

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
DOUTORADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MARCELO ALMEIDA SANT'ANNA

**A AUDIÊNCIA PRELIMINAR COMO INTERREGNO PROCEDIMENTAL: UMA
CONTRIBUIÇÃO PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Porto Alegre

2018

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

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

MARCELO ALMEIDA SANT'ANNA

**A AUDIÊNCIA PRELIMINAR COMO INTERREGNO PROCEDIMENTAL: UMA
CONTRIBUIÇÃO PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon

Porto Alegre

2018

MARCELO ALMEIDA SANT'ANNA

**A AUDIÊNCIA PRELIMINAR COMO INTERREGNO PROCEDIMENTAL: UMA
CONTRIBUIÇÃO PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Ciências Criminais. Área de Concentração: Sistema Penal e Violência. Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon

Prof. Dr. Nereu Giacomolli

Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza

Prof. Dr. André Callegari

Prof. Dr. Celso Rodrigues

Porto Alegre

2018

Ficha Catalográfica

S237a Sant'Anna, Marcelo Almeida

A Audiência Preliminar como interregno procedimental : uma contribuição para o Processo Penal brasileiro / Marcelo Almeida Sant'Anna . – 2018.

257 f.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon.

1. Investigação. 2. Processo Penal. 3. Contraditório. 4. Audiência Preliminar. I. Pozzebon, Fabrício Dreyer de Ávila. II. Título.

Para o Rodrigo e para a Cecília, nada disso
tem sentido sem a existência de vocês.

AGRADECIMENTOS

Sem minha família eu nada seria, muito obrigado. Aos verdadeiros amigos, aqueles capazes de ouvir sem julgar, muito obrigado. Ao professor Nereu José Giacomolli, obrigado por me auxiliar nos primeiros passos. Em especial, ao Professor Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon pelos conselhos e por confiar no meu trabalho, muito obrigado.

RESUMO

Tese de doutorado em Ciências Criminais realizada na Área de Concentração Sistema Penal e Violência e vinculada à Linha de Pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos. A análise do campo penal permite afirmar a existência de um déficit constitucional, especialmente na fase preliminar do processo penal. A investigação, enquanto espaço de poder e enquanto procedimento de produção de verdades, não está devidamente conectada à fase processual o que acaba por ampliar demasiadamente a discricionariedade, produzindo um saber unilateral. O contraditório e a ampla defesa, por sua vez, são preceitos constitucionais aplicáveis a ambas as etapas da persecução penal, ainda que em intensidade diferente. Dessa forma, verifica-se a necessidade de um momento de interregno procedimental anterior à denúncia criminal, realizado na forma de audiência preliminar. Ao final, como resultado da pesquisa realizada, elabora-se um projeto de lei.

Palavras-Chave: Investigação. Processo Penal. Contraditório. Audiência Preliminar.

ABSTRACT

Doctorate thesis in Criminal Sciences, developed in Concentration Area Criminal System and Violence and linked in Field of Research Contemporary Legal-Criminal Systems. The analysis of the criminal field allows us to evidence the existence of a constitutional deficit, especially in the preliminary phase of the criminal process. Investigation, as a space of power and as a procedure for the production of truths, is not properly connected to the procedural stage, which ends up by broadening excessively discretion, producing unilateral knowledge. Adversary proceeding and right to a fair hearing are constitutional principles applicable to both stages of criminal prosecution, albeit at different intensity. Therefore, there is a need for a procedural interim period prior to the criminal complaint, made in the form of a preliminary hearing. In the end, the a result of reaserch allowed device a bill.

Key words: Investigation. Criminal Process. Adversary Proceeding and Right to a Fair Hearing. Preliminary Hearing.

GLOSSÁRIO

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CF – Constituição Federal

Ci – Constituição italiana

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CP – Código Penal

CPi – Código Penal italiano

CPP – Código de Processo Penal

CPPi – Código de Processo Penal italiano

EC - Emenda Constitucional

HC – Habeas Corpus

OECPMP – Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A EFICÁCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL: A CONTRIBUIÇÃO DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR	14
1.1 A fase investigatória como um espaço de poder	17
1.2 Das técnicas de construção do saber na investigação	29
1.3 Sistema de investigação e discricionariedade	39
1.4 A natureza jurídica da investigação criminal frente ao contraditório e a ampla defesa	44
1.5 Dos atos produzidos na investigação preliminar	57
2. A AUDIÊNCIA PRELIMINAR COMO INTERREGNO PROCEDIMENTAL	72
2.1 A função do juiz na fase preliminar e o problema da imparcialidade	73
2.2 O conteúdo material do contraditório na fase investigatória e a audiência preliminar	99
2.2.1 Função limitadora	101
2.2.2 Função isonômica	113
2.3 Audiência preliminar: diligências, impugnações e arquivamento	127
3. PROJETO DE LEI	158
3.1 A audiência preliminar no processo penal italiano	159
3.2 A audiência preliminar na Lei 9.099/1995	175
3.3 Dinâmica do procedimento	183
CONCLUSÕES	193
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	208

ANEXO 1 – Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 69.405	218
ANEXO 2 - Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 43.599	231
ANEXO 3 – Projeto de Lei	255

INTRODUÇÃO

Apresenta-se ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, na Área de Concentração Sistema Penal e Violência e na Linha de Pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, um trabalho cujos contornos não nasceram no projeto inicial. Por ocasião do Mestrado, pesquisou-se as práticas investigatórias realizadas durante os períodos de exceção, especialmente durante o regime militar de 1964. Naquele momento, percebeu-se que - mesmo diante da Constituição de 1988 - certos atos investigatórios eram típicos dos períodos de exceção. Percebeu-se, também, que o poder - ou melhor - que os espaços de poder que surgem no sistema permitem condutas fora da legalidade, pois praticadas no espectro da política. Assim, mesmo encerrada a dissertação alertou-se que aquele texto era o início de outro, uma vez que, a partir da compreensão do fluxo do poder, é possível identificar outras circunstâncias de grande relevância acadêmica.

O olhar, dessa forma, mudou de direção, apontando para a análise do sistema de persecução penal, mas sem perder de vista os problemas relativos às manifestações do poder. No horizonte, então, verificou-se que o projeto constitucional está incompleto, o que se pode afirmar através de várias abordagens. No presente trabalho, a Constituição indica o ponto de partida, de maneira que essa tese sustenta que diante da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, é necessário introduzir uma audiência preliminar, situada na fase pré-processual, entre investigação e processo.

A tese e o tema se justificam de diversas formas, não só pelo caráter inédito e pela inserção na linha de pesquisa, mas principalmente porque os imperativos constitucionais têm aplicação imediata. Nesse contexto, há uma deficiência de contraditório e ampla defesa na fase preliminar, seja em razão da dificuldade de compreensão da Constituição, seja em razão de práticas já sedimentadas. Essa deficiência, além de exigir produção teórica, reclama alternativas concretas, capazes de interferir no campo penal. Em razão disso, como um desdobramento das concepções teóricas, realizou-se um projeto de lei, o qual delimita com mais exatidão o conteúdo e a dinâmica da audiência preliminar.

Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, partindo-se de dois argumentos. O primeiro identifica a dinâmica do poder na investigação criminal e sua relação com a verdade, demonstrando que o saber produzido é unilateral e discricionário. O segundo argumento reconhece a eficácia do contraditório e seu conteúdo material, aplicável a todas as etapas da persecução penal. Diante dessas constatações, seguem deduções

lógicas que ramificam esses postulados em diversos outros argumentos, justificando – por exemplo – a concretização do contraditório em uma fase intermediária.

Com relação à estrutura, o trabalho se desenvolve em três capítulos. Na primeira parte, realiza-se uma análise da fase preliminar, especialmente com relação às manifestações do poder e a produção da verdade; enfrenta-se o sistema de investigação e suas principais características. Ainda nessa etapa, aborda-se a natureza jurídica da investigação e os atos por ela produzidos, mas em todas essas abordagens tem-se o contraditório e a ampla defesa como o fio condutor da narrativa, de maneira que – também durante o texto – procura-se justificar a audiência preliminar como interregno procedimental.

O segundo capítulo analisa com mais profundidade a audiência preliminar, procurando compreender o papel do juiz nesse momento. O contraditório, nessa perspectiva, é enfrentado além de sua concepção formal, o que fica claro quando se aborda suas funções, de sorte que se trabalha com a ideia de contraditório material. Não bastasse isso, a pesquisa aponta – ainda no plano teórico – as funções da audiência preliminar, desenvolvendo três aspectos: diligências, impugnações e arquivamento.

O último capítulo traça as condições necessárias para a elaboração de um projeto de lei. Para tanto, utiliza-se um recorte da audiência preliminar prevista no rito ordinário do processo penal italiano. Adverte-se que não se trata de um estudo de direito comparado, uma vez que não foram observadas as cautelas metodológicas necessárias para realizar esse intento. O modelo italiano, todavia, cerra fileiras no sentido de comprovar a necessidade de uma fase intermediária; não se trata de uma construção mediante um paradigma externo, mas sim de um passo teórico que comprova os argumentos desenvolvidos. A escolha pela Itália não foi casual, veja-se que há uma correspondência grande com o Brasil, não só em razão de que o atual Código observou o Código de Rocco, mas também pelo contexto histórico. Após a aprovação de sua Constituição, os italianos demoraram para aprovar um novo Código de Processo, o qual foi fruto de grande esforço legislativo, na medida em que a primeira tentativa fracassou. Além disso, da mesma forma que a Constituição brasileira, a Carta italiana também prevê o contraditório cuja aplicação se dá, em certa medida, inclusive na fase investigatória. Esses pontos de conexão, dessa forma, serviram de substrato metodológico para a escolha desse sistema estrangeiro.

Ainda no último capítulo, a pesquisa retorna para o ordenamento brasileiro e verifica que o rito sumaríssimo realiza uma audiência preliminar. Diante disso, aborda-se os principais aspectos da Lei 9.099/1995, cujo recorte limita-se à fase preliminar, na medida em que a etapa processual ultrapassa o objeto de pesquisa.

Encerra-se o terceiro capítulo definindo as modificações legislativas necessárias para a introdução da audiência preliminar. Nesse momento, ficou evidente que o instituto deveria conectar-se aos demais artigos, sob pena de quebra da dinâmica procedimental. Assim, além de delimitar o conteúdo da audiência, o projeto de lei preocupa-se com a inserção do instituto no sistema processual, oferecendo uma contribuição que preserva eventuais impactos no campo penal.

Por fim, agrega-se algumas considerações ao trabalho, mediante conclusões. No entanto, deve-se esclarecer que, diante da complexidade, não se presume encerrado o objeto. As ponderações teóricas realizadas que permitiram um resultado concreto se inserem enquanto contribuições, suscetíveis a críticas, as quais serão devidamente incorporadas às futuras abordagens.

1. A EFICÁCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL: A CONTRIBUIÇÃO DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR

A primeira tarefa do pesquisador, quando resolve construir um discurso crítico do sistema,¹ é traçar os principais atributos do processo penal, ou seja, qual a perspectiva que o processo alcança; trata-se de verificar suas bases instrumentais e sua legitimação. Assim, segue-se o caminho indicado por GLOECKNER para o qual a instrumentalidade “está associada à preservação dos direitos fundamentais do acusado,”² significa perceber o processo como uma barreira que impede e limita o poder punitivo, portanto, é adequado falar em instrumentalidade constitucional.³

Tal instrumentalidade, por certo, entrelaça diversas garantias e direitos constitucionais, mas tem como marco inicial a própria dignidade da pessoa humana, isso porque não são as pessoas que se tornam instrumentos ou objetos nas engrenagens do sistema judicial, ao contrário, é o Estado que funciona em favor do homem.⁴ Todavia, essa ideia não implica na defesa do abolicionismo penal, nem renúncia ao processo, exige sim um compromisso do Estado frente ao acusado; exige uma autolimitação estribada na Constituição e que assegure, não apenas sua dignidade, mas a partir dela o estatuto jurídico do indivíduo.⁵

Não obstante, a atualidade demonstra a falta de eficácia de diversos direitos fundamentais, os quais sucumbem diante da legislação infraconstitucional ou diante de

¹ Entende-se como sistema “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 46)”.

² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal. Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 30.

³ Prossegue o autor: “Em outras palavras, se o poder é tendente à expansão, cabe ao processo limitar tal poder punitivo, de molde a minimizar ao máximo os riscos de lesão aos direitos primordiais do acusado. Desta arte, o termo instrumentalidade aqui é tratado como instrumentalidade constitucional do processo. A sua legitimação se encontra respaldada no momento em que tenciona evitar que a vontade de punir estatal produza violações àqueles direitos que o próprio Estado se obrigou à não-ingerência (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal. Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 30)”.

⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo*. In: WUNDERLICH, Alexandre (coordenador). *Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 333.

⁵ Veja-se a lição de SARLET: “(...) constata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem – em princípio e ainda de modo e intensidade variáveis – , ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas (...) (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.78)”.

decisões judiciais que buscam adaptar a Constituição às leis.⁶ Neste cenário, adverte GIACOMOLLI, somam-se denúncias criminais genéricas, precariamente delimitadas, as quais constituem em abuso do poder de acusar,⁷ no entanto, há de se verificar que essas denúncias refletem a crise existente na própria investigação criminal e na necessidade de se adequar a fase investigatória à normatividade substancial da Constituição.⁸ Além disso, tendo em vista a atual compreensão da força normativa dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, tal adequação deve também considerar os direitos e garantias estabelecidos nesses pactos. Isso porque se consolidou o entendimento de que os tratados internacionais, incorporados antes da EC nº 45/2004, adquirem um status *supralegal*, ou seja, inferiores à Constituição e superiores à legislação comum.⁹

Então, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), ainda que introduzida no ordenamento jurídico nacional antes da EC nº 45/2004, revela grande força normativa no plano interno,¹⁰ impondo limites ao Estado e com reflexos na compreensão do processo penal, como explica LOPES JR:

Feito isso, é imprescindível marcar esse referencial de leitura: *o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e da CADH e não ao contrário*. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma

⁶ Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 14. Prossegue o autor: “Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, ne medida em que se coloca o seguinte paradoxo: *uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos* (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 15)”.

⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo*. In: WUNDERLICH, Alexandre (coordenador). *Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 336.

⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo*. In: WUNDERLICH, Alexandre (coordenador). *Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 336.

⁹ Tal entendimento decorre da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, frente aos tratados internacionais e diante da EC nº 45/2004. Então, representam a evolução desse entendimento três importantes julgados: RE 466.343, RHC 79.785 e HC 87.585-8 (GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 23).

¹⁰ “Por isso a legislação ordinária há de ser reformada e integrada às exigências internacionais de proteção aos direitos humanos, para que seja excluídas as práticas autoritárias na investigação, na acusação e na jurisdição, as quais ainda permanecem nos sujeitos, tanto na hierarquização das fontes quanto na desconsideração da nova ordem convencional e constitucional no processo hermenêutico (GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 16)”.

restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941.¹¹

Desse modo, entende-se que a instrumentalidade do processo penal está diretamente conectada aos direitos fundamentais expressos na Constituição e nos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, especialmente a CADH. Todavia, conforme se disse anteriormente, a atualidade revela obstáculos à eficácia dessas garantias, seja em razão da legislação, seja em função da prestação jurisdicional que – muitas vezes – ignora a força normativa da Constituição.¹² Trata-se, então, de compreender o processo penal vinculado à defesa dessas prerrogativas individuais e não como um instrumento de ampliação do poder punitivo.

Assim, é fundamental estabelecer esse ponto de partida, pois, as fases pré-processual e processual estão diretamente conectadas, de maneira que a segunda sofre os efeitos da primeira, sem olvidar que a normatividade constitucional alcança a ambas. Nesse sentido, sustentar que a instrumentalidade do processo penal está vinculada à defesa das garantias individuais, implica outro compromisso de mesma perspectiva, mas direcionado à fase anterior ao processo; guardando as devidas dimensões, significa compreender o “hall” do processo a partir da Constituição e não o contrário. Com efeito, tal compromisso levará a questionamentos que se opõem ao conhecimento estabelecido, na medida em que se pretende aprofundar a eficácia do texto constitucional e – diante da tese proposta – pretende-se ampliar a eficácia do contraditório e da ampla defesa.

Para tanto, em se tratando de estrutura, esse capítulo pretende abordar alguns aspectos que envolvem a manifestação do poder na fase investigatória. Busca-se demonstrar que o poder está presente nas técnicas de construção do saber, mas não como algo estático e sim como elemento dinâmico, ora transitando na esfera política, ora submetido ao direito. Nesse aspecto, aborda-se a construção da verdade¹³ na fase

¹¹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 33-34.

¹² Refere LOPES JR a existência de uma crise na teoria das fontes na medida em que a lei ganha um status normativo maior que a própria Constituição (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 32).

¹³ Nesse momento, é fundamental situar o leitor com relação ao conceito de verdade, ou melhor, quanto à concepção teórica que se tem sobre o assunto. Tendo em vista aspectos metodológicos, essa pesquisa não irá dedicar um tópico específico para desenvolver esse tema, principalmente porque há inúmeras obras que se dedicaram exclusivamente sobre isso. Assim, segue-se a construção teórica realizada por KHALED JR. A percepção do real, portanto, é algo fragmentado, sujeita às limitações humanas, especialmente a reconstrução da memória, nas palavras do autor: “A memória passa pela pretensão de resgatar uma percepção de um tempo escoado. No entanto, como já verificado, dados os limites da percepção, está claro que a realidade pode ser tudo, menos plenamente inteligível a quem observa, quando se pretende extrair sentido de um evento que integra a dinâmica da vida (KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo*

preliminar frente a seletividade estrutural do sistema, de sorte que se verifica que determinados grupos estão mais expostos a incidência do direito penal do que outros, ou melhor, a verdade construída para uns será diferente do que aquela produzida para outros. Diante dessas colocações, critica-se a insuficiência do atual modelo, na medida em que certos atos de poder - praticados em oposição à legalidade - sobrevivem em razão da inexistência de contrapesos procedimentais pré-processuais, contribuindo para a discricionariedade da autoridade que investiga.

Na sequência do capítulo, aprofunda-se a análise da discricionariedade policial frente ao sistema de investigação, o que conduz a pesquisa para reflexões que envolvem a natureza jurídica da fase preliminar; busca-se, nessa etapa, compreender a ineficácia do contraditório no inquérito policial, em que pese a Constituição não faça essa limitação. De tal maneira que a inexistência de um elo de ligação entre investigação e processo começa a ficar nítido. Contudo, para que se pudesse avançar, constatou-se necessário identificar os atos produzidos através da investigação, justamente para que, ao se ampliar a eficácia do contraditório, não se confundam com os atos de prova, tarefa que foi realizada no item final.

1.1 A fase investigatória como um espaço de poder

A investigação criminal é atividade complexa e está inserida nos diversos sistemas processuais existentes, os quais variam conforme o país e a ordem jurídica, além de serem intensamente forjados pela cultura¹⁴ de um povo e daqueles que operam o sistema de justiça criminal. Esses modelos, que têm seus arquétipos na antiguidade

penal: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. 461-462).” Justamente por isso, afasta-se da ideia de verdade real ou verdade substancial, na condição de algo capaz de ser plenamente adquirido ou como um objeto do próprio processo. “Cada prova é tomada como um fragmento da história [...] um pedaço da narrativa interessando pela dimensão linguística e semiótica do processo como uma das tantas ocorrências do debate. [...] A decisão judicial não é a revelação da verdade (material, processual, divina etc.) mas um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo. Se isso coincidir com a ‘verdade’, muito bem (LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 388-389).” Ainda dentro dessa perspectiva, não se pode perder de vista os acréscimos de GAUER e sua crítica à verdade científica: “O que quer dizer que os cientistas dessa época, ao tentarem compreender os fenômenos cósmicos, desvinculando-se da crença religiosa, não impediram que se sacralizasse uma nova crença, justamente a crença na verdade científica (GAUER, Ruth. Maria Chittó. *Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo)*. In. GAUER, Ruth. Maria Chittó. (organizadora). *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 1-2).”

¹⁴ “A cultura jurídica interna é constituída pelas atitudes, crenças, raciocínios, percepções, valores mais ou menos explícitos, comuns a um grupo de profissionais do direito (GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Tradução de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 13).”

clássica,¹⁵ constituem uma fração das práticas judiciárias pelas quais os homens arbitram os danos e responsabilidades; aliás, essas formas determinam mais do que procedimentos a serem realizados simbólica e liturgicamente, indicam formas de saber e relações de poder, ou melhor, indicam as relações que se estabelecem entre o homem e a verdade.¹⁶

Assim, nas raízes da história do direito ocidental a investigação das responsabilidades não surge no seio de um procedimento estatal. Utilizada por FOUCAULT para representar as bases arcaicas dos rituais judiciários, a contestação entre Antíloco e Menelau¹⁷ dá conta da grande diferença na descoberta da verdade. Nesse arquétipo, a produção da verdade se dá através de um desafio, uma forma de jogo no qual o falso juramento é punido pela ira divina. Veja-se que entre os adversários não há um procedimento conduzido pelo Estado; o desafio surge em razão de uma falta cometida em uma corrida de cavalos e os guerreiros se submetem ao jogo de prova, sendo que a renúncia ao juramento implica na confissão da falta, de modo que a descoberta da verdade constrói-se entre os envolvidos e sob o olhar dos deuses:

Eis uma maneira singular de produzir a verdade, de estabelecer a verdade jurídica: não se passa pela testemunha, mas por uma espécie de jogo, de prova, de desafio lançado por um adversário a outro. Um lança um desafio, o outro deve aceitar o risco ou a ele renunciar. Se por acaso tivesse aceito o risco, se tivesse realmente jurado, imediatamente a responsabilidade do que iria acontecer, a descoberta final da verdade seria transposta aos deuses. E seria Zeus, punindo o falso juramento, se fosse o caso, que teria com seu raio, manifestado a verdade.¹⁸

No entanto, entre os antigos gregos esse ritual também restou superado, na medida em que a sociedade se apropriou do processo,¹⁹ tal como foi diversas vezes representado nas peças de Sófocles, em especial na tragédia de Édipo-Rei.²⁰ Em Édipo,

¹⁵ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005. p. 53-55.

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005. p. 11.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005. p. 32.

¹⁸ E prossegue o autor: “Eis a velha e bastante arcaica prática da prova da verdade em que esta é estabelecida judiciarmente não por uma constatação, uma testemunha, um inquérito ou uma inquisição, mas por um jogo de prova. A prova é característica da sociedade grega arcaica (FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005. p. 32-33).”

¹⁹ Nesse sentido, destacam-se os complexos procedimentos que se realizavam em Atenas, perante seus órgãos judiciários (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 23-28.)

²⁰ “[...] o pastor viu e, porque detém em suas mãos esse pequeno fragmento de lembrança, porque traz em seu discurso o testemunho do que viu pode contestar e abater o orgulho do rei ou a presunção do tirano. A testemunha, a humilde testemunha, por meio unicamente do jogo da verdade que ela viu e enuncia, pode, sozinha vencer os poderosos. *Édipo-Rei* é uma espécie de resumo da história do direito grego. [...] Esta dramatização da história do direito grego nos apresenta um resumo de uma das grandes conquistas da democracia ateniense: a história do processo através do qual o povo se apoderou do direito de julgar, do

tem-se a caracterização da transição de uma construção da verdade através de um discurso profético e prescritivo para outro de natureza retrospectiva; substitui-se, portanto, o olhar divino pelo discurso da testemunha.²¹ Então, as origens do inquérito encontram-se no pensamento grego clássico, na medida em que o saber passou a ser descoberto através de uma lembrança (testemunho) e não mais em um desafio aceito sob olhar dos deuses.

Os rituais dos antigos gregos não chegaram a desenvolver um modelo que resistisse ao tempo, uma série de eventos históricos – que extrapolam os limites dessa tese – fizeram com que a tradição grega ficasse esquecida.²² No entanto, na Idade Média observa-se o ressurgimento da construção do saber através do inquérito.

Tentando seguir os rastros das práticas medievais, observa-se que a queda do Império Romano acentuou a tradição do velho Direito Germânico.²³ Baseado em um conflito entre adversários sem a intervenção do Estado, o Direito Germânico simula uma guerra particular,²⁴ na qual não se questiona o saber (verdade),²⁵ importa exercer atos de vingança devidamente regulamentados.²⁶ Ainda diante da possibilidade de transação mediante pagamento, o pacto entabulado perante um terceiro não envolve expiação da falta, mas tão somente o direito de voltar a viver em paz e pôr fim ao ritual de guerra.²⁷ Não há, dessa forma, um procedimento de inquérito com pesquisa da verdade, mesmo quando se recorre a um árbitro.

direito de dizer a verdade, de opor a verdade aos seus próprios senhores, de julgar aqueles que os governam (FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005. p. 53-54)."

²¹ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005. p. 40.

²² Deixa-se de abordar a complexidade desses eventos na medida em que tal iniciativa, por si só, constitui um objeto de pesquisa independente.

²³ "O direito das etnias germânicas era essencialmente consuetudinário. De facto, não havia <um> direito germânico, mas uma variedade de costumes, mais ou menos diferentes, vivendo cada povo segundo o seu próprio direito tradicional; a situação era semelhante à de qualquer outro povo arcaico (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 162)."

²⁴ "O 'processo criminal' germânico (aliás, estruturalmente idêntico ao 'processo civil') seria incompreensível para o jurista que o analisasse a partir dos modelos contemporâneos. Seu objetivo não era o esclarecimento circunstanciado do fato punível, mas a interpretação de suas virtualidades ofensivas à paz e a superação do estágio de perturbação e temor por ele inaugurado (BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 41)."

²⁵ CASTILLO, Niceto Alcaraz-Zamora y e LEVENE HIJO, Ricardo. *Derecho Procesal Penal*. t. I. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda, 1945. p. 62-64

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 38.

²⁷ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005. p. 55-57.

Já as antigas práticas judiciárias feudais²⁸ guardavam semelhança com o velho Direito Germânico,²⁹ uma vez que também não questionavam efetivamente a verdade. Os conflitos eram invariavelmente resolvidos através do sistema de provas, que não apuravam a verdade, mas “a força, o peso, a importância de quem dizia.”³⁰ Nesse sistema predominavam provas sociais,³¹ provas verbais, provas mágico-religiosas e as provas corporais (ordálios).³²

²⁸ “O desenvolvimento do feudalismo não segue a mesma evolução cronológica em todos os países. Em França (e portanto em Flandres) e na Lotaríngia (a parte mais ocidental da Alemanha), o regime feudal desempenha um papel essencial na vida política, social e jurídica nos séculos X e XI e mesmo no século XII, para perder seu vigor no século XIII. Pelo contrário, na maior parte da Alemanha, é sobretudo no fim do século XII e nos séculos XIII e XIV que o feudalismo conheceu o seu pleno desenvolvimento. Em Inglaterra, o feudalismo foi introduzido pelos Normandos depois da vitória de Hastings em 1066; em consequência do papel importante desempenhado pelo rei, apresenta aí características próprias. Na Península Ibérica, o feudalismo desenvolveu-se na Catalunha, província separada do Império Carolíngio, e em Aragão, sob a influência das instituições francesas; nas outras regiões não ocupadas pelos Muçulmanos, tais como Astúrias, Leão, Castela, Galiza e Portugal as dependências vassálicas e feudais tiveram formas particulares, sobretudo em virtude da luta contra os Mouros; o termo feudo foi aí pouco utilizado e é suplantado por termo próprio, *préstamo* que tem, como o termo alemão *Lehn*, o sentido de empréstimo (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 188-189).” Deve-se, ainda, diferenciar as práticas feudais de determinados períodos daquelas estabelecidas pouco antes do liberalismo (práticas pré-liberais), sobre esse ponto veja-se a construção teórica de DIERLE (DIERLE, José Coelho Nunes. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011).

²⁹ Em que pese não questionasse o saber, tais práticas eram notadamente ritualísticas: “En efecto, este procedimiento se desarrollaba en contradictorio de las partes, con citación, libelo, plazo para responder, contestación, libelo de la litis, posiciones, juramento de calumnia, plazo para producir las pruebas, etc (MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. t. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951. p. 11).”

³⁰ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005. p. 59.

³¹ “Havia, em primeiro lugar, provas sociais, provas da importância social de um indivíduo. No velho direito da Borgonha do século XI, quando alguém era acusado de assassinato podia perfeitamente estabelecer sua inocência reunindo à sua volta doze testemunhas que juravam não ter ele cometido o assassinato. O juramento não se fundava, por exemplo, no fato de terem visto, com vida, a pretensa vítima, ou em um alibi para o pretense assassino. Para prestar juramento, testemunhar que um indivíduo não tinha matado era necessário ser parente do acusado. Era preciso ter com ele relações sociais de parentesco que garantiam não sua inocência, mas sua importância social. Isto mostrava a solidariedade que determinado indivíduo poderia obter, seu peso, sua influência, a importância do grupo a que pertencia e das pessoas prontas a apoiá-lo em uma batalha ou em um conflito. A prova da inocência, a prova de não se ter cometido o ato em questão não era, de forma alguma, o testemunho (FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005. p. 59).”

