a depender do juiz que o analise, numa total incoerência jurídica que prejudica o réu e até mesmo a prestação jurisdicional. É bem verdade que o processo é recheado de incertezas e não se pode conceber a ideia de previsão de seu resultado. “O processo é uma aventura/acontecimento, em que os materiais para toda decisão precisam ser compreendidos em face de novas coordenadas”³⁶⁹. Entretanto, a sentença não pode ser um ato subjetivo, não baseado em procedimento cognitivo e de total discricionariedade

³⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 36.

³⁶⁶ SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda**. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.); SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do Direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 144.

³⁶⁷ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo; CUNHA MARTINS, Rui. **Decisão judicial**. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 126.

³⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37.

³⁶⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 206.

do julgador. Como adverte Lenio Luiz Streck, “discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, uma questão de democracia”,³⁷⁰ e o decisionismo extirpa essa possibilidade. “É do encadeamento de significantes, ou seja, da forma como serão dispostos os significantes que se poderá verificar a legitimidade (democrática) da decisão”.³⁷¹

Dessa forma, “o poder judicial somente está legitimado enquanto amparado por argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas boa argumentação), submetidos ao contraditório e refutáveis”.³⁷² A existência de liberdade para que o juiz avalie as provas existentes nos autos é imprescindível diante das particularidades de cada caso concreto. Todavia, essa liberdade não pode se transformar em solipsismo judicial. Assim, a motivação das decisões é um dos principais mecanismos de controle do decisionismo.

6. A LUTA CONTRA A SEDUÇÃO DA ‘EVIDÊNCIA’ E O PONTO CEGO DO DIREITO

Salah H. Khaled Júnior explica que evidência é o “substrato da atividade probatória, que pode consistir em documentos, indícios e testemunhos, por exemplo”³⁷³. É evidente aquilo que dispensa prova³⁷⁴. Tudo aquilo que não necessita ser justificado. Que não deixa dúvida. Que traz uma verdade em si mesmo. Algo que encontra explicação em si próprio. Que é autossuficiente em termos de comprovação de um fato. Nas palavras de Rui Cunha Martins, evidência é um “simulacro de autorreferencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesma, a evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidades”³⁷⁵.

Diferentemente das provas, as evidências dispensam o devido processo legal para sua constituição. Não há necessidade do filtro do contraditório para a existência de

³⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 95.

³⁷¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 204.

³⁷² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1099.

³⁷³ KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial.** São Paulo: Atlas, 2013. p. 363.

³⁷⁴ GIL, Fernando. **Tratado da evidência.** Traduzido por Maria Bragança. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1996. p. 09.

³⁷⁵ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons.** São Paulo: Atlas, 2013. p. 02.

uma evidência. Ao contrário, “a evidência instaura um desamor do contraditório”³⁷⁶. Por ser imediatamente perceptível aos olhos, correspondendo plenamente aos fatos, é encarada como verdade, fazendo desaparecer a necessidade de prova.

A fase preliminar ao processo, notadamente quando desenvolvida por meio do inquérito policial, tendo em vista seu caráter inquisitivo, trabalha com base em evidências. Como é sabido, não há contraditório no inquérito policial. Sem ele, os elementos auferidos na investigação com o escopo de elucidar o fato investigado não passam de evidências, ou seja, de elementos avessos à estrutura processual, desprovido do contraditório e de dispositivos de avaliação exterior a sua própria proposição.

Tais evidências, entretanto, como já exposto, conforme determina o art. 12 do Código de Processo Penal, são introduzidas no processo e podem ser utilizadas diretamente pelo juiz na fundamentação da sentença.

O problema é que a evidência possui um caráter alucinante. A obviedade pela qual a evidência apresenta um fato, resultante da verdade inerente a si própria, confere-lhe um inegável caráter alucinatório e ao mesmo tempo sedutor. A evidência representa uma operação alucinatória que “converte em verdade a percepção e a significação”³⁷⁷. Por não exigir remissão a dispositivos exteriores de avaliação, já que possui uma verdade em si mesma, a evidência é frágil, quando comparada à prova, mas insidiosa, pois influencia na formação da convicção do julgador de forma alienada.

“Uma verdade índice de si mesma é excessiva por natureza”³⁷⁸, sendo, portanto, alucinante e temerária. A evidência não precisa ser justificada, existe em si mesma, o que a aproxima de ilusão.

Com efeito, a evidência não tem valor probatório e não pode servir para a formação da convicção do julgador.

Entretanto, a evidência, que deveria somente embasar as teses das partes, acaba se transformando em estribo direto e efetivo para a sentença judicial, comprometendo a lógica do processo acusatório, qual seja: a de que a formação da convicção do magistrado deve se basear em provas. O caráter alucinante promovido pela evidência contamina a convicção do magistrado, perpetuando-se na sentença judicial, em total

³⁷⁶ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 02.

³⁷⁷ GIL, Fernando. **Tratado da evidência**. Traduzido por Maria Bragança. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1996. p. 217.

³⁷⁸ CUNHA MARTINS, Rui; GIL, Fernando. Modos da verdade. **Revista de história das ideias**. Instituto de história e Teoria das idéias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, v. 23, p. 19, 2002.

prejuízo ao réu. “A persistência da marca da evidência no campo da convicção é frequente”³⁷⁹.

A luta contra a sedução que a evidência exerce na formação da convicção do magistrado encontra seu campo de batalha no processo.

A evidência, por meio da atividade probatória, pode ser convertida em prova³⁸⁰. Para tanto deve ser submetida a um meio probatório que lhe extirpe o caráter alucinante, ou seja, “é necessário que sobreviva ao processo de constrangimento a que o processo as submete através da atividade probatória”³⁸¹. “A prova, a convicção, ou o próprio processo, destinam-se a assegurar o estabelecimento de limites frente à pulsão devoradora da evidência”³⁸².

A convicção depende da prova, que paralelamente, depende do contraditório. Somente após passar pelo filtro do contraditório é que a prova ganha legitimidade para fundamentar a decisão judicial. O contraditório, portanto, é uma verdadeira condição de validade da prova. Como a evidência não se submete ao crivo do contraditório, não está apta a servir de base para o convencimento do juiz.

Nesse passo, o contraditório serviria para extrair e corrigir o caráter alucinatório da evidência.

Entretanto, afirma Rui Cunha Martins que a função limitadora do caráter alucinante da evidência de algum modo esta condenada ao fracasso. Nem a prova, nem o processo, tampouco a convicção, exercem níveis de total satisfação regulatória contra a contaminação alucinante da evidência.³⁸³ A evidência não vai deixar de ser elemento concorrente para a formação da convicção do juiz, pois seu caráter alucinante é capaz de gerar excessiva confiança no julgador. O excesso de confiança na evidência cria zonas cinzentas sobre os fatos, que escapam à cognição do julgador, ou seja, geram *pontos cegos*.

O ponto cego do direito traduz-se no excesso, seja enquanto

³⁷⁹ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 05.

³⁸⁰ KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 363.

³⁸¹ KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 363.

³⁸² CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 03.

³⁸³ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 05.

“alucinação dos materiais, isto é, enquanto pressão exacerbada sobre as propriedades e funções do próprio direito (daí resultando, por exemplo, fenômenos como tolerância zero, redução de garantias, pressão punitiva, obsessão securitária, críspação probatória), e, neste caso, o critério estético desse excesso é a ostensão; ou enquanto turbulência de escalas, isto é, enquanto deslocamento multidireccional dos sujeitos e dos referentes da ordem jurídica (daí resultando um tipo de que a sobreposição de escalas constitucionais ilustra perfeitamente), e, neste caso, o critério estético desse excesso é a dispersão. Num caso como noutro, a intensificação do existente imprime um excesso de visibilidade, uma sobre-focagem num objeto considerado em fuga e que importa captar sob qualquer condição. Um objeto que desaparecerá, fatalmente, do horizonte do olhar, no momento exato em que parece iminente a sua captura. Escondendo-se, doravante, no ponto cego”³⁸⁴

A sentença baseada em elementos informativos auferidos no inquérito policial e não corrigidos pelo contraditório, significa uma sentença desprovida das regras do devido processo penal, cuja cognição judicial se estrutura em elementos colhidos em uma estrutura inquisitória, em que as chances de erros judiciais são potencializadas e cuja violência contra o acusado se torna latente.

“A convicção é, por definição, uma zona de contágio na qual se insinua a dimensão de crença que nela sempre subsiste e onde convivem diversas expressões conotadas com o registro alucinatório da evidência.”³⁸⁵

Portanto, “fica claro que não é aceitável tomar como verdadeira a evidência em uma estrutura acusatória regida pela democraticidade, pois é uma exigência do devido processo legal que em âmbito processual a prova deva ter um alto grau de correção, superando a mera evidência.”³⁸⁶Um “Estado Democrático de Direito” será, de fato, tanto mais democrático e de direito consoante os mecanismos destinados a assegurar os seus princípios basilares apresentem, pela sua parte, um grau tão mínimo quanto possível de contaminação pelas expressões da evidência”.³⁸⁷

³⁸⁴ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 01.

³⁸⁵ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 18.

³⁸⁶ KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 365.

³⁸⁷ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 02.

7. A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA E O CONTRIBUTO PARA A DEMONSTRAÇÃO DA CONTAMINAÇÃO

Entender o poder contaminante dos atos de investigação na cognição do magistrado, bem como a permeabilidade que o processo possui quanto a esses atos, requer o conhecimento de áreas do saber que transbordam o direito. A teoria da dissonância cognitiva, proveniente da psicologia social, representa um importante contributo nessa tarefa.