³² Segundo GILISSEN, o ordálio poderia ser unilateral ou bilateral: “a) *Ordálios unilaterais*: eram, na Idade Média, sobretudo as provas do ferro em brasa (que era necessário segurar sem se queimar), da água ferver, ou mesmo da água fria (na qual se era mergulhado de pés e mãos ligadas) [...] A Igreja, no entanto, tinha condenado os ordálios a partir de 1215, no IV concílio de Latrão; e o rei da Inglaterra tinha seguido essa condenação desde 1219, o que não impediu que os ordálios aí sobrevivessem até ao princípio do séc. XIX. b) *Ordálios bilaterais*: as duas partes desempenhavam uma função. Assim, no *iudicium crucis* (julgamento da cruz), bastante difundido na época carolíngia, as duas partes deviam ficar de braços estendidos; o primeiro que deixasse o cair os braços perdia a questão. O tipo de ordálio bilateral mais espalhado na Europa (de resto, pouco) foi o duelo judiciário: as partes (ou os seus representantes, os seus <campeões>) batiam-se em duelo à espada, à paulada ou doutra forma. Subsistiu até aos sécs. XIV-XV, para sobreviver no duelo de honra até o séc. XIX e mesmo XX. c) O *juramento purgatório* é uma espécie de ordálio. O acusado ou réu prestava juramento para se desculpar ou provar sua inocência; recusar-se a prestá-lo era uma confissão de culpabilidade. [...] O juramento purgatório desapareceu em matéria crime; mas permaneceu

Veja-se que a estrutura da prova judiciária medieval era binária, não havia indagação sobre verdade; caso o indivíduo não aceite a prova perde imediatamente o processo, se aceita, as opções possíveis são vitória ou derrota. Nesse aspecto, a autoridade limita-se a verificar a regularidade do procedimento, sem questionar efetivamente o saber; a prova não está direcionada à construção da verdade, trata-se de verificar quem é o mais forte, independente da razão, de sorte que os procedimentos simbolizam – muitas vezes – uma espécie de guerra entre os envolvidos.³³

No entanto, essas práticas serão progressivamente abandonadas a partir do século XII; o inquérito – que já havia sido utilizado pelos antigos gregos – ressurgiu na segunda metade da Idade Média, evidentemente com contornos bem distintos de seu arquetipo da antiguidade.³⁴ Considerando que nesse período a troca de bens – em grande parte – se realizou mediante contestações e rivalidades, era fundamental o controle dos procedimentos de reparação, uma vez que não havia poder judiciário ou sequer a atual concepção de Estado. Então, os indivíduos com maior poder bélico se apropriaram desses rituais, exercendo seu poder político sobre os envolvidos e – com isso – ampliando sua própria riqueza. Mas no núcleo dessa transformação, a solução do conflito não poderia manter a mesma estrutura de prova (ordálios), era necessária outra maneira de resolver as disputas sem as incertezas das provas físicas, mágicas ou religiosas, na medida em que aquele que confisca o procedimento de reparação não iria expor-se ao acaso.³⁵ Dessa forma, resgatou-se o inquérito administrativo já utilizado no Império Carolíngio, iniciando uma importante modificação que permitiu a investigação da verdade.³⁶ Nesse sentido, conclui FOUCAULT:

O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder. É a análise dessas formas que nos deve conduzir à análise mais estrita das relações entre os conflitos de conhecimento e as determinações econômico-políticas.³⁷

em matéria cível sob o nome de juramento litisdecisório (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 715-716).”

³³ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005. p. 62.

³⁴ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005. p. 62-63.

³⁵ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005. p. 64-67.

³⁶ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005. p. 69.

³⁷ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005. p. 78.

Assim, o inquérito que ressurgiu a partir da segunda metade da Idade Média fundiu-se aos procedimentos eclesiásticos, expandindo-se para atender diversos interesses civis; tais práticas, que foram úteis para a repressão das infrações e dos pecados, colocaram termo aos desafios de prova, questionando o saber em uma obstinada busca pela verdade absoluta; busca que resiste ao tempo haja vista os segmentos da atual doutrina que não só admitem tal tarefa como possível, mas ainda colocam a busca pela verdade como um princípio ou objetivo do processo penal.³⁸ Dessa forma, adiantando parte dos argumentos que serão realizados, não se pode ignorar que o exercício do poder na construção da verdade revela características importantes das diversas civilizações e não se coloca como algo estagnado, muito pelo contrário, há um fluxo contínuo de transformação. Justamente por isso, deve-se repensar a atual investigação criminal e a maneira com a qual se produz a verdade nesses procedimentos; ainda, deve-se repensar a ligação entre investigação e processo, na medida em que a verdade produzida na fase preliminar interfere na fase processual. Essa tese, portanto, busca - através de uma audiência preliminar de interregno procedimental - otimizar a eficácia da Constituição, contribuindo para a redução da arbitrariedade no exercício do poder e, com isso, modificar as práticas de construção do saber na fase investigatória, permitindo a participação - em contraditório material - da pessoa investigada.

Em prosseguimento, não se propõe um debruçar sobre as longas narrativas da história da pena,³⁹ ou uma demonstração das modificações que o inquérito sofreu através das intervenções da Igreja Católica;⁴⁰ é certo que, desde de sua origem medieval até as relevantes transformações modernas,⁴¹ inúmeros acontecimentos complexos modificaram esse campo.⁴² No entanto, as ponderações acima indicam algo relevante: a

³⁸ Apenas para citar um exemplo: O princípio da verdade real significa que o processo-crime deve buscar sempre a verdade substantiva dos fatos e não pode se satisfazer simplesmente com a verdade formal (MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 76)."

³⁹ Sobre a transformação punição destaca-se a contribuição de RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 38-39.

⁴¹ Termo utilizado na perspectiva teórica de BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno*. Tradução de Maria Manuela Alberty. v. I e II. Lisboa: Edições 70, 1990.

⁴² Com a cautela que é necessária, pois se trata de autor com posições agudas, especificamente neste ponto, ao se utilizar a expressão *campo* nos referimos à dimensão conceitual traçada por Pierre Bourdieu (BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989. p. 166-167) e trabalhada à luz da criminologia, WACQUANT - nesse aspecto - sintetiza o conceito de *campo*: "But in advanced societies, people do not face a undifferentiated social space. The various spheres of life, art, science, religion, the economy, the law, politics and so on, tend to form distinct microcosms endowed with their own rules, regularities and forms of authority - what Bourdieu calls fields. A field is, in the first instance, a structured space of positions, a *force field* that imposes its specific

de que o estabelecimento da verdade na tradição jurídica ocidental nasce em conjunto ao confisco dos procedimentos judiciais, instrumentalizando interesses políticos e econômicos de indivíduos que a história, posteriormente, identificou como monarcas. Há, nesse aspecto, uma clara relação de poder⁴³ que a dinâmica civilizatória deslocou e transformou, mas que se mantém constante; em um primeiro momento vinculada às autoridades absolutistas – que o utilizavam principalmente como técnica de governo e de enriquecimento;⁴⁴ mais adiante, com a modificação do modo-de-produção e a transferência do poder econômico-político para a burguesia, desloca-se para uma nova instituição: a polícia.

Assim, o capitalismo liberal do final do século XVI foi um dos fatores que impulsionou o surgimento de uma força de segurança diferente das forças militares. A pena de prisão, fundamentada pela doutrina utilitarista, acompanhou esse processo em um movimento paralelo, no sentido de “resgatar” os sujeitos e torná-los produtivos,⁴⁵ no entanto, a necessidade de controlar as liberdades ficaria ao encargo das guardas civis,⁴⁶ as quais – além do controle sobre os “corpos disciplinados”⁴⁷ - iriam apropriar-se das tarefas de investigação preliminar e, portanto, de estabelecimento da verdade.

determinations upon all those who enter it. Thus she who wants to succeed as an scientist has no choice but to acquire the minimal scientific capital required and to abide by the mores and regulations enforced by the scientific milieu of that time and place. In the second instance, a field is an arena of struggle through which agents and institutions seek to preserve or overturn the existing distribution of capital (manifested, in the scientific field, by the ranking of institutions, disciplines, theories, methods, topics, journals, prizes and so on): it is a *battlefield* wherein the bases of identity and hierarchy are endlessly disputed” (WACQUANT, Lôic. *Pierre Bourdieu*. In STONES, Rob. (org.) *Key Sociological Thinkers*. 2. ed. New York: Palgrave Macmillan, 2008. p. 268). A partir desse conceito, trabalha-se a ideia de campo penal, o qual congrega uma série de elementos conectados entre si; o sistema penal – dessa forma – está inserido no campo penal.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 40-43.

⁴⁴ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005. p. 73.

⁴⁵ ANITUA, Gabriel Ignácio. *A História dos Pensamentos Criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 203-208.

⁴⁶ “As polícias nacionais, tais como funcionam hoje, difundiram-se no século XIX, muito embora tenham sua origem na França antes do Antigo Regime, com o objetivo de delação e total controle terrorista. A França pós-revolucionária organizou sua polícia em 1798 [...] A Irlanda criou uma polícia nacional em 1823, em Londres foi criada a Polícia Metropolitana em 1829, e em 1844 apareceu a Guarda Civil na Espanha (ANITUA, Gabriel Ignácio. *A História dos Pensamentos Criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 211-12)”.

⁴⁷ Clara referência ao pensamento de FOUCAULT: “O momento histórico das disciplinas é o momento em que nasce uma arte do corpo humano, que visa não unicamente o aumento das habilidades, nem tampouco aprofundar sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto mais útil, e inversamente. Forma-se então uma política de coerções que são um trabalho sobre o corpo, uma manipulação calculada de seus elementos, se seus gestos, de seus comportamentos (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalheite. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 119.)”.

Observando esse complexo processo de transformação e deslocamento do poder, é possível verificar que o direito penal do final da Idade Média, sob a perspectiva social, nasce estruturalmente seletivo⁴⁸ e se mantém dessa forma nos séculos seguintes. Certamente, os acontecimentos históricos e sociais dos países ocidentais modificaram o direito penal, no entanto, essas modificações não retiram seu caráter seletivo, da mesma forma, o poder acompanhará a persecução penal até a atualidade.

Então a consolidação do direito penal e de sua seletividade, permitirá a identificação de uma parcela da população mais suscetível à responsabilização penal, de maneira que alguns teóricos – mediante um discurso crítico – desenvolvem a ideia de que a seletividade penal é potencialmente capaz de identificar inimigos, ou seja, pessoas indesejadas e submetidas com mais intensidade às relações de poder que compõem o campo penal. Nesse aspecto, não se pode ignorar que a identificação de segmentos da população como inimigos fragiliza as garantias constitucionais, expondo essas pessoas com mais intensidade às relações de poder, típicas do sistema criminal.⁴⁹ Contudo, não se

⁴⁸ “A intensificação dos conflitos sociais em Flandres, no norte da Itália, Toscana e no norte da Alemanha, que marcou a transição ao capitalismo moderno entre os séculos XIV e XV, levou à criação de leis criminais duras, dirigidas contra as classes subalternas. [...] O sistema de penas, com seu regime duplo de punição corporal e fianças, permaneceu imutável, exceto, no entanto, pelas diferentes aplicações da lei, feitas de acordo com a classe social do condenado (RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 31).”

⁴⁹ ZAFFARONI procura demonstrar a longa trajetória que o conceito de inimigo trilhou e sua relação com o poder de punir. O autor analisa diversos momentos da história do ocidente e a relação desses eventos com a individualização de pessoas pelo direito penal. Trata-se de contribuição relevante, pois mostra que o processo seletivo não é algo estagnado, mas dinâmico (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 65-69). Não obstante esses estudos, a concepção de inimigo pode ser melhor compreendida na teoria política de SCHMITT. O autor busca o conceito de inimigo na relação de amizade e inimizade, mas não aquela que indica o afeto de uma pessoa pela outra; trata-se de algo muito mais profundo e intenso que conduz a possibilidade de matar sem cometer homicídio, ou seja, na condição de ato político. Afirma o teórico alemão: “Os conceitos de amigo, inimigo e luta adquirem seu real sentido pelo fato de terem e manterem primordialmente uma relação com a possibilidade real de aniquilamento físico. A guerra decorre da inimizade, pois esta é a negação ontológica de outro ser (SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1992. p. 59).” Essa concepção sobre política só se apresenta quando se enfrenta categorias independentes, sem derivações; designa “o grau de intensidade extrema de uma ligação ou separação, de uma associação ou dissociação”, de maneira que o inimigo político, não será obrigatoriamente mau (moral), ou feio (estética), mas simboliza o outro (estrangeiro). A perspectiva schmittiana, em um primeiro momento, trata a condição de inimigo como um fenômeno externo aos países. Não obstante, tal constatação não é de todo correta, uma vez que a unidade política do Estado, depois de consolidada, relativiza os antagonismos internos, permitindo - mesmo que de forma menos intensa - movimentos de amizade-inimizade. (SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1992. p. 51 - 58). Ainda que o conceito de inimigo elaborado a partir da teoria política identifique seu ponto extremo na guerra, essa relação que se estabelece no plano interno de associação e dissociação também se manifesta no sistema punitivo, haja vista que o funcionamento do sistema penal é mais eficiente para uns do que para outros. Nesse ponto, como ensina ZAFFARONI, a identificação dos inimigos é dinâmica e atende às diversas emergências que surgem na linha da história, mas não deixa de ser uma seleção entre os indesejáveis, os dissidentes e os iguais, baseada em critérios de amizade-inimizade (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007; p. 70-71).

observa, na contemporaneidade brasileira, um espaço procedimental que busque equilibrar essa situação, promovendo a isonomia e limitando o poder, funções que se pretende atingir através do exercício do contraditório material na audiência preliminar, conforme adiante será exposto.

Retomando, então, é importante que se tenha presente que a indagação sobre a verdade sofreu grande modificação no final da Idade Média, momento no qual passou-se a reconstruir os fatos através do relato ou de elementos que indicassem a existência ou inexistência de uma situação. No núcleo dessa transformação há uma relação de poder que se intensifica mais para uns do que para outros, na medida em que o direito penal é essencialmente seletivo, de sorte que essa diferenciação, nos séculos seguintes, envolverá – sob o prisma político - critérios de amizade e inimizade.⁵⁰ Dessa maneira, a construção da verdade, na atualidade, não é algo uniforme e rígido para todos os envolvidos no sistema de persecução penal; se é correto afirmar que a construção da verdade está inserida em uma relação de poder, deve-se concluir que a verdade construída para alguns será diferente daquela construída para outros, o que indica a impossibilidade de se falar em verdade real. Trata-se, certamente, de uma consequência orgânica que habita toda relação de forças e não só do direito penal.

Por outro lado, poder-se-ia dizer que a ordem constitucional distribui uma série de atribuições e prerrogativas, as quais são utilizadas pelas autoridades do Estado no interesse e na defesa da coletividade; assim o poder que decorre dessas autoridades seria legítimo e, por consequência, o saber por elas produzido também. Entende-se que tal afirmação não é de todo correta. Veja-se que em uma perspectiva distante essa sempre foi a grande tarefa do direito: legitimar e limitar o poder do rei. As primeiras concepções de soberania⁵¹ muito discutiram isso, ora legitimando, ora limitando o poder real, mas no

⁵⁰ Tal afirmação leva em conta a concepção de inimigo de SCHMITT (SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1992).

⁵¹ Jean Bodin foi um dos primeiros autores a se dedicar e desenvolver um conceito de soberania, o qual foi utilizado pelos teóricos nos séculos seguintes. A obra de BODIN consiste em seis volumes (*Les Six Livres de la République*), os quais foram publicados pela primeira vez na cidade de Paris no ano de 1576 por Jacques Du Puys. Em 1586, o próprio autor traduziu sua obra para o latim. A obra foi, ainda, reeditada, com ortografia original, no *Corpus des ceuvres de philosophie en langue française*, coleção dirigida por Michel Serres em 1986. Afirma BODIN: “A soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República [...] Ainda que tenhamos dito que a República é um governo de várias famílias e daquilo que lhes é comum com o poder soberano, é necessário esclarecer o que significa poder soberano. [...] E assim concluiremos que a primeira marca do Príncipe soberano é o poder de dar a lei a todos em geral e a cada um em particular. Mas isso não é suficiente, pois é necessário acrescentar que isso se dá sem o consentimento de alguém maior, de um par ou de um menor que si, pois se o Príncipe for obrigado a não fazer a lei sem o consentimento de alguém maior, ele é, na verdade, súdito; se consulta um par, ele terá companheiro; se consulta os súditos – seja o senado, ou o povo – não será soberano (BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República. Livro Primeiro*. Tradução:

fundo o que estava em jogo era a prática de atos de coerção que pudessem ser aceitos pela coletividade. Muitas das atuais democracias afastaram a figura real e outras limitaram seus poderes,⁵² mas a questão do uso interno do poder legitimamente é uma tarefa que cabe ao direito definir; de sorte que se o ato observa o limite constitucional é legítimo, se extrapola, é abusivo. O grande problema dessa afirmação é que ela se dá em perspectiva distante e ignora as sutilezas dos fatos da vida. A análise do poder, como elemento transformador de um sistema processual, não deve ser feita à luz da obediência soberana (que reconduziria o debate à questão da legitimidade); deve ser realizada nas extremidades, ou seja, nas veias capilares que abastecem as células e não como uma prerrogativa que se tem sobre um bem, ou como a cessão individual que o sujeito faz para constituir a soberania, ou ainda, como a mera distribuição de funções previstas na Constituição.⁵³ O foco, portanto, não é “o rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas; não a soberania em seu edifício único, mas as múltiplas sujeições que ocorreram e funcionam no interior do corpo social.”⁵⁴

Nesse sentido, quando se compreende essa manifestação capilar do poder as constatações se tornam diferentes, pois o poder não é algo que alguém possui e possa transmitir, o poder se exerce, ou seja, é ato; o poder flui. Diante disso, muito mais do que buscar a legitimidade é necessário compreender os procedimentos de sujeição, as práticas que estão além da ordem legal e o funcionamento das instituições.⁵⁵ Todavia,

José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011. p. 195-298).” Ainda, veja-se que o autor desenvolve, essencialmente nos capítulos VIII, IX e X da obra citada, o conceito de soberania e suas “marcas” (expressão utilizada pelo próprio BODIN). Em momento posterior, não se pode deixar de destacar a contribuição de SCHMITT, cuja pesquisa se deu em duas etapas, iniciando em *Die Diktatur* (1921) e culminando em *Politische Theologie* (1922), obras traduzidas para o espanhol e para o português (SCHMITT, Carl. *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Tradução de José Díaz García. Madrid: Alianza, 1999 e SCHMITT, Carl. Tradução de Elisete Antoniuk e Luiz Moreira. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006).

⁵² “Quando esse edifício jurídico, nos séculos seguintes, escapar do controle régio, quando se tiver voltado contra o poder régio, o que será discutido serão sempre os limites desse poder, a questão referente às suas prerrogativas (FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 30).”

⁵³ Não se ignora a necessidade de se atribuir legitimidade ao poder, até porque caso assim não fosse, a pena aplicada seria uma violência puramente política. No entanto, o que procura compreender é o poder enquanto ato.

⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 32.

⁵⁵ “Dispomos, primeiro, da afirmação de que o poder não se dá, nem se troca, nem se retoma, mas que ele se exerce e só existe em ato [...] O poder, acho eu, deve ser analisado como uma coisa que circula, ou melhor, como uma coisa que só funciona em cadeia. Jamais ele está localizado aqui ou ali, jamais está nas mãos de alguns, jamais é apossado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona. (FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 21 e 35).”

imediatamente surge um paradoxo: busca-se nessa tese, mediante a compreensão de diversos fatores, a modificação parcial do sistema processual, o que se pretende através de um discurso crítico; então, se é verdade que o poder nas diversas instâncias sociais está além do direito, como poderia o mesmo direito limitar esse poder? Tal tarefa não seria o mesmo que discutir a legitimidade do poder [?]; debate que deslocaria a discussão sobre a perspectiva da soberania do ato e sua adequação à ordem legal.

Essa questão, efetivamente, não constitui um verdadeiro paradoxo. Observe-se que compreender o poder como um ato, como algo flui e, por essa razão, potencialmente capaz de escapar das formas jurídicas, não elimina a possibilidade de que o direito estabeleça mecanismos jurídicos que proporcionem a outras autoridades estatais o controle de um ato já praticado. Nesse cenário, portanto, insere-se a audiência preliminar como interregno procedimental, na medida em que as diversas manifestações de poder realizadas durante a investigação e os atos por elas produzidos são submetidos ao contraditório material (isonômico e limitador), assegurando ao acusado um espaço de irresignação, pré-processual e perante uma autoridade judiciária.

Assim, é justamente através da compreensão da dinâmica do poder e da fragilidade do súdito que a ordem legal deve proporcionar condições de reparação dos direitos individuais, eventualmente, sonegados nas extremidades do sistema de persecução penal. Trata-se de compreender que a fase preliminar - enquanto espaço de poder - divide-se entre direito e política, na medida em que as técnicas de investigação transitam entre ambos; nesse aspecto a questão do limite surge como algo necessário e que legitima o próprio sistema, traçando a fronteira entre direito e política.⁵⁶ A audiência preliminar como interregno procedimental, com efeito, busca impedir que os atos de poder praticados na esfera política ingressem no processo; trata-se daqueles atos efetivados como submissão do sujeito às práticas fora da legalidade, ou seja, são atos carregados de uma verdade construída entre o direito e a política, a qual nem sempre pode ser adjetivada como uma verdade constitucional. Nesse aspecto, a audiência preliminar insere-se como fronteira entre as fases.

Aliás, parte da teoria política,⁵⁷ embora não aborde exatamente esse ponto, ao refletir sobre a manifestação do poder, chega a conclusões extremas. Caso se compreenda,

⁵⁶ MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 114.

⁵⁷ A perspectiva nesse momento apresentada diz respeito às construções que envolvem o estado de exceção. Tem-se que um dos primeiros teóricos a defender essa ideia foi BENJAMIN: "A tradição dos oprimidos ensina que o 'estado de exceção' em que vivemos é na verdade a regra geral (BENJAMIN, Walter. *Magia e*

por exemplo, esse poder como um ato praticado em uma zona de anomia,⁵⁸ o qual capturou não a lei, mas seu efeito,⁵⁹ ter-se-ia uma zona de indistinção entre normalidade e exceção; o que leva esses teóricos a defender a contemporaneidade como um estado de exceção permanente. Embora essas construções teóricas afirmem a falsa segurança da ordem constitucional, defende-se a elaboração de normas de contrapeso capazes de reduzir a anomia do sistema e dar eficácia à Constituição,⁶⁰ ainda que tal resposta seja percebida como insuficiente pela teoria política, o que – talvez – só seja superado em estágios civilizatórios distantes. Assim, sem ignorar a crítica, mas confiante de que o direito deve reduzir a arbitrariedade, essa tese defende como norma de contrapeso a introdução de audiência preliminar, na condição de elo de ligação, entre um espaço por vezes anômico e outro de maior legalidade.

Tendo em vista, então, a realidade do exercício do poder em suas extremidades cumpre olhar a investigação criminal brasileira, isso porque as regras de direito que

técnica, arte e política: ensaios sobre a literatura e história da cultura. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 226”; divergindo de SCHMITT o qual compreendia a exceção como a suspensão da ordem jurídica e não a sobreposição de ambos (SCHMITT, Carl. *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria.* Tradução de José Díaz García. Madrid: Alianza, 1999 e SCHMITT, Carl. *Teologia Política.* Tradução de Elisete Antoniuk e Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006). Posteriormente e com base nesses autores, a ideia de estado de exceção foi aprofundada por AGAMBEN, principalmente no que se refere às zonas de anomia e à captura da força-de-lei (AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: O poder soberano e a vida nua I.* Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002 e AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção. Homo sacer II.* Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004).

⁵⁸ Entende-se por anomia, neste ponto, os espaços que surgem dentro do ordenamento jurídico, nos quais a ordem constitucional está em vigor, mas não possui a força necessária para fazer valer seus dispositivos; de outro lado, as autoridades estatais – inseridas nesse espaço anômico – fazem a “lei” do caso em concreto independente das prescrições jurídicas, capturando a potência da norma (força), mas não sua forma. Tem-se, pois, que o espaço anômico é um local em que potência a ato estão separados, de maneira que o que está em jogo é a relação entre o direito e a violência (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção. Homo sacer II.* Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 53-63 e p. 92).

⁵⁹ Trata-se de compreender o sintagma força-de-lei. Enquanto instituto jurídico, tal expressão indica a distinção entre a *vis obligandi* da norma de sua forma, assim, atos que não constituem lei em sentido formal (por exemplo decretos, regulamentos, etc.) adquirem sua força. Contudo, em se tratando de estado de exceção, esse sintagma indica uma espécie de “estado da lei”, pois a “norma está em vigor, mas não se aplica (não tem ‘força’) e em que, de outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem sua ‘força’. No caso extremo, pois, a ‘força-de-lei’ flutua como elemento indeterminado, que pode ser reivindicado tanto pela autoridade estatal (agindo como ditadura comissária, quanto por uma organização revolucionária (agindo como ditadura soberana) (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção. Homo sacer II.* Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 61).”

⁶⁰ Especificamente sobre esse parágrafo, já se defendeu esses argumentos nesse programa de pós-graduação (SANT’ANNA, Marcelo Almeida. *Do estado de exceção à democracia? A adaptação das técnicas de exceção à ordem constitucional de 1988.* 2009. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2009). Naquela ocasião, demonstrou-se que o sistema jurídico apresenta “fendas” através das quais a exceção ingressa no ordenamento, mas não suspendendo o completamente e sim articulada com a própria legislação. Atualmente, entende-se que tal perspectiva é válida sob viés crítico do sistema, no entanto, cabe ao direito estabelecer os mecanismos jurídicos necessários para reduzir a anomia do sistema.

delimitam o poder, não se confundem com os efeitos de verdade que esse poder produz, não obstante, ainda que não se confundam, há uma evidente ligação.⁶¹ E justamente a dinâmica dessa ligação entre norma e ato que – na realidade brasileira – tem reduzido a eficácia das garantias constitucionais, especialmente quando se verifica a discricionariedade do investigador e a ausência de mecanismos formais e efetivos de controle que operem antes do processo. Veja-se que não se trata de algo simples, essa relação de poder que incide sobre o esclarecimento da verdade e sobre a indicação de quem estará mais ou menos sujeito à jurisdição penal é um fenômeno complexo, resultado de uma conjunção de forças; envolve movimentos legislativos, políticas judiciárias, políticas de segurança, práticas policiais (legais ou não), enfim, envolve todo o microuniverso do campo penal.⁶² Todavia, deve-se considerar que é na fase preliminar do processo penal que o primeiro movimento estatal de imputação será realizado, questionando a existência de um fato punível e sua autoria, assim, as demais fases procedimentais estão conectadas à primeira e, mesmo que não exista subordinação, a verdade construída no processo – obrigatoriamente – sofrerá influência dos saberes iniciais, de sorte que para essa pesquisa entende-se necessário compreender as técnicas de construção do saber na fase investigatória. Com isso, pretende-se justificar a introdução da audiência preliminar como interregno procedimental e na condição de mecanismo que assegure ao acusado a participação na construção da verdade.

1.2 Das técnicas de construção do saber na investigação

Tendo em vista a disposição constitucional, utiliza-se preponderantemente no Brasil a investigação policial, sendo que os delegados de polícia são os responsáveis pela condução do inquérito. Há vantagens e desvantagens neste modelo, como refere GIACOMOLLI, contudo, quando se fala de modelos, o que realmente interessa é a forma como se investiga e não quem investiga;⁶³ justamente por isso é que interessa verificar as práticas policiais utilizadas, as quais revelam o modo de atuação dos sujeitos.

⁶¹ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 28.

⁶² Entretanto essa complexidade não impede que se ofereça uma pequena contribuição para o melhor funcionamento do sistema de persecução penal.

⁶³ São apontados aspectos positivos e negativos da direção da investigação pela autoridade policial. Entre os aspectos positivos podemos enunciar: a) estrutura policial em todas as cidades brasileiras, diferentemente da organização do Poder Judiciário e do Ministério Público; b) disponibilidade de meios mais adequados à investigação; c) menor custo financeiro ao Estado; d) maior democratização na repartição de funções entre polícia, promotor de justiça e magistrado, potencializado um sistema acusatório; e) os demais modelos

Todavia, antes disto, deve-se estabelecer um ponto de partida: não existem interesses privados no campo penal, nem mesmo quando o acusado busca demonstrar seu álibi,⁶⁴ de maneira que está correto PITOMBO quando afirma “que o inquérito policial não tem dono”, constituindo um instrumento público.⁶⁵ Pois essa essência – pública – deve ser compreendida como se disse no início deste capítulo, ou seja, em função da instrumentalidade do processo penal, de maneira que a investigação atenderá aos interesses do titular da ação penal, mas não de forma exclusiva. Isso porque o caráter público – diga-se: constitucional – vincula-se também com os interesses do acusado, na medida em que a defesa não possui o aparato estatal a seu serviço, não tem meios para exercer a investigação, nem há previsão legal para tanto, em que pese tal previsão conste nos projetos do novo Código de Processo Penal.⁶⁶ Não obstante as iniciativas legislativas, vê-se com preocupação essa tentativa de outorga dessa atribuição à defesa, na medida em que abre amplo espaço para corrupção, espionagem e ampliação da exclusão social daqueles acusados sem recursos para contratar investigadores particulares.⁶⁷

Estabelecido esse marco inicial ideal, constata-se que as práticas policiais não estão plenamente vinculadas a essa diretriz e problemas, tais como a violência policial, há muito se fazem presentes e estão relacionados, em certa medida, com a própria estrutura das instituições.

Não se pretende realizar um apanhado histórico da violência policial desde a fundação do Estado-Nação, contudo, tendo em vista que o Código de Processo Penal

necessitam da atuação policial. Já os aspectos negativos situam-se: a) no alto poder de discricionariedade da autoridade policial, inclusive na seleção dos delitos (gravidade, repercussão social) e dos sujeitos (políticos, empresários, autoridades, posição social e econômica do suspeito) a investigar; b) dependência funcional e política do Poder Executivo; c) no alto senso de autoridade (atuação diferenciada); d) na identificação com movimentos repressivos da *law and order*, tolerância zero, direito penal do inimigo; e) na estigmatização do atuar policial (GIACOMOLLI, Nereu José. *A Fase Preliminar do Processo Penal. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 26-28).”

⁶⁴ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 35.