Leon Festinger, na obra intitulada “teoria da dissonância cognitiva³⁸⁸”, preleciona que a busca pela coerência entre ações e informações captadas pelos indivíduos é um esforço contínuo de todos. As opiniões ou atitudes afins tendem a manter-se coerentes entre si, ou seja, as atitudes de uma pessoa refletem aquilo que ela sabe ou crê. Se ela acredita, por exemplo, que a educação universitária é necessária para o sucesso, certamente irá encorajar seus filhos para que ingressem no ensino superior. Os organismos humanos tentam estabelecer harmonia, coerência, entre as opiniões, atitudes, conhecimentos e valores³⁸⁹. “Pode-se afirmar que o indivíduo busca – como mecanismo de defesa do ego – encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e sua opinião. É um anseio por eliminação das contradições cognitivas.”³⁹⁰

Há, entretanto, comportamentos que apresentam certa incoerência com as informações e crenças detidas pelo autor da ação. Um fumante, por exemplo, em que pese saber dos possíveis males que o cigarro pode causar a sua saúde, continuam fumando. O criminoso, mesmo sabendo que pode ser preso, pratica a infração penal.

Nesses casos, há clara dissonância entre as informações recebidas pelos indivíduos citados nos exemplos e os respectivos comportamentos por eles desenvolvidos. O resultado dessa dissonância é um desconforto psicológico que levará o

³⁸⁸ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Traduzido por Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

³⁸⁹ A palavra dissonância é utilizada pelo autor como sinônimo de incoerência. Da mesma forma, a palavra coerência foi substituída por ele por outra mais *neutra*: consonância. Dissonância e consonância referem-se às relações que existem entre pares de elementos de cognição ou, como utiliza o autor, somente *cognição*. Por derradeiro, cognição consiste em qualquer conhecimento, opinião ou convicção sobre o meio ambiente, sobre o próprio indivíduo ou sobre o seu comportamento.

³⁹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender a imparcialidade do juiz**. Consultor Jurídico. São Paulo, jul. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>. Acesso em 24.10.2015.

indivíduo que a vive a tentar cessá-la ou, no mínimo, reduzi-la, evitando, até mesmo, situações e informações suscetíveis de aumentá-la³⁹¹.

Assim, ocorrendo o desequilíbrio entre uma decisão e as informações contrárias a essa ação (dissonância), afloram naturais pressões psicológicas para reduzir a incoerência entre pensamento e ação.

A dissonância cognitiva “pode ser considerada uma condição antecedente que leva à atividade orientada para a redução de dissonância, tal como a fome conduz à atividade orientada para a redução da fome”³⁹².

A origem da dissonância reside em uma escolha, uma decisão. Como assevera Leon Festinger, a “dissonância existe porque, após a decisão, a pessoa continua a ter em sua cognição elementos que, se considerados *per se*, levariam a uma ação diferente daquela que foi empreendida”³⁹³.

A dissonância cognitiva não impele, simultaneamente, a pessoa em duas direções diferentes, como no conflito para a tomada de uma decisão entre dois ou mais caminhos. A dissonância existe entre os elementos cognitivos correspondentes à opção escolhida no momento do conflito e “aqueles elementos cognitivos que correspondem às características desejáveis da alternativa preterida e características indesejáveis da alternativa preferida”³⁹⁴.

Como exemplo, Leon Festinger cita o caso de uma pessoa que recebe, simultaneamente, duas propostas de empregos. Todos os elementos cognitivos correspondentes às características positivas do emprego *A*, somadas às características negativas do emprego *B* (conjunto cognitivo *A*) encaminham a pessoa na direção de aceitar o emprego *A*. Em oposição, o conjunto cognitivo *B*, ou seja, os elementos correspondentes às características positivas do emprego *B*, somadas às características negativas do emprego *A*, conduzem essa pessoa na direção de aceitar o emprego *B*. Como os empregos *A* e *B* se excluem mutuamente há típica situação de conflito. Realizada a escolha pelo emprego *A*, por exemplo, resolve-se o conflito. Todavia, inicia-se a dissonância resultante dessa escolha. As características positivas do emprego

³⁹¹ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Traduzido por Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 12.

³⁹² FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Traduzido por Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 13.

³⁹³ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Traduzido por Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 41.

³⁹⁴ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Traduzido por Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 45.

B são dissonantes em relação à escolha realizada (emprego *A*). Nesse passo, após a escolha, e em que pese não haver mais dois caminhos que se contrapõe, haverá um desconforto psicológico proveniente da pressão pela escolha. Informações positivas do emprego preterido e informações negativas do emprego escolhido poderão representar cognições que exercerão pressão contra a decisão realizada. O esforço do indivíduo, assim, se voltará para a tentativa de reduzir a dissonância cognitiva criada³⁹⁵.

Trasladando as ideias acima para a persecução penal, objetivo do presente estudo, é possível deduzir que o magistrado, ao analisar a denúncia instruída com o inquérito policial (ou qualquer outro instrumento que reúna os atos de investigação) depara-se com um conflito e a consequente necessidade de uma escolha: iniciar ou não o processo penal. Iniciar o processo significa aderir aos elementos de informação que indicam que o investigado é possivelmente o autor do fato a ser julgado. De outra banda, a “escolha” pelo não recebimento da denúncia significa o convencimento do magistrado de que nos autos do inquérito policial há elementos robustos de informação que indicam a inocência do investigado, a falta de justa causa, ou atipicidade da conduta. Realizada a “escolha” pelo início do processo cessa o conflito, restando estampado que o magistrado aderiu aos elementos de informação que indicam que o investigado é o provável autor do delito, o que sedimenta cognição desfavorável ao réu. Iniciado o processo, tendo em vista a existência de elementos de informação favoráveis ao réu já no momento da denúncia, bem como o provável surgimento de novas informações favoráveis ao réu no curso do processo, nasce a chamada dissonância cognitiva, ou seja, um desconforto psicológico no julgador proveniente da incoerência entre a decisão pelo recebimento da denúncia e os elementos contrários à probabilidade do réu ser autor do delito.

Em síntese, a dissonância, no caso do processo penal, ocorrerá entre os elementos indiciários existentes no inquérito policial, fonte cognitiva aceita no momento do recebimento da denúncia, e os elementos cognitivos que demonstram a inocência do réu, sejam os já existentes no caderno investigativo (preteridos), sejam os apresentados no curso do processo³⁹⁶.

³⁹⁵ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Traduzido por Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 43-44.

³⁹⁶ Não é demais esclarecer que não se pode descurar da possibilidade de que a decisão judicial de recebimento da denúncia tenha outros elementos de cognição além do inquérito policial. O magistrado não está isolado e avesso aos demais elementos que podem lhe influenciar, como mídia, convicções pessoais etc. Entretanto, por ser impensável qualquer tentativa de se obter uma lista completa de elementos cognitivos que determinaram o recebimento da denúncia e tendo em vista que o inquérito

Diante desse quadro de desconforto psicológico gerado pela dissonância cognitiva, o magistrado, no curso do processo, de forma inconsciente, empreenderá esforços reduzir a dissonância.

Leon Festinger apresente três manifestações de pressão utilizadas para tentar reduzir ou mesmo eliminar a dissonância. São elas: a) a mudança ou revogação da decisão; b) a mudança da atratividade das alternativas envolvidas; c) o estabelecimento da sobreposição cognitiva entre as alternativas envolvidas na escolha.³⁹⁷

A mudança ou revogação da decisão consiste em dois métodos de busca de redução ou eliminação da dissonância. A mudança da decisão ocorre com a inversão da decisão tendo em vista a pressão dos fatores dissonância. O problema é que o resultado da inversão da escolha é também a inversão da dissonância, e não a sua eliminação ou redução. Ou seja, com a mudança de escolha os fatores positivos da escolha anteriormente efetivada, e posteriormente preterida, passam a exercer pressão dissonante a nova escolha, perpetuando o desconforto psicológico antes existente. Já a revogação psicológica da decisão ocorre quando o responsável pela decisão admite que realizou a escolha errada ou quando a referida pessoa se persuadi de que a escolha não foi sua.

Como observa Leon Festinger, não se trata de método usual de redução da dissonância, pois, “repõem a pessoa em conflito, isto é, em situação de ter de refazer a sua escolha, embora esta não precise ou talvez não possa ser reformulada; ou então, coloca a pessoa numa situação em que não aceita qualquer responsabilidade pelo que faz.”³⁹⁸ Em face do inconveniente apontado, o método em questão apresenta pouca importância para o estudo em tela.

O segundo método de tentativa de redução da dissonância é o chamado de *mudança da atratividade das alternativas envolvidas na escolha*. Trata-se da maneira mais direta e, provavelmente, mais recorrente de se reduzir a dissonância pós-decisão. Consiste na adição de elementos consonantes com a escolha realizada e/ou eliminação de elementos dissonantes. O raciocínio é o seguinte: a dissonância existe porque há elementos cognitivos positivos na alternativa preterida e, também, elementos negativos

policial é a “realidade” jurídica, base de informação, que motivará a denúncia e o consequente recebimento, optou-se por adotar essa fonte de cognição como marco de análise.

³⁹⁷ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Traduzido por Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 46-47.

³⁹⁸ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Traduzido por Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 46.

na opção escolhida. A existência desses elementos contrapostos é, inclusive, a matriz da dissonância cognitiva. Pois bem, sendo assim, seria possível reduzir a dissonância adicionando elementos consonantes com a escolha realizada e reduzindo a atratividade dos elementos positivos da alternativa preterida. Aumentando os elementos consoantes diminuir-se-ia, por consequência, a dissonância. Nas palavras de Leon Festinger, “a dissonância pós-decisão pode ser reduzida desde que se aumente a atratividade da alternativa escolhida, se diminua a atratividade das alternativas preteridas, ou ambas as coisas”³⁹⁹.

A adição de elementos consonantes com a escolha realizada pode ser feita por meio de exposição voluntária a novas informações ou por exposição forçada.

Na exposição voluntária há uma busca ativa de informações que produzam uma nova cognição em consonância com as cognições existentes, bem como a evitação da exposição a informações que aumente a dissonância. “A existência de apreciável dissonância e a consequente pressão para reduzi-la levarão à busca de informação que introduza consonância e à evitação de informação que aumente a dissonância já existente”⁴⁰⁰.