⁶⁵ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *A polícia judiciária e as regras orientadoras do processo penal*. In: MORAES, Bismael B (coordenador). *A Polícia à Luz do Direito: um seminário na Faculdade de Direito da USP*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 37. Não se ignora que o autor trabalha com a ideia de que o inquérito policial deve buscar a verdade material e de que, embora seja um procedimento administrativo, sua finalidade é judicial; não obstante, o autor ressalva que o delegado de polícia não é escravo da verdade material, de sorte que – nos casos de arquivamento – deverá contentar-se com uma verdade atingível (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *A polícia judiciária e as regras orientadoras do processo penal*. In: MORAES, Bismael B (coordenador). *A Polícia à Luz do Direito: um seminário na Faculdade de Direito da USP*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 39).

⁶⁶ Artigo 13 do PL 8045 e artigo 14 do PL 7987.

⁶⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *A Fase Preliminar do Processo Penal. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 49.

surgiu na Era Vargas, é interessante perceber que em 1930⁶⁸ a concepção do aparato policial não refletia um verdadeiro espírito republicano,⁶⁹ na medida em que não tinha como propósito o respeito às garantias constitucionais. A ideia de ter uma polícia a serviço do Estado, como um instrumento de sua política, foi colocada em prática, como explica CANCELLI:

Na verdade, a vigilância constante sob a qual fora colocada toda a sociedade e a importância cada vez maior que adquiriu o aparato policial evidenciavam a disponibilidade da polícia em responder a um projeto político que não se absteve de aprisionar ou liquidar certas categorias da população.⁷⁰

As décadas seguintes não modificaram a estrutura policial da Era Vargas - sem olvidar que o Departamento de Ordem Política e Social intensificou sua operação justamente no Estado Novo - até porque não houve um longo período de estabilidade democrática, haja vista as a diversas rupturas institucionais,⁷¹ como explica ROSA:

Analisando a história republicana do país podemos dizer que os intervalos democráticos, quando não acompanhados de decretos de 'estado de sítio', foram sucedidos por ditaduras: poucos anos separam o governo de Washington Luís da ditadura do 'Estado Novo' (que vigorou de 1937 até 1945). No curto 'intervalo democrático', entre os anos de 1945 a 1964, as investidas militares com intenções golpistas foram constantes: 1945, Getúlio Vargas retirou-se do poder sob ameaça de ser deposto; em 1954, o mesmo Vargas recebeu um comunicado do Exército para renunciar sob ameaça de intervenção militar - seu suicídio adiou a intervenção. A renúncia de Jânio Quadros em 1961 propiciou outra tentativa militar, só dissuadida pela influência da campanha pela 'Legalidade' e com a concordância de João Goulart em assumir a Presidência da República sob

⁶⁸ Em 1930 tem-se a chamada "revolução de 30", período no qual Getúlio Vargas foi alçado ao poder.

⁶⁹ Não que antes fosse, mas para fins dessa pesquisa estabeleceu-se um recorte. Aliás, não se ignora que a República Velha foi constantemente marcada por sucessivas decretações de estado de sítio. Nesse sentido, SKIDMORE: "Durante a década de 20, os militares foram continuamente solicitados a concordar com o estado de sítio, a fim de salvar os governos, tanto o federal quanto os estaduais. Irritava-os e perturbava-os o fato de que governos eleitos precisassem ser constantemente escorados. Essa frustração transbordou em outubro de 1930 e apareceu como causa final da saída prematura do Washington Luís da presidência (SKIDMORE, Thomas E. *Brasil: de Getúlio a Castelo (1930-1964)*. Tradução de Ismênia Tunes Dantas. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 30)."

⁷⁰ CANCELLI, Elizabeth. *O mundo da violência: a polícia da era Vargas*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. p. 26.

⁷¹ Veja-se que, desde a formação do Estado-Nação, houve diversas rupturas autoritárias e períodos de exceção, haja vista a própria dissolução da assembleia constituinte de 1823, como bem ensina GAUER: "Foi nesse cenário de ameaça e medo e com a inquietação da *polis*, que o Imperador utilizou as forças militares para fechar a primeira Assembléia Constituinte brasileira em novembro de 1823. Em meio a essa violência, por mais paradoxal que possa parecer, é que se criou o mito do povo pacífico (GAUER, Ruth Maria Chittó. *Medo e violência na fundação do Estado-Nação*. Civitas - Revista de Ciências Sociais. Ano 1, n. 2, dezembro de 2001. p. 80-81)."

a forma parlamentarista. Nesse caso, o ordenamento jurídico foi alterado para garantir a manutenção desse mesmo ordenamento.⁷²

Veja-se que a violência policial acompanha em maior ou menor intensidade os movimentos políticos. No Estado Novo de Getúlio Vargas, tinha como objetivo controlar e administrar a sociedade, promovendo o ditador;⁷³ já na Ditadura Militar de 1964, manteve-se vinculada às forças armadas sufocando os opositores políticos. A distensão política, iniciada pelo presidente Ernesto Geisel e finalizada por João Batista de Oliveira Figueiredo,⁷⁴ deu um passo importante para modificar as práticas policiais deste passado recente, contudo, o controle absoluto dos mecanismos de repressão na época já se mostrava inviável.⁷⁵ A transição desse modelo, fortemente marcado pelo militarismo de 1964, para um modelo compatível com a Constituição de 1988 seria uma tarefa difícil, de sorte que a Constituição Federal praticamente não alterou o formato das polícias.⁷⁶ Entretanto, não se trata apenas de forma, o formato das instituições policiais carrega consigo antigas práticas, por vezes, violentas e criminosas; a complexidade da questão –

⁷² ROSA, Susel Oliveira da. *Estado de exceção e vida nua: violência policial em Porto Alegre entre os anos 1960 e 1990*. 2007. Tese (Doutorado em História)–Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP, Campinas, 2007. p. 42.

⁷³ “Todos os dias, às oito horas da noite, o pessoal da Diretoria Geral de Publicidade da polícia organizava uma transmissão de rádio com notícias de caráter oficial e policial. Ou seja, à Polícia do Distrito Federal dava-se a incumbência de comunicar às autoridades nacionais, fossem elas policiais ou não, as últimas informações consideradas de importância pelo governo Vargas (CANCELLEI, Elizabeth. *O mundo da violência: a polícia da era Vargas*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. p. 55-56).”

⁷⁴ Trata-se de evento histórico complexo, principalmente quando se fala no processo que culminou na Lei de Anistia. Como refere COUTO: “Realmente, o problema da anistia era muito amplo. Não envolvia apenas as esquerdas. Interessava diretamente às forças de segurança oficiais, particularmente aos agentes da repressão política. Questão melindrosa de política militar, particularmente junto à linha dura. E também porque os atos institucionais foram usados para punir 1.261 militares desde 1964, parte por motivos políticos. Na Lei de Segurança Nacional, os enquadramentos totalizavam 2.429, dos quais 1.729 considerados como crimes políticos. Havia feridas abertas. Muitas (COUTO, Ronaldo Costa. *História indiscreta da ditadura e da abertura: Brasil: 1964-1985*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 275).”

⁷⁵ FICO, Carlos. *Como eles agiam. Os subterrâneos da Ditadura Militar: espionagem e polícia política*. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 211.

⁷⁶ “A superação formal do regime militar alterou muito pouco a essência da organização e funcionamento das estruturas policiais e, ao contrário do que se poderia imaginar na superação de um regime fortemente militarizado e policialesco para um de face democrática, deu-se no seio do texto constitucional⁷⁶ guardada a todas as estruturas policiais já existentes, indo além, acrescentando estruturas policiais de âmbito municipal (CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai (organizadores). *Polícia e Estado de Direito na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 3).” E conclui o autor sobre os problemas estruturais das forças policiais: “a) direta e histórica vinculação dos aparatos policiais com o ápice do Poder Executivo; b) nomeação livre dos chefes desses aparatos sem qualquer forma de controle externo técnico ou político; c) larga predominância dos valores militares sobre os civis no espírito corporativo; d) predominância de um controle judiciário militar para os militares, com residual controle judiciário civil sobre essa corporação (CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai (organizadores). *Polícia e Estado de Direito na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 17).”

com efeito – não se esgota em ter uma polícia com ou sem farda, mas em repensar as técnicas utilizadas e os contrapesos do sistema.

Nesse cenário, esperava-se que após a Constituição de 1988 a violência policial - seja das polícias militares, seja das polícias judiciárias – fosse superada. Contudo, as técnicas de tortura, intimidação, interrogatório e delação⁷⁷ refinadas na Ditadura Militar de 1964 prosseguiram em plena democracia, no entanto, o inimigo não era mais o militante de esquerda e sim uma parcela da população civil.⁷⁸ Dessa forma, afirma ZALUAR, as relações entre polícia e população mais pobre revelam a resistência de procedimentos incompatíveis com a atualidade democrática.⁷⁹ Por outro lado, poder-se-ia dizer que tais afirmações estão um pouco distante da realidade, uma vez que a Constituição possui quase trinta anos e que muitos desses policiais não se encontram mais em serviço, todavia, as violações persistem. Então, quando se analisa os relatos dos jovens entrevistados por ATHAYDE e BILL em diversos estados brasileiros observa-se - além da violência – a corrupção policial, ambas como realidade nas corporações.⁸⁰

⁷⁷ Nesse sentido, veja-se a pesquisa desenvolvida por BAUER sobre a violência policial no Rio Grande do Sul: “Ao chegarem ao DOPS/RS, os presos passavam pelos processos conhecidos como “chá de banco” e/ou “amaciamento”, ambos com os mesmos objetivos: a quebra da resistência e desestruturação emocional do indivíduo. No primeiro caso, a espera para o interrogatório ou para que fosse tomada qualquer providência servia para criar um clima de expectativa, de tensão pelo inesperado. Já o “amaciamento” era uma prática aplicada para a quebra da resistência e desestruturação emocional do preso. Consistia, por exemplo, em fazê-lo assistir a sessões de tortura ou ver seus companheiros depois de torturados (BAUER, Caroline Silveira. *Avenida João Pessoa, 2050 – 3º andar: terrorismo de estado e ação de polícia política no Departamento de Ordem Política e Social do Rio Grande do Sul (1964-1982)*. 2006. Dissertação (Mestrado em História)-Faculdade de História, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. p.118-119).”

⁷⁸ A pesquisa de ROSA, nesse aspecto, merece consideração. A autora analisou diversos documentos e, mediante pesquisa de casos concretos, verificou que a violência policial praticada pela polícia política se manteve após 1988, contudo, direcionada a “criminalidade comum” (ROSA, Susel Oliveira da. *Estado de exceção e vida nua: violência policial em Porto Alegre entre os anos 1960 e 1990*. 2007. Tese (Doutorado em História)-Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP, Campinas, 2007).

⁷⁹ Visto que houve poucas reformas no sistema de Justiça e, principalmente, quase nenhuma mudança nas práticas policiais no que diz respeito aos pobres, pode-se dizer que os efeitos do regime militar ainda estão presentes no funcionamento dessas instituições que não respeitam os direitos civis dos cidadãos. (...) Até mesmo depois da Constituição de 1988, que garantiu os direitos civis a todos, os pobres continuaram a sofrer violações graves desses direitos no que diz respeito às relações com os policiais (ZALUAR, Alba. *Democratização inacabada: fracasso da segurança pública*. Revista de Estudos Avançados. Instituto de Estudos Avançados da USP. v. 21 n° 61. São Paulo: USP, 2007. p. 40).”

⁸⁰ “Se, por exemplo, acontecer algum bagulho e os amigo se entocar e ele souber onde tem uma resposta, tipo um fuzil, umas cargas de pó, de maconha, e se os homens pegar ele e der um sarava bonito ele não vai aguentar as porradas e vai entregar o dono da favela, vai entregar todo mundo. [...] Os homens iam jogar ele na dura. Sorte que ele desenrolou à vera. Aí os canas liberaram ele, mas ele ficou pagando o cheque sequestro uma caralhada de tempo. [...] Por isso que eu acho que tem que pagar os cheques mesmo e honrar o crime (ATHAYDE, Celso; BILL, MV; SOARES, Luiz Eduardo. *Cabeça de Porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005. p. 134-135).”

Importante referir que tais afirmações não buscam generalizar, desqualificando toda atuação policial, no entanto, é necessário perceber a complexidade dessas instituições, bem como a existência de técnicas violentas e corruptas na construção da verdade na fase preliminar. Nesse contexto, o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo pesquisou diversos casos vinculados às prisões em flagrante na capital paulista. A pesquisa, que contou com análises quantitativas e qualitativas, entrevistou os operadores do sistema de justiça criminal e obteve diagnósticos que reforçam o que se sustenta nessa tese.

Então, sabe-se que nos delitos de tráfico de drogas a análise da tipicidade realizada pelo delegado de polícia é fundamental, pois determinará o tratamento processual a ser adotado, ou flagrante delito ou termo circunstanciado.⁸¹ Tendo em vista que a Lei de Drogas não apresenta um critério objetivo para diferenciar o tráfico do consumo, cria-se um espaço de interpretação, ou melhor, de discricionariedade. Trata-se de um “olhar” que recai sobre a quantidade de droga e seu armazenamento, a condição social do flagrado, a conduta no momento anterior à prisão, etc. Esse olhar não é neutro, pois carrega consigo as práticas policiais e a própria seletividade penal.⁸² Assim, não causa surpresa verificar que as abordagens, conforme diagnóstico da pesquisa paulista, são realizadas em razão de uma “atitude suspeita”, no entanto, quando entrevistados, os policiais deixam claro que esse juízo de valor reflete – como diz ZAFFARONI⁸³ - a seleção entre os indesejáveis, os dissidentes e os iguais:

Atitude suspeita é um gesto de anormalidade, dependendo do local, é atitude suspeita. Um cara de terno numa favela é normal?! Ou ele foi buscar [droga] pra consumo ou ele tá envolvido com o tráfico. O mais engraçado é que a população tem essa noção. Dei aula na escola de soldados. Os soldados me questionavam: é atitude suspeita um negro num AUDI? Depende do local, das circunstâncias. É

⁸¹ O primeiro nos casos do crime previsto no artigo 33 e o segundo previsto no artigo 28 ambos da Lei 11.343/2006.

⁸² Segundo o relato de um dos delegados ouvidos pelos pesquisadores da Universidade de São Paulo: “Para o delegado (4), o aumento do encarceramento tem sido visto pela sociedade como resultado de eficiência do trabalho da Polícia Militar, porém destaca que se esta atividade é preventiva, a polícia não está conseguindo inibir a prática de crimes, apenas reprimi-la, algo que para ele demonstra a ineficiência da uma política centrada somente no policiamento ostensivo. Concluiu que os policiais, na periferia, tendem a prender muito mais e têm a prática de “criminalizar a pobreza (JESUS, Maria Gorete Marques de. et al. *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. e-book formato PDF. São Paulo, 2011. p. 39. Disponível em <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>. Último acesso em 21/02/2017).”

⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007; p. 70-71.

uma reunião de fatores. Às vezes o cara olha e trava [indicando atitude suspeita].⁸⁴

O relato acima é de um policial militar, embora a lei não outorgue ao praça a responsabilidade de realizar a adequação típica, essa não é a prática. Caso a guarnição militar entenda que se trata de tráfico, a apresentação do acusado na delegacia de polícia já se estabelece nesta perspectiva, ainda que seja de atribuição do delegado emitir a nota de culpa e efetuar o primeiro juízo de tipicidade. Ao contrário, caso os policiais militares entenderem que se trata de conduta relacionada ao consumo, há possibilidade de realizarem o termo circunstanciado diretamente no local.⁸⁵ Com efeito, a análise da situação de flagrância e a respectiva tipicidade não são prerrogativas exclusivas do delegado, pois todo agente policial que efetuar a prisão compreenderá o fato sob sua perspectiva e as decisões que forem tomadas estarão vinculadas a essa valoração, o que certamente causa desentendimentos, conforme se verifica em relatos obtidos na pesquisa da Universidade de São Paulo:

Acrescentou que o próprio fato de existirem duas polícias, subordinadas a dois comandos distintos, atrapalha a tentativa de se efetivar uma política de segurança pública adequada à realidade atual do país, pois ambas apresentam tensões e conflitos que prejudicam o cidadão. No caso de tráfico de drogas o conflito é constante, especialmente quando o assunto diz respeito ao tipo de enquadramento do delito, se porte para uso ou se tráfico.⁸⁶

Por outro lado, as práticas que mais expressam atos de poder não estão relacionadas ao juízo de tipicidade; vinculam-se a meios invasivos, violentos, sem a tutela legal e que vão além da pessoa do acusado, estendendo-se até sua família. Assim, os flagrantes realizados mediante o ingresso sem mandado judicial⁸⁷ nas casas dos acusados expressam como o poder flui nos extremos da vida cotidiana e escapa às formas jurídicas. Disse o “PM 22”:

⁸⁴ JESUS, Maria Gorete Marques de. et al. Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. e-book formato PDF. São Paulo, 2011. p. 36. Disponível em <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>. Último acesso em 21/02/2017.

⁸⁵ O artigo 69 da Lei 9.099/95 foi regulamentado no Rio Grande do Sul, outorgando a possibilidade de os policiais militares lavrarem termos circunstanciados diretamente no local do fato. Nesse sentido, consolidou-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70014426563, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Maria Berenice Dias, julgado em 12/03/2007).

⁸⁶ JESUS, Maria Gorete Marques de. et al. Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. e-book formato PDF. São Paulo, 2011. p. 39. Disponível em <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>. Último acesso em 21/02/2017.

⁸⁷ A pesquisa trata esse tipo de situação como “entrada franqueada”.

Às vezes, para que a entrada não seja considerada ilegal, o policial diz que estava perseguindo o suspeito cujo flagrante já havia sido feito. Porque se o policial não achar nada, colocou sua profissão e sua liberdade em risco. O comandante instaura com certeza o inquérito para averiguar. Às vezes o próprio traficante foge e vai na delegacia dizendo que a PM invadiu sua casa. O contrário também ocorre, com certeza se o policial não encontrar nada ele vai sair que nem um louco pra achar droga, nem que seja um pino.⁸⁸

Muito além da questão dogmática sobre a ilicitude da prova, coloca-se em discussão a forma de construção do saber na fase preliminar e de como esse saber se transpõe para o processo. Assim, o policial ouvido como testemunha irá relatar o fato que pretende construir, que objetiva judicializar, na medida em que não se trata apenas do acusado, mas também de justificar a conduta dos agentes do Estado.⁸⁹ Veja-se que 74% desses casos penais tiveram como testemunhas apenas os policiais e nenhum civil e isso considerando um delito que envolve a circulação de substâncias proibidas,⁹⁰ ainda, desses flagrantes, 85,63% foram realizados pela polícia militar.⁹¹ Não bastasse isso, em 47,91% dos flagrantes as drogas não foram apreendidas junto ao flagrado, foram localizadas em carros, residências, no chão, em muros, etc., ocorre que para que se realize a devida

⁸⁸ JESUS, Maria Gorete Marques de. et al. *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. e-book formato PDF. São Paulo, 2011. p. 41. Disponível em <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>. Último acesso em 21/02/2017.

⁸⁹ Não se trata de um relato isolado: “De acordo com o PM (25), é comum ele abordar determinado suspeito, encontrar as drogas com ele e pressioná-lo para entregar o resto: “Peguei o cara com 30 trouxinhas e falei: vou lá na sua casa, fala onde está a droga porque se eu achar vou esbrachar sua família, e ele dizia ‘não senhor, tenho dois irmãos pequenos’, eu falei ‘então fala’. Fui lá e achei 3kg”. O PM (18) acrescentou que é comum, no momento da abordagem, os acusados revelarem que têm mais drogas em outro lugar. “Acho que eles fazem isto para se livrar do flagrante, dizem que a droga não é deles, que só estavam guardando”, alegou o entrevistado. Ainda segundo ele, o acusado “permite a entrada da polícia porque sabe que não vai dar pra escapar. O PM (23) informou que muitas vezes, na abordagem feita na rua, o suspeito está sem documentos, então diz que o acompanha até sua casa para que ele possa buscar o documento. Ao chegar à casa do acusado, acaba encontrando drogas e o prendendo em flagrante. Vale questionar como ele encontra a droga se ele foi apenas acompanhar o acusado? O policial assumiu que ao chegar à casa do acusado acabava fazendo uma “revista” para ver se havia drogas guardadas na residência, e que nessa revista encontrava as drogas. “O cara tá errado, tá cometendo um crime, eu tenho que prendê-lo”, alega o PM (JESUS, Maria Gorete Marques de. et al. *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. e-book formato PDF. São Paulo, 2011. p. 41-42. Disponível em <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>. Último acesso em 21/02/2017).”

⁹⁰ JESUS, Maria Gorete Marques de. et al. *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. e-book formato PDF. São Paulo, 2011. p. 55. Disponível em <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>. Último acesso em 21/02/2017.

⁹¹ JESUS, Maria Gorete Marques de. et al. *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. e-book formato PDF. São Paulo, 2011. p. 34. Disponível em <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>. Último acesso em 21/02/2017.

imputação penal, a reconstrução desses fatos depende, como já se observou, do testemunho dos policiais.⁹²

Tem-se claro que os dados acima estão muito vinculados ao crime de tráfico de drogas e à realidade da cidade de São Paulo, no entanto, essas instituições estão sujeitas à mesma legislação que as demais polícias e inseridas na mesma cultura jurídica. De maneira que o diagnóstico sobre seu funcionamento dentro do campo penal pode ser estendido a outras realidades, ainda que as peculiaridades regionais apresentem variáveis. Isso porque entende-se, neste ponto, que o campo penal no Brasil – considerando a unidade legislativa e a estrutura das polícias prevista na Constituição Federal, por exemplo – guarda aspectos semelhantes em maior ou menor escala.⁹³

Esses procedimentos policiais constituem atos que materializam o próprio poder, transitando entre o direito e a política nas lacunas legislativas existentes na fase preliminar e construindo um saber notadamente vinculado à ideia de seleção e inimizade, o qual ingressa no processo sem qualquer ressalva.

Por outro lado, há outros atos que buscam finalizar a investigação, formalizando uma verdade construída mediante técnicas de poder e direito. Assim, ao final do inquérito, como se sabe, a autoridade policial deverá realizar um relatório, enfrentando os elementos colhidos e manifestando-se pelo arquivamento ou pelo indiciamento do investigado.⁹⁴ De plano destaca-se que a legislação infraconstitucional não exige a intimação do acusado sobre o conteúdo deste relatório; aliás, a observância dessa diretriz se ajusta ao entendimento predominante de que a investigação é inquisitorial, sem contraditório e, portanto, sem o binômio *informação-reação*. Diante dessa realidade, há de se abordar duas situações relativamente distintas.

⁹² JESUS, Maria Gorete Marques de. et al. *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. e-book formato PDF. São Paulo, 2011. p. 54. Disponível em <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>. Último acesso em 21/02/2017.

⁹³ A criminologia, por sua vez, não ignora o conceito de campo e analisa as diferentes interferências no controle social: “Meu argumento, pois, é construído em termos de um estruturalismo tênue, que não reclama nada além da óbvia verdade de que a introdução de novas racionalidades, práticas e propósitos num campo já existente terá conseqüências na operação e no significado dos elementos existentes naquele domínio. São essas qualidades *estruturais* ou *modeladoras* do campo – suas regras discursivas, suas lógicas de ação, as restrições sistemáticas sobre aquilo que pode ser afirmado ou não – que consubstanciarão meu objeto principal de estudo. [...] O campo de controle do crime e da justiça criminal é um domínio relativamente diferente, com suas dinâmicas, normas e expectativas próprias, em função das quais os agentes do sistema penal orientam sua conduta (GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 72-73).”

⁹⁴ CPP, art. 10, § 1º.

A primeira leva em conta o absoluto desconhecimento do acusado sobre a existência da investigação, o qual pode ter sido investigado sem saber, ou foi incluído em investigação de terceira pessoa, ou ainda, prestou depoimento como mero informante e ao final foi indiciado.⁹⁵ Isso só é possível porque não há uma norma expressa que exija a intimação do acusado ao final do inquérito; da mesma forma, não há um dispositivo que obrigue o delegado de polícia a interrogar o suspeito, muito embora tal providência seja comum.

O artigo 6º do Código de Processo determina que o interrogatório seja realizado, contudo, a inobservância dessa norma tem sido superada, pois predomina uma ideia equivocada da investigação criminal. Assim, mesmo diante da ausência de interrogatório e sem qualquer intimação do acusado, se existirem elementos informativos suficientes da autoria e prova da materialidade a denúncia criminal possivelmente será aceita; inclusive o Ministério Público poderá dispensar o inquérito policial, conforme artigo 39 § 5º do Código de Processo. Embora não se concorde com essas possibilidades, deve-se reconhecer que essa posição vai ao encontro de entendimento que sustenta a impossibilidade de se falar em nulidade⁹⁶ da investigação, pois essa seria meramente “informativa”.⁹⁷ Na atual sistemática, o investigado poderá ser – absolutamente – surpreendido com uma citação, abrindo-lhe prazo para responder uma acusação, em 10 dias, já recebida pelo juízo.⁹⁸ Com efeito, não se pode visualizar aderência constitucional nesse procedimento; o indiciamento e o oferecimento de ação penal em desfavor de determinada pessoa sem seu conhecimento é medida que afronta o contraditório e da ampla defesa. Trata-se de ampliar a eficácia das garantias, especialmente no que concerne à informação, a qual é dever do Estado prestar,⁹⁹ mais ainda após a conclusão da investigação. Devassar a vida de uma pessoa através dos órgãos policiais é algo extremamente invasivo e fazê-lo sem qualquer comunicação, construindo verdades sobre fatos que serão posteriormente imputados significa permitir que atos de poder despidos de forma jurídica se sobreponham ao direito.

A segunda situação envolve o investigado que – formalmente – toma conhecimento da investigação; seja porque foi interrogado, seja porque foi intimado de

⁹⁵ Apenas para citar alguns exemplos.

⁹⁶ Importante esclarecer que não se pretende avançar sobre a teoria das nulidades.

⁹⁷ Veja-se que tal posição é reproduzida atualmente no Superior Tribunal de Justiça: RHC 66.987/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 01/04/2016.

⁹⁸ O exemplo leva em conta o procedimento comum ordinário, previsto nos artigos 396 e seguintes do CPP.

⁹⁹ CF, art. 5º, inciso XXXIII.

alguma forma. Todavia, além da existência da investigação, interessa saber o conteúdo final do procedimento e seu potencial acusatório. Ocorre, como se disse antes, que o relatório final não condiciona a intimação do acusado, repetindo-se a mesma situação. Busca-se um equilíbrio no sistema de justiça criminal, de sorte que a *informação* não é faculdade, mas sim dever e está diretamente conectada ao *contraditório e a ampla defesa*.

Dessa forma, defende-se - nas duas situações descritas - que o investigado seja informado sobre o juízo de indiciamento ou arquivamento realizado pela autoridade policial. Tal medida permite uma série de providências por parte do acusado, já que esse poderá - com a devida cautela - escolher o advogado que melhor atende as peculiaridades do caso, selecionar documentos, providenciar perícia particular, manejar ações mandamentais constitucionais, responsabilizar agentes públicos, etc.

Nesse aspecto, certos atos de poder são praticados em direta oposição à lei, mas sobrevivem em razão da inexistência de contrapesos no sistema e através da indiferença dos sujeitos envolvidos. Outros atos constituem nitidamente o exercício do poder na sua condição política, todavia, nesses casos, o direito lhes dá condição, lhes dá uma forma ou uma opção de agir, lhes dá discricionariedade; de maneira que tais atos ganham vida em peças procedimentais, aparentemente "legais". Entende-se, então, que o direito deve reconhecer esses fenômenos e estabelecer mecanismos que controlem a discricionariedade da fase preliminar, uma vez que a partir dela é possível ampliar a incidência do poder punitivo.

1.3 Sistema de investigação e discricionariedade

Conforme se disse anteriormente, com o surgimento das polícias o esclarecimento dos crimes passou a ser realizado inicialmente por essa nova instituição, momento em que os sistemas de investigação começaram a se estruturar. Entende-se como sistema de investigação a forma como o Estado organiza seus órgãos de persecução preliminar, delimitando - através da lei e da Constituição - as diversas atribuições e competências. Trata-se de distribuir o poder de polícia a uma ou mais autoridades e/ou órgãos com o propósito de esclarecer fatos e selecionar as fontes de prova para a acusação e, no direito pátrio, tem-se predominantemente um sistema de investigação policial instrumentalizado através do inquérito.

No que se refere ao presente trabalho, não se pretende analisar os diversos sistemas de investigação, busca-se compreender os principais aspectos do sistema

nacional e verificar que a estrutura normativa existente cria as condições necessárias para que o poder escape às formas jurídicas, operando na esfera da discricionariedade do investigador.

Assim, diferente de outros sistemas processuais, no Brasil, não há um juizado de instrução, no qual a investigação ficaria aos cuidados do próprio Poder Judiciário,¹⁰⁰ tem-se um sistema centrado principalmente na atividade policial, no qual o inquérito policial ainda é o procedimento mais utilizado¹⁰¹ e os delegados de polícia são as autoridades encarregadas de presidir essas investigações. Certamente, há outras formas de investigação - que não excluem a investigação policial - haja vista, as comissões parlamentares de inquérito (investigação legislativa); a investigação realizada pelo Poder Judiciário, nos termos do artigo 33, parágrafo único da LC 35/79;¹⁰² e a investigação realizada diretamente pelo Ministério Público.¹⁰³

Não se despreza, por certo, a discussão que envolve a possibilidade de o Ministério Público investigar. Basicamente se contrapõe duas concepções; de um lado estão aqueles que entendem que a Constituição Federal não permite a realização direta de atos investigação pelos membros do Ministério Público,¹⁰⁴ de outro estão aqueles que defendem tal possibilidade.¹⁰⁵ Não interessa aprofundar esse debate principalmente

¹⁰⁰ Não se defende a instauração desse modelo, primeiro porque em termos concretos seria inviável, segundo porque as críticas que se erguem a esse sistema devem ser levadas em conta, principalmente quando se reconhece o esvaziamento da fase processual e, como consequência, a diminuição dos meios defensivos.