A tentativa de redução da dissonância por meio da exposição voluntária a informações consonantes merece atenção no contexto da persecução penal brasileira. Isso porque, como é sabido, o art. 156 do Código de Processo Penal⁴⁰¹ possibilita que o juiz, no curso do processo ou mesmo na fase preliminar, determine a produção de provas. Como a dissonância pode ser reduzida pela adição de novos elementos consonantes ou com a evitação de elementos dissonantes, é de se esperar que haja a busca ativa do juiz por informações que possibilitem a redução da dissonância existente, ou seja, informações que se coadunem com a convicção formada no momento do recebimento da denúncia e a evitação das fontes de informação que potencialmente possam aumentar a dissonância já existente⁴⁰². Nesse caso, ao se defrontar com uma possível fonte de informação que potencialmente irá aumentar a consonância o juiz será

³⁹⁹ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Traduzido por Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 232.

⁴⁰⁰ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Traduzido por Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 120.

⁴⁰¹ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

⁴⁰² FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Traduzido por Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 119.

mais receptivo, o que favorecerá a acusação. Em contraponto, se a expectativa é a de que a fonte de informação elevará o nível de dissonância, a informação será evitada, o que pode prejudicar a defesa. No ponto, como observa Bernd Schunemann, as informações que conformam uma hipótese que, em algum momento anterior fora considerada correta, são sistematicamente superestimadas, enquanto as informações contrárias são sistematicamente menosprezadas. É o chamado efeito inércia ou perseverança.⁴⁰³

No mesmo sentido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho explica que ao ter contato com a plenitude dos atos de investigação a tese acusatória adere à cognição do julgador, fazendo com que ele decida antes e depois saia em busca de elementos que justifiquem sua decisão. O juiz toma o imaginário como real possível.⁴⁰⁴ Com isso, antecipa-se a formação do juízo.

Entretanto, em que pese à possibilidade do juiz determinar a produção de provas, o mais recorrente no processo penal brasileiro é que os elementos de cognição sejam introduzidos pelas partes no processo. Logo, não obstante a tentativa de redução da dissonância por meio da busca de elementos consonantes e evitação de elementos dissonantes, inevitavelmente o juiz será forçado a se deparar com fontes de cognição dissonantes do seu pensamento no curso do processo. Em outras palavras, a defesa irá apresentar provas no processo e essas provas, possivelmente, serão contrárias à decisão de recebimento da denúncia, sendo, assim, fonte de desconforto psicológico para o magistrado. Nesses casos, a fim de que um quadro cognitivo coerente se estabeleça, o juiz tenderá a combater a exposição forçada a esses elementos cognitivos dissonantes. Leon Festinger apresenta três estudos que indicam as reações das pessoas que são expostas, de maneira forçada, à informações que produzirão ou aumentarão a dissonância⁴⁰⁵. São eles:

1) O primeiro se refere à *evitação da dissonância mediante uma percepção errônea*. Essa forma de reação a informações dissonantes apresentadas forçadamente consiste em perceber os novos estímulos erroneamente ou evitá-los, numa tentativa de

⁴⁰³ SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverantes e aliança**. In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 208.

⁴⁰⁴ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **O papel do novo juiz no processo penal**. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coord.). **Crítica à teoria Geraldo direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 25.

⁴⁰⁵ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Traduzido por Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 137-148.

não agravar ou mesmo não criar desconforto psicológico decorrente da incoerência entre a cognição existente e os novos estímulos cognitivos. No ponto, é fácil perceber uma tendência dos indivíduos em absorver e interpretar as informações que recebem de acordo com as idéias que já possuem sobre o tema. Informações novas, dissonantes da cognição já existente, são evitadas ou mesmo analisadas e interpretadas de forma que se coadunem com a cognição já estabelecida na mente do indivíduo.

Para demonstrar a ideia acima o autor reproduziu interessante estudo desenvolvido por Hastorf e Cantril⁴⁰⁶, em que é possível aferir, empiricamente, o resultado à exposição involuntária a informações que são potencialmente geradoras de dissonância. Resumidamente, a pesquisa refere-se à percepção de torcedores quanto a uma partida de futebol americano em que, em razão da rivalidade, ocorreram inúmeras faltas violentas, por ambas as equipes.

Inicialmente se notou que os jornais da cidade Princeton, um dos times, acusou o time adversário, da cidade de Dartmouth, de ter agido de forma desleal na partida, ferindo, acintosamente, seu principal astro. Já os jornais da cidade de Dartmouth afirmaram que a violência partiu do outro time citado, que jogou de maneira desleal e suja.

Da mesma forma, os estudantes das escolas dos respectivos times defendiam pontos de vista diferentes, sempre atribuindo razão ao time que defendiam.

Como parte da pesquisa, foi solicitado, então, que cerca de 50 estudantes de cada universidade assistissem ao filme do jogo e, durante a apresentação, apontassem em um formulário todas as infrações às regras do jogo que vislumbrassem. O resultado deixou claro que os estudantes procuraram ver o filme de maneira consonante com as opiniões anteriores que possuíam. Os estudantes de Dartmouth acharam que o jogo tinha sido menos violento e que ambas as equipes eram responsáveis pelo endurecimento. Ademais, viram menos infrações às regras e uma quantidade quase idêntica de infrações cometidas por ambas às equipes. Os estudantes de Princeton, que haviam opinado que o jogo tinha sido violento e desleal, e que Dartmouth iniciara a violência, viram mais infrações às regras, vislumbrando, ainda, o dobro de infrações cometidas por Dartmouth.

⁴⁰⁶ Hastorf, A., & Cantril, H. They saw a game: **A case study**. *J. Abnormal and Social Psychology*, 1954, 49, 129-34, citado por FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Traduzido por Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 138.

Portanto, é possível inferir do estudo que as pessoas tendem a perceber erroneamente informações que sejam dissonantes da cognição que detém. A tendência é que as pessoas conscientizem e interpretem as informações de acordo com a ideia que já existia em sua mente.

E no processo não se mostra diferente. O magistrado tenderá a interpretar os depoimentos das testemunhas, por exemplo, de forma tendenciosa, ou seja, de acordo com o entendimento que melhor se coaduna com a convicção já estabelecida sobre o caso que será julgado. “A exposição forçada à nova informação que tenda a aumentar a dissonância resultará em interpretação e percepção errôneas da informação pela pessoa, num esforço para evitar o recrudescimento de dissonância”⁴⁰⁷.

2) o segundo estudo demonstrou que mesmo que a informação a que uma pessoa foi involuntariamente exposta seja conscientizada por ela, é possível minimizar imediatamente a dissonância introduzida mediante a invalidação da aludida informação. O método utilizado para tanto é o de não aceitar a nova informação como verdadeira. Como exemplo, o autor cita pesquisa, realizada entre fumantes, que avaliou o impacto das campanhas antitabagismos, notadamente as que relacionavam o hábito de fumar ao surgimento de câncer.

Os resultados esclareceram que as pessoas pesquisadas que consumiam maior número de cigarros recusavam-se mais veementemente a aceitar a informação de que o cigarro poderia provocar câncer. Ou seja, quanto mais as pessoas fumavam, com mais intensidade se recusavam a aceitar a informação que seria dissonante com seu comportamento de fumante. Entre os fumantes, 86% acharam que não estava provada a relação entre o cigarro e o surgimento de câncer, enquanto somente 7% acharam estar provado. Outros 7% não souberam opinar.

Os dados deixam claro que as pessoas comprometidas com determinado comportamento acabam por rejeitar a informação contrária a que forem expostas, que, caso aceita, produziria dissonância com a sua cognição sobre seu próprio comportamento.

O fato exposto pode ser facilmente trasladado para o processo. O juiz pode simplesmente não aceitar como verdadeira as afirmações do réu ou mesmo das testemunhas de defesa, já que dissonante a cognição formada no momento em que leu o conteúdo pleno da investigação preliminar e recebeu a denúncia.

⁴⁰⁷ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Traduzido por Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 233.

3) O terceiro estudo trata do esquecimento da informação causadora da dissonância. Trata-se de um esquecimento seletivo das informações novas dissonantes. Esse esquecimento seletivo fará grande diferença no momento do juiz proferir a sentença, pois certamente terá maior ênfase em sua memória às provas da acusação, consonantes com seu pensamento inicial. O depoimento das testemunhas de acusação será mais facilmente apreendido pelo magistrado, enquanto que as informações favoráveis ao réu serão facilmente esquecidas.

Por derradeiro, o terceiro e última forma de tentativa de redução da dissonância é o chamado de *estabelecimento da sobreposição cognitiva entre as alternativas envolvidas na escolha*. Como citado, uma das fontes de dissonância encontra-se nas diferenças de características entre a escolha realizada e a preterida. “Quanto mais os elementos cognitivos correspondentes às diferentes alternativas envolvidas numa decisão forem semelhantes, menor será a dissonância resultante”.⁴⁰⁸ Com efeito, a dissonância pode ser reduzida com a sobreposição cognitiva, ou seja, os pontos positivos de ambas as alternativas são equiparados, por levarem ao mesmo resultado. Os elementos correspondentes de opção escolhida e da preterida são colocados em um único contexto, de forma que eles conduzam ao mesmo resultado final. A identidade de alguns dos elementos é capaz de reduzir a dissonância. “A sobreposição cognitiva pode ser estabelecida mediante a descoberta ou criação de elementos correspondentes à alternativa escolhida que são idênticos aos elementos favoráveis que já existem para a correspondente alternativa preterida.”⁴⁰⁹

Não se vislumbra aplicável à diminuição da dissonância cognitiva, proveniente do recebimento da denúncia e transcorrer do processo penal, *a sobreposição cognitiva entre as alternativas envolvidas na escolha*. Isso porque não se pode cogitar da existência de elementos correspondentes no recebimento e não recebimento da denúncia que, sobrepostos, possam resultar na condenação.

Por todo exposto, resta estampada a contaminação e os prejuízos psicológicos que a imparcialidade do juiz pode sofrer ao realizar a leitura dos autos da investigação previa ao processo e posteriormente julgar o caso.

Fazendo uso do instrumentário teórico da psicologia, notadamente da teoria da dissonância cognitiva, Bernad Schunemann testou hipóteses concretas sobre a

⁴⁰⁸ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Traduzido por Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 48.