¹⁰¹ Ensina GIACOMOLLI que não se trata de verificar o melhor modelo, mas sim de ajustar (regulamentar) o modelo frente à realidade (GIACOMOLLI, Nereu José. *A Fase Preliminar do Processo Penal. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 26).

¹⁰² A jurisprudência tem se manifestado nesse sentido: INVESTIGAÇÃO DE DENÚNCIA - ENVOLVIMENTO DE MAGISTRADO - FORMALIDADE. A teor do disposto no parágrafo único do artigo 33 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979 -, a continuidade de investigação, a remessa do processo ao Ministério Público e o oferecimento, ou não, de denúncia, pressupõem, uma vez envolvido magistrado, a manifestação prévia do tribunal ou do órgão especial a ele integrado. A condição é essencial à valia de qualquer dos atos referidos, não se podendo cogitar de preclusão decorrente de já haver sido recebida a denúncia. [...] (HC 77355, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 01/09/1998, DJ 02-02-2001 PP-00074 EMENT VOL-02017-02 PP-00328). Nota-se entendimento semelhante no Superior Tribuna de Justiça (HC 208.657/MG e HC 30.707/MA).

¹⁰³ Todos os modelos dependem - em alguma medida - da estrutura policial (GIACOMOLLI, Nereu José. *A Fase Preliminar do Processo Penal. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 27).

¹⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público*. In. WUNDERLICH, Alexandre (coordenador). *Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 261-283.

¹⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2005. No mesmo sentido: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2001.

porque o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2015, manifestou-se sobre a matéria no sentido de declarar constitucional a investigação ministerial,¹⁰⁶ entretanto, não se pode ignorar – no mínimo - a ausência de regulamentação desses poderes investigatórios.

Então, se a investigação realizada pela polícia judiciária já sofre severas críticas, muitas delas centradas na ausência de uma regulamentação infraconstitucional mais consistente; a investigação conduzida e realizada pelo promotor de justiça tensiona, mais ainda, uma parcela do campo penal.

Inicialmente, verifica-se que não há uma regulamentação em nível nacional que unifique a investigação do *Parquet*, de maneira que cada Ministério Público procede de forma distinta. No Rio Grande do Sul, vigora a Resolução 03/2004 promulgada pelo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça (OECMP).¹⁰⁷ No entanto, trata-se de regulamento administrativo, elaborado e editado pelo próprio interessado na condução da investigação, quando na realidade tal investigação deveria ser regulamentada nos termos do artigo 22, inciso I da CF, já que à União compete privativamente legislar sobre direito penal e processual,¹⁰⁸ nesse aspecto, a regulamentação da atividade investigativa realizada através de norma administrativa afronta o princípio da legalidade.¹⁰⁹

Outro traço importante – que não pode ser deixado de lado - é determinada crítica que se levanta contra a outorga de poderes investigatórios aos titulares da ação penal, conforme explica BITENCOURT:

¹⁰⁶ Em 14/05/2015, o STF negou provimento ao RE 593727, declarando que a investigação realizada diretamente pelo Ministério Público é constitucional e definindo sua orientação jurisprudencial decorrente da repercussão geral reconhecida anteriormente: “Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. [...] 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. [...] Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria (RE 593727, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Relator para Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015).

¹⁰⁷ Texto consolidado disponível em <https://www.mprs.mp.br/legislacao/id1396.htm> (último acesso em 01/10/2015).

¹⁰⁸ “Esclareça-se, desde logo, que a competência para legislar sobre direito processual continua reservada exclusivamente à União, nos termos do artigo 22, I da Constituição, a não ser que lei complementar autorize os Estados a legislar sobre matérias específicas relacionadas nesse artigo 22, de acordo com o parágrafo único do mesmo dispositivo legal (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 234).”

¹⁰⁹ Conforme indica BITENCOURT, “precisa-se ter presente que o *princípio da reserva legal* não se limita à tipificação de crimes, estendendo-se às suas *consequências jurídicas*, especialmente à pena e à medida de segurança (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 43)”. Certamente o autor aborda o princípio aplicado ao direito penal, todavia, não há pena sem processo (*nulla poena sine iudicio*), de maneira que o princípio da legalidade – enquanto limitador do poder punitivo – se reflete no processo e nos procedimentos investigatórios.

A curta experiência brasileira tem demonstrado, à saciedade, que a realização de investigação criminal diretamente pelo Ministério Público compromete a neutralidade na apuração preliminar dos fatos, cujo resultado tem a finalidade de fundamentar o início da ação penal no *sistema acusatório* adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, em razão de que, nessa esfera, o *Parquet* é *parte*, pensa como *parte* e age como *parte*. Haverá nítida tendência a *selecionar aqueles elementos probatórios que favoreçam a acusação*, especialmente por que é atribuição do Ministério Público promover, com exclusividade, a ação penal pública.¹¹⁰

Não se ignora a atual posição do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, todavia, o argumento de BITENCOURT é interessante. Veja-se que se toda a investigação for direcionada para satisfazer unicamente o interesse da *parte* acusadora haverá uma quebra drástica (talvez irreparável) na isonomia, fragilizando a ampla defesa do acusado, cuja consequência direta se dá nas provas do processo. Há de se estabelecer algum limite à discricionariedade na condução da investigação e seleção das provas.

Nesse aspecto, imagine-se o acusado que, ao ser interrogado na fase investigatória, indique a existência de documentos em poder de terceiros, cujo conteúdo pode tornar duvidosa a prova da autoria. Tendo em vista que à defesa não é dado realizar atos de investigação, a “neutralidade”¹¹¹ defendida por BITENCOURT exige reflexão. Seguindo o exemplo, caso o promotor de justiça ignore tal indicação e prossiga arregimentando os elementos que lhe interessam, a denúncia criminal possivelmente será recebida sem reparos; já o acusado – no prazo de resposta à acusação e sofrendo o estigma do processo¹¹² – deverá propor as provas de sua inocência e produzi-las no decorrer da dialética processual.¹¹³ Veja-se que o oferecimento da denúncia, na atual sistemática, não observa nenhum filtro direcionado à inadmissibilidade das provas; ainda, nosso sistema não apresenta nenhuma ferramenta processual que permita ao juiz indagar o porquê da

¹¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público*. In. WUNDERLICH, Alexandre (coordenador). *Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 270.

¹¹¹ Posteriormente, serão abordados os aspectos que envolvem o subjetivismo.

¹¹² “O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimento às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão. O artigo da Constituição, que se ilude de garantir a incolumidade do acusado, é praticamente inconciliável com aquele outro que sanciona a liberdade de imprensa (CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Tradução de José Antonio Cardinali. São Paulo: Conan, 1995. p. 46)”.

¹¹³ Entende-se que a defesa não tem carga probatória alguma no processo penal, entretanto, conforme ensina GOLDSCHMIDT, para ampliar as perspectivas de uma sentença favorável, deverá o acusado aproveitar as oportunidades processuais (GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso II. Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. p. 77).

renúncia a uma importante linha de investigação, de maneira que o acusado está inteiramente sujeito à discricionariedade do investigador,¹¹⁴ entretanto, quando tal investigador também é o promotor de justiça acrescenta-se mais tensão neste encontro de forças. Tal discricionariedade, no plano formal, está dentro de um espaço de atuação que a teoria jurídica poderia qualificar como legítimo, contudo, se analisada na perspectiva da relação que se estabelece, essa discricionariedade nada mais é do que um ato de poder, praticado na ponta do sistema e - portanto - sem a completa couraça das garantias individuais; de sorte que a verdade produzida nesse procedimento investigatório obedecerá a uma prática não essencialmente jurídica, mas uma prática do poder.

Certamente, não se chega ao ponto de afirmar a necessidade de neutralidade da autoridade que investiga, até porque a ideia de neutralidade encontra obstáculos intrínsecos à condição humana.¹¹⁵ A questão deve ser enfrentada considerando as principais características do sistema, já que a mesma crítica pode ser direcionada ao delegado de polícia nos casos em que essa autoridade, deliberadamente, ignora importante linha de investigação.

Assim, tem-se que a questão não reside apenas em qual autoridade preside a investigação, mas sim em como essa investigação é realizada e nos contrapesos que o sistema deve apresentar antes de oferecida a denúncia criminal. Nesse aspecto, veja-se que o Código de Processo Penal estabelece poucas linhas sobre a investigação policial; existem pouco mais de 20 artigos sobre o tema, os quais traçam diretrizes amplas e sem a devida cogência,¹¹⁶ haja vista o artigo 6º que - embora se apresente como dever - não delimita a forma na qual os atos de investigação devem ser realizados. É certo que se impõe ao delegado de polícia alguns deveres relacionados à investigação, mas a execução desses deveres situa-se nas práticas do cotidiano policial. Todavia, considerando as características dessa etapa, as decisões tomadas no curso da investigação não exigem - de

¹¹⁴ De maneira semelhante, mas não idêntica, sugere GIACOMOLLI: “A eficácia da atuação defensiva, antes do recebimento da acusação, poderia ser otimizada com uma fase intermediária, contraditória, com possibilidades de produção de prova defensiva, com intuito de evitar o recebimento da denúncia ou reduzir o seu espectro acusatório (GIACOMOLLI, Nereu José. *A Fase Preliminar do Processo Penal. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 49)”.

¹¹⁵ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *A ampliação da visibilidade nos julgamentos criminais*. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (organizadora). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II*. Porto Alegre: ediPUCRS, 2010. p. 219-224.

¹¹⁶ E a Lei 12.830/2013 que deveria dispor sobre a investigação criminal avançou timidamente sobre o espectro legislativo do Código de Processo.

regra - fundamentação, salvo aquelas relacionadas a não instauração de inquérito (artigo 5º § 2º).¹¹⁷ Há, com efeito, inúmeras situações que surgem nessa zona na qual termina o direito e inicia a política a exemplo de quando um acusado é descartado em detrimento de outro; quando um acusado é tratado como testemunha para que seja ouvido sem advogado; quando é oferecida colaboração premiada para um e não para outro; quando a decisão que designa mais ou menos policiais nas investigações se mostra excepcional; quando se constata que não existe registro obrigatório das diligências realizadas; quando é apresentada uma única fotografia do suspeito para fins de reconhecimento; quando o acusado passa algemado na frente da vítima antes do reconhecimento pessoal; quando as perguntas direcionam a resposta...

Entende-se que haverá discricionariedade nos atos de investigação das mais variadas formas, com mais ou menos intensidade, a questão que se coloca esbarra na clara constatação de que - na extremidade - esse poder escapará às formas legais e produzirá determinado saber, no entanto, uma audiência preliminar se apresenta como uma contribuição importante no círculo do poder, pois poderá o juiz - diante das especificidades do caso - impedir que um saber contaminado pela política produzida na seletividade estrutural do sistema penal ingresse no processo, causando enorme prejuízo ao acusado. Trata-se, então, não de eliminar a discricionariedade ou de tentar esquadriñar pela lei seus passos, e sim de criar - através da lei - um momento procedimental que permita ampliar o *conhecer*, ou melhor, ampliar o *saber*, significa inserir e garantir que o acusado participe da construção da verdade inicial e possa - através dessa participação, em contraditório - persuadir o juiz.¹¹⁸

1.4 A natureza jurídica da investigação criminal frente ao contraditório e a ampla defesa

¹¹⁷ Nesse mesmo grupo inclui-se as decisões relativas à remoção de delegado de polícia, de redistribuição de inquérito policial e de indiciamento nos termos dos §§ 4º, 5º e 6º do artigo 2º da Lei 12.830/2013.

¹¹⁸ Trata-se de compreender o juiz em uma nova realidade (constitucional e contemporânea); conforme adiante será exposto, as categorias *neutralidade* e *imparcialidade* têm sido confrontadas por novos discursos. Assim, a passividade da mera “persuasão”, ou melhor, o mito do juiz neutro passivo e absolutamente imparcial tem sido colocado de lado, principalmente, quando se compreende que o magistrado é um ser inserido no mundo e também construtor da realidade que o cerca (Nesse sentido, mas com uma posição bem mais crítica: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (coordenador) *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001). Justamente por isso, ao final da fase preliminar, é fundamental ampliar a cognição judicial, oferecendo ao juiz que (talvez) receba a ação penal, a versão do réu, suas verdades, suas impugnações e seus pedidos; e o contraditório é justamente o preceito constitucional que realiza esse mandamento.

Com relação à natureza jurídica, a investigação criminal, por certo, apresenta características distintas do processo; predomina o entendimento de que sua essência é administrativa,¹¹⁹ de maneira que não prevalecem as mesmas prerrogativas constitucionais vigentes na fase processual.¹²⁰ Esse entendimento coloca a investigação criminal sob uma perspectiva não processual, constituindo-se por um procedimento administrativo-informativo, sem a potestatividade¹²¹ de uma autoridade jurisdicional que conduza a investigação.¹²² O magistrado, dessa maneira, não participa – ou melhor, não deveria participar – do desenvolvimento desse procedimento, limitando-se a tutelar os atos de investigação que impliquem em quebra de direitos fundamentais.

Contudo, o modelo traçado no Código foi talhado na década de 40 e suas características vêm sendo reafirmadas desde essa época,¹²³ por vezes, ignorando-se a Constituição de 1988. Assim, entende-se necessário refletir em que medida as prerrogativas constitucionais do indivíduo influenciam a fase investigatória e exigem sua formatação, especialmente o contraditório e a ampla defesa.¹²⁴ Não basta, pois, afirmar que se trata de procedimento administrativo-informativo, como se tal afirmação fosse

¹¹⁹ “A fase de investigação, portanto, em regra promovida pela polícia judiciária, tem natureza administrativa, sendo realizada anteriormente à provocação da jurisdição penal (PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 54)”. No mesmo sentido: MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. São Paulo: Forense, 1961. p. 143.

¹²⁰ “O inquérito policial, pelas regras atuais, é sigiloso, escrito e não contraditório, podendo ser instaurado, em todo o caso, se for hipótese de apuração de crime de ação pública incondicionada, de ofício, pela autoridade policial ou por requisição do juiz ou do membro do Ministério Público, ou em decorrência de notícia crime levada à autoridade policial por qualquer pessoa (PRADO, Geraldo. *O Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 196)”. Ainda: “O inquérito policial, portanto, é um ‘procedimento’ administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal. Com os elementos investigatórios que integram essa instrução provisória, o inquérito policial fornece ao órgão da acusação os elementos necessários para formar a suspeita do crime, ou *opinio delicti*, que levará aquele órgão a propor a ação penal; com os demais elementos probatórios, êle orientará a acusação na colheita de provas a realizar-se durante a instrução processual (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. São Paulo: Forense, 1961. p. 153)”.

¹²¹ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 116.

¹²² Em 1941, manteve-se o sistema policial como o principal método de investigação, de maneira que o Código não incorporou o modelo denominado *juizado de instrução*, conforme se verifica na sua exposição de motivos: “[...] IV Foi – mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas dos centros urbanos, senão também dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente. O preconizado *juízo de instrução*, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e *indicar* testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro de seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a criação de juizados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade.[...]”

¹²³ Nesse sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 54 e RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 77 e 95.

¹²⁴ Em momento posterior pretende-se abordar o conteúdo material do contraditório, aprofundando a análise desse tópico.

capaz responder às críticas. Por outro lado, tal reflexão não leva - obrigatoriamente - a antecipação da fase processual ou a abdicação completa do atual modelo. Tendo em vista a inexistência de uma legislação infraconstitucional clara, é necessário que se module o alcance do contraditório e da ampla defesa para - a partir dessa modulação - propor modificações pontuais no atual sistema. Aliás, observa-se que há um ponto de partida traçado na Constituição; determina o artigo 5º, inciso LV que: “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”. Dessa forma, mesmo que se diga que a investigação é inquisitória e administrativa, não seria possível tal procedimento ficar alheio ao mandamento desse dispositivo constitucional.

Entende-se que o contraditório e a ampla defesa estão intimamente conectados,¹²⁵ de maneira que nos casos em concreto há dificuldade de separar a violação de um e outro, assim, se diz que quando se afronta o contraditório, também se afronta a ampla defesa. Contudo, no plano teórico existe como individualizar o estudo de ambos.¹²⁶

Seguindo o clássico ensinamento de ALMEIDA, verifica-se que o contraditório apresenta um caráter obrigatório e indisponível à dialética processual penal:

Praticamente o princípio do contraditório se manifesta na ação penal pela ciência tempestiva dada ao imputado de todas as cargas judicialmente contra ele acumuláveis. Isso significa que o réu não deve ser processado sem citação e sem termo para contrariedade. Desdobremos o enunciado. A verdade atingida pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado. É preciso que seja o julgamento precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu; de que vai ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito. Necessário também é que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade: nisso está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade e seus fundamentos de fatos (provas) e de direito. É preciso, também, que efetivamente compareça e tome parte nos debates o réu. Isso mostra um característico diferencial curioso do contraditório criminal: o acusado não pode, salvo as exceções da lei, ser julgado à revelia. [...] o réu penal nunca perde o direito de defesa, enquanto pende a causa de julgamento; e, por outro lado, há obrigatoriedade de se lhe nomear defensor que o substitua em todos os atos do contraditório.¹²⁷

¹²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 69.

¹²⁶ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 94-95.

¹²⁷ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 107-108. No mesmo sentido: “Além do que, o direito deste à *contraditoriedade real* assume natureza *indisponível*, dada, precipuamente, a *impessoalidade dos interesses em conflito*, sendo, portanto, *indispositivo* (TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 181)”. Importante destacar que

Há, com efeito, uma nítida ligação entre o contraditório e a ampla defesa como explica o autor:

Ninguém, contudo, pode defender-se sem conhecimento dos termos da imputação que lhe é feita. Essa revelação de fatos e de provas ao indicado, essa *acusação* do seu crime é, também, uma garantia necessária de defesa que, não obstante, importa, naturalmente, ao menos na forma, uma contrariedade antecipada às alegações e provas do acusado.¹²⁸

Ainda que se faça a distinção entre ambos, na medida em que o conteúdo de um se diferencia do conteúdo do outro, “a noção do direito de defesa é extraída do significado do contraditório: comporta as noções de alegação e demonstração, inseparavelmente”¹²⁹ e, para que possa ser exercida, é fundamental o direito de ser informado. Também por essa razão, nessa tese, em diversos momentos as abordagens destacam com mais ênfase o contraditório, sem que isso implique na abdicação da ampla defesa, na medida em que se reconhece a intensa relação de ambos. Em prosseguimento, deve-se ter presente a contribuição de LOPES JR. para o qual o contraditório conduz ao direito de audiência, ou seja, trata-se de dar vida ao princípio do *audiatur et altera pars*, assegurando a efetiva participação das partes nos atos praticados:

O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética. Por isso, está intimamente relacionado com o princípio do *audiatur et altera pars*, pois obriga que a reconstrução da ‘pequena história do delito’ seja feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo sujeito passivo. O adágio está atrelado ao direito de audiência no qual o juiz deve conferir a ambas as partes, sob pena de parcialidade.¹³⁰

Compreendidas essas premissas, verifica-se que a Constituição de 1988 não inovou. O contraditório, enquanto garantia, já estava previsto desde a Constituição de 1937 no artigo 122, n. 11, segunda parte e os textos constitucionais posteriores o mantiveram; na Constituição de 1946, estava previsto no artigo 141, § 25; na Constituição de 1967, encontrava-se no artigo 150 § 16; na Emenda de 1969, foi renumerado e passou

ALMEIDA apresenta o contraditório como princípio, embora essa pesquisa o trabalhe enquanto garantia constitucional, no entanto, tal diferença não retira a importância de suas conclusões.

¹²⁸ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo Penal, Ação e Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 114.

¹²⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 142.

¹³⁰ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 94.

para o artigo 153, § 16.¹³¹ Todavia, é a partir do Constituição de 1988 que se permite indagar qual o alcance do contraditório na fase preliminar.¹³²

Parte da doutrina responderá essa questão afirmando que a investigação criminal não se submete ao contraditório, reconhecendo um caráter inquisitório ao expediente investigatório e, com base nisso, reproduzirá o senso comum.¹³³ Em sentido semelhante, haverá quem utilize o caráter administrativo-informativo da investigação criminal para afirmar que o investigado não está sendo acusado de nada e, portanto, não há de se garantir o contraditório, na medida em que não há processo tão somente procedimento.¹³⁴ Outros negam ao inquérito policial a própria condição de procedimento, já que não há uma sequência ordenada de atos logicamente conectados e predeterminados pela lei, então, mesmo sendo conduzido por autoridade administrativa não se constitui como processo administrativo, nem como procedimento.¹³⁵ Justifica-se, ainda, a ausência de contraditório levando em conta a realidade dos fatos, já que as investigações teriam sua “regular tramitação” perturbada por “intervenção técnica protelatória”,¹³⁶ nesse caso, não se nega o argumento pelo simples fato de tentar conectar-

¹³¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64-65.

¹³² Além do aspecto dogmático, pois a Carta de 1988 introduz a expressão “aos acusados em geral” e isso indica a profundidade que a garantia deve atingir na persecução criminal, tal afirmação é feita tanto em vista que somente a partir de 1988 tem-se um cenário estável, no qual as instituições se consolidaram.

¹³³ Destaca-se, por exemplo, a respeitável lição de CARVALHO: “É que o inquérito policial tem por fim servir de base à denúncia do Ministério Público ou à queixa do particular. Não é um fim em si mesmo. Não leva o acusado ao julgamento e à condenação, sem antes se exerçam os princípios fundamentais do sistema acusatório, após a instauração da ação penal. [...] Por essa razão, o inquérito policial permanece com sua característica de inquisitivo, ou seja, não contraditório (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 150-151)”.

¹³⁴ Sustenta RANGEL: “Assim, sem muitas delongas, sua natureza jurídica é de um procedimento de índole meramente administrativa, de caráter informativo, preparatório da ação penal. O inquérito é um instituto que deve ser estudado à luz do direito administrativo, porém dentro do direito processual penal, já que são tomadas medidas de coerção pessoal e real contra o indiciado, necessitando, neste caso, de intervenção do Estado-juiz. Dessa forma, o operador do direito percebe, nitidamente, que, tratando-se de um procedimento (e não processo) administrativo com o escopo de apurar a prática de um fato, em tese, dito como infração penal, não há que se falar ou aplicar o princípio do contraditório, pois o indiciado não está sendo acusado de nada, mas sendo objeto de investigação com todos os direitos previstos na Constituição. Separando o joio do trigo, ou seja, o inquérito policial da ação penal que, eventualmente, possa ser instaurada, percebe-se que o contraditório somente poderia ser aplicado no exercício da função jurisdicional e não da função executiva (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 77-78)”.

¹³⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 67.

¹³⁶ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 55-56. Há de se ressaltar que o autor, embora não concorde com o contraditório na fase investigatória, reconhece um caráter útil caso tal garantia fosse observada.

se à realidade, no entanto, entende-se que a questão é mais complexa e a resposta não se dá através de extremos.

Em sentido oposto, há quem sustente que o contraditório deve ser aprofundado, inclusive na fase preliminar. Entre essas vozes, destaca-se a lição de COUTINHO. O autor, através da análise dos sistemas processuais, indica qual seria o papel do juiz no processo penal e nesse apanhado defende a ideia de que a investigação criminal deve assegurar o contraditório. Certamente, a posição defendida por COUTINHO é aguda e exige a reformulação completa da atual fase investigatória, na medida em que sustenta a extinção do inquérito policial e a introdução plena do contraditório, sem substituí-lo pelo do juizado de instrução.¹³⁷ Em que pese defender a ampliação do contraditório, não compreende que a atual Constituição é capaz – por si só – de ampliar a eficácia dessa garantia, pois considera que a Constituição admite o contraditório apenas quando houver processo e, sendo o inquérito administrativo, não poderia contemplar tal garantia.¹³⁸ Ainda que defenda a desconstrução plena do sistema, a proposta de COUTINHO é relevante, pois busca ampliar a própria instrumentalidade do processo penal, dando eficácia aos direitos fundamentais.

Também em oposição ao pensamento predominante, vê-se o magistério de TUCCI. Para o processualista, a Constituição Federal realiza uma clara diferenciação entre processo civil e processo penal o que se evidencia principalmente através do artigo 5º inciso LV; nota-se que, ao se referir ao processo civil, o constituinte utiliza a expressão *litigantes*, ao passo que quando se refere à persecução penal utiliza *acusados em geral*, ademais amplia o contraditório aos processos judiciais e administrativos:

¹³⁷ “A solução, repito, parece estar na *superação da estrutura inquisitória* e, para tanto, *há de se dar cabo do inquérito policial*, não para introduzir-se (como ingenuamente querem alguns menos avisados) o *juizado de instrução* (juízes ou promotores de justiça como parece primário e demonstrou a história, não serão menos inquisidores que as autoridades policiais: basta estar naquela situação!), mas para aproximando-se da essência *acusatória*, permitir-se tão-só *uma única instrução, no crivo do contraditório* (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (coordenador) *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 41)”.

¹³⁸ “De nossa parte, a *situação é ainda pior*. Por um compromisso político – como sói acontecer – entre liberais e conservadores, fez-se introduzir, na nossa legislação (Lei nº 2033, de 22.11.1871), o *inquérito policial*, ao qual cabe dar conta da primeira fase da *persecução penal*. Sem embargo de não ser menos ruim que o chamado *juizado de instrução* (ambos são inquisitoriais: e *aí está o defeito!*), tem a grande desvantagem de ser *administrativo* e, de conseqüência, inviabilizar a extensão, para si, do *contraditório*, até porque a CF de 88 só impôs como um direito individual quando houvesse *processo*: art. 5º LV, o que não é o caso, a não ser que se force a situação, mesmo porque, na prática, não se precisa freqüentar as delegacias de polícia para verificar sua inviabilidade (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (coordenador) *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 41)”.

Percebe-se, desde logo, sem mínimo esforço de raciocínio, que o nosso legislador constituinte pontuou, no primeiro dos incisos transcritos, a real diferença entre o conteúdo do processo civil, cuja já verificada finalidade é a compositiva de litígios, e o processo penal, em que pessoa física, integrante da comunidade, é indiciada, acusada e, até, condenada pela prática de infração penal. [...] E, de modo também indubitado, reafirmou os regramentos do *contraditório* e da *ampla defesa*, com todos os meios e recursos a ela inerentes, estendendo sua incidência, expressamente, aos *procedimentos administrativos*.¹³⁹

Veja-se que o comando constitucional do contraditório e da ampla defesa (aplicáveis à fase pré-processual) não constitui mera abstração. O constituinte expressamente consignou diversos direitos fundamentais aplicáveis aos presos e aos investigados/acusados em geral. O dever de comunicar a prisão à família ou a pessoa indicada,¹⁴⁰ por exemplo, não deixa de ser o primeiro passo para, mais adiante, efetivar-se o contraditório, já que através dessa comunicação a pessoa presa poderá constituir advogado e tomar as providências cabíveis na defesa do direito de liberdade. Aliás, a *informação* sempre precede a *contradição*, pois não se pode contraditar aquilo que não se sabe.

Já o inciso LXIII do artigo 5º completa justamente o que se está afirmando.¹⁴¹ Novamente a Constituição preocupa-se com a informação, no entanto, nesse caso trata de exigir da autoridade estatal que informe a pessoa presa quais são os direitos constitucionais que esta possui. Ainda que prevaleça a ficção jurídica de que todos conhecem a lei, o constituinte deixou uma determinação clara: a pessoa presa deverá ser cientificada de *todos* seus direitos, especialmente o de ficar em silêncio. Trata-se de assegurar, concretamente, a ampla defesa, na medida em que - ao não colaborar - o acusado não produzirá nenhuma prova contra si, nos termos do clássico latino *nemo tenetur se detegere*. Mas o inciso não se esgota no direito ao silêncio, pois prevê a defesa por advogado. Como bem destaca TUCCI, a presença de advogado viabiliza o próprio contraditório:

A assistência de advogado, por sua vez, não há de ser concebida como assistência passiva, de mero espectador dos atos praticados pela autoridade policial e seus agentes, mas sim, assistência técnica, na acepção jurídica do termo, qual seja a de atuação profissional de advogado. Por via de consequência, essa atuação só poderá atender ao desígnio do legislador constituinte se for efetiva, balizada na contrariedade indispositiva, ínsita ao processo penal na integralidade da

¹³⁹ TUCCI, Rogério Lauria, TUCCI; José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 25.

¹⁴⁰ CF. Art. 5º. LXII.

¹⁴¹ CF. Art. 5º. LXIII.

persecutio criminis, com o exercício da *defesa técnica*, na sua maior amplitude, tal como preconizado no transcrito LV.¹⁴²

Nesse ponto, somente no ano de 2016 a legislação deu os primeiros passos no sentido de qualificar a atuação do advogado na fase investigatória; trata-se da importante contribuição normativa inserida pela Lei 13.245/2016. Através da modificação do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil,¹⁴³ a nova lei – basicamente – deu nova redação aos incisos XIV e XXI do Estatuto, *in verbis*:

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;

[...]

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;

A redação dos dispositivos deixa evidente parte da essência do contraditório, ou seja, informação e reação.¹⁴⁴ A rigor a novidade legislativa surge após a consolidação no Supremo Tribunal Federal de que os atos de investigação já documentados devem ser exibidos ao advogado regularmente constituído (Súmula Vinculante nº 14). Nesse aspecto, o legislador prestigia a representação por advogado na fase preliminar, principalmente, quando permite a apresentação de memoriais e quesitos, além disso, entende-se positivo o mandamento legal impondo a nulidade do interrogatório sem a presença de advogado. Entretanto, é possível que o texto legal sofra interpretações distantes da constituição, justamente porque – no atual cenário jurisprudencial – observa-se a relativização das nulidades, de maneira que atos absolutamente nulos, passam a ser convalidados pelo intérprete, ou – ainda – têm sua nulidade negada em função da “ausência de prejuízo”.

¹⁴² TUCCI, Rogério Lauria, TUCCI; José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 26.

¹⁴³ Lei 8.906/1994.

¹⁴⁴ Em momento posterior esse ponto será novamente abordado.

Por outro lado, verifica-se que o projeto de lei sofreu um veto importante. A casa legislativa tinha o propósito de permitir ao advogado “requisitar diligências”, nos termos da alínea “b” do inciso XXI, a qual foi vetada:

MENSAGEM Nº 10, DE 12 DE JANEIRO DE 2016.

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 78, de 2015 (no 6.705/13 na Câmara dos Deputados), que “Altera o art. 7º da Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil)”.

Ouvido, o Ministério da Justiça manifestou-se pelo veto ao seguinte dispositivo:

Alínea ‘b’ do inciso XXI do art. 7º da Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994, alterada pelo art. 1º do projeto de lei

“b) requisitar diligências.”

Razões do veto

“Da forma como redigido, o dispositivo poderia levar à interpretação equivocada de que a requisição a que faz referência seria mandatória, resultando em embaraços no âmbito de investigações e consequentes prejuízos à administração da justiça. Interpretação semelhante já foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade de dispositivos da própria Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 1127/DF). Além disso, resta, de qualquer forma, assegurado o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, nos termos da alínea ‘a’, do inciso XXXIV, do art. 5º, da Constituição.”

Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar o dispositivo acima mencionado do projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.¹⁴⁵

O veto é claro no sentido de manter a discricionariedade policial e evitar interpretações que ampliem o exercício da ampla defesa na fase investigatória. De fato, a técnica legislativa poderia sugerir o cumprimento obrigatório do pleito do acusado, mesmo que meramente procrastinatório ou irrelevante. Mas, se de um lado a proposta legislativa poderia desestruturar o sistema – conferindo plenos poderes investigatórios à defesa – de outro lado, a atual regulamentação não satisfaz o texto constitucional.

Então, ainda que existam direitos que se conectam ao contraditório e a ampla defesa, haja vista o direito de obter a identificação do responsável pela prisão o que se

¹⁴⁵ Disponível em (último acesso em 22/03/2016): http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Msg/VEP-10.htm

mostra fundamental para o direcionamento de *habeas corpus* ou de pedido de liberdade ao órgão jurisdicional competente, nos termos do artigo 5º incisos LXIV, LXV e LXVI¹⁴⁶, a investigação carece de um elo de ligação constitucional ao processo.

Retomando o argumento conservador de que o contraditório não se aplica à investigação criminal, uma vez que essa é mero procedimento e não processo, é necessário esclarecer a confusão conceitual existente. Tornou-se comum na doutrina e na legislação nacional a utilização do termo processo para procedimento e procedimento para processo. Aliás, a própria Constituição utiliza a expressão processo administrativo, ao invés de procedimento administrativo. Com efeito, não se tem uma unidade dogmática e legislativa em torno desses conceitos, o que se verifica nas próprias palavras da Constituição,¹⁴⁷ de maneira que a interpretação extensiva é a mais recomendada para essa situação, já que amplia o alcance dos direitos fundamentais. Assim, haverá contraditório, inclusive, nos procedimentos administrativos, ou seja, nos inquéritos policiais; deve-se, no entanto, avaliar os limites dessa garantia e não sua inaplicabilidade.

Como se disse antes, ainda há quem negue ao inquérito policial o próprio caráter de procedimento, pois não seria um conjunto de atos logicamente conectados e predeterminados pela lei.¹⁴⁸ Não obstante o argumento, entende-se de modo diferente. Não resta dúvida que a legislação regula insuficientemente a fase de investigação, no entanto, deve-se reconhecer o encadeamento e a previsão legal de determinados atos (o que não impede a discricionariedade). A portaria de instauração, por exemplo, é o primeiro ato do expediente investigatório, seja ele inquérito policial ou investigação instaurada pelo Ministério Público. Nesse ponto, o Código de Processo, expressamente, regulamenta de que forma o expediente investigatório será instaurado (art. 5º), determina também os casos de indeferimento do pedido de abertura. Da mesma forma, verifica-se as medidas que devem ser realizadas pela autoridade policial, logo após a infração penal (art. 6º e 7º). E, finalizando esse procedimento, a autoridade policial deverá realizar um “minucioso relatório” (art. 10).

Percebe-se, então, a existência de atos logicamente conectados e com previsão legal, dessa maneira não se pode confundir deficiência legislativa com ausência de lei, sem

¹⁴⁶ CF. Art. 5º LXIV.

¹⁴⁷ TUCCI, Rogério Lauria, TUCCI; José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 26-27.

¹⁴⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 67.

olvidar que em última análise a reflexão não se baseia exclusivamente na lei, na medida em que – na fase investigatória - o poder escapará às formas jurídicas.

Ainda com relação aos argumentos conservadores, resta enfrentar a afirmação de que o contraditório e a ampla defesa seriam utilizados para manobras protelatórias, inviabilizando a investigação. Observe-se que a questão passa pela modulação, ou seja, pela intensidade do contraditório e da ampla defesa. Assim, se a investigação assegurasse a máxima intensidade dessas garantias – obrigatoriamente – o próprio modelo de investigação seria diferente, exigindo uma estrutura estatal inexistente. Entende-se que o Brasil não está estruturalmente preparado para tal modelo, aliás, entende-se que deslocar totalmente o contraditório e a ampla defesa para a fase investigatória causaria um efeito contrário, esvaziando a dialética processual e limitando a persecução penal à investigação.

Assim, a investigação criminal deve refletir a opção política de 1988, de sorte que é possível ampliar a eficácia do contraditório e da ampla defesa sem modificar, completamente, o atual sistema. Nesse sentido, os atos de investigação servem para formar um juízo de probabilidade, em face de uma hipótese e, ao final, justificam a instauração do processo, diferenciam-se, pois, dos atos de prova.¹⁴⁹ Ao acusado não é assegurado a plena contradição, através da participação ativa nos atos de investigação, todavia, não se pode admitir que sua participação seja absolutamente contemplativa e passiva, frente a investigação que se desenvolve. No atual sistema, concretamente, o investigado ocupa um espaço passivo diante da discricionariedade da investigação; pouco pode e muito suporta.

Ressalvadas as ações constitucionais de *habeas corpus*, *mandado de segurança* e *reclamação por descumprimento de preceito fundamental*, a legislação oferece poucas possibilidades ao investigado, no entanto, o artigo 14 do Código de Processo não pode passar despercebido, já que através desse dispositivo o acusado (e também o ofendido) poderá postular diligências, indicar testemunhas e juntar documentos. No entanto, falta na jurisprudência uma interpretação consistente que dê a devida cogência ao dispositivo legal, uma vez que predomina o entendimento de que o investigado não tem o direito de

¹⁴⁹ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 155-156.

envolver-se diretamente na investigação, assim, seus requerimentos dependem da discricionariedade da autoridade policial.¹⁵⁰

Não obstante essas posições conservadoras, verifica-se – em certos momentos – decisões que ampliam as garantias constitucionais na fase da investigação, haja vista o *habeas corpus* número 69.405/SP, relatado pelo Ministro Nilson Naves e julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2007.¹⁵¹

Nesse caso, o paciente buscava modificar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A Corte estadual havia negado provimento a mandado de segurança impetrado contra ato de juiz do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária, o qual indeferiu diligências requeridas por pessoa investigada pelo crime de associação para tráfico de drogas (artigo 35 da Lei 11.343/2006). Irresignado o investigado buscou, via mandado de segurança, esclarecer sua participação na investigação, indicando que se tratava de usuário de drogas em estágio de dependência química, portanto, consumidor. O Tribunal de Justiça de São Paulo ratificou a decisão do magistrado, alinhando-se às posições conservadoras, de sorte que o investigado ingressou com *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça. A Corte concedeu a ordem e determinou a realização das diligências, mas foi cautelosa ao não modificar sua orientação já consolidada ao ressaltar o caráter inquisitório e não contraditório do inquérito policial. Contudo, mesmo ressaltando o caráter inquisitório, o julgado – objetivamente – abriu a fase investigatória à Constituição, deixando claro que a discricionariedade do delegado de

¹⁵⁰ Apenas para exemplificar: veja-se o entendimento da 5ª turma (HC 326170/BA e HC 253663/RS) e da 6ª turma (HC 83020/RS) ambas do Superior Tribunal de Justiça; ainda, destaca-se – quando o requerente é o ofendido - o seguinte julgado: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL PENAL. [...] 2. O art. 14 do Código de Processo Penal não concede à parte interessada o direito de se envolver na colheita da prova, permitindo-lhe, tão somente, colaborar na sua produção. Portanto, a decisão sobre a realização, ou não, da diligência, fica a critério da Autoridade Policial. 3. No caso em apreço, verifica-se que, após realizadas as diligências que entendeu pertinentes, a Autoridade Policial emitiu o relatório final das investigações. [...] Agravo regimental desprovido. (AgRg no RMS 30.005/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 05/11/2013).”

¹⁵¹ Inquérito policial (natureza). Diligências (requerimento/possibilidade). Habeas corpus (cabimento). 1. Embora seja o inquérito policial procedimento preparatório da ação penal (HCs 36.813, de 2005, e 44.305, de 2006), é ele garantia “contra apressados e errôneos juízos” (Exposição de motivos de 1941). 2. Se bem que, tecnicamente, ainda não haja processo – daí que não haveriam de vir a pêlo princípios segundo os quais ninguém será privado de liberdade sem processo legal e a todos são assegurados o contraditório e a ampla defesa –, é lícito admitir possa haver, no curso do inquérito, momentos de violência ou de coação ilegal (HC-44.165, de 2007). 3. A lei processual, aliás, permite o requerimento de diligências.

Decerto fica a diligência a juízo da autoridade policial, mas isso, obviamente, não impede possa o indiciado bater a outras portas. 4. Se, tecnicamente, inexistente processo, tal não haverá de constituir empecilho a que se garantam direitos sensíveis – do ofendido, do indiciado, etc. 5. Cabimento do habeas corpus (Constituição, art. 105, I, c). 6. Ordem concedida a fim de se determinar à autoridade policial que atenda as diligências requeridas. (HC 69.405/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 25/02/2008, p. 362)

polícia encontra limites, nesse aspecto, cumpre transcrever parte do voto do Ministro Nilson Naves:

Aliás, o próprio art. 14 ao ofendido, ao seu representante legal e ao indiciado faculta requerimento. Decerto fica a diligência a juízo da autoridade policial, mas isso, obviamente, não impede possam tais pessoas ir a outras autoridades – do Ministério Público ou do Judiciário. Os acontecimentos, por conseguinte, não ficam em mãos apenas da autoridade policial. Embora não haja ainda, tecnicamente repito, processo, tal não haverá de constituir empecilho a que se garantam direitos, diria, sensíveis, das pessoas – ofendidos, indiciados, etc. [...] Em conclusão, concedo a ordem com o intuito de determinar à autoridade policial que atenda as diligências requeridas.¹⁵²

Assim, o Tribunal – em caso concreto – modulou o alcance do contraditório e da ampla defesa, ampliando a eficácia constitucional, aliás, essa é a grande riqueza do acórdão, pois constitui um importante precedente.

Em caso semelhante, novamente, o Superior Tribunal de Justiça ampliou a eficácia da Constituição, conforme se vê no acórdão do *habeas corpus* 43.599/SP.¹⁵³ Neste caso, o delegado de polícia, atendendo a determinação do Ministério Público, instaurou inquérito para investigar a possível prática do crime de falsidade ideológica. O indiciamento ocorreu somente com base em declarações e inviabilizou que o investigado realizasse esclarecimentos ou juntasse documentos. Inconformado, o investigado teve que trilhar longo caminho processual com sucessivas impetrações de *habeas corpus* até o Superior Tribunal de Justiça conhecer e conceder a ordem. Entretanto, nesse caso, o Tribunal foi mais enfático ao interpretar o artigo 14 do Código de Processo Penal, conforme se observa em parte do voto do Ministro Paulo Medina (relator):

Assim, estou a afirmar que o indiciamento não é um ato discricionário da autoridade policial; deve basear-se em circunstâncias suficientes para assim proceder. Sem essas circunstâncias o ato afigura-se ilegal e, portanto, sujeito a controle judicial. [...] Acrescente-se ser necessário estabelecer os limites da participação do acusado como sujeito passivo do procedimento inquisitivo. O art. 14 do Código de Processo Penal contém a seguinte norma: "Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade." A meu sentir, o direito de participar na investigação é muito limitado e, na prática, possui pouca eficácia.

¹⁵² Anexo 1.

¹⁵³ PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. INDICIAMENTO. FALTA DE ELEMENTOS NECESSÁRIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. O indiciamento configura constrangimento quando a autoridade policial, sem elementos mínimos de materialidade delitiva, lavra o termo respectivo e nega ao investigado o direito de ser ouvido e de apresentar documentos. Ordem CONCEDIDA em parte, para possibilitar ao paciente que preste seus esclarecimentos acerca do fato, em termo de declaração; junte documentos e indique providências no caderno investigatório. (HC 43.599/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 09/12/2005, DJe 04/08/2008)

Entendo que o art. 14 do CPP deve ser interpretado à luz da Constituição de acordo com o mandamento insculpido no art. 5º, LV, da Carta Política, permitindo-se ao sujeito passivo da investigação preliminar, o contraditório e ampla defesa, ainda que com alcance mais limitado ao reconhecido na fase processual, observado, sobretudo, as particularidades do Inquérito Policial.¹⁵⁴

Com efeito, ambas as decisões demonstram que o contraditório e a ampla defesa podem e devem penetrar no sistema processual, inclusive na fase preliminar.¹⁵⁵ Mesmo diante da insuficiência da legislação, o Superior Tribunal de Justiça modulou o alcance do contraditório e da ampla defesa, fazendo-os incidir aos casos em concreto. Diante desses julgados, sem comprometer completamente o atual sistema, a legislação deveria estabelecer um momento processual que – na estrutura do exercício do poder – permitisse ao acusado, através de decisão judicial, interferir na produção do saber. Dessa maneira, dever-se-ia ampliar a cogência da norma contida no artigo 14, equilibrando o interesse público do Estado-Acusação e o interesse público da tutela do indivíduo,¹⁵⁶ medida que poderia ser realizada mediante controle jurisdicional específico, ou melhor, mediante uma audiência preliminar como interregno procedimental.

1.5 Dos atos produzidos na investigação preliminar

Estabelecidos os contornos iniciais da discussão e compreendido que parte dos problemas existentes na investigação preliminar reside na modulação do alcance do contraditório e da ampla defesa, é preciso compreender os atos produzidos nessa etapa. Não obstante, deve-se ter claro que tal iniciativa não pretende mapear todos os atos possíveis individualmente, trata-se de verificar as características principais e comuns de diversos atos semelhantes, ainda que não sejam idênticos.

¹⁵⁴ Anexo 2.

¹⁵⁵ As decisões citadas são exemplificativas do argumento desenvolvido, por essa razão, não se realizou uma ampla amostragem jurisprudencial, no entanto, soma-se aos exemplos já citados a posição adotada pelo STF no julgamento do HC 88190/RJ: “EMENTA: ADVOGADO. Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituinte. Prerrogativa profissional garantida. Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. HC concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei nº 6.368/76 Precedentes. É direito do advogado, suscetível de ser garantido por habeas corpus, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte (HC 88190, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 29/08/2006, DJ 06-10-2006 PP-00067 EMENT VOL-02250-03 PP-00643 RTJ VOL-00201-03 PP-01078 LEXSTF v. 28, n. 336, 2006, p. 444-455).”

¹⁵⁶ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 34.

Então, depois de expedida a portaria de instauração pela autoridade responsável, diversos atos serão realizados no sentido de firmar a materialidade e estabelecer a autoria, mas não apenas isso, há um pequeno universo de fatos que orbita o fato punível, como a motivação, o nível de relacionamento entre os envolvidos, os laços afetivos, etc.; esses fatos nem sempre constituem crimes, contudo são potencialmente capazes de interferir na convicção do magistrado e – por vezes – se conectam ao fato principal. Dessa maneira, o procedimento instaurado, autuado e registrado nos livros das serventias policiais será composto por dezenas de atos que não estão sujeitos ao pleno contraditório, de sorte que não podem ser equiparados aos atos de prova; sendo assim é necessário diferenciar atos de prova de atos de investigação.

Compreende-se que o artigo 155 do Código de Processo Penal indica um caminho importante, qual seja, a prova se constitui em contraditório, sendo vedado ao juiz “fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”. O texto legal – reformado em 2008 pela Lei 11.690 – deu um passo importante ao vedar a utilização dos atos de investigação como único suporte da sentença, mas não proibiu sua utilização parcial, cotejada em conjunto às demais provas do processo.¹⁵⁷ Além disso, houve a introdução da expressão *contraditório judicial* como critério para diferenciar ato de prova de ato de investigação.¹⁵⁸ Então, é possível afirmar que a investigação preliminar não é um meio idôneo para constituir uma prova penal, assim, mesmo que o contraditório e a ampla defesa fossem ampliados nesta fase, isso não seria suficiente para tornar os atos de investigação em atos de prova. Primeiro, porque não se defende a plena eficácia e segundo porque o expediente investigativo não caracterizaria um processo judicial, o qual – para FAZZALARI¹⁵⁹ – obrigatoriamente

¹⁵⁷ Esse – inclusive – tem sido o entendimento da jurisprudência do STF, haja vista, o RHC 11.7192 (RHC 117192, Relatora: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 16-09-2013 PUBLIC 17-09-2013).

¹⁵⁸ A redação anterior do artigo tratava da restrição da prova penal: “Art. 155. No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.”

¹⁵⁹ O autor propõe uma teoria sobre o processo que contemple diferentes disciplinas jurídicas (processo civil, processo administrativo, processo penal e processos arbitrais); busca realizar uma completa teoria geral do processo que atenda às diferentes peculiaridades e às diferentes categorias jurídicas. A essência da obra encontra-se nas duas primeiras partes (compostas por 10 capítulos), nessas fases verifica-se o núcleo da argumentação do autor. Justamente por isso, alerta-se que é fundamental compreender os capítulos I e II, uma vez que neles há a definição de conceitos importantes utilizados nos capítulos seguintes (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006). Por outro lado e apesar de se entender útil a contribuição do teórico italiano, acredita-se que a resposta sobre a *natureza jurídica* do processo penal encontra-se melhor elaborada no pensamento de GOLDSCHMIDT (GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso. II. Problemas Jurídicos y Politicos del Proceso Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961).

deverá observar o contraditório entre os interessados, encerrando-se por um provimento final imperativo.

Segundo FAZZALARI,¹⁶⁰ o processo é uma estrutura encadeada na qual se desenvolvem diversas atividades cuja natureza jurídica repousa no direito público e, em parte, no direito privado.¹⁶¹ Para o autor, a concepção de processo leva em conta a participação dos interessados, em contraditório, nas diferentes fases do procedimento:

Se, pois, no procedimento de formação do provimento, ou seja, se nas atividades preparatórias por meio das quais se realizam os pressupostos do provimento, são chamados a participar, em uma ou mais fases, os ‘interessados’, em contraditório, colhemos a essência do ‘processo’: que é, exatamente, um procedimento ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre si, os ‘interessados’, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato.¹⁶²

Tal formulação coloca o conceito de *processo* como uma espécie do gênero *procedimento*, significa dizer que a diferença entre processo e procedimento será estabelecida principalmente em razão do provimento do órgão do Estado,¹⁶³ bem como

¹⁶⁰ Entende-se necessária a citação desse autor, ainda que sua teoria tenha a pretensão de agrupar todos os segmentos de processo em uma única teoria *totalizante*. Esta pesquisa não comunga do mesmo entendimento defendido pelo processualista, pelo contrário, entende-se que o processo penal possui categorias próprias, as quais exigem institutos autônomos. Todavia, levando em conta a necessidade de se abordar o contraditório aplicado à investigação, entende-se relevante mostrar que mesmo à luz da teoria de FAZZALARI (defendida por parte da doutrina nacional) não haveria uma indistinção entre ato de prova e ato de investigação.

¹⁶¹ Para o autor as normas privadas compõem um grupo distinto de processo (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 27). Percebe-se que o autor também identifica a possibilidade de processo e procedimento regulados por normas privadas, no entanto, com características diferentes; isso porque não se trata de obter, ao final, um provimento e sim um ato privado nascido da manifestação da vontade, haja vista os juízos arbitrais. O direito privado, dessa maneira, envolve os processos e procedimentos arbitrais, mas não somente esses; pensa-se – por exemplo – nas atividades desenvolvidas que colocam termo à deliberação de uma assembleia de sociedade e no contraditório que ela desenvolve. Explica o processualista: “Do ponto de vista histórico, constata-se no nosso sistema a tendência a se estender o âmbito dos processos para fora do campo da jurisdição – onde ele é, obviamente, essencial. O emprego dos processos fora da jurisdição não é sem significado: o modelo processual (isto é, a participação dos ‘interessados’ em contraditório, ao *iter* de formação do ato final) é usado sempre que a atividade a ser desenvolvida deva lidar com interesses em contraste (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 37).” Assim, com base no direito privado, FAZZALARI distingue o quinto e último grupo de processos de sua obra.

¹⁶² FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 33. E mais adiante o autor afirma: “Como ressaltado, os processos (‘jurisdicionais’) civis são os arquétipos do ‘processo’, os seus modelos mais completos. Eis porque, ainda que o ‘processo’ seja um esquema no qual se pode realizar também atividade diversa daquela jurisdicional, ‘jurisdição’ e ‘processo’ podem ser impropriamente usados como sinônimos: fala-se de ‘processo civil’ para referir-se à ‘jurisdição civil’ e indica-se como ‘direito processual civil’ o conjunto de noções relativas à jurisdição civil. (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 105).”

¹⁶³ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 33.

pelo atributo *contraditório*.¹⁶⁴ Além disso, essa ideia leva em conta a participação dos interessados e do “autor do ato final”, ou seja, do juiz. Certamente, ainda que exista previsão legal de tutela jurisdicional durante a investigação, a participação do juiz se dá em casos específicos de natureza cautelar ou, quando para realizar o ato de investigação, é necessário afastar determinados direitos fundamentais, como a intimidade ou a inviolabilidade de domicílio. Todavia, o ato final do procedimento investigatório não é a sentença, justamente porque não é o magistrado que o encerra; o ato final de uma investigação é um juízo de adequação típica ou atípica, formulado em um relatório (indiciamento ou arquivamento); de sorte que o relatório policial sequer condiciona os interessados (investigados) ou outras autoridades, pois o Ministério Público não está adstrito ao enquadramento típico da autoridade policial no momento do oferecimento da ação penal.

Então, a ampliação – parcial – dos efeitos do contraditório e da ampla defesa na fase investigatória não modificaria a essência dos atos da investigação, ou melhor, não os qualificaria como uma prova penal.

Por outro lado, a diferenciação entre ato de prova e ato de investigação pode ser efetuada através de outros parâmetros. Nesse sentido, LOPES JR oferece uma série de critérios para tal diferenciação¹⁶⁵ os quais – resumidamente¹⁶⁶ – podem ser agrupados da seguinte forma: (I) autoridade estatal; (II) finalidade do ato; (III) a espécie de expediente que estão relacionados (processo ou procedimento); (IV) a essência do ato final e (V) a

¹⁶⁴ O contraditório constitui um conjunto de garantias, as quais guardam relação com o clássico princípio do *duo process of law*, mas que - na obra de FAZZALARI - são compreendidas como “garantias do contraditório” (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 40).

¹⁶⁵ Os atos de prova são aqueles que “1. estão dirigidos a convencer o juiz; 2. estão a serviço do processo e integram o processo penal; 3. dirigem-se a formar a convicção do juiz para o julgamento final - tutela de segurança; 4. servem à sentença; 5. exigem estrita observância da publicidade, contraditório e mediação; 6. são praticados ante o juiz que julgará o processo (LOPES JR. *Aury. Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 155)”. Já os atos de investigação: “1. não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; 2. estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos; 3. servem para formar um juízo de probabilidade, e não a convicção do juiz para julgamento; 4. não exigem estrita observância da publicidade, contraditório e mediação, pois podem ser restringidas; 5. servem para a formação da opinião delicti do acusador; 6. 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); 7. também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional; 8. podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária. Partindo dessa distinção, conclui-se facilmente que o inquérito policial somente gera *atos de investigação* e, como tais, de limitado valor probatório. Seria um contrassenso outorgar maior valor a uma atividade realizada por um órgão administrativo, muitas vezes sem nenhum contraditório ou possibilidade de defesa e ainda sob manto do segredo (LOPES JR. *Aury. Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 156)”.

¹⁶⁶ Pede-se vênica ao autor para interpretar suas palavras.

eficácia das garantias constitucionais. Seguindo esses critérios, da mesma maneira, não haveria uma indistinção entre ato de investigação e ato de prova, pois em ambos reside diferença no conteúdo, na forma e na destinação.

Prosseguindo na análise do artigo 155, observa-se que o caderno investigatório poderá compor parte da fundamentação da sentença condenatória, mesmo que tal possibilidade seja rebatida pela doutrina crítica. A lei não eleva os atos de investigação à condição de prova penal, mas permite que o julgador sustente sua convicção em informações não contraditadas na sua produção. A rigor, redação do artigo 155 ao mesmo tempo em que avança não rompe com o modelo de 1941, uma vez que mantém íntegra a diretriz do artigo 12 do Código, permitindo que os autos do inquérito permaneçam no processo, mesmo após o recebimento da denúncia. Neste ponto, há contraposição de posicionamentos. De um lado, situa-se a doutrina crítica que defende a exclusão dos autos do inquérito policial do processo; de outro aqueles que admitem tal manutenção.¹⁶⁷ Os argumentos são vários, de parte a parte, e envolvem – essencialmente – a questão da imparcialidade do julgador e sua contaminação pela tese acusatória desenvolvida e ainda não contraditada.

Assim, especificamente com relação a manutenção ou não dos autos do expediente investigatório no processo penal é necessário um posicionamento metodológico. Não se ignora a relevância dessa discussão e a intensidade do debate, não obstante, a presente pesquisa se insere em ambiente acadêmico e, por mais que se deseje romper com a lógica cartesiana, ultrapassando paradigmas, é fundamental recortar o objeto de pesquisa, de modo a explorar com atenção seus limites. Nesse sentido, a tese proposta é bem evidente e situa-se na compreensão do elo de ligação entre investigação e processo, mediante a introdução de audiência preliminar. Veja-se que sequer se admite o oferecimento da ação penal, pois nesse caso a ideia de audiência já restaria prejudicada diante da imputação consumada. Assim, a tomada de posição com relação a manutenção dos autos do inquérito policial no processo, exigiria a análise da decisão de recebimento da denúncia, dos atos de instrução processual e da própria sentença, ou seja, demandaria a investigação de toda fase processual, alargando o objeto de estudo. Certamente, as observações aqui desenvolvidas já indicam um referencial teórico, ou melhor, um *locus* de observação, todavia, não se pode avançar etapas sem a devida argumentação, de sorte que

¹⁶⁷ Sobre a exclusão do inquérito dos autos do processo: CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 69-70.

é necessário reconhecer a complexidade do objeto e deixá-lo aberto para futuras indagações.

Prosseguindo, cumpre dizer que não se propõe a ampliação do contraditório e da ampla defesa de maneira a tornar os atos de investigação em atos de prova. Da mesma forma, não se defende a possibilidade de contraditar todos os atos da investigação, tornando-a uma instrução pré-processual, tal proposta – aplicada concretamente – iria inviabilizar o sistema de investigação criminal brasileiro.¹⁶⁸ No entanto, é necessária a introdução de modificações essenciais, as quais possam, por exemplo, evitar o abuso do direito de acusar ou alterar a tipicidade da imputação, sem que isso implique na observância plena do binômio *informação-reação*.

Adiante, vê-se que a dualidade *ato de prova* e *ato de investigação* ganha complexidade quando se analisa as chamadas *provas não repetíveis*,¹⁶⁹ ou seja, aquelas que devem “ser realizadas no momento de seu descobrimento, sob pena de perecimento ou impossibilidade de posterior análise”,¹⁷⁰ trata-se das provas periciais, dos exames de corpo de delito, da apreensão de substâncias entorpecentes, etc. É reconhecido na doutrina¹⁷¹ que essas provas possuem o seu contraditório diferido, na medida em que são produzidas na fase de investigação, mas somente contraditadas posteriormente, em juízo. Considerando essa característica, fica evidente que o momento da produção da prova é único, já que ultrapassada essa etapa sua repetição nem sempre será possível. Todavia, é paradoxal estabelecer um “contraditório” de algo que já se esgotou e que - em razão sua natureza - não poderá ser confrontado no seu conteúdo. Assim, o contraditório das provas não repetíveis, por vezes, é meramente formal e dificilmente penetra no conteúdo da prova, limitando-se – invariavelmente - aos aspectos ritualísticos.

Pesa perceber também que a regulamentação existente no Código de Processo não soluciona plenamente essa situação, na medida em que não há um dispositivo legal específico que conecte Constituição e investigação. Refletindo sobre essa problemática a doutrina sugere, por exemplo, que nesses casos se instaure um incidente de produção antecipada de provas, jurisdicionalizando parte da investigação e permitindo sua

¹⁶⁸ Não é necessária uma longa pesquisa empírica para afirmar que as polícias judiciárias já não tem capacidade operacional para desenvolver todas as investigações no atual modelo.

¹⁶⁹ No segundo capítulo dessa tese, procura-se traçar uma terminologia mais específica. Nesse sentido, as “provas irrepetíveis” são denominadas de *atos de investigação irrepetíveis*.

¹⁷⁰ LOPES JR. Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 327.