⁴⁰⁹ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Traduzido por Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 49.

influência dos atos de investigação no comportamento do juiz no curso do processo, comprovando que o

“processamento de informações pelo juiz é em sua totalidade distorcido em favor da imagem do fato que consta dos autos da investigação e da avaliação realizada pelo ministério público, de modo que o juiz tem mais dificuldade em perceber e armazenar resultados probatórios dissonantes do que consonantes, e as faculdades de formulação de perguntas que lhe assistem são usadas não no sentido de uma melhora do processo de informações, e sim de uma autoconfirmação das hipóteses iniciais”.⁴¹⁰

8. A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O projeto de lei que busca instituir um novo Código de Processo Penal tem como base o anteprojeto elaborado por uma comissão de juristas, criada no ano de 2008, pelo Senado Federal⁴¹¹. O anteprojeto transformou-se no Projeto de Lei 156/2009, de autoria do Senador José Sarney. Ao chegar à Câmara de Deputados, no ano de 2010, recebeu o número 8045.

Como referido nos capítulos anteriores, o Código de Processo Penal vigente, publicado em 1941, foi concebido sob a égide de uma mentalidade política autoritária, cujas garantias individuais eram preteridas em prol de um chamado “bem comum”. Já na exposição de motivos do aludido diploma legal é possível aferir a órbita que animou o legislador, como segue:

“II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a

⁴¹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverantes e aliança**. In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 221.

⁴¹¹ A comissão de juristas para a elaboração do anteprojeto de novo Código de Processo Penal foi criada na forma do Requerimento nº 227, de 2008, aditado pelos Requerimentos nº (s) 751 e 794, de 2008, e pelos Atos do Presidente nº (s) 11, 17 e 18, de 2008, tendo como coordenador o Ministro Hamilton Carvalhido e como relator Eugênio Pacelli de Oliveira. Foram integrantes da comissão: Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Hamilton Carvalhido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar, Tito Souza do Amaral. Fonte: <http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>.

injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código.”⁴¹²

Em sentido praticamente antagônico, em 1988, foi publicada a chamada Constituição Federal *cidadã*. Arquetizada após a ruptura com o regime ditatorial militar, vivido pelo Brasil entre os anos de 1969 e 1985, a nova ordem constitucional privilegia garantias fundamentais e traz fortes sinais da adoção do sistema processual acusatório.

A notória discrepância ideológica que embasou os institutos contidos nos aludidos diplomas legais vem resultando em prejuízos para toda a persecução penal, notadamente para os acusados. Isso porque, malgrado as pontuais mudanças legislativas no vetusto Código de Processo Penal, buscando adequá-lo à Constituição Federal posterior, há predomínio, notadamente na fase pré-processual, de regras autoritárias, inquisitoriais e avessas aos ditames de um Estado Democrático de Direito.

O projeto de lei que objetiva instituir um novo Código de Processo Penal tem como marca a tentativa de acoplagem constitucional das leis processuais penais à Constituição Federal de 1988. É o que se infere já na leitura dos cinco primeiros artigos do projeto, em que se encontra expressamente instituída a *estrutura acusatória*⁴¹³ do processo penal, a ênfase à dignidade da pessoa humana e a *máxima proteção dos direitos fundamentais*⁴¹⁴.

Quanto à fase preliminar ao processo, algumas mudanças significativas foram previstas. Foi criado, por exemplo, o chamado juiz das garantias, responsável pela tutela

⁴¹² BRASIL, Exposição de motivos do Código de Processo Penal, Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em 14.11.2015.

⁴¹³ BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.045 do ano de 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 13.07.2014. Art. 4º. “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

⁴¹⁴BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.045 do ano de 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 13.07.2014. Art. 5º. “A interpretação das leis processuais penais orientar-se-á pela proibição de excesso, privilegiando a dignidade da pessoa humana e a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal”.

das inviolabilidades dos investigados na fase preliminar, o que, conforme previsto no anteprojeto, permitirá:

“a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação”.⁴¹⁵

Todavia, em que pese a tentativa de afastamento do juiz que irá julgar a causa da investigação preliminar, o inquérito permanecerá sendo inserido no processo⁴¹⁶, o que pode ensejar toda a contaminação psicológica discutida no presente estudo, tornando inócua uma das funções do juiz das garantias, qual seja, a de preservação da imparcialidade do juiz que irá proferir a decisão⁴¹⁷.

O projeto mantém, ainda, o inquérito policial como instrumento de registro das investigações realizadas pelas polícias, não disciplinando de forma precisa a instrumentalização das investigações realizadas por outros órgãos.

Buscando demonstrar com maior exatidão as mudanças proposta pelo projeto em questão para a fase de investigação preliminar, cumpre a análise pontual de alguns dos artigos correspondentes.

Dos art. 8º ao art. 13 o projeto de lei em apreço traça as chamadas disposições gerais acerca da investigação criminal. Já nesses primeiros artigos vislumbra-se a preocupação do legislador com a figura do investigado, o que se mostra consentâneo com a ideologia de preservação dos direitos individuais no curso da persecução penal. O art. 10⁴¹⁸ do projeto em tela estabelece que a condição jurídica de “investigado” se estabelece a partir do momento em que é realizado o primeiro ato ou procedimento

⁴¹⁵ BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>. Acesso em: 14.11.2015.

⁴¹⁶ BRASIL, Projeto de Lei nº 8045 do ano de 2010. Art. 36. “Os autos do inquérito instruirão a denúncia, sempre que lhe servirem de base”.

⁴¹⁷ Vale destacar que o projeto retira a possibilidade do juiz fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidas na fase preliminar, como atualmente possível, conforme art. 155 do Código de Processo Penal. É o que se infere da redação do art. 168 da PL 8.045/10, como segue: “O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.”

⁴¹⁸ BRASIL, Projeto de Lei nº 8045 do ano de 2010. Art. 10. “Para todos os efeitos legais, caracteriza-se a condição jurídica de “investigado” a partir do momento em que é realizado o primeiro ato ou procedimento investigativo em relação à pessoa sobre a qual pesam indicações de autoria ou participação na prática de uma infração penal, independentemente de qualificação formal atribuída pela autoridade responsável pela investigação”.

investigativo em relação à pessoa sobre a qual pesam indicações de autoria ou participação na prática de uma infração penal, independentemente da qualificação atribuída pela autoridade responsável pela investigação. Trata-se da tentativa de garantir a ampla defesa desde a fase preliminar do processo, bem como de evitar que o “rótulo jurídico” impelido permita que uma pessoa seja ouvida como testemunha, correndo o risco de produzir provas contra si mesmo, enquanto na verdade se trata de um investigado.

Para o investigado são garantidos o “acesso a todo material já produzido na investigação criminal”⁴¹⁹, o direito de ser ouvido pela autoridade competente antes que a investigação criminal seja concluída⁴²⁰, bem como a possibilidade de realizar a chamada investigação defensiva, consistente na possibilidade de identificar fontes de provas em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.⁴²¹

Todavia, o exercício dos direitos do investigado certamente pode ser mitigado pela indefinição quanto o que representa o momento que *pesam indicações de autoria ou participação* da pessoa na prática da infração, previsto no art. 10.

Paralelamente à figura do investigado, o art. 30 do projeto corrige o vácuo legislativo atualmente existente quanto à figura do “indiciado”. Estatui o aludido artigo que “reunidos elementos suficientes que apontem para a autoria da infração penal, o delegado de polícia cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a

⁴¹⁹ BRASIL, Projeto de Lei nº 8045 do ano de 2010. Art. 11. “É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento.

Parágrafo único. O acesso a que faz referência o *caput* deste artigo compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material”.

⁴²⁰ BRASIL, Projeto de Lei nº 8045 do ano de 2010. Art. 12. “É direito do investigado ser ouvido pela autoridade competente antes que a investigação criminal seja concluída.

Parágrafo único. A autoridade tomará as medidas necessárias para que seja facultado ao investigado o exercício do direito previsto no *caput* deste artigo, salvo impossibilidade devidamente justificada.”

⁴²¹ BRASIL, Projeto de Lei nº 8045 do ano de 2010. Art. 13. “É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

§ 1º As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas.

§ 2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento.

§ 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista.

§ 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial.

§ 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.

§ 6º As pessoas mencionadas no *caput* deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.”

condição jurídica de “indiciado”, respeitadas todas as garantias constitucionais e legais”. Ocorre que, como o direito de acesso aos autos da investigação e demais direitos inerentes à ampla defesa já estão expressamente garantidos para o investigado, conforme citado nos parágrafos anteriores, mostra-se inócua e incompatível com as premissas constitucionais a figura do indiciamento. Este, assim como ocorre com a atual legislação, continuará a ser um instrumento estéril e incompatível com a Constituição Federal, pois, por meio do indiciamento, o Estado-Administração imputa “culpa” (probabilidade de autoria da prática de um crime) a alguém, sem que esse ato tenha qualquer finalidade específica. E pior, com grandes possibilidades de prejudicar o indiciado. O indiciamento configura verdadeiro estigma na vida de um indivíduo, maculando sua reputação. Se não existem consequências legais de relevo, muitas podem ser apontadas no plano social. Quem contrataria para cuidar de seus filhos, alguém que já tivesse sido “meramente” indiciado por crimes sexuais ou mesmo por maus-tratos? Independente do entendimento jurídico ou teórico sobre o indiciamento, no plano fático, o indiciamento configura inegável chaga e traz consigo uma série de sanções morais e “penas” de cunho social, alijando, por vezes, determinada pessoa de seu emprego, amigos e até mesmo família. A condenação social costuma vir muito antes da condenação judicial.

Há outros graves problemas relacionados ao indiciamento e não respondidos pelo projeto de Código de Processo Penal, como, por exemplo, a inexistência de previsão quanto às consequências procedimentais e extraprocedimentais do indiciamento, as possíveis consequências endoprocessuais e o momento específico para sua realização.⁴²²

Dessa forma, mesmo com expressa previsão legal, o indiciamento permanecerá sendo “uma das grandes incógnitas da estrutura preparatória para o exercício da ação no sistema brasileiro”⁴²³, cuja discricionariedade da autoridade policial, compatível somente com sistemas autoritários, irá imperar.