¹⁷¹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 433.

valoração na sentença.¹⁷² A solução indicada é interessante, mas entende-se que não resolve plenamente o problema;¹⁷³ primeiro, porque a regulamentação processual do incidente de produção antecipada de prova exige a interpretação do artigo 225, o qual foi redigido para a produção de prova testemunhal, mantém-se, então, a deficiência do texto legal; segundo, porque não há viabilidade concreta, a realização desse incidente em todas as provas periciais de todas as investigações criminais existentes é impossível, haja vista que a defensoria pública sequer tem condições de acompanhar as prisões em flagrante delito, nesse sentido, multiplique-se essa situação pelo número de comarcas do Brasil.¹⁷⁴

Dentro desse debate deve-se inserir a nova Lei 13.245/2016, que alterou a Lei 8.906/1994, inserindo o inciso XXI e estabelecendo outras providências. Essa modificação positivou um direito de defesa de toda pessoa acusada, na medida em que o advogado, no curso das investigações, tem a possibilidade de oferecer *quesitos*, trata-se, pois, de prerrogativa funcional a serviço do contraditório e da ampla defesa. Tal previsão legal, sem dúvida alguma, é uma ferramenta que compõe a ampla defesa, mas integra também o contraditório, enquanto possibilidade de *reação*.

Contudo, não há como oferecer quesitos sem que se tenha conhecimento da existência da investigação ou da prova pericial a ser realizada. Justamente, neste ponto falta um fragmento importante da legislação: o dever de *informação*.

Nota-se que é da essência da investigação seu caráter reservado, no entanto, essa afirmação - que surge a partir da leitura do artigo 20 do Código de Processo - deve ser compreendida à luz da Constituição. Em um Estado democrático é inconcebível a existência de investigações secretas,¹⁷⁵ de maneira que a investigação deverá ser sigilosa para terceiros¹⁷⁶ e aberta para o acusado e seu defensor. Assegura-se ao acusado e seu advogado o pleno acesso aos elementos já documentados, como assentado na Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal, que trata essa questão como uma

¹⁷² LOPES JR. Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 328.

¹⁷³ Aliás, parte da doutrina reconhece a complexidade do assunto e também seu caráter extremo (LOPES JR. Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 328).

¹⁷⁴ Poder-se-ia dizer que o pesquisador está especulando ou afirmando sem dados empíricos suficientes, entretanto, acredita-se que tal fato é evidente entre aqueles que conhecem o sistema de justiça criminal.

¹⁷⁵ “Mas se num Estado democrático não há sentido em se falar de ‘investigações secretas’, até porque, na construção do quadro garantidor e na nova ordem processual acusatória, deve o investigado ser alertado sobre o procedimento instaurado (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 105)”.

¹⁷⁶ Não se ignora o apelo midiático existente na atual sociedade, haja vista, a criação de sites especialmente dedicados a “informar” o público sobre determinadas investigações (<http://lavajato.mpf.mp.br/>).

prerrogativa da advocacia. Assim, ter acesso aos elementos da investigação já documentados é o mínimo que se espera para o exercício do contraditório.

Entretanto, há de se manter o sigilo externo. Nessa perspectiva, o princípio da presunção de inocência fundamenta esse sigilo. Operando em favor do investigado, a presunção de inocência é preceito estruturante de toda a persecução penal, como ensina TORRES:

El derecho a la presunción de inocencia, como todos los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, vincula a todos los poderes públicos (art. 53.1 de la Constitución) y, dada su naturaleza, esta vinculación se proyecta especialmente sobre aquellos poderes públicos a los que, en diferentes ámbitos, les está encomendada la depuración de responsabilidades derivadas de actos ilícitos con la imposición de las correspondientes sanciones a los infractores. De entre esos poderes públicos, la presunción de inocencia vincula de manera muy particular a los órganos jurisdiccionales del orden penal, a quienes corresponde en exclusiva la represión de los actos ilícitos de mayor trascendencia social, los castigados por el ordenamiento jurídico con una sanción penal.¹⁷⁷

Esse princípio protege o acusado do precipitado estigma público, uma das misérias do processo penal, como bem referiu CARNELUTTI.¹⁷⁸ Tal medida atende a imposição fundamental externa ao processo ou ao procedimento investigatório, pois constitui um dever de tratamento, vedando a publicidade abusiva e protegendo a imagem do acusado.¹⁷⁹

Realizadas essas considerações, é importante esclarecer que o acusado, quando busca informações sobre os atos de investigação, exerce seus direitos fundamentais, contudo, a questão que se coloca é se a autoridade policial poderia, previamente e de ofício, informar a realização de determinado ato de investigação, ou melhor, se teria o dever fazê-lo. Por óbvio que tal questionamento está muito distante daqueles atos de investigação que devem ser realizados sem o conhecimento do investigado (sob pena de inutilidade, haja vista a interceptação telefônica ou a busca e apreensão) ou aqueles que podem ser repetidos em juízo.

¹⁷⁷ TORRES, Jaime Vegas. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1993. p. 40-41.

¹⁷⁸ “A publicidade do processo penal, a qual corresponde não somente à idéia do controle popular sobre o modo de administrar a justiça, mas ainda, e mais profundamente, ao seu valor educativo, está, infelizmente, degenerada em um motivo de desordem. Não tanto o público que enche os tribunais ao inverossímil, mas a invasão da imprensa, que precede e persegue o processo com imprudente indiscrição e não raro descaramento, aos quais ninguém ousa reagir, tem destruído qualquer possibilidade de juntar-se com aqueles aos quais incumbe o tremendo dever de acusar, de defender, de julgar (CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Tradução de José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995. p. 20)”.

¹⁷⁹ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 93-94.

Defende-se, dessa forma, que a autoridade policial deverá informar o acusado sobre a realização de prova não repetível, viabilizando o oferecimento de quesitos e assegurando uma eficácia mínima do contraditório e da ampla defesa.

Entretanto, nem sempre isso será possível. Nos crimes materiais, é comum a autoridade policial tomar conhecimento do resultado, mas ignorar o autor do fato. Tome-se como exemplo o delito de homicídio, invariavelmente, o levantamento do local do fato, a necropsia, os exames de sangue, etc. precedem à identificação da autoria, de modo que o autor do delito é identificado em momento posterior à produção da prova não repetível. Mas nem todos os casos apresentam a mesma peculiaridade. Nos *crimes com autoria possivelmente conhecida*, no momento da realização da prova não repetível, já existe um suspeito previamente identificado, o que se comprova através dos elementos de informação autuados e numerados no inquérito policial. Nessas situações, é dever da autoridade policial informar o acusado sobre a realização da prova e de sua condição de suspeito.

Antecipando eventual crítica, é inviável manter o mesmo procedimento nos *crimes sem autoria conhecida*, já que nesses a prova não repetível deverá ser produzida sem a participação do acusado, pois desconhecida sua identidade. Nesses casos, por ora, não se visualiza outra alternativa concreta que não seja a aplicação da atual sistemática, mantendo o contraditório diferido.

Talvez se diga que essa proposta constitui uma releitura do incidente de produção antecipada de provas, nos termos já defendidos por segmento relevante da doutrina. Não obstante, o oferecimento de quesitos diretamente à autoridade policial tem um tramite menos denso do que a realização de audiência judicial e, justamente por isso, é mais viável, além do que não esgota plenamente o exercício do contraditório, já que realizada longe da autoridade jurisdicional. O incidente de produção antecipada de provas, nessa perspectiva, antecipa o contraditório, mesmo que a denúncia criminal venha a ser oferecida em desfavor de outra pessoa. Assim, poder-se-ia chegar ao paradoxo de ter uma prova contraditada por terceiro estranho ao processo penal. Dessa forma, a posterior impugnação da prova no processo penal encontraria um grande obstáculo: a decisão judicial que admitiu e validou antecipadamente a prova. Não se ignora o fato de que o contraditório e a ampla defesa são desenvolvidos ao longo do processo, nas diversas

situações jurídicas,¹⁸⁰ haja vista as alegações finais e os debates orais; nesses momentos essas provas podem ser contraditadas e confrontadas aos demais elementos do processo. A posição defendida sustenta que o incidente de produção antecipada de provas adianta completamente a dialética processual, esgotando parte da irresignação ou dos argumentos a serem esgrimidos no processo, isso porque o confronto não se limita aos aspectos procedimentais. Então, essa antecipação plena do contraditório isolada e desconectada da imputação criminal não atende integralmente aos interesses do acusado, pois esse deverá contraditar uma prova sem respectivo indiciamento,¹⁸¹ o que certamente fragiliza a defesa.

Mas observe-se: o oferecimento de quesitos - recebidos e encaminhados pela autoridade policial - desencadeia uma situação diferente. Há uma antecipação parcial do contraditório e da ampla defesa, a qual não chega a descaracterizar a fase investigatória e não esgota a impugnação daquela prova em momento posterior, ou seja, não elimina o controle judicial da forma e do conteúdo, seja pelo acusado que formulou os quesitos, seja por terceiro que foi incluído na acusação. Nesse cenário, a introdução de uma audiência preliminar, com o fato punível delimitado pelo delegado de polícia e examinado pelo Ministério Público antes de oferecer a denúncia, é capaz de exercer o controle judicial necessário entre a fase pré-processual e processual.

Por outro lado, de forma transversal, é possível que a fase preliminar contenha decisões jurisdicionais, o que ocorre nas medidas cautelares, nas interceptações telefônicas, nas buscas e apreensões, etc. Contudo, essas decisões nem sempre são essenciais à investigação, pois surgem em situações específicas, quando a persecução penal encontra o limite constitucional, flexibilizado apenas por ordem judicial escrita proferida por juiz competente. Assim, é possível afirmar que essas decisões judiciais não estão direcionadas a um provimento final,¹⁸² nem os interessados delas participam em contraditório em um procedimento autônomo, devidamente delimitado por atos. Há, com efeito, uma carência legislativa com relação às medidas cautelares, o que fragiliza os direitos fundamentais. Justamente por isso, não se pode afirmar que o Código de Processo

¹⁸⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso II. Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. p. 70-82.

¹⁸¹ Reputa-se relevante o indiciamento realizado pela autoridade policial, na medida em que constitui uma manifestação estatal formal, a qual se debruça sobre um juízo de adequação típica. Justamente por isso, o indiciamento é um componente importante para a realização da audiência preliminar.

¹⁸² O inquérito policial não se encerra com um provimento que condiciona os envolvidos, sequer o Ministério Público fica limitado à adequação típica deduzida pelo delegado de polícia no relatório final.

admite um “processo penal cautelar”, de sorte que é prudente tratar a questão apenas à luz de medidas cautelares (pessoais, patrimoniais ou reais).¹⁸³ Dessa forma, refletindo sobre a teoria de FAZZALARI, fica claro que a fase de investigação apresenta características diferentes da fase processual e o contraditório existente (ou defendido) não é suficiente para modificar sua natureza jurídica, tornando-a um processo.¹⁸⁴

Ainda que os atos de investigação guardem conexão entre si e certo encadeamento, sua sequência não se dá com o mesmo rigor procedimental que o processo. Veja-se que para o devido prosseguimento do processo é necessário que as etapas processuais anteriores tenham sido praticadas em obediência à lei, ou seja, a regularidade da fase anterior é pressuposto para a fase seguinte.¹⁸⁵ Não obstante, o mesmo não ocorre com a investigação criminal. Os atos de investigação são laconicamente disciplinados no Código de Processo, na medida em que tal fase não consagra o respeito à forma. Esse “amorfismo inquisitorial”,¹⁸⁶ confortado pela jurisprudência, admite a ideia de que não há nulidade nessa etapa. Assim, vícios que nascem nas irregularidades praticadas, ao invés de interromperem a investigação,¹⁸⁷ são lançados para o processo e dentro da dialética processual devem ser enfrentados, contaminando toda a discussão processual, com aspectos que sequer deveriam ter ingressado nos autos. Nesse ponto, o Código de Processo não oferece um filtro de legalidade¹⁸⁸ capaz de corrigir as irregularidades antes do oferecimento da denúncia.

No que se refere às decisões judiciais proferidas no curso da investigação, têm-se que tais atos são fundamentais para a proteção do indivíduo, no entanto, não basta a proteção jurisdicional, o correto cumprimento da ordem judicial pelo responsável pela investigação é determinante. Tome-se como exemplo um mandado de busca e apreensão

¹⁸³ “Cabe observar que no processo penal brasileiro não é correto falar em processo penal cautelar e processo principal. Há medidas cautelares – e não processos cautelares autônomos – que são **assessórias do processo principal**, no caso, o processo penal em que se busca uma tutela condenatória (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 989).”

¹⁸⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 33.

¹⁸⁵ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 329.

¹⁸⁶ Expressão utilizada por GLOECKNER; embora o autor utilize o termo para tratar do problema da relativização da forma no processo penal e na preservação dos direitos e garantias, tal expressão sintetiza o amplo espaço existente na fase preliminar, na qual os atos são praticados sem estrito respeito às garantias (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal. Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 123).

¹⁸⁷ Salvo raríssimas exceções.

¹⁸⁸ A expressão “legalidade” nesse caso deve ser compreendida como o respeito às normas constitucionais e legais, ou seja, ao ordenamento jurídico como um todo, inclusive às normas introduzidas através dos tratados internacionais (controle de convencionalidade).

que foi deferido para um endereço específico, mas a autoridade policial utiliza o mandado para ingressar em local diverso, apreendendo documentos relevantes para a acusação. Há, certamente, um descumprimento dos limites traçados pelo juízo, no entanto, essa ilicitude somente será enfrentada na fase processual. Isso porque na atual sistemática não existe um momento no qual a defesa possa, diante do juiz e antes do oferecimento da denúncia, sustentar a ilicitude da prova ou de ato de investigação; mais ainda – no exemplo proposto - caso os documentos sejam indispensáveis à imputação penal, sequer a denúncia poderá ser oferecida.

Assim, não basta analisar se a decisão judicial proferida no curso da investigação poderia ou não ser deferida, é necessário avaliar se a ordem foi cumprida nos termos do juízo, sendo vedado ao investigador a interpretação das palavras do juiz ou a ampliação dos efeitos da decisão. Desse modo, defende-se a introdução de um momento procedimental que permita à defesa se contrapor a eventuais ilegalidades praticadas no desenvolvimento da investigação. Mas essa contraposição, ou melhor, essa impugnação ganha eficácia se realizada diante de uma imputação concreta, nesse sentido, deve-se considerar que o fato penal - se houver justa causa - restará evidente ao final dos atos investigatórios, de maneira que o relatório policial, ao contrário do que parte da doutrina defende,¹⁸⁹ constitui um ato procedimental importante, inclusive para a defesa.

Refletindo sobre esse ponto, verifica-se que o Código de Processo Penal determina que a autoridade policial fará “minucioso relatório” e encaminhará ao juiz competente (art. 10 § 1º). Neste momento, não se ignora a relevante crítica de GIACOMOLLI, para o qual os autos da investigação não deveriam ser enviados ao juízo e posteriormente ao Ministério Público; tendo em vista que a investigação tem como propósito instrumentalizar a ação penal e o promotor de justiça é seu real destinatário, o correto seria a remessa direta ao órgão de acusação.¹⁹⁰ Não obstante, essa não é a diretriz

¹⁸⁹ CHOUKR, por exemplo, critica o relatório enquanto peça procedimental e frente à Constituição (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 113). No entanto, observe-se que a crítica do autor tem como premissa estruturante a vinculação da investigação ao processo sem qualquer fase intermediária ou interregno. Assim, tem-se que tal apontamento não compromete os argumentos aqui desenvolvidos, na medida em que a tese defende justamente um espaço de impugnação inexistente; para tanto, o relatório policial – criticado na atualidade por parcela da doutrina – pode adquirir um significado constitucional relevante, invertendo sua carga negativa para positiva.

¹⁹⁰ “Sendo o Ministério Público o destinatário das investigações preliminares, a ele caberia a remessa do expediente e não ao órgão encarregado do julgamento do processo. Ademais, os mecanismos de prevenção, os quais atraem a competência, potencializam a contaminação judicial devido à prática dos atos decisórios anteriores (decretação de prisão preventiva, deferimento de interceptação telefônica, por exemplo). Por isso, em um processo penal ético e democrático, as causas que tornam o juízo preventivo comportariam

do Código de Processo, correção que demandaria modificação legislativa. No que se refere ao relatório em si, a lei não estabelecia seus limites concretos, nem impunha a fundamentação como um elemento indispensável, mas isso – felizmente – mudou.¹⁹¹

Assim, defende-se que o relatório constitui uma peça procedimental que transpõe níveis de imputação distintos, ou seja, transforma o suspeito em indiciado. Embora o Código refira a categoria “indiciado” em diversos artigos,¹⁹² não se pode afirmar que o texto legal estabelece com exatidão esses conceitos,¹⁹³ haja vista o artigo 46 que trata do prazo para oferecimento da denúncia, cujo nível de imputação corresponderia ao de indiciado, embora a lei mencione réu.¹⁹⁴

Por outro lado, a Lei 12.380/2013 complementou significado jurídico do relatório policial, na medida em que passou a exigir fundamentação para o indiciamento e o alçou à condição de ato privativo de delegado de polícia.¹⁹⁵ Dessa forma, o indiciamento não constitui um ato discricionário¹⁹⁶ da autoridade policial (passível de ser realizada sem o devido zelo jurídico);¹⁹⁷ no atual cenário procedimental, o indiciamento exige manifestação técnica, deduzida diante dos elementos colhidos na investigação e

hipóteses excludentes da competência (GIACOMOLLI, Nereu José. *A Fase Preliminar do Processo Penal. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 114).”

¹⁹¹ Antes da modificação legislativa, a doutrina já defendia a necessidade de fundamentação. Embora com uma matriz teórica em certos momentos distante da perspectiva desse tese, para MACHADO o indiciamento realizado no relatório policial exige fundamentação e a concreta verificação da justa causa: “a exigência que se faz para o indiciamento é a existência de justa causa [...] Em se tratando de ato vinculado, a autoridade policial, para indiciar o suspeito, deve fundamentar sua decisão, apontando, no mínimo, os mencionados requisitos da justa causa: tipicidade, indício de autoria e punibilidade do fato e do agente (MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 100).”

¹⁹² Art. 5º, inciso II, § 1º, alínea ‘b’, artigo 6º, incisos V, VIII e IX, artigos 10, 14, 23, 125, 134, 137, § 2º, 282, inciso II, 317, 319, incisos II e III e 320.

¹⁹³ É possível, no plano doutrinário, identificar diferentes níveis de incriminação, tais como suspeito, indiciado, acusado e condenado (SAAD, Marta. *Indiciamento como ato fundamentado da autoridade policial*. Boletim Informativo IBRASPP. Ano 03, n. 05, fevereiro de 2002. p. 19).

¹⁹⁴ Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

¹⁹⁵ Lei 12.380/2013. Art. 2º [...] § 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

¹⁹⁶ Nesse sentido, SAAD: “Não se funda, também, no uso do poder discricionário, visto que inexistente, tecnicamente, a possibilidade legal de escolher entre indiciar ou não. A questão situa-se na legalidade estrita do ato. O suspeito, sobre o qual se reuniu prova da infração, tem que ser indiciado. Já aquele que, contra si, possui frágeis indícios, ou outro meio de prova esgarçada, não pode ser indiciado (SAAD, Marta. *Indiciamento como ato fundamentado da autoridade policial*. Boletim Informativo IBRASPP. Ano 03, n. 05, fevereiro de 2002. p. 21).”

¹⁹⁷ “Diante do novo § 6º do art. 2. da Lei 12.830/2013, restou claro que o indiciamento não pode ser fruto de mero subjetivismo da autoridade policial. Deve ocorrer de ato motivado e concretamente justificado, diante do resultado dos atos de investigação até então realizados (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 144).”

através da devida adequação típica (fato-norma). A fundamentação, com efeito, concretiza uma manifestação estatal provisória, mas com uma carga acusatória concreta e tecnicamente comprometida.¹⁹⁸ Ainda que o Ministério Público tenha plena liberdade para formar sua *opinio delicti* (e de fato deve ter), não se pode ignorar o efeito que o indiciamento produz na esfera jurídica do indivíduo, o qual pode visualizar no horizonte um processo penal que se aproxima, de sorte que é prudente refletir sobre os mecanismos que potencializem sua defesa.¹⁹⁹

Dessa forma, buscando fechar parte das ponderações realizadas nesse capítulo, pode-se afirmar que a fase investigatória é um espaço de poder que nem sempre se submete às formas jurídicas, característica que acompanha a persecução punitiva ao longo dos tempos, desencadeando uma seletividade estrutural no funcionamento das instituições, especialmente a polícia. Diante disso, a verdade que se constrói exclui o investigado. Na contemporaneidade, o acusado assiste passivamente a articulação dos poderes persecutórios, na medida em que não há institutos procedimentais que permitam um espaço de contradição, já que o inquérito policial se conecta diretamente ao processo. Esse elo de ligação, hoje inexistente e aqui proposto na forma de audiência preliminar, constituiria um momento de interregno entre fases com características distintas, de modo que o pressuposto epistemológico para tal ato é o contraditório e a ampla defesa. No entanto, não se defende a plena antecipação do contraditório, pois isso implicaria na completa desestruturação do sistema de investigação, especialmente quando se analisa a diferença entre ato de prova e ato de investigação. Assim, é necessário ampliar os efeitos do contraditório, mas não apenas no seu conteúdo formal (informação-reação), deve-se compreender o contraditório como elemento isonômico e limitador do poder, ou seja, como preceito constitucional que permita que o processo inicie de forma equilibrada, no entanto, sem desenvolver a dialética processual. Igualmente, é necessário ampliar o *saber*;

¹⁹⁸ Veja-se que a parte da doutrina não trata o tema devidamente, haja vista a posição de BADARÓ que sustenta que o indiciamento deve ser motivado e fundamentado, mas ao mesmo tempo se opõe que o delegado de polícia analise profundamente o fato penal (culpabilidade e antijuridicidade), limitando a fundamentação à “classificação legal” e a “descrição objetiva dos fatos” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 145). Todavia, entende-se diferente. É certo que o relatório não condiciona a *opinio delicti*, contudo, a nova legislação exige fundamentação, ou seja, o investigado tem o direito de conhecer exatamente as circunstâncias que pesam sobre seu direito de liberdade (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) ainda que de forma circunstanciada.

¹⁹⁹ “Indispensável e necessário, portanto, desde quando reunida prova que aponte o suspeito como provável autor do delito, o indiciamento deve ser visto como um marco, a partir do qual uma série de deveres e direitos – notadamente o direito de defesa – pode e deve ser exercida (SAAD, Marta. *Indiciamento como ato fundamentado da autoridade policial*. Boletim Informativo IBRASPP. Ano 03, n. 05, fevereiro de 2002. p. 20).”

significa ampliar a cognição judicial do juiz através da participação do acusado, garantindo um espaço de produção de outra verdade, a verdade do investigado.²⁰⁰ Com efeito, é justamente a dinâmica dessas funções que se pretende abordar no capítulo seguinte.

²⁰⁰ Não se pode olvidar, como ensina FOUCAULT (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 27), que o poder produz saber, de modo que há uma clara ligação entre ambos, pois não há uma relação de poder sem que exista a constituição de um saber. Assim, no que se refere ao campo penal, defende-se uma modificação das estruturas de poder em funcionamento na fase preliminar, inserindo um interregno procedimental que amplie a condição de *saber* mediante a participação do acusado antes do oferecimento da denúncia criminal.

2. A AUDIÊNCIA PRELIMINAR COMO INTERREGNO PROCEDIMENTAL

A introdução de um novo instituto procedimental sempre é algo complexo, principalmente quando modifica velhas práticas e desafia o senso comum. Justamente por isso, é necessário compreender sua essência e os reflexos concretos que a modificação normativa produzirá. Com efeito, não basta – apenas – a abordagem abstrata, é necessário tentar alcançar os fatos do cotidiano processual, os quais nem sempre contam com pesquisas de campo, mas são reconhecidos pela comunidade jurídica como existentes e sensíveis.

O presente capítulo irá abordar a audiência preliminar como etapa intermediária, ou melhor, como interregno procedimental.²⁰¹ Assim, considerando o que disse um teórico italiano: “as escolhas terminológicas nunca podem ser neutras;”²⁰² as palavras “interregno procedimental” já indicam uma posição teórica singular, pois reconhecem a existência de fases com características distintas, bem como identificam a necessidade de se conectar essas etapas em momento próprio. Ainda, destaca-se o cuidado em evitar o vocábulo “processual”, preferindo-se a expressão “procedimental”; cautela que se relaciona diretamente com a natureza jurídica da própria audiência, nesse sentido, a expressão processual – de certa forma – poderia sugerir uma antecipação do processo penal, o que não se defende. Considera-se, portanto, que a audiência é um ato jurisdicional entre duas fases, de maneira que agrega parte dos efeitos do processo penal, haja vista o contraditório, mas não os aprofunda a ponto de se realizar a dialética processual plena e a respectiva produção probatória; agrega também aspectos da fase preliminar, uma vez que realizada antes da elaboração da denúncia criminal, permitindo – dependendo do caso - a realização de diligências por parte da defesa.

Para atingir essa discussão, inicia-se enfrentando a função do juiz na fase preliminar e o problema da imparcialidade. Tendo em vista que a audiência é um ato intermediário, presidido pelo magistrado, é necessário compreender os poderes jurisdicionais anteriores ao processo penal e seus reflexos na imparcialidade, pois a

²⁰¹ Cumpre esclarecer que se optou por uma “audiência” em detrimento de um procedimento escrito, justamente porque a oralidade é um instrumento que potencializa o contraditório, reduz a arbitrariedade e os impulsos inquisitórios de um sistema processual (MAYA, André Machado. *A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal*. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2015. p. 300).

²⁰² “a terminologia é o momento propriamente poético do pensamento, então as escolhas terminológicas nunca podem ser neutras (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção. Homo Sacer II*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 15).”

modificação normativa deverá prever os reflexos dessa mudança no campo penal. Da mesma forma, a compreensão da função do juiz nesse momento, permitirá – mais adiante – projetar resultados concretos, auxiliando a elaboração do projeto de lei.

Em sequência, pretende-se aprofundar o contraditório, enquanto instituto procedimental da fase de interregno. Observe-se que no primeiro capítulo esse ponto foi objeto de análise, no entanto, as considerações realizadas não o desenvolveram plenamente, neste momento, busca-se definir o conteúdo material do contraditório, diferente da abordagem realizada. Ocorre que boa parte da doutrina – quando trata do assunto – desenvolve o contraditório levando em conta o processo e os fenômenos que circundam a dialética. Esses estudos são de grande relevância, embora não possam ser transpostos integralmente para a fase preliminar ou para um momento de interregno, isso porque – apenas para exemplificar – não se pode falar em contraditório como método de confrontação da prova,²⁰³ na medida em que a prova só será produzida após o desenvolvimento válido do processo e em contraditório, sob pena de violação do artigo 155 do Código de Processo.²⁰⁴ Diante dessa peculiaridade, é necessário pensar o conteúdo material do contraditório inserido na fase preliminar, isso porque, embora seja a audiência um momento de interregno, essa conexão entre fases deve estar ligada à limitação do poder e direcionada para a não instauração do processo, mantendo a acusação na zona investigatória. Além disso, o pleno contraditório material - caso aplicado – implicaria na desconstrução do sistema e, o que deveria ser um ato de interregno, passaria a ter novo significado, confundido investigação e processo. Assim, projeta-se duas funções essenciais ao contraditório: (a) função limitadora e (b) função isonômica, as quais serão devidamente esclarecidas.

Por fim, pretende-se ainda sistematizar a dinâmica da audiência preliminar, significa enfrentar o resultado concreto da aplicação do contraditório. Assim, aborda-se três aspectos essenciais: diligências, impugnações e arquivamento; situações que nascem através da inserção da audiência como interregno procedimental e que estabelecem os contornos de uma possível modificação legislativa.

2.1 A função do juiz na fase preliminar e o problema da imparcialidade

²⁰³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 97.

²⁰⁴ Por certo, não se ignora a situação excepcional que envolve as provas irrepetíveis.

Tem-se claro que o direito penal não é autoexecutável, de maneira que sua realização só se efetiva através do processo penal. Tal atributo exige – para a aplicação da pena – que se observe uma série de liturgias pré-estabelecidas, as quais devem ser vencidas mediante o respeito às normas que lhes constituem. A jurisdição, nesse aspecto, vai além de um poder-dever do Estado frente ao ilícito, já que se ergue enquanto direito fundamental do acusado.²⁰⁵ Justamente por isso, cumpre refletir sobre a função do magistrado na fase preliminar, ou - como se pretende nesta tese - a função do magistrado na audiência preliminar de interregno procedimental.

A persecução penal, embora esteja dividida em dois momentos procedimentais singulares, pode ser visualizada como uma continuidade, na qual o direito de liberdade está sob ameaça legítima ou ilegítima. Ainda que várias críticas possam ser deduzidas, a função jurisdicional na fase processual tem seus contornos mais nítidos, uma vez que o processo penal já se encontra estabelecido e não resta dúvida com relação a total eficácia da Constituição. Contudo, o mesmo não ocorre na fase de investigação.

Aparentemente, o Código de Processo Penal amplia a distribuição da carga probatória entre acusação e defesa, pois a redação do artigo 156 sugere ao intérprete que o réu tem o dever de provar os fatos por ele alegados. Todavia, não se pode firmar convicção nessa assertiva, na medida em que o réu goza da presunção de inocência, princípio estruturante do processo, conforme já se disse anteriormente.²⁰⁶ Esse enunciado, por si só, já exige mais de uma dezena de críticas as quais ultrapassam os limites dessa tese, não obstante, há outro problema que surge do artigo 156: a possibilidade de o juiz - na fase de investigação e de ofício - produzir provas.

Nota-se que esse dispositivo legal se vincula diretamente ao sistema processual penal desejado, pois interfere na gestão da prova e na função jurisdicional; de tal sorte que caso fosse aplicado gramaticalmente confundiria a posição do juiz com a de delegado de polícia. Mais ainda, as expressões “adequação” e “proporcionalidade” – as quais deveriam limitar a decisão judicial – são elementos abertos, cujo conteúdo axiológico é facilmente justificado pelo intérprete que utiliza o processo – muitas vezes – como técnica

²⁰⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33.

²⁰⁶ “Na teoria da situação jurídica o ônus da prova é de fundamental importância já que, ao estar sobre uma estrutura dialética, basta que a acusação nada consiga provar, ou seja, não consiga se livrar de uma carga processual, para que a absolvição do acusado seja determinada. [...] Em nenhum momento processual poderá imputar-se ao acusado, cargas processuais, diante do princípio da presunção de inocência (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e Processo Penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. p. 293).”

de controle do crime, afastando-se de sua premissa inicial de preservação dos direitos fundamentais do acusado.²⁰⁷ Nesse aspecto, observa-se que é típico de um sistema inquisitório a concentração da gestão da prova no juiz²⁰⁸ e o protagonismo judicial em detrimento à atuação das partes;²⁰⁹ sob essa perspectiva, o artigo 156 consagra o princípio inquisitivo no núcleo de nosso sistema processual, viabilizando ao intérprete (magistrado) o substrato legal infraconstitucional para interferir na investigação preliminar, de maneira que parte da doutrina identifica o sistema processual penal brasileiro como uma nova leitura do sistema inquisitório.²¹⁰ Certamente, a questão que envolve o núcleo fundamente do sistema nacional vai além da gestão da prova, já que envolve todas as hipóteses legais que permite ao juiz proceder de ofício, bem como a conformação do processo penal conferida pela Constituição. Assim, há na doutrina nacional discussão sobre a essência de nosso sistema processual; se esse seria inquisitório, acusatório ou misto,²¹¹ ainda, mesmo entre aqueles que defendem o sistema acusatório não há um consenso sobre os poderes instrutórios do juiz e se esses inviabilizam o próprio sistema acusatório.²¹²

²⁰⁷ “No modelo do *crime control*, o processo penal se justifica frente à delinquência como combate, controle, cuja idéia central reside na pura repressão. É através do processo penal ativo, multi-ambientado, que faça frente a qualquer espécie de delito que em tese a liberdade social estaria sendo protegida (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e Processo Penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. p. 286).”

²⁰⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: 2015. p. 41-43.

²⁰⁹ SANTOS, Andrés de la Olivia. et al. *Derecho Procesal Penal*. 4. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1999. p. 38.

²¹⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: 2015. p. 47

²¹¹ “Adentrar na definição acusatória, inquisitória ou mista dos sistemas processuais conduz ao enfrentamento de uma das temáticas mais polêmicas do processo penal, sobretudo sobre a discórdia quanto ao elemento que caracteriza o sistema concreto dentro de uma das espécies referidas (KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 132).”

²¹² Veja-se que BADARÓ (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 95-97) defende que nosso sistema é o acusatório, mesma posição defendida por PRADO (PRADO, Geraldo. *O Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001). No entanto, para o primeiro o sistema acusatório convive com a possibilidade de o juiz produzir provas de ofício, já o segundo não admite tal poder: “Releva salientar, no tocante à disciplina das provas, que a autorização prevista na parte final do artigo 156 do Código de Processo Penal, assim como, por exemplo, a disposição contida no artigo 209 do mesmo diploma, conferindo ao juiz poderes processuais de produção de prova, representa, conforme assinalamos ao abordarmos as características do sistema acusatório, violência flagrante ao referido modelo, quer em razão de atribuir o que é direito das partes, conexo ao de ação e de defesa, e portanto, no primeiro caso, vinculado à acusação, quer por colocá-lo na difícil posição de investigador imparcial, na medida em que todo investigador parte de uma premissa, que aceita como verdadeira, a ela se vinculando psicologicamente (PRADO, Geraldo. *O Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 214-215).”

Em que pese o dissenso teórico, entende-se desnecessário ingressar nessa discussão, na medida em que, atualmente, não existem sistemas processuais puros,²¹³ além disso, tal reflexão implicaria tangenciar o objeto delineado nessa pesquisa. No entanto, cumpre posicionar a análise frente a esse debate. Assim, os autores que sustentam que o sistema nacional é inquisitório²¹⁴ o fazem mediante críticas, denunciando a quebra da imparcialidade e diversos aspectos negativos que surgem a partir da concentração de funções.²¹⁵ Aliás, a discussão sobre a concentração de funções e sobre a imparcialidade não é nova, veja-se que PIMENTA BUENO, em 1922, já criticava o modelo processual da época:

O encargo de provocar a ação criminal e de acusador oficial é também incompatível com a autorização de proceder atos de instrução, embora, ao menos em regra geral. É essencial combinar o que a ordem pública reclama com as garantias das liberdades individuais. Que faz o juiz quando procede *ex officio*? Constitui-se simultaneamente julgador e parte adversa do delinqüente; dá denúncia a si próprio, escolhe as testemunhas e inquire-as, perguntando o que julga conveniente; e, por fim, avalia as provas que ele criou, e pronuncia ou não, como entende. Há nisto garantia alguma? O juiz não deve ser senão juiz, árbitro imparcial e não parte. [...] Em todo caso, a dignidade do juiz, seu prestígio, a crença de sua imparcialidade, sobre que deve descansar a confiança pública, e que ele deve inspirar ao próprio delinqüente, sofrem ou desaparecem.²¹⁶

Por outro lado, aqueles que sustentam que o sistema nacional é acusatório não constituem uma corrente homogênea, pois divergem – por exemplo – se o juiz pode ou não ter poderes instrutórios. Finalmente, os defensores de um sistema misto, na tentativa de conciliar ambos modelos sofrem críticas de ambos os lados. Nota-se que no núcleo dessa discussão não há uma defesa da possibilidade de se permitir ao juiz – de ofício e na fase de investigação – produzir provas, agindo como um investigador,²¹⁷ aliás, defender

²¹³ Os sistemas “puros” se inserem como modelos históricos, de maneira que todos os sistemas são considerados mistos (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 151 e 158).

²¹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 30, p. 163-198, 1998.

²¹⁵ “Atribuir poderes instrutórios ao juiz – em qualquer fase – é um grave erro, que acarreta a destruição completa do processo penal democrático (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 164).”

²¹⁶ PIMENTA BUENO, José Antonio. *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*. 5. ed. [s.l.]: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1922. p. 105-106 apud ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo Penal, Ação e Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. Tendo em vista o caráter histórico, nesse caso, optou-se por realizar a citação direta, embora não tenha sido possível acessar a obra original.

²¹⁷ Sobre a possibilidade de o juiz na fase de investigação produzir provas destaca-se a posição de BADARÓ: “Partindo-se da distinção entre fontes de prova e meios de prova, percebe-se, facilmente, que a imparcialidade corre perigo, quando o juiz é um pesquisador, ou um ‘buscador’ de fontes de provas (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 97).”

essa perspectiva reduziria a atividade jurisdicional à função investigativa o que certamente é um grave equívoco; não obstante, a letra fria do artigo 156 - aparentemente - admite tal possibilidade.

Então, a questão que se coloca é a de que o núcleo fundante do sistema deveria preservar a separação de funções, entregando - tanto quanto fosse possível - a gestão da prova às partes,²¹⁸ deveria também suprimir a possibilidade de o juiz - de ofício - atuar na investigação criminal; seja esse sistema acusatório ou misto e - para quem identifica nosso sistema como inquisitório - tal iniciativa, no mínimo, reduziria os traços inquisitoriais. Essa proposição, contudo, esbarra na literalidade do texto do artigo 156, desafiando ou uma interpretação *contra legem* e ou a declaração de inconstitucionalidade. Por outro lado, caso houvesse um momento procedimental específico, com espaço delimitado de atuação, seria possível corrigir o artigo 156, suprimindo a atividade jurisdicional *ex officio* e assegurando ao acusado um importante espaço de defesa anterior ao oferecimento da ação penal. Veja-se que essa proposta não elimina a atuação do juiz na investigação e, embora não coloque o magistrado na condição de juiz de garantias, não é incompatível com esse modelo.²¹⁹ Busca-se, a partir do modelo existente, o alinhamento constitucional, ampliando o contraditório e - conseqüentemente - o direito de defesa, de maneira que o acusado possa se insurgir contra uma imputação prestes a se consolidar. Isso só seria possível em momento anterior ao oferecimento da denúncia; de sorte que o juiz nessa etapa poderia, por exemplo, determinar a realização de diligências de interesse da defesa ou declarar a ilicitude de provas ou de atos da investigação, o que certamente afetaria a análise do caso penal²²⁰ pelo Ministério Público, seja modificando a tipicidade ou até condicionando o arquivamento.

²¹⁸ Diz-se "tanto quanto for possível", uma vez que não houve o enfrentamento completo da discussão sobre os sistemas processuais. Ademais, para as conclusões que mais adiante serão expostas, entende-se desnecessário fixar posição sobre esse ponto.

²¹⁹ Compreende-se a relevância do juiz de garantias, não obstante, nessa pesquisa optou-se pela proposição de um instituto procedimental, o qual é plenamente compatível com o juiz de garantias.

²²⁰ A expressão "caso penal" segue, com algumas modificações transversais, a definição teórica de LOPES JR.: "É elementar que o réu se defende do fato e, ao mesmo tempo, incumbe ao defensor, também, debruçar-se em limites semânticos do tipo, possíveis causas de exclusão da tipicidade, ilicitude, culpabilidade, e em toda imensa complexidade que envolve a teoria do injusto penal. É óbvio que a defesa trabalha - com maior ou menor intensidade, dependendo do delito - nos limites da imputação penal, considerando-a tipificação como pedra angular onde desenvolverá suas teses. Daí por que aqui nos serve o conceito de *caso penal*, na medida em que engloba o injusto penal (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 195)." Observe-se que o autor trabalha a expressão diante da qualificação jurídica do fato realizada pelo Ministério Público através da denúncia criminal. Entretanto, conforme ficará mais claro ao longo do trabalho, utiliza-se a expressão *caso penal* - muitas vezes - levando em conta a qualificação legal do fato realizada no relatório policial do delegado de polícia, sem que isso desconstitua a teoria do autor. Defende-se esse deslocamento em razão de que se busca um momento de interregno

Então, compreende-se que o problema não reside exclusivamente no fato de o juiz participar de alguma forma da fase de investigação, aliás, em determinados momentos sua participação é essencial, na medida em que certos direitos fundamentais estão protegidos pela jurisdição.²²¹ No entanto, a atual permissão legal que outorga ao magistrado - de ofício - poderes para investigar, esbarra na Constituição, quando – através de uma perspectiva sistêmica – percebe-se que a Carta preserva a divisão de funções entre os sujeitos processuais, além de delimitar o espaço de atuação das polícias. Assim, quer seja nosso sistema acusatório ou misto,²²² a proposição constitucional não é no sentido de confundir a jurisdição com a investigação. Todavia, mesmo diante dessa diferenciação, os procedimentos investigatórios não são espaços vazios, nos quais os direitos fundamentais não vigoram; ainda que o inquérito não observe o pleno contraditório e a ampla defesa, deve-se assegurar ao acusado um espaço para impugnação de imputações ilegais ou desproporcionais, sem que tenha que aguardar a formalização do processo, de tal sorte que uma audiência preliminar permitiria a consolidação desses preceitos. Observe-se que há uma grande diferença entre o juiz ser provocado pelo acusado e o agir de ofício, nestes casos, o juiz não está em busca de elementos que confirmem uma hipótese por ele definida, pois o objeto do pedido pelo acusado foi delimitado; trata-se de reconhecer o direito de defesa inclusive na fase pré-processual; sem que isso se confunda com aquelas medidas em que o magistrado, mediante requerimento, tutela determinado interesse definido como relevante pela defesa, nos termos o artigo 14 do Código de Processo Penal, defende-se, pois, que esse direito seja exercido em momento específico presidido pela autoridade judiciária.

A crítica que surge diante dessa proposta diz respeito à imparcialidade, na medida em que o juiz – ao conhecer os autos do inquérito e posteriormente julgar o caso penal – assimilaria a tese acusatória prejudicando as teses defensivas. Nesse sentido, a

procedimental, mas sem o exaurimento absoluto dos atos preliminares, uma vez que existe a possibilidade concreta de realização de diligências de interesse da defesa, nesse sentido, a qualificação legal dos fatos (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) pelo Ministério Público – em certa medida – prejudicam o acusado. Por outro lado, é importante ao acusado contrapor-se a fatos previamente delimitados pelo injusto penal, justamente por isso o relatório do delegado de polícia adquire um importante significado jurídico, transpondo os níveis de imputação (de investigado para indiciado) e formalizando o esboço da acusação.

²²¹ Nesse ponto, há propostas que reformulam completamente o sistema brasileiro, introduzindo o juiz de garantias, haja vista os projetos do novo Código de Processo Penal em tramitação. Contudo, nessa tese pretende-se oferecer uma contribuição tendo em vista o atual modelo, sem uma modificação tão profunda.

²²² Fala-se apenas “acusatório ou misto”, pois a defesa do sistema inquisitório é – com toda certeza – indesejada e, para aqueles que entendem que nosso sistema possui raízes inquisitoriais, a limitação dos poderes instrutórios do juiz vai ao encontro das críticas propostas por essas correntes, mesmo que tal limitação seja considerada insuficiente.

doutrina crítica defende que o juiz que presta jurisdição na fase preliminar, não poderia julgar o processo.²²³ Trata-se de compreender a prevenção não como um critério que fixa a competência, mas como algo que a afasta ou, ainda, mediante a introdução do juiz de garantias, ou seja, outorga-se a determinado órgão jurisdicional poderes específicos para atuar na fase de investigação, resguardando os direitos fundamentais do acusado,²²⁴ nesse aspecto, inclusive, os projetos do novo Código de Processo Penal inserem a figura do *juiz das garantias*.²²⁵ Com efeito, a questão gira em torno da subjetividade do julgador, enquanto atributo capaz de comprometer sua imparcialidade frente ao caso penal.

Com relação a essas ponderações, adianta-se que a tese proposta leva em conta o atual modelo e sobre esse cenário realiza suas considerações, significa que o objeto de pesquisa não se debruça sobre um modelo novo ou sobre um arquétipo ideal. Na delimitação do espaço de pesquisa, optou-se por desenvolver o atual sistema processual, razão pela qual não se pode construir a tese sobre – por exemplo – os projetos de lei que

²²³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 69. No mesmo sentido a obra de MAYA (MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal. Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011).

²²⁴ “Ao juiz de garantias, nesse quadrante, competiria o resguardo da legalidade da investigação criminal e da irrestrita observância dos direitos fundamentais do suspeito, dependendo da sua autorização a concretização de medidas cautelares reais e pessoais e a busca de provas que impliquem ou possam implicar supressão de direitos fundamentais. E uma vez finda a investigação preliminar, cessará também a competência do magistrado de garantias, competindo a instrução criminal da acusação formulada pelo Ministério Público ou pelo querelante a outro órgão jurisdicional que não tenha contato com a investigação (MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal. Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 221).”

²²⁵ No PL 8987 tal opção fica evidente a partir dos artigos 4º e 15: “Art. 4º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedadas a iniciativa instrutória do juiz, a decretação de medidas cautelares de ofício e a atuação substitutiva da parte acusadora, em qualquer fase do procedimento. Parágrafo único. O juiz somente pode atuar de ofício no que tange à concessão de habeas corpus, à decretação da extinção da punibilidade e à declaração de nulidade absoluta. [...] Art. 15. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído no rol abaixo estabelecido, ficará impedido de funcionar no processo: I - receber comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º. da Constituição da República; II - receber o auto de prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 531; III - zelar pela observância dos direitos dos presos, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV - ser informado da abertura de qualquer inquérito policial; V - decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VII - decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em atenção às razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para a sua instauração ou prosseguimento; X - requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação; XI - decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado. XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.” Ainda, observa-se as referências ao longo do projeto nos artigos 30 § 3º, 38, 182, 222, 291, 418 § único e 452. Já o PL 8045 dedica o Capítulo II ao “juiz das garantias”, instituto que se encontra com previsão nos artigos 14, 15, 16 e 17.

propõem um novo Código. Por outro lado, verifica-se que os resultados obtidos não são incompatíveis com as proposições críticas, haja vista o juiz de garantias, no entanto, o caminho trilhado foi outro. Dessa forma, nesse momento, busca situar o objeto de pesquisa frente a alguns aspectos relativos à imparcialidade.

Retomando, então, deve-se estabelecer que a imparcialidade é indispensável à jurisdição e à própria concepção de juiz, na condição de um terceiro alheio aos interesses das partes.²²⁶ Mas diante dessa premissa, debate-se sobre o alcance desse atributo e sua aplicação concreta. Assim, observa-se que o Código de Processo determina que entre os juízes com igualdade de jurisdição ou com jurisdição cumulativa prestará a jurisdição aquele que – em primeiro lugar – praticar algum ato jurisdicional, seja na fase processual ou na investigação criminal (art. 83), ou seja, resolve-se um conflito aparente de competência através da prevenção. Já as situações que inviabilizam a prestação jurisdicional estão disciplinadas nos artigos 112 (incompatibilidades), 252 e 253 (impedimentos) e, por fim, 254 (suspeições). Assim, diante da legislação, compreende-se a diferenciação realizada pela doutrina²²⁷ entre imparcialidade objetiva e subjetiva; a primeira corresponde a uma situação ou fato externo, cuja reflexo implica na representação (visibilidade);²²⁸ já a segunda “alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de ‘pré-juízos’”²²⁹. Da análise da lei processual, conclui-se que as situações que afastam o juiz do caso penal situam-se no plano objetivo, de maneira que se identifica externamente um fato ou

²²⁶ “Jurisdicción es ‘la función estatal que través de una estructura heterónoma e imparcial realiza, em forma coactiva, la Justicia, em este caso, penal, mediante la satisfacción de pretensiones fundadas em el Derecho punitivo’ (ALONSO, Pedro Aragoneses; LOPEZ-PUIGSERVER, Carlos Viada. *Curso de Derecho Procesal Penal*. 4. ed. t. I. Madrid: Prensa Castellana, 1974. p. 57).”

²²⁷ Levando em conta a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, MORENO faz essa distinção da seguinte forma: “En esta línea la jurisprudencia ha distinguido dos perspectivas – subjetiva y objetiva -, desde las que valorar si el Juez de um caso concreto puede ser considerado imparcial.<<La perspectiva subjetiva trata de apreciar la convicción personal del Juez, lo que pensaba em su fuero interno em tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión em prejuicios indebitamente adquiridos. Desde la perspectiva, la imparcialidad del Juez ha de presumirse, y las sospechas dobre su idoneidad han de ser probadas. La perspectiva objetiva, sin embargo, si dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto; por ello, desde este punto de vista, son muy importantes las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan em el proceso, el Juez puede ser visto como um tercero em el litigio, aleno a los intereses que em él se ventilan>> (STC 162/1999, de septiembre [RTC 1999,162] (MORENO, Faustino Córdón. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 110-111).”

²²⁸ Conforme LOPES JR.: “Já a imparcialidade objetiva diz respeito a se tal juiz se encontrar em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: 2015. p. 65).”

²²⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: 2015. p. 65.

condição pessoal que exige o afastamento do juiz, ou - como refere a doutrina - exige sua imparcialidade objetiva.

Por outro lado, a doutrina constitucional do processo penal tem realizado críticas no sentido de que a subjetividade do juiz também pode gerar sua parcialidade o que comprometeria a análise do processo. Tal proposta exige que em “ambos os casos, a parcialidade cria desconfiança e a incerteza na comunidade e nas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade).”²³⁰

Esses apontamentos, em parte, têm origem nos estudos de GOLDSCHMIDT. O autor, mediante a análise do direito internacional - no qual os juízes que compõem os tribunais internacionais julgam casos envolvendo seus próprios Estados - realiza a distinção entre imparcialidade e partes. Segundo essa posição, então, ser imparcial não significa - obrigatoriamente - não ser parte, pois a imparcialidade não se reduz a um aspecto formal, tão somente; seu significado repousa na relação existente entre o sujeito processual e o ato a ser praticado, direcionado na busca pela verdade. Veja-se que a proposta do autor requer a supressão do subjetivismo do julgador:

Esta relación, para poder ser calificada de “imparcial”, debe consistir en lo siguiente: el móvil de la declaración (de la parte, del testigo, del perito, etc.) o de la resolución debe ser el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa o legalmente. [...] La imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Este debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad.²³¹

Enfrentando o assunto, MAYA²³² procura diferenciar a imparcialidade subjetiva de neutralidade, embora reconheça que a concepção de GOLDSCHMIDT aproxima muito esses conceitos.²³³ Não obstante, as discussões sobre a subjetividade do julgador incluem

²³⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: 2015. p. 65.

²³¹ A publicação original desse texto encontra-se em GOLDSCHMIDT, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso (la parcialidad y la imparcialidad)*. In. *Monografías de Derecho Español. Publicaciones del Instituto de Derecho Procesal*. Serie 2. n. 1. Madrid: Gráfica Clemares, 1950. Contudo, nessa pesquisa utilizou-se o texto publicado pela Academia Virtual Iberoamericana de Derecho y de Altos Estudios Judiciales.

Disponível em: http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf.

²³² “Nesse ponto, importa observar uma arriscada aproximação entre os conceitos de imparcialidade e neutralidade (MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal. Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 78).”

²³³ Sobre o assunto, afirma GIACOMOLLI: “imparcialidade e neutralidade possuem delimitações diferenciadas. O juiz pode até julgar de uma maneira formalmente imparcial (não ser parte), mas isso de longe suprime sua neutralidade subjetiva do processo, aquela projetada sobre o processo que diz das vivências pessoais do juiz, seus gostos e desgostos, suas paixões, seu eu, seu *modo de ser* no mundo, pois o

os aspectos intelectivos, bem como os atos praticados na persecução penal, ou seja, os poderes outorgados e exercidos pelos juízes.

Nesse aspecto, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem sido utilizada como importante fonte de pesquisa. Constantemente citados como paradigmas, os casos *Piersack* e *De Cubber vs. Bélgica* estabelecem as primeiras linhas da discussão e serviram – por algum tempo - como fundamento teórico para afastar o magistrado do julgamento de mérito, quando no mesmo caso tivesse o magistrado participado da fase investigatória:

Enfrentando esses resquícios inquisitórios, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), especialmente nos casos *Piersack*, de 1982, e *De Cubber*, de 26/10/1984, consagrou o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador. Ou seja, se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá na fase processual, ser o julgador. É uma violação do direito ao juiz imparcial consagrado no art. 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdade Fundamentais de 1950. Segundo o TEDH, a contaminação resultante dos “pré-juízos” conduzem à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva.²³⁴

Observa-se, por relevante, que a conclusão obtida pelo TEDH nos casos *Piersack* e *De Cubber* teve como ponto de enfrentamento o sistema processual Belga no qual o juiz investigador tem o “mesmo *status* de um oficial de investigação da polícia, cuja atuação é subordinada ao Ministério Público.”²³⁵ Não bastasse isso, especificamente no caso *De Cubber vs. Bélgica* o juiz investigador, durante dois anos, conduziu a investigação, decretando a prisão do acusado, interrogando-o, negando-lhe os pedidos de liberdade e os pedidos de trancamento da investigação para, posteriormente, compor um colegiado de juízes da Corte de Justiça e condenar o réu. Todavia, a conclusão do TEDH não se estribou nos aspectos mentais do juiz, na medida em que a análise do Tribunal foi a partir das funções incompatíveis entre juiz investigador e juiz do processo, de maneira que faltou imparcialidade no plano objetivo.²³⁶

sentido da compreensão não acontece sem a sobreposição sobre o objeto a ser analisado, sem a vivência do ser com seu entendimento singular, pousado sobre a realidade (GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. *O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos*. – Revista da AJURIS. v. 33. n. 102. Junho de 2006. p. 287-307).”

²³⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: 2016. p. 65. Ao longo da pesquisa o autor atualizou sua obra, de maneira que foram consultadas mais de uma edição.

²³⁵ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal. Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 143.

²³⁶ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal. Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 143.

Em certo momento, então, o TEDH consolidou um entendimento sobre a imparcialidade com base em dois aspectos. O primeiro, centra-se no subjetivismo do juiz e relaciona-se à convicção do julgador frente ao caso em concreto, ao passo que o segundo revela-se pela visibilidade, ou melhor, pela necessidade de o juiz exibir garantias de sua imparcialidade (objetiva), elidindo eventuais dúvidas e adotando a teoria das aparências:

consideradas as circunstâncias específicas de determinado caso concreto, deve-se observar se o magistrado apresenta condições de afastar quaisquer dúvidas razoáveis acerca de sua imparcialidade. Por meio dessa aproximação objetiva, o TEDH vale-se da denominada teoria das aparências, pautada pelo adágio inglês *justice must not only be done; it must also be seen to be done*, para afirmar que no âmbito dos Estados Democráticos de Direito, o tribunal deve não apenas ser imparcial, mas deve, também, demonstrar ser imparcial, preservando, assim, a confiança da sociedade nas decisões jurisdicionais.²³⁷

Essa perspectiva traçada pelo TEDH foi um marco importante, mas não definitivo, na compreensão da imparcialidade e na necessidade de os Estados membros adequarem suas legislações às previsões da Corte Europeia, no entanto, tal orientação modificou-se substancialmente.

Alguns anos após o julgamento do caso *De Cubber vs. Bélgica* o TEDH enfrentou o caso *Hauschild vs. Dinamarca*, mas, diferente dos precedentes anteriores, a Corte flexibilizou seu entendimento sobre imparcialidade. Embora no sistema dinamarquês não exista a figura do juiz investigador, o caso submetido possui semelhanças com os precedentes anteriores, especialmente porque a prisão provisória, na Dinamarca, deve ser revisada periodicamente pelo Tribunal Municipal, corte que julgará também o mérito do processo; e, nesse caso, foi revisada por aproximadamente vinte vezes, quinze delas pelo juiz Larsen, o qual julgou o mérito do caso mais adiante. Não obstante a participação do magistrado, a orientação jurisprudencial oscilou em sentido diferente:

a Corte Europeia considerou objetivamente justificada a dúvida de Hauschild sobre a perda da imparcialidade do Tribunal Municipal que o julgou. Destacou, porém, o TEDH, que o simples fato de o juiz, em sistemas como o dinamarquês, em que a investigação criminal e a acusação são funções exclusivas da polícia e do Ministério Público, ter proferido decisões na fase pré-processual, não justifica, por si só, o receio das partes quanto à perda de sua imparcialidade, o que deverá ser analisado de acordo com cada caso concreto.²³⁸

²³⁷ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal. Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 143.

²³⁸ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal. Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 145.

Tal modificação é importante, pois o resultado do julgamento não deixa dúvidas de que para o TEDH há diferença entre as atuações. Assim, o juiz que de forma independente decide requerimentos na fase investigatória – na condição de fiscal da atividade policial e do Ministério Público – não tem sua imparcialidade prejudicada, diferente do juiz que prepara o caso penal - na condição de investigador - e depois ainda o decide, tal como nos casos *Piersack e De Cubber vs. Bélgica*. Ainda, para a Corte interessa verificar a profundidade da decisão e se a cognição judicial avançou plenamente na imputação de responsabilidade do réu, ou se a decisão limitou-se aos dados disponíveis em certo momento, sendo proferida superficialmente.²³⁹

Entretanto, essa orientação não se confirmou de forma absoluta. Após o julgamento do caso *Hauschild vs. Dinamarca* a Corte Europeia voltou a aplicar os precedentes anteriores firmados nos casos *Piersack e De Cubber*. Então, nos casos *Oberschlick vs. Áustria, Pfeifer and Plankl, Castillo Algar vs. Espanha, Perote Pellón vs. Espanha, Gómez de Liaño vs. Espanha, Tierce and others vs. San Marino* foi reconhecida a quebra da imparcialidade quando o juiz presta jurisdição na fase pré-processual e, posteriormente, participa do julgamento do mérito. Em sentido oposto, nos casos *Sainte-Marie vs. França, Padovani vs. Itália, Nortier vs. Holanda, Saraiva de Carvalho vs. Portugal, Fey vs. Áustria, Bulut vs. Áustria, Depiets vs. França e Jasinski vs. Polônia* negou-se a quebra da imparcialidade em situações muito semelhantes.²⁴⁰ Nota-se, portanto, que Tribunal Europeu, inicialmente, traçou parâmetros rígidos para a solução da imparcialidade, no entanto, flexibilizou essa posição, admitindo em situações muito semelhantes a participação do mesmo juiz em momentos diferentes da persecução penal, de sorte que o núcleo central do debate reside na análise do nível de cognição da decisão jurisdicional:

²³⁹ “Pela primeira vez, porém, em relação a essa questão da prevenção o TEDH titubeou, admitindo que a regra segundo a qual o juiz que participou da fase pré-processual está impedido de atuar no julgamento – firmada na decisão do caso *De Cubber* – não é absoluta, e estabeleceu, como primeiro critério de análise da problemática, a distinção quanto ao grau de convicção exigido do juiz para fins de decretação da prisão preventiva, por exemplo, e para o julgamento de mérito. Disse a Corte, nesse sentido, que a decisão sobre a prisão cautelar requer uma análise sumária dos dados disponíveis para apurar a razoabilidade da suspeita da polícia, enquanto a decisão de mérito exige do magistrado uma análise das evidências apresentadas e debatidas perante o tribunal. Assim, apenas decisões que exijam do juiz a formação de uma convicção quase plena acerca da responsabilidade penal do acusado é que justificariam objetivamente o receio quanto à perda de imparcialidade por parte do réu, situação essa constatada no caso *Hauschild vs. Dinamarca* (MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal. Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 146).”

²⁴⁰ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal. Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 145-155.