A discricionariedade exacerbada da autoridade policial é facilmente vislumbrada, também, no art. 13, §5º, do projeto em questão. Malgrado a possibilidade

⁴²² BRASIL, Projeto de Lei nº 8045 do ano de 2010. Art. 30, § 1º. “A condição de indiciado poderá ser atribuída já no auto de prisão em flagrante ou até o relatório final do delegado de polícia.”

⁴²³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 111.

de o investigado auferir fontes de prova, o ingresso do material por ele colhido no inquérito policial dependerá da “vontade” da autoridade policial⁴²⁴.

Logo, em que pesem às tentativas de contemplar uma participação mais efetiva do investigado na fase preliminar, o ranço autoritário, presente no Código de Processo Penal de 1941, ainda se afigura presente no projeto do novo Código de Processo Penal, pelo menos na fase preliminar ao processo.

No que tange especificamente à investigação promovida pelas polícias civil e federal, o projeto manteve a matriz vigente, estruturada no inquérito policial, com algumas modificações.

A forma escrita, hoje predominante, objeto de prejuízos quanto à fidedignidade das oitivas colhidas na fase policial e motivo de alongamento do tempo para o encerramento do feito, como apontado no primeiro capítulo, foi mitigada. Expressamente o projeto prevê a possibilidade das oitivas serem documentadas mediante gravação de áudio ou filmagem⁴²⁵. Quase que extirpando a efetividade da evolução na forma de documentar as oitivas policiais, entretanto, o parágrafo segundo do art. 29 do projeto obriga a transcrição da oitiva, caso requerido pelo investigado, seu defensor ou Ministério Público⁴²⁶.

O prazo para a conclusão do inquérito policial foi alterado de 30 dias, na atual legislação, para 90 dias, quando o investigado estiver solto, e de 10 dias, para 15 dias, quando preso⁴²⁷. Findo o prazo, sem que as investigações tenham sido concluídas, e encontrando-se o investigado solto, o delegado de polícia comunicará o Ministério Público, indicando as diligências faltantes, e prosseguirá no feito⁴²⁸. Diferentemente da

⁴²⁴ BRASIL, Projeto de Lei nº 8045 do ano de 2010. Art. 13, § 5º. “O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial”.

⁴²⁵ BRASIL, Projeto de Lei nº 8045 do ano de 2010. Art 29 § 1º. “O registro do interrogatório do investigado, das declarações da vítima e dos depoimentos das testemunhas poderá ser feito por escrito ou mediante gravação de áudio ou filmagem, com o fim de obter maior fidelidade das informações prestadas.”

⁴²⁶ BRASIL, Projeto de Lei nº 8045 do ano de 2010. Art 29 § 2º. “Se o registro se der por gravação de áudio ou filmagem, fica assegurada a sua transcrição e fornecimento de cópia a pedido do investigado, de seu defensor ou do Ministério Público”.

⁴²⁷ BRASIL, Projeto de Lei nº 8045 do ano de 2010. Art. 31. “O inquérito policial deve ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, estando o investigado solto. (...) § 3º Se o investigado estiver preso, o inquérito policial deve ser concluído no prazo de 15 (quinze) dias.”

⁴²⁸ BRASIL, Projeto de Lei nº 8045 do ano de 2010. Art. 31, § 1º. “Decorrido o prazo previsto no caput deste artigo sem que a investigação tenha sido concluída, o delegado de polícia comunicará as razões ao Ministério Público com o detalhamento das diligências faltantes, permanecendo os autos principais ou complementares na polícia judiciária para continuidade da investigação, salvo se houver requisição do órgão ministerial. § 2º A comunicação de que trata o § 1º deste artigo será renovada a cada 30 (trinta) dias, podendo o Ministério Público requisitar os autos a qualquer tempo.”

atual legislação, o inquérito não será inteiramente remetido ao juiz com pedido de prazo.⁴²⁹

Diferentemente do Código de Processo Penal vigente, o projeto prevê a possibilidade de prorrogação, por uma única vez, do prazo para encerramento do inquérito policial também quando o investigado estiver preso, todavia, nesse caso a cargo do juiz das garantias.⁴³⁰

Importante alteração encontra-se prevista no art. 32 do projeto de código. Com o escopo de barrar o trâmite de investigações policiais por muitos anos, como atualmente ocorre em certas ocasiões, o projeto em comento limita o tempo de investigação a 720 dias. Transcorrido esse período o inquérito policial deverá ser arquivado pelo juiz das garantias⁴³¹. Não se pode olvidar que a investigação policial não é um poder inocente e inofensivo. Ao contrário, mesmo quando exercido nos estritos limites legais, o poder investigatório é capaz de impelir angústias e dissabores à vida do investigado. Logo, nada mais certo do que limitar o tempo de trâmite da investigação, numa espécie de analogia à duração razoável do processo, já um tanto quanto sedimentada. No ponto, a garantia da duração razoável do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, e no art. 7º, 5., do Pacto de San Jose da Costa Rica (CADH), certamente deve ser respeitada na fase policial, afinal “os dispositivos do Código de Processo Penal devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta”...⁴³²

Vale destacar, entretanto, que o parágrafo segundo do mesmo artigo, dispõe sobre a possibilidade do juiz das garantias prorrogar o prazo de tramitação do inquérito policial pelo período necessário para a conclusão das diligências faltantes, tendo em vista a complexidade da investigação.⁴³³ Tal dispositivo poderá aniquilar o escopo de

⁴²⁹ BRASIL, Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Art. 10, § 3º. “Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.”

⁴³⁰ BRASIL, Projeto de Lei nº 8045 do ano de 2010. Art. 14. Parágrafo único. “Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.”

⁴³¹ BRASIL, Projeto de Lei nº 8045 do ano de 2010. Art. 32. “Não obstante o disposto no art. 31, *caput* e §§ 1º e 2º, o inquérito policial não excederá ao prazo de 720 (setecentos e vinte) dias. § 1º Esgotado o prazo previsto no *caput* deste artigo, os autos do inquérito policial serão encaminhados ao juiz das garantias para arquivamento.”

⁴³² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 11.

⁴³³ BRASIL, Projeto de Lei nº 8045 do ano de 2010. Art. 32, § 2º. “Em face da complexidade da investigação, constatado o empenho da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, o juiz das garantias poderá prorrogar o inquérito pelo período necessário à conclusão das diligências faltantes.”

estabelecer duração razoável ao inquérito, tornando o *caput* do art. 32 do projeto letra morta e perpetuando a inexistência fática de limite temporal ao procedimento policial.

A tramitação do inquérito policial também foi alterada. Encerradas as investigações o inquérito policial será remetido diretamente ao Ministério Público,⁴³⁴ que poderá requerer o arquivamento ao juiz das garantias, oferecer denúncia, determinar diligências complementares, ou determinar o encaminhamento dos autos a outro órgão do Ministério Público, por falta de atribuição para causa (PL 8.045/10, art. 35). A medida busca o distanciamento do juiz, mesmo das garantias, das investigações, realçando com isso as bases do sistema acusatório.

Não obstante barrar a contaminação dos atos de investigação no processo e a salutar preservação da imparcialidade do julgador, o que se afigura evidente com a criação do juiz das garantias e da exigência de que a sentença se baseie, exclusivamente, nas provas judiciais⁴³⁵, o legislador perdeu a chance de corrigir um dos fatores mais perniciosos do atual sistema. O art. 36 do projeto mantém a regra de inclusão física dos atos de investigação no processo⁴³⁶, o que, como visto no presente estudo, gera sérios prejuízos à imparcialidade do julgador e prejuízos indelévels ao acusado.

9. A NECESSIDADE DE EXCLUSÃO FÍSICA DOS ATOS DO INQUÉRITO POLICIAL

Como referido outrora, os atos de investigação preliminar integram, na totalidade, o processo, conforme determina o art. 12 do Código de Processo Penal. Ademais, como também já referido, o artigo 155 do Código de Processo Penal permite a utilização das informações trazidas pela investigação na fundamentação da sentença judicial, quando não exclusivas. Nesse contexto, e por todo exposto, afigura-se estampada a permeabilidade do processo pelos atos de investigação e a consequente

⁴³⁴BRASIL, Projeto de Lei nº 8045 do ano de 2010. Art. 34. “Concluídas as investigações, em relatório sumário e fundamentado, com as observações que entender pertinentes, o delegado de polícia remeterá os autos do inquérito ao Ministério Público, adotando, ainda, as providências necessárias ao registro de estatística criminal.”

⁴³⁵ BRASIL, Projeto de Lei nº 8045 do ano de 2010. Art. 168. “O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.”

⁴³⁶ BRASIL, Projeto de Lei nº 8045 do ano de 2010. Art. 36. “Os autos do inquérito instruirão a denúncia, sempre que lhe servirem de base.”

contaminação das decisões judicial pelos atos de investigação. Como adverte Nereu José Giacomolli,

“A dependência e a contaminação, geradas pela integração do inquérito policial ou de quaisquer outras peças produzidas sem as garantias constitucionais, ao processo penal, irradiam efeitos sobre todo o processamento pena, com consequências multiplicadoras, acumulativas, retroalimentadoras e nem sempre perceptíveis no momento de sua potencialização”. A subsistência finalista produz os fenômenos da ilegítima apropriação e reciclagem do previamente produzido, sem garantias plenas do contraditório.⁴³⁷

Os prejuízos dessa contaminação são deletério para a imparcialidade do julgador e por consequência, para o réu e a aplicação hígida da lei penal.

O acesso do juiz aos autos da investigação é uma ameaça que exerce seus efeitos exclusivamente em desfavor do acusado e coloca igualmente em perigo a *fairness* do processo.⁴³⁸ Nereu José Giacomolli preleciona que é possível a contaminação subjetiva do julgador, o que comprometeria a sua imparcialidade, quando ele mantém contato “com os elementos testemunhais colhidos na fase de investigação, utilizando-os na inquirição e/ou valoração dos prestados na fase do contraditório judicial”⁴³⁹. Na Alemanha, assim como no Brasil, o processo penal é instruído com o conjunto de atos realizados na fase de investigação, o que equivaleria ao inquérito policial, grosso modo. Bernd Schunemann realizou pesquisa empírica com 58 juízes criminais e promotores de diversas regiões da Alemanha Federal e logrou êxito em demonstrar, utilizando-se, inclusive, a teoria da dissonância cognitiva, que

“a leitura dos autos faz surgir no juiz uma imagem do fato, é de se supor que, tendencialmente, o juiz a ela se apegará de modo que ele tentará confirmá-la na audiência, isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consonantes e menosprezar as informações dissonantes”⁴⁴⁰

⁴³⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**. Crise, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 05.

⁴³⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverantes e aliança**. In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 230.

⁴³⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas. p. 240.

⁴⁴⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverantes e aliança**. In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p.208.

Como explica Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, com a introdução dos atos de investigação no processo, “abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade de crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro”.⁴⁴¹ O raciocínio aludido encontra explicação psicológica na chamada teoria da dissonância cognitiva, que, como já exposta, impõe “a ocorrência de manifestações de pressões para reduzir a dissonância, após ter sido feita uma escolha”.⁴⁴² e com isso impele o juiz a, mesmo que inconscientemente, manter-se tendente à decisão que ensejou o recebimento da denúncia.

De maneira semelhante, os efeitos deletérios que a leitura dos atos de investigação pelo magistrado que irá proferir a sentença podem ocasionar na decisão foi observado por Franco Cordero. Segundo o autor “*concebida una hipótesis, sobre ella edifica cábala inductivas; la falta del debate contradictorio abre un portillo lógico al pensamiento paranoide.*”⁴⁴³ É o chamado pelo autor de quadro mental paranoico do julgador. A possibilidade de o juiz gerir provas, somada ao fato de os atos de investigação serem introduzidos no processo, favorece a formulação pelo juiz de hipóteses sobre o caso e o conseqüente desvirtuamento e distanciamento dos argumentos que são apresentados pelas partes. O juiz, ao receber a denúncia, já se manifesta pela idoneidade “para fundamentar uma alta probabilidade de condenação”⁴⁴⁴, demonstrando a contaminação dos atos de investigação no processo.

A extração dos atos de investigação após a denúncia é o meio mais eficaz de evitar a contaminação do processo, pois a leitura do inquérito policial, por exemplo, pelo juiz que irá proferir a sentença, impele imagens inconscientes que se “infiltram no processo psicológico de julgar, sub-repticiamente, e deformam desde a reconstrução da matéria fática, até sua avaliação.”⁴⁴⁵

⁴⁴¹ COUTINHO, Jacinto de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: Revista de Estudos Criminais, n. 1. Porto Alegre: Notadez, 2001. p. 37.

⁴⁴² FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Traduzido por Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 39.

⁴⁴³ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo I. Santa Fé de Bogota, Colombia: Temis, 2000. p. 23.

⁴⁴⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverantes e aliança**. In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 231.

⁴⁴⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo; CUNHA MARTINS, Rui. **Decisão judicial**. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 125.

Ademais, a introdução do inquérito policial no processo enseja a inversão dos papéis cognitivos desenvolvidos pelas fases preliminar e processual da persecução penal. Tendo em vista que objetivo do processo é o convencimento do julgador, nessa fase deveria ser desenvolvida uma cognição plena acerca do fato delitivo, permitindo-se, com isso, que o fato apurado fosse reconstruído com maior fidelidade possível⁴⁴⁶. Como o objetivo da investigação preliminar é alcançar um juízo de probabilidade necessário para o início do processo, a cognição nela exercida deve ser sumária, limitada a esse desiderato. Entretanto, a maior facilidade de produzir “provas” na fase preliminar, quando comparada ao processo, tem contribuído para a inflação dos atos de investigação, mesmo que repetíveis, e a conseqüente transformação da fase investigativa em plena. Não se imagina que em uma audiência una, de poucas horas (ou minutos), o Ministério Público seja capaz de trazer ao processo prova que não foi antes produzida na investigação preliminar. Essa dependência da fase preliminar acarreta o inchaço dos instrumentos de investigação, em especial do inquérito policial, que acabam desenvolvendo, mesmo sem o contraditório e demais exigências processuais, algo que se aproxima de uma cognição plena. Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner advertem ser inadmissível que a investigação preliminar seja ou converta-se em plenário, pois “tende a converter os meros atos de investigação – praticados muitas vezes em segredo e sem qualquer contraditório – em atos de prova, transformando a fase processual em um mero trâmite para valorar e sentenciar”⁴⁴⁷.

Logo, a limitação cognitiva e temporal imposta ao inquérito policial (apresentada no primeiro capítulo) depende da extração física do inquérito policial, após a denúncia, para se tornar efetiva. Do contrário, o distanciamento entre normatividade e efetividade permanecerá. Extrair o inquérito policial após a denúncia evitaria sua hipertrofia persecutória, pois, ciente de que os atos de investigação nele auferidos não terão efeitos processuais, os atores envolvidos na persecução penal certamente não empreenderão esforços para reunir elementos inúteis. Com isso, forçadamente, o inquérito policial se limitará a reunir somente os elementos necessários para o início ou

⁴⁴⁶ “No processo é produzida uma reconstrução narrativa – sempre falha e imperfeita em relação ao que propõe representar – de um evento que pertence a um tempo escoado, e não uma reprodução equivalente ou aproximativa daquilo que foi, com caráter de verdade correspondente, o que é simplesmente impossível: a incerteza processual não tem como ser abolida por completo, uma vez que o passado não se curva diante dos mecanismos de cognição disponíveis aos homens”. (KHALED JÚNIOR, Salah H. A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p.336).

⁴⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 179.

não início do processo. Extrair o inquérito policial preservaria a ideia de que sua função é angariar indícios de autoria e prova da materialidade, dissuadindo a inversão da instrução processual para a fase do inquérito policial, como hoje vem ocorrendo na prática.

Dessa forma, para evitar que os atos de investigação permaneçam como “tentáculos pulsantes e com vida”⁴⁴⁸ no processo, faz-se necessário sua exclusão física após a denúncia.

⁴⁴⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**. Crise, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 06

CONCLUSÃO

Como foi explanado no primeiro capítulo, há uma intrínseca relação entre a persecução penal e a política de estado adotada. O processo penal reflete diretamente a forma como o governo soberano dialoga com os indivíduos: um processo penal autoritário, repressivo, é sinônimo de um Estado autoritário; um processo penal garantista, regado por direitos e garantias individuais, espelha um Estado liberal.

A Constituição Federal brasileira de 1988, rompendo o paradigma de direito autoritário anterior, inaugurou um modelo jurídico comprometido com os direitos fundamentais, denominado Estado Democrático-Constitucional.⁴⁴⁹

Com efeito, forçoso concluir que toda a persecução penal deva refletir os mesmos valores democráticos previstos na Constituição Federal, inclusive a instrução preliminar, que “não pode se afastar do instrumento-maior ao qual presta serviço”⁴⁵⁰.

Entretanto, forjada ainda sob a égide da ideologia que animou a criação do Código de Processo Penal de 1941, a investigação preliminar, notadamente a instrumentalizada por meio do inquérito policial, em que pese a ênfase à tutela de direitos fundamentais previstas na Constituição Federal, ainda detém traços autoritários, inquisitivos e antagônicos aos vetores democráticos constitucionais.

Nesse passo, diante da discrepância ideológica entre as regras que disciplinam a investigação preliminar, pouco alteradas desde a publicação do Código de Processo Penal vigente, e o sentido democrático e formalmente acusatório pretendido pela Constituição Federal ao processo, buscou-se, no presente estudo, aferir a permeabilidade inquisitória do processo penal pelos atos de investigação preliminar, inclusive no que se refere à contaminação psicológica do julgador.

Para tanto, no primeiro capítulo foi traçado um panorama da investigação preliminar, explorando suas finalidades, seu objeto e sua cognição, bem como a forma de seus atos. Após a apresentação, de forma genérica, de alguns pontos da investigação preliminar, foram traçados, no segundo capítulo, alguns dos elementos que impelem à investigação preliminar o caráter autoritário e inquisitivo. Como se viu, o peso da tradição inquisitorial ainda permanece presente na prática investigativa. O inquérito policial tem em suas regras limitações à ampla defesa e uma impossibilidade técnica de

⁴⁴⁹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (Constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 10.

⁴⁵⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 44.

efetivo contraditório, que mitiga consideravelmente a participação do investigado na fase preliminar, prejuízo que, muitas vezes, tendo em vista a permeabilidade processual, torna-se perene. Ademais, a sobrevivência da cultura inquisitorial, ainda arraigada na fase preliminar, deposita na investigação a expectativa e a responsabilidade de extração da essência plena do fato investigado, da *verdade*, ambição antagônica à persecução penal almejada em um Estado Democrático de Direito. A *verdade*, como suporte à arquitetura inquisitória, mantém-se vigente mesmo dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito, “o qual por excelência não deveria comportar espaço para o florescimento de sensibilidades inquisidoras”⁴⁵¹. Como afirma Salah H Khaled Júnior, “a obsessiva ambição de verdade legitima um poder que não conhece freios e que acaba quase que invariavelmente sendo utilizado de forma arbitrária”⁴⁵². Outrossim, além de apresentar traços contidos na investigação preliminar que indicam seu forte caráter autoritário, no segundo capítulo, foi evidenciada a sua desmedida dependência em relação aos depoimentos de testemunhas e ao reconhecimento pessoal, e as possíveis falhas provenientes dessas fontes de prova. Como exposto, a prova testemunhal, assim como o reconhecimento pessoal apresentam comprometedoras fragilidades em todo o seu processo. Na prova testemunhal o processo de captação, armazenamento e reconstrução do fato testemunhado se encontra sujeito a uma série de interferências. A memória, por exemplo, é extremamente maleável e seus conteúdos são facilmente modificáveis com intervenções externas ao agente e até mesmo internas. Ao relatar o ocorrido, a testemunha contamina a lembrança do fato com suas percepções atuais e emoções⁴⁵³ e, inconscientemente, modifica-o, dando nova roupagem ao ocorrido. A memória não é neutra. Ela seleciona, e por vezes modifica, aquilo que foi captado pelos sentidos. Nesse contexto, exsurge terreno fértil para as chamadas “falsas memórias”, isto é, recordações de situações que, na verdade, nunca ocorreram⁴⁵⁴. Da mesma forma, o reconhecimento pessoal é outro elemento informativo recheado de fragilidades. O

⁴⁵¹ KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11.

⁴⁵² KHALED JR, Salah H. . **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 172.

⁴⁵³ ÁVILA, G. N.; GAUER, G. J. C.; ANZILIERO, D. L. **Memória (s) e testemunho**: um enfoque interdisciplinar. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de. (Orgs.). **Crime e interdisciplinaridade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012. p. 380

⁴⁵⁴ ÁVILA, G. N.; GAUER, G. J. C.; ANZILIERO, D. L. **Memória (s) e testemunho**: um enfoque interdisciplinar. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de. (Orgs.). **Crime e interdisciplinaridade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012. p. 380.

chamado efeito foco na arma e a informalidade que impera na realização dos reconhecimentos na fase policial são alguns dos elementos que prejudicam a credibilidade desse elemento informativo.

Dessa forma, diante da aferição de que a investigação preliminar encontra em descompasso com os vetores democráticos contidos na Constituição Federal, bem como de que suas principais fontes de informação, quais sejam, a “prova” testemunhal e o reconhecimento pessoal, são frágeis e de pouca credibilidade, restou analisar, no terceiro capítulo, o valor probatório que os atos de investigação do inquérito policial possuem no processo.

No plano probatório/cognitivo o valor do inquérito policial deveria se exaurir com a admissão da denúncia⁴⁵⁵. “O inquérito policial filtra e aporta as fontes de informação úteis para o processo. Sua importância consiste em dizer quem deve ser ouvido, e não o que foi declarado”.⁴⁵⁶ Entretanto, a introdução do inquérito policial no processo certamente ocasiona inevitável influência dos atos de investigação na formação da convicção judicial e no deslinde dos atos processuais desenvolvidos pelas partes. As distorções existentes nas oitivas e reconhecimentos pessoais realizados na fase policial, por exemplo, emanam efeitos maléficos para além da fase preliminar, alcançando a fase processual. Isso porque, em que pese à distinção teórica entre prova e elemento informativo, bem como a vedação de utilização com exclusividade dos atos de investigação para fundamentar a sentença, prevista no art. 155 do Código de Processo Penal, o magistrado, para a formação de sua convicção, terá ao seu dispor elementos de cognição produzidos nas duas fases da persecução penal, e não somente das provas produzidas em contraditório judicial. A prova colhida na inquisição do inquérito é integralmente acoplada ao processo, “bastando um belo discurso do julgador para imunizar a decisão e mascarar a prevalência dos elementos obtidos na fase inquisitória. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase”⁴⁵⁷. Como afirma Fauzi Hassan Choukr, o Ministério Público pouco acrescenta em juízo àquilo que foi produzido no contexto investigatório, apenas ratificando-o judicialmente e reduzindo a ação penal a um mero apêndice da investigação⁴⁵⁸. Nesse contexto, a teoria da dissonância cognitiva, proveniente da psicologia social, representa

⁴⁵⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 322.

⁴⁵⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 322.

⁴⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 106.

⁴⁵⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Inquérito policial: novas tendências e prática**. IBCRIM, São Paulo, boletim 84, novembro 1999.

importante contributo na tarefa de aferir a contaminação do processo pelos atos de investigação. “Muitos são os fatores que influenciam e compõem o processo decisório, que é complexo por natureza”⁴⁵⁹, dentre eles a emoção, o sentimento do julgador. Certamente entender o processo decisório e todo o complexo ritual judiciário implica em transcender as amarras jurídicas e dialogar com a psicologia, filosofia, neurologia, sociologia, antropologia e outros ramos do saber⁴⁶⁰. O juiz “não é mero 'sujeito passivo' nas relações de conhecimento. Como todos os outros seres humanos, também é construtor da realidade em que vivemos, e não mero aplicador de normas, exercendo atividade simplesmente recognitiva”⁴⁶¹. E não poderia ser diferente, pois o juiz é um ser-no-mundo e sua decisão não está impermeável a interferências externas ao processo, tampouco as suas próprias emoções. O juiz não está alheio à realidade. Sua compreensão sobre os fatos a serem julgados recebe influência direta do que ocorre ao seu redor. Trasladando as ideias da dissonância cognitiva para a persecução penal foi possível deduzir que o magistrado, ao analisar a denúncia instruída com o inquérito policial (ou qualquer outro instrumento que reúna os atos de investigação) depara-se com um conflito e a conseqüente necessidade de uma escolha: iniciar ou não o processo penal. Iniciar o processo significa aderir aos elementos de informação que indicam que o investigado é possivelmente o autor do fato a ser julgado. De outra banda, a “escolha” pelo não recebimento da denúncia significa o convencimento do magistrado de que nos autos do inquérito policial há elementos robustos de informação que indicam a inocência do investigado, a falta de justa causa ou a atipicidade da conduta. Realizada a “escolha” pelo início do processo cessa o conflito, restando estampado que o magistrado aderiu aos elementos de informação que indicam que o investigado é o provável autor do delito, sedimentando-se cognição desfavorável ao réu. Iniciado o processo, tendo em vista o provável surgimento de informações contrárias à possibilidade de que o denunciado seja autor do crime, nasce a chamada dissonância cognitiva. As provas trazidas aos autos que indicam a inocência do réu, dissonantes da decisão de recebimento da denúncia, certamente gerarão um desconforto psicológico no magistrado, e, portanto, serão mal recebidas.

⁴⁵⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo; CUNHA MARTINS, Rui. **Decisão judicial**. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 131.

⁴⁶⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1095.

⁴⁶¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro**. In: *Separata ITEC*, ano 1, n° 4 – jan/fev/mar 2000, p. 3.

O desconforto psicológico gerado pela dissonância cognitiva certamente fará com que o magistrado, mesmo que inconscientemente, tente utilizar uma série de mecanismos - como a “mudança da atratividade das alternativas envolvidas na escolha”, adição de novos elementos consonantes ou a evitação de elementos dissonantes, esquecimento da informação causadora da dissonância, entre outros - para reduzir a dissonância e encontrar conforto psicológico.

“O processo penal é instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato”⁴⁶². A introdução dos atos de investigação repetíveis no processo resulta no processamento de informações pelo juiz em favor da imagem do fato que consta dos autos da investigação, de modo que o juiz tem mais dificuldade em perceber e armazenar resultados probatórios dissonantes do que consonantes. Os prejuízos da contaminação do processo pelos atos de investigação são deletérios para a imparcialidade do julgador e por consequência, para aplicação hígida da lei penal.

Aceitar a prevalência, ou mesmo a contaminação, dos elementos informativos no processo equivale ao retrocesso de acatar decisões baseadas em um procedimento inquisitivo, totalmente descompassado da Constituição Federal vigente. A ausência de contraditório e da presença física do juiz no momento da sua produção torna o ato de investigação elemento de convicção inidôneo para servir de base de convencimento, mesmo à luz do princípio do livre convencimento motivado, para o julgador. Isso porque, como explica Rui Cunha Martins, “a ausência de contraditório atinge a própria essência do elemento de convicção”⁴⁶³.

O discurso, corriqueiro, que atribui ao inquérito policial a característica de mero elemento de informação pode estar ocultando a “mais séria distorção encontrada na realização da nossa justiça penal, qual seja, a indevida intromissão dos elementos de informação coletados durante a investigação na atividade jurisdicional”⁴⁶⁴.

A extração física do inquérito policial após o recebimento da denúncia, restando no processo somente os elementos de informação incapazes de repetição, representa uma salutar e premente forma de amenizar as deletérias consequências da

⁴⁶² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 538.

⁴⁶³ CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 21.

⁴⁶⁴ CHOUKR, F. H. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. RJ: Lumen Juris, 2006. p. 131.

permeabilidade inquisitória do processo penal em relação aos atos de investigação preliminar. Todavia, nem mesmo o projeto de lei para criação de um novo Código de Processo Penal (PL 8045/10) prevê essa mudança. O juiz, ao receber a denúncia, já se manifesta pela idoneidade “para fundamentar uma alta probabilidade de condenação”⁴⁶⁵, demonstrando a contaminação dos atos de investigação no processo.

A extração dos atos de investigação após a denúncia é o meio mais eficaz de evitar a contaminação do processo, pois a leitura do inquérito policial pelo juiz que irá proferir a sentença impele imagens inconscientes que se “infiltram no processo psicológico de julgar, sub-repticiamente, e deformam desde a reconstrução da matéria fática, até sua avaliação”⁴⁶⁶.

Dessa forma, a introdução dos atos repetíveis do inquérito policial no processo impele uma hipertrofia das investigações preliminares, pois há uma tendência do órgão acusador em somente oferecer a denúncia diante de indícios robustos para uma condenação. Diante da maior facilidade de produção probatória na fase pré-processual, tendo em vista a utilização do aparato policial e o distanciamento da defesa, o órgão acusador praticamente “instrui o processo” durante o curso das investigações e não no curso do processo. Com isso o processo acaba por se tornar uma repetição de atos do inquérito policial, prejudicando a imparcialidade do julgador, a presunção de inocência e a própria aplicação da lei penal, pois a convicção do magistrado se formará com base nos elementos de informação colhidos na fase pré-processual e não com base nas provas produzidas em contraditório judicial. Não se pode perder de vista que a efetividade da tutela dos direitos fundamentais depende, também, da atividade endoprocessual promovida por meio do inquérito policial e, portanto, faz-se premente intensificar o debate sobre o tema e desvelar aos atores jurídicos a efetiva influência que os atos de investigação podem exercer no processo. O acesso do juiz aos autos da investigação é uma ameaça que exerce seus efeitos exclusivamente em desfavor do acusado e coloca igualmente em perigo a *fairness* do processo.⁴⁶⁷ A mudança legislativa, a fim de excluir

⁴⁶⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverantes e aliança.** In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 231.

⁴⁶⁶ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo; CUNHA MARTINS, Rui. **Decisão judicial.** A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 125.

⁴⁶⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverantes e aliança.** In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO,

o inquérito policial após a denúncia - tema não enfrentado pelo projeto de lei que busca instituir um novo Código de Processo Penal – bem como a conscientização dos atores jurídicos da permeabilidade que o processo pode sofrer pelos atos de investigação evidência premente e necessária para a adequação da persecução penal à Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALMEIDA, Fabyane. **Depoimentos em inquéritos podem ser gravados em AL**. Cada Minuto. Maceió, 10.09.2012. Disponível em: <http://cadaminuto.com.br/noticia/2012/09/11/o-sistema-sera-adotado-para-garantir-mais-celeridade-nas-oitivas>. Acesso em 10.06.2015.

AMBOS, Kai. *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización*. Revista Eletrônica Política Criminal, N° 7, A1-7, pp. 1-51. Santiago. 2009. Disponível em http://www.politicacriminal.cl/n_07/a_1_7.pdf. Acesso em: 20.10.2015.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de derecho procesal penal*. Tomo I. Madrid: Gráfica Encinas, 1979.

_____. *Proceso y derecho procesal (introduccion)*. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas.

ARMENTA DEU, Teresa. *Principio acusatório y derecho penal*. Barcelona: JM Bosch, 1995.

_____. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 22.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ÁVILA, G. N.; GAUER, G. J. C.; ANZILIERO, D. L. Memória (s) e testemunho: um enfoque interdisciplinar. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de. (Orgs.). **Crime e interdisciplinaridade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Elsevier, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal: comentários crítico dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Batos, 2000.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Traduzido por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco, rumo a uma outra modernidade**. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2011.

BERGSON, Henri. **Matéria e memória: ensaio sobre a relação do corpo com o espírito**. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20.06.2015.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.045 do ano de 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 13.07.2014.

BRASIL, Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 09.03.2015.

BRASIL, Exposição de motivos do Código de Processo Penal, Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em 14.11.2015.

BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>. Acesso em: 14.11.2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime ACR 70051757094. Relator Des. Manuel José Martinez Lucas. Julgado em: 02.04.2013. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112730812/apelacao-crime-acr-70051757094-rs/inteiro-teor-112730824>. Acesso em: 20.05.2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70055405500. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Acórdão julgado em 21.11.2013. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113566473/apelacao-crime-acr-70055405500-rs/inteiro-teor-113566483>. Acesso em: 20.05.2015.

BRESCIANI, Eduardo. **Julgamentos de homicídios no Brasil demoram até dez vezes mais do que prevê a legislação**. O Globo. Rio de Janeiro, 17.12.2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/julgamentos-de-homicidios-no-brasil-demoram-ate-dez-vezes-mais-do-que-preve-legislacao-14852884#ixzz3iGjdthxH>. Acesso em 10.11.2015.

BRUST, Priscila Goergen; NEUFELD, Carmem Beatriz; STEIN, Lilian Milnitsky. **Compreendendo o fenômeno das falsas memórias**. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Traduzido por Carlos Eduardo Trevelin Millan São Paulo: Pillares, 2009.

_____. **Como se faz um processo**. Leme: EDIJUR, 2014.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

_____. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo; CUNHA MARTINS, Rui. **Decisão judicial**. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. Madrid: Marcial Pons, 2012.

CASARA, Rubens R. R; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CASARA, Rubens R.R. **Processo penal, poder e contrapoder**. Justificando. São Paulo, dez. 2014. Disponível em: <http://justificando.com/2014/12/13/processo-penal-poder-e-contrapoder/>. Acesso em 15.12.2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Inquérito policial: novas tendências e prática**. IBCRIM, São Paulo, boletim 84, novembro 1999.

_____. **Introdução aos princípios do direito processual penal brasileiro**. In: *Separata ITEC*, ano 1, nº 4 – jan/fev/mar 2000.

_____. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. In: Revista de Estudos Criminais, n. 1. Porto Alegre: Notadez, 2001.

_____. **Processo penal à luz da Constituição**. São Paulo: Edipro, 1999.

_____. **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti para os operadores do Direito**. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos* 2001/2002.

_____. **Sistema inquisitório e o processo em “O Mercador de Veneza”**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.); *Direito e Psicanálise: Interseções a*

partir de “O Mercador de Veneza”, de William Shakespeare. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal.* Tomo I. Santa Fé de Bogota: Temis, 2000.

_____. *Procedimiento penal.* Tomo II. Santa Fé de Bogota: Temis, 2000.

CUNHA MARTINS, Rui. **A hora dos cadáveres adiados:** corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons.** São Paulo: Atlas, 2013.

CUNHA MARTINS, Rui; GIL, Fernando. Modos da verdade. **Revista de história das ideias.** Instituto de história e Teoria das idéias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, v. 23, p. 19, 2002.

DAMÁSIO, Antônio. **O Erro de Descartes: Emoção, Razão e o Cérebro Humano.** São Paulo: Cia. das Letras, 1996.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 93.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores.** Traduzido por Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale.* Padova: Cedam, 1992.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação criminal e ação penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** São Paulo: RT, 2012.

_____. **Tipicidade e sucedâneos de prova.** In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord.). **Provas no Processo Penal:** estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Derecho y razón. teoria del garantismo penal.* Madrid: Trota, 1995.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva.** Traduzido por Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito processual penal.** Coimbra: Coimbra, 1974.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Traduzido por Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crise, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório**. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **O devido processo penal, abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José; GESU, Cristina Carla di. **As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília, nov. 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/06_191.pdf. Acesso em: 21.jul. 2014.

GIL, Fernando. **Tratado da evidência**. Traduzido por Maria Bragança. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1996.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prova – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: Maria Thereza Rocha de Assis Moura (coord). **As reformas no processo penal. As novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; SCLIAR, Flavio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia**. 2008. LFG. São Paulo, out. 2008. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081020154145672&mode=print>. Acesso em: 21.10.2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do processo: Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Acción comunicativa y razón sin transcendencia*. Traduzido por Beatriz Vianna Boeira. Barcelona: Paidós, 2002.

IZQUIERDO, Ivan. **Memoria**. Porto Alegre: Artemed, 2006.

KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Traduzido por J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I. Niterói: Impetus, 2012.

LIPOVETSKY, G. **A era do após-dever**. In: MORIN, E.; PRIGOGINE, I. (Orgs.). **A Sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o ceticismo e o dogmatismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

LOFTUS, Elizabeth. **As falsas lembranças**. In: Revista Viver Mente & Cérebro. São Paulo, ano 2, n. 162, jul/ 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

_____. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Por que "depoimentos" prestados em delegacia não podem ser usados em juízo?** Consultor Jurídico. São Paulo, mar. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-27/limite-penal-depoimentos-prestados-delegacia-nao-podem-usados-juizo>. Acesso em 27.03.2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender a imparcialidade do juiz**. Consultor Jurídico. São Paulo, jul. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>. Acesso em 24.10.2015.

LOPEZ, Carlos Viada; ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Curso de derecho procesal penal**. Madrid: Castellana, 1974.

MACHADO, Roberto. **Por uma Genealogia do Poder**. In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1980.

MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a um testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **O papel do novo juiz no processo penal**. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coord.). **Crítica à teoria Geraldo direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MONTERO AROCA, Juan; RAMOS, Manuel Ortells; CÓLOMER, Juan-Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón. *Derecho jurisdiccional III Proceso penal*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1996.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Achilles Benedito de. **Ministério Público e Polícia**. In: Revista de Polícia do Estado de São Paulo. São Paulo, ano 17 - n. 22. pp. 70-74, Dezembro/1996.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. Niterói: Impetus, 2009.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Inquérito policial: novas tendências**. Belém: Cejup, 1987.

PRADO, Geraldo. **Limites às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

_____. *Charla proferida en el ámbito de II Congreso de Derecho Penal y Criminología*, realizado em Buenos Aires por la ALPEC. 07 de nov. 2013. Disponível em: <https://psigma.academia.edu/GeraldoPrado/Papers>. Acesso em 06/06/2015.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. **Variáveis ocultas e efeito borboleta na decisão penal**. Consultor Jurídico. Março 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-mar-22/diario-classe-variaveis-ocultas-efeito-borboleta-decisao-penal>. Acesso em 29.03.2014

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Traduzido por Daniel Pastor e Gabriela Córdoba. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda**. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.); SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do Direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverantes e aliança**. In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (Constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Tiempos de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2009.

SISTEMA DA POLÍCIA CIVIL REDUZ EM ATÉ 80% TEMPO PARA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO. São Paulo: Jusbrasil, agosto 2014. Disponível em: <http://gov-ap.jusbrasil.com.br/politica/104245131/sistema-da-policia-civil-reduz-em-ate-80-tempo-para-instauracao-de-inquerito>. Acesso em 10.04.2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traduzido por Jordi Ferrer Beltrán. Madri: Editorial Trotta, 2002.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal – jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

_____. **Polícia Civil e o projeto de Código de Processo Penal**. In: Bismael B. Moraes (coord.). **A polícia à luz do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Ciências policiais: ensaio**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

_____. **Teoria Geral do Direito Policial**. Coimbra: Almeida, 2012.

VIRILIO, Paul. **Entrevistas do Le Monde: Ideias Contemporâneas**. Traduzido por Maria Lucia Blumer. São Paulo: Ática, 1981.

_____. **Velocidade e política**. Traduzido por Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.