Da sua análise, embora nítida a instabilidade das decisões, ora considerando violado o direito a um julgamento imparcial, ora afastando essa violação, em hipóteses fáticas deveras semelhantes, do que são exemplos os julgamentos dos casos *Castillo Algar*, *Garrido Guerrero* e *Depiets*, pode-se afirmar, sem margens a erro, estar consolidado o entendimento da Corte Europeia no sentido de que as decisões proferidas por juízes na fase de investigação, para torna-los suspeitos de parcialidade, devem ser de tal extensão ou de tal alcance, que possam ser comparadas às decisões de mérito, nas quais a análise recai sobre a efetiva culpabilidade do acusado.²⁴¹

Então, a proposta apresentada nessa tese aproxima-se²⁴² do entendimento do TEDH, uma vez que busca, entre os outros aspectos, a modificação do artigo 156, suprimindo os poderes investigatórios do juiz *ex officio*. Nota-se que o núcleo da orientação pretoriana europeia repousa na análise do conteúdo da decisão judicial, pois bem, ao se reduzir os poderes jurisdicionais investigatórios e condicioná-los à provocação, a decisão judicial que surge terá seus limites traçados pelas partes, enfrentando os argumentos por elas oferecidos, de sorte que o controle sobre a imparcialidade também fica mais nítido; diferente da iniciativa *ex officio* a qual nem sempre é clara com relação aos seus propósitos. Ainda, a participação do juiz em audiência preliminar de interregno procedimental, antes de oferecida a denúncia, se estabelece com independência, na qual a prestação jurisdicional se desencadeará mediante provocação. Por outro lado, caso a defesa nada postule, é possível que a audiência seja vazia, no entanto, isso se situa na esfera de deliberação da defesa, a qual pode entender que a melhor estratégia é o silêncio, mas veja-se: a audiência, enquanto instituto procedimental, está à disposição do acusado e poderá ou não lhe ser útil, conforme o caso, todavia, o início da dialética processual terá como fundamento o contraditório e a ampla defesa e não mais uma denúncia criminal entregue em cartório à revelia do denunciado.

Certamente, as ponderações sobre a imparcialidade não se esgotam no ementário jurisprudencial do TEDH. Tendo em vista o relevante estudo de SCHÜNEMAN, passou-se a considerar a teoria da dissonância cognitiva²⁴³ e sua relação com a quebra da imparcialidade subjetiva, na medida em que o juiz, ao ter acesso aos autos do inquérito policial, assimilaria a tese acusatória, criando um estado mental consonante.

²⁴¹ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal. Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 155.

²⁴² Aproxima-se, mas não se identifica totalmente.

²⁴³ Originalmente publicada no ano de 1956 por FESTINGER. Nesta pesquisa consultou-se tradução da obra original (FESTINGER, Leon. *Teoria da Dissonância Cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975).

Mediante o financiamento da Fundação Ford e com a assistência proporcionada pelo Laboratório de Pesquisa de Relações Sociais da Universidade de Minnesota, FESTINGER iniciou estudos no sentido de compreender como a mente busca um estado de coerência natural consigo mesma. Analisando o comportamento humano, descobriu-se que a dissonância desencadeia um estado mental incômodo de incoerência, motivando a pessoa a reduzir essa sensação, mediante a busca de um estado mental consonante (coerente). A dissonância, nesse aspecto, envolve a existência de relações discordantes entre convicções (cognições), sobre o meio ambiente, sobre a própria pessoa ou sobre seu comportamento, sendo assim, a dissonância cognitiva caracteriza uma situação específica e anterior, a qual leva o sujeito a adotar um comportamento no sentido de reduzir o desconforto.²⁴⁴ Essas observações têm por base duas hipóteses formuladas por FESTINGER, as quais foram comprovadas no seu estudo:

1. A existência de dissonância, ao ser psicologicamente incômoda, motivará a pessoa para tentar reduzi-la e realizar a consonância.
2. Quando a dissonância está presente, a pessoa, além de procurar reduzi-la, evitará ativamente situações e informações suscetíveis de aumentar a dissonância.²⁴⁵

Tendo em vista esse ponto de partida, SCHÜNEMANN realiza seu experimento, o qual – sem dúvida – é importante para o esclarecimento de diversos aspectos comportamentais, no entanto – como toda abordagem científica – não pode ter suas conclusões admitidas de forma absoluta. Veja-se que o estudo é realizado em determinado contexto, ou seja, no sistema processual penal alemão, de maneira que os resultados obtidos guardam correspondência com uma cultura muito diferente da brasileira, o que – como se disse – não retira sua importância, apenas deve-se ter presente o hiato existente entre as práticas judiciais brasileiras e as práticas alemãs.²⁴⁶ Aliás, nota-se que no sistema alemão – por exemplo – o juiz não está limitado nos termos do parágrafo único

²⁴⁴ FESTINGER, Leon. *Teoria da Dissonância Cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 9-13.

²⁴⁵ FESTINGER, Leon. *Teoria da Dissonância Cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 13.

²⁴⁶ Embora abordem as diferentes formas de julgar entre americanos e franceses, GARAPON e PAPADOPOULOS explicam como a cultura jurídica se relaciona com as características da sociedade: “Cada cultura judiciária, tem igualmente uma vertente popular, que se revela mais claramente através de artes aparentemente muito afastadas do direito, como o cinema, o teatro ou a literatura, e mesmo as séries televisivas (GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Tradução de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 14).”

do artigo 212 do Código de Processo,²⁴⁷ uma vez que seus poderes na audiência de instrução se sobrepõe às partes, as quais ficam em segundo plano.²⁴⁸ Ainda que se discuta se a violação do parágrafo único do artigo 212 constitui nulidade absoluta ou relativa,²⁴⁹ ou até mesmo se é possível trabalhar o instituto “nulidades” mediante essas categoriais, fato é que nosso Código de Processo busca limitar a interferência judicial na coleta da prova oral, mas o mesmo não se pode afirmar do sistema alemão sem que realize uma pesquisa mais profunda.²⁵⁰

No que se refere às ponderações que surgem a partir da pesquisa de SCHÜNEMANN, deve-se esclarecer que o problema proposto no estudo não se revela apenas pelo fato de o juiz ler os autos do inquérito, na medida em que sua complexidade leva em conta o sistema processual alemão e as práticas judiciárias utilizadas na audiência de instrução, as quais permitem a esse juiz contrapor-se ao acusado tal como um acusador.²⁵¹ Diante desse questionamento, o autor formula quatro hipóteses, todas no

²⁴⁷ A limitação referida diz respeito à impossibilidade de o juiz, antes das partes, questionar as testemunhas do processo; ou seja, nos termos do Código, o magistrado somente poderia questionar ao final e, ainda, somente nos pontos não esclarecidos. “Portanto, o juiz deixa de ter o papel de protagonismo na realização das oitivas, para ter uma função completiva, subsidiária. Não mais, como no modelo anterior, terá o juiz aquela postura proativa, de fazer dezenas de perguntas, esgotar a fonte probatória, para só então passar a palavra às partes, para que, com o que sobrou, complementar a inquirição (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: 2016. p. 474).”

²⁴⁸ “O promotor e o acusado, junto com seu defensor técnico, contribuem nessas atividades, mas eles possuem uma função apenas supletiva, que não coloca xeque à função inquisitorial de domínio de um juiz que tanto dirige a coleta de provas, quanto decide em caráter final (SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (Coordenador). Tradução de Adriano Teixeira et. al. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 206).”

²⁴⁹ Embora não seja objeto dessa tese, verifica-se que o STJ consolidou o entendimento de que se trata de nulidade relativa. Nesse sentido, observe-se os seguintes julgados da 5ª e da 6ª Turma: HC 298.169/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 28/10/2016 e AgRg no REsp 1434434/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 12/06/2014.

²⁵⁰ Não se pode olvidar, contudo, a afirmação de SCHÜNEMANN sobre o sistema alemão. Nesse sentido, no chamado *processo inquisitório*, que vigorou na Alemanha até o séc. XIX, o juiz se identificava com o inquisidor. O então introduzido processo penal reformado atribuiu de um lado, a condução da investigação ao recém-criado promotor de justiça, que assumiu o papel de acusador, mas, justamente no que diz respeito à audiência de instrução e julgamento, que é o centro decisório do processo penal, nada mudou em comparação à época do antigo sistema inquisitório (SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (Coordenador). Tradução de Adriano Teixeira et. al. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 206).”

²⁵¹ “Trata-se de saber, se o juiz, por seu conhecimento dos autos, por proferir a decisão de recebimento da denúncia, por sua atividade inquisitória na audiência e por ocupar, *de facto*, a posição de parte contrária diante do acusado que nega os fatos, não está impedido de realizar uma avaliação imparcial, isto é, de processar as informações de forma adequada, ou se, pelo contrário, esse juiz não acaba preso à rota traçada nos autos da investigação preliminar os quais foram construídos, em regra de modo unilateral, porque quase que exclusivamente pela polícia, com pouquíssima influência da defesa, e que por isso contêm uma imagem dos fatos que reflete a perspectiva e o enfoque da polícia (SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (Coordenador). Tradução de Adriano Teixeira et. al. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 207).”

sentido de verificar a influência do (des)conhecimento dos autos do inquérito policial nas condenações, nos erros decorrentes do armazenamento de informações e no número de perguntas realizadas na audiência de instrução e julgamento. A pesquisa ofereceu aos participantes um caso penal cuja solução de mérito admitia tanto a condenação como a absolvição, sem que um desses resultados pudesse ser considerado erro técnico. Através de uma metodologia que envolvia elementos variáveis, os casos foram integralmente apresentados aos grupos de teste, mas de maneira diferente, pois a uma parcela dos participantes era permitido questionar durante a audiência de instrução e a outra parcela não, ainda, alguns tinham acesso aos autos da investigação criminal e outros não; representando, dessa forma, quatro grupos distintos ou oito grupos se fosse considerada a divisão entre juízes e promotores.²⁵²

Os resultados obtidos indicam que todos os magistrados que tiveram acesso aos autos do inquérito policial condenaram, ao passo que os demais juízes se dividiram entre condenações e absolvições. Assim, afirma SCHÜNEMANN: “pode-se considerar confirmada a primeira hipótese: o conhecimento de autos da investigação preliminar tendencialmente incriminadores leva o juiz a condenar o acusado, ainda que a audiência seja ambivalente, o que sugeriria uma absolvição.”²⁵³ Os dados indicam também a confirmação do “efeito inércia”,²⁵⁴ o que se reflete no armazenamento das informações relativas às teses defensivas, com efeito, os juízes que tinham acesso aos autos da investigação não lembravam do conteúdo defensivo, ao passo que os demais juízes tiveram um desempenho melhor nesse quesito.

Veja-se que não se discute a relevância ou importância do experimento, aliás, a desconstrução desse estudo somente seria possível em dissertação específica; por outro lado, não há pesquisa idêntica no Brasil.²⁵⁵ Reputa-se que é possível considerar os dados

²⁵² SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (Coordenador). Tradução de Adriano Teixeira et. al. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 209-211.

²⁵³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (Coordenador). Tradução de Adriano Teixeira et. al. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 211.

²⁵⁴ Os participantes foram submetidos a um questionário após o julgamento, de maneira que se pretendia verificar o grau de “aprendizado” ou memorização. O que se indica como *efeito inércia* diz respeito aos mecanismos de autoconfirmação, “as informações que confirmam uma hipótese que, em algum momento anterior fora considerada correta, são sistematicamente superestimadas, enquanto as informações contrárias são sistematicamente menosprezadas (SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (Coordenador). Tradução de Adriano Teixeira et. al. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 208).”

²⁵⁵ Deve-se fazer especial ressalva ao estudo realizado por GLOECKNER ao analisar 90 acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos quais – em primeiro grau – os acusados foram presos preventivamente. A pesquisa confrontou os efeitos que a prisão processual acarreta na decisão de mérito do processo (foram selecionados 185 julgados, mas por critérios metodológicos, apenas 90 foram realmente analisados). Os

oferecidos por SCHÜNEMANN como dados consistentes frente a realidade alemã, todavia, tendo em vista a complexidade dessas conclusões a confirmação de suas hipóteses no Brasil exigiria estudo específico, haja vista a dificuldade concreta de identificar, com clareza, os estados mentais consonantes e dissonantes, como refere FESTINGER em seus experimentos.²⁵⁶ Por essa razão, cumpre salientar que a dissonância cognitiva não constitui um estado mental estático, a dinâmica dos fatos e a velocidade com que as informações surgem podem desencadear dissonâncias momentâneas:

Novos eventos podem acontecer ou novas informações tornar-se conhecidas a uma pessoa, criando pelo menos uma dissonância momentânea com conhecimentos, opiniões ou cognições existentes a respeito do comportamento. Como uma pessoa não tem completo e perfeito controle sobre a informação que lhe chega e sobre os acontecimentos que podem ter lugar em seu meio, tais dissonâncias são suscetíveis de ocorrer com facilidade. [...] como exemplo, uma pessoa que está inteiramente certa de seu conhecimento de que as transmissões automáticas nos automóveis são ineficazes pode acidentalmente deparar com um artigo que elogia as transmissões automáticas. Uma vez mais, cria-se uma dissonância momentânea, pelo menos.²⁵⁷

Desse modo, trata-se de compreender a dissonância como um fenômeno do cotidiano, em constante modificação pelo meio, de sorte que – como afirma FESTINGER – “raras situações são suficientemente nítidas para que opiniões ou condutas não sejam, em certa medida, uma mistura de contradições.”²⁵⁸ Assim, um juiz que entenda que o tráfico de drogas é um delito extremamente nocivo à sociedade, previamente, já possui uma convicção mentalmente estabelecida, o que poderá interferir na análise da imputação penal, tendo lido os autos da investigação ou não. Da mesma forma, caso o juiz tenha por certeza que a cidade de Porto Alegre é muito violenta, haverá uma cognição prévia sobre um assunto: violência urbana; assim, em concreto, ao analisar uma acusação de roubo tal

resultados colhidos merecem ser aprofundados; veja-se que em todos os casos nos quais houve prisão processual, a decisão penal de mérito foi condenatória, o que permitiu ao autor relacionar esses dados a aspectos relativos à dissonância cognitiva. Embora se verifique o cuidado metodológico e a prudência na análise dos resultados, o próprio autor entende que suas constatações merecem novos estudos e não podem ser consideradas como uma pesquisa quantitativa (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Prisões Cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 23, v. 117, novembro-dezembro de 2015. p. 263-285).

²⁵⁶ “As definições conceptuais de dissonância e consonância apresentam algumas dificuldades sérias de medição. Se quisermos que a teoria da dissonância tenha relevância para dados empíricos, impõe-se que sejamos capazes de identificar dissonâncias e consonâncias de forma inequívoca (FESTINGER, Leon. *Teoria da Dissonância Cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 23).”

²⁵⁷ FESTINGER, Leon. *Teoria da Dissonância Cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 14.

²⁵⁸ FESTINGER, Leon. *Teoria da Dissonância Cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 14.

cognição, independente do inquérito policial, poderá interferir nos mecanismos mentais. A dissonância, então, pode surgir de situações absolutamente desconectadas do caso concreto, desencadeadas por hábitos culturais, opiniões ou experiências passadas.²⁵⁹ Veja-se que não se nega o efeito consonante que os autos do inquérito policial podem desencadear, entretanto, há de se observar que no cotidiano forense nacional o inquérito policial nem sempre é lido integralmente, de maneira que a decisão de recebimento da denúncia mostra-se superficial em termos de fundamentação.²⁶⁰ Ademais, pode-se afirmar com base em conhecimento vulgar, que a audiência de instrução – muitas vezes – é conduzida sem uma leitura profunda do caso penal pelo magistrado, de sorte que “para quase toda e qualquer ação que uma pessoa possa empreender, para quase todo e qualquer sentimento que ela possa abrigar, é mais do que provável que exista pelo menos um elemento cognitivo em dissonância com esse elemento ‘comportamental.’”²⁶¹

Como se disse antes, esses posicionamentos podem constituir críticas à tese proposta. Contudo, embora os argumentos sejam respeitáveis, entende-se de modo diverso. Veja-se que o direito não é capaz de disciplinar a subjetividade, pois trata-se de um fenômeno mental complexo e inalcançável. Assim, o juiz que, antecipadamente externar sua convicção sobre o mérito caso concreto, demonstrará a quebra da imparcialidade, mas essa será reconhecida no plano externo, na medida em que o fato se torna visível.²⁶² Por essa razão, levando em conta o interregno procedimental, defende-se que a realização da audiência preliminar não quebra a imparcialidade do juiz, trata-se –

²⁵⁹ “A dissonância existe, simplesmente, porque a cultura define o que é consonante e o que não é. Em alguma outra cultura, essas duas cognições talvez não fossem dissonantes, de maneira alguma. [...] A dissonância pode resultar em virtude de uma opinião específica ser algumas vezes incluída, por definição, numa opinião mais geral. Assim, se uma pessoa é adepta do Partido Democrata, mas, numa eleição, prefere o candidato republicano, os elementos cognitivos correspondentes a esses dois conjuntos de opiniões são dissonantes entre si porque ‘ser democrata’ inclui, como parte do conceito, favorecer os candidatos democratas. [...] A dissonância pode ocorrer em virtude da experiência passada. Se uma pessoa estiver parada na chuva e, ao mesmo tempo, não visse prova alguma de que estava ficando encharcada, essas duas cognições seriam dissonantes entre si, pois ela sabe por experiência que ficar molhado decorre de andar na chuva (FESTINGER, Leon. *Teoria da Dissonância Cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 22).”

²⁶⁰ Nesse sentido consolidou-se a exegese do artigo 395 do Código de Processo Penal, nos termos das reiteradas manifestações pretorianas: “[...] Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e na esteira do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, consagrou-se o entendimento da inexigibilidade de fundamentação complexa no recebimento da denúncia, em virtude de sua natureza interlocutória, não se equiparando à decisão judicial a que se refere o art. 93, IX, da Constituição Federal [...] (RHC 74.510/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 28/04/2017).”

²⁶¹ FESTINGER, Leon. *Teoria da Dissonância Cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 24.

²⁶² O que vai ao encontro da jurisprudência da Corte Europeia, considerando a teoria da aparência.

justamente – de aumentar o *saber* do magistrado, assegurando que esse juiz – antes do recebimento da acusação – também possa ser persuadido pelo acusado.

Desse modo, a reflexão sobre imparcialidade subjetiva exige, também, que se aborde alguns aspectos relativos a neutralidade do julgador ou de sua decisão. Isso porque parte da doutrina busca diferenciar neutralidade de imparcialidade subjetiva, com toda a complexidade englobada nessa questão.

Veja-se que o ideal de neutralidade do juiz é inatingível,²⁶³ pois o magistrado carrega consigo a imensa complexidade de suas experiências pessoais e profissionais, seus traços culturais, as repercussões do caso na mídia ou na coletividade, etc. Assim, todo olhar tem um ponto de partida anterior e preexistente. Ainda que se diga que a imparcialidade subjetiva envolve a opinião do juiz sobre o caso concreto não contaminada pelas experiências ou por pré-juízos, ao passo que a neutralidade seria abstrata e não direcionada caso penal, verifica-se que a cognição mental é tão complexa que todo o fato apresentado repercutirá - de alguma forma - na esfera mental do julgador, conscientemente ou não,²⁶⁴ de maneira que a estreita racionalidade aplicada ao caso

²⁶³ Mediante um discurso crítico, HERKENHOFF é direto ao romper com a ilusão da neutralidade: “Começando pela contribuição à reflexão, junto com muitos autores, tenho repetidamente afirmado que não existe a suposta neutralidade política e ideológica dos juristas, inclusive dos juízes. Na sociedade de classes em que vivemos, dividida e antagônica, agravada, no caso do Brasil, pelas imensuráveis diferenças econômicas entre ricos muito ricos e pobres muito pobres, ninguém é neutro, e o jurista também não é neutro. [...] Os juízes que mais alardeiam uma suposta neutralidade ideológica são aqueles que, em nome dessa neutralidade, apegam-se à lei e à letra da lei, com toda sua estrutura de conservação, consagradora do antidireito (HERKENHOFF, João Batista. *Direito e Utopia*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 58).”

²⁶⁴ Veja-se que há uma complexa relação entre inconsciente e consciente, a qual até hoje constitui objeto de pesquisa da psicanálise. Esses estudos têm início nas pesquisas FREUD e foram aprofundados pelos pesquisadores que lhe sucederam. Sobre a mente humana, dizia FREUD que o estado de consciência não é perene, de modo que as ideias – eventualmente conscientes - repousam longos períodos no inconsciente, por vezes reprimidas (FREUD, Sigmund. *O Ego e o Id e outros trabalhos*. v. XIX. Tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976. p. 25-27). Além disso, FREUD aprofundou a análise das estruturas mentais, sistematizando as funções do ego, do id e do superego. O id, nesse aspecto, não reconhece senso moral, pois orienta-se pelo princípio do prazer; coincidindo com a instância psíquica do inconsciente; responsável pelas pulsões, o id está em constante interação com o ego (ZIMERMANN, David. E. *Fundamentos psicanalíticos: teoria, técnica e clínica – uma abordagem didática*. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 83). O ego, por sua vez, é a instância mental que controla as descargas e excitações para o mundo externo, supervisionando os processos mentais; à noite repousa, embora permaneça vigilante sobre os sonhos (FREUD, Sigmund. *O Ego e o Id e outros trabalhos*. v. XIX. Tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976. p. 28-29). ZIMERMANN, analisando a obra de FREUD através dos teóricos posteriores, afirma que o ego, diferente do sustentava FREUD, não se desenvolve a partir do id, mas é inato e com energia própria, com funções rudimentares desde o nascimento. Contudo, fato é que o ego, embora funcione como instância mediadora, integradora e harmonizadora das pulsões do id, possui raízes no inconsciente (ZIMERMANN, David. E. *Fundamentos psicanalíticos: teoria, técnica e clínica – uma abordagem didática*. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 83). Dessa maneira, afirmava FREUD, o ego constitui uma parte do id (modificada por aspectos externos), de sorte que o ego procura realizar as influências do mundo exterior no id, esforçando-se para substituir o princípio do prazer – intenso no id – pelo princípio da realidade. No entanto, em certos momentos “o ego tem o hábito de transformar em ação a vontade do id, como se fosse sua própria”

concreto não pode ser obtida. Veja-se que o juiz será um terceiro alheio aos interesses das partes, mas sua cognição nunca será neutra, sob esse aspecto, neutralidade e imparcialidade são distintas, mas a subjetividade também estará presente na decisão. Nesse sentido, POZZEBON expõe a complexidade desses fatores:

A incorporação do ideal de neutralidade fundamentado no testemunho de justiça confirma o relevo dado às evidências da visão dual. As premissas que embasaram a ciência moderna e que serviram como pressupostos para o Direito estão estruturadas na experimentação, objetividade, neutralidade e generalização. Essas premissas se complementam e demarcam o conhecimento científico. A experimentação trouxe a primazia da técnica e a objetividade sustentou o discurso da neutralidade do cientista e do próprio juiz. As humanidades em geral, assim como as ciências sociais aplicadas, como é o caso do Direito, buscaram para si o caráter científico. Durante três séculos, foram aplicadas em diferentes campos do saber, instituindo o sujeito da modernidade. [...] O conceito de imparcialidade não se confunde com o de neutralidade, porque a atividade do juiz é sempre criativa e, ao decidir, o juiz agregará algo seu à decisão. A ‘verdade’ dos autos não é a verdade real, mas uma ‘verdade’ possível, que se dá narrativamente. [...] Assim, a decisão não é fruto de razão ou da subjetividade, mas de razão e subjetividade simultaneamente. O juiz não é parcial ou imparcial, mas parcial e imparcial. A decisão não é ‘verdadeira’ ou falsa, mas ‘verdadeira’ e falsa. É tudo isso.²⁶⁵

Assim, em certa medida, a iniciativa de reduzir o subjetivismo (ou a contaminação da decisão pela emoção) constitui uma projeção da própria razão moderna. Como afirma POZZEBON quando retrata a transição do “juiz boca-da-lei” para o “juiz criativo”: “a subjetividade é reconhecida e aceita desde que controlada ou controlável pela razão,

(FREUD, Sigmund. *O Ego e o Id e outros trabalhos*. v. XIX. Tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976. p. 39).” Já o superego tem sua definição ligada ao complexo de Édipo, de maneira que constitui uma espécie de graduação do próprio ego (FREUD, Sigmund. *O Ego e o Id e outros trabalhos*. v. XIX. Tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976. p. 42). Situado quase que completamente no inconsciente, o superego é responsável pela formação de sentimentos de culpa, angústias e medos, entretanto, mesmo diante dessas funções, id e superego – eventualmente – estabelecem alianças, o que reforça a complexidade da mente (ZIMMERMAN, David. E. *Fundamentos psicanalíticos: teoria, técnica e clínica – uma abordagem didática*. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 83-84). Assim, pode-se afirmar que o id possui dois caminhos para ingressar no ego; o primeiro é direto, assediando-o mediante impulsos, o segundo é através do superego. O ego, então, vale-se das experiências da vida que lhe enriquecem e, com o auxílio do superego, utiliza as experiências passadas e armazenadas no id e as transforma em novas ações. Por outro lado, o ego está comprimido entre “três senhores e, conseqüentemente, é ameaçado por três perigos: o mundo externo, a libido do id e a severidade do superego. [...] Em sua posição a meio-caminho entre o id e a realidade, muito frequentemente se rende à tentação de tornar-se sicofanta, oportunista e mentiroso, tal como um político que percebe a verdade, mas deseja manter seu lugar no favor do povo (FREUD, Sigmund. *O Ego e o Id e outros trabalhos*. v. XIX. Tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976. p. 72-73).” Dessa forma, as tensões inconscientes entre ego, id e superego – com demandas contraditórias – repercutem na formação da personalidade (QUINODOZ, Jean-Michel. *Ler Freud: guia de leitura da obra de S. Freud*. Tradução de Fátima Murad. Porto Alegre: Artmed, 2007. p. 225) e, justamente por isso, influenciam na forma com que os homens percebem a realidade e os fatos.

²⁶⁵ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *A ampliação da visibilidade nos julgamentos criminais*. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (organizadora). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II*. Porto Alegre: ediPUCRS, 2010. p. 219-224.

através da fundamentação, de modo a evitar os ‘perigos do subjetivismo’”.²⁶⁶ Observe-se que não se defende que a atividade jurisdicional possa prescindir da razão, no entanto, é necessário reconhecer que a decisão judicial será composta sempre por razão e emoção,²⁶⁷ será objetiva e subjetiva,²⁶⁸ será parcial e imparcial; justamente por isso, a dualidade cartesiana não pode ser tomada como absoluta.²⁶⁹

Ademais, quando se pondera sobre o sistema de garantias e sobre os *contrapesos* necessários para tornar os indivíduos iguais frente ao Estado-Acusação verifica-se que haverá espaços de poder nos quais o controle puramente racional e objetivo não alcança.²⁷⁰ Isso não implica a renúncia ao sistema ou o descarte dos mecanismos de

²⁶⁶ E acrescenta o autor: “Assim, mesmo com o reconhecimento de que a criatividade judicial implica aumento de subjetividade, a Racionalidade permanece fornecendo os pilares da jurisdição: imparcialidade, segurança jurídica, certeza, previsibilidade e controle através da fundamentação (POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal*. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de Direito, PUCRS, 2005. p. 165 e 171).”

²⁶⁷ Veja-se que diante da complexidade humana, a decisão penal será sempre uma escolha axiológica, as quais refletem a construção das individualidades, motivo pelo qual o mito da neutralidade não mais se sustenta (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (coordenador) *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001).

²⁶⁸ Nesse sentido, expondo agudo posicionamento, PORTANOVA defende a liberdade da prestação jurisdicional frente à realidade social, na medida em que o julgamento é também um momento de criação e sentimento: “O juiz não é escravo da lei. Pelo contrário, o juiz deve ser livre, deve ser responsável. Enfim, dotado de inteligência e vontade, o juiz não pode ser escravo, nem da lei. A sentença, provindo de *sentir*, tal como *sentimento*, deve expressar o que o juiz sente, diante desse sentimento definir a situação. Não há como afastar, assim, o subjetivismo do julgador no ato de julgar. Claro que há o risco de erro: também o legislador é falível. Em confronto entre as falibilidades do juiz e do legislador, parece menos danoso que se fique com as do juiz que está mais próximo das partes. Enfim, não há temer pela ditadura do Judiciário, pois, além de não haver qualquer registro histórico de tal evento, trata-se de um poder desarmado e transparente pela motivação de suas decisões e pela fiscalização técnica das partes (PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992. p. 129-130).” Veja-se que, embora defenda um protagonismo efetivo do juiz, PORTANOVA reconhece que a motivação exerce um papel importante no controle da decisão.

²⁶⁹ Interessante que o próprio Descartes manteve-se em contato com o subjetivismo (religião) e com ela não rompeu: “Descartes, adepto da ciência de Galileu, inclinava-se para a primeira concepção. Supõe-se que Pascal disse a Descartes, que este teria querido prescindir de Deus, mas que precisava dele para <<dar um piparote e pôr o mundo em movimento; para lá disso, não tinha necessidade de Deus>>. Isto, certamente, não faz justiça a Descartes, que era um católico praticante e mantinha uma boa dose de teísmo tradicional no seu sistema. <<Pela palavra ‘Deus’ quero dizer>>, escreveu ele na obra *Méditations*, <<uma substância infinita, eterna, imutável, independente, onisciente, e pala qual eu próprio e todas as coisas existentes... fomos criados e produzidos>> [...] No interesse da ciência, Descartes reduziu a actividade divina do mundo, embora não a tivesse eliminado por completo (BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno*. Tradução de Maria Manuela Alberty. v. I. Lisboa: Edições 70, 1990. p.94-95).”

²⁷⁰ Veja-se que o sistema de garantias contém certa abstração utópica, na medida em que haverá espaços de discricionariedade, embora não se possa prescindir dessa abstração na busca de soluções concretas que limitem o exercício inadequado do poder. Nesse aspecto, FARRAJOLI afirma que o modelo garantista nunca será plenamente realizável, já que os juízes não são máquinas capazes de analisar fatos e emitir sentenças, assim, as decisões judiciais serão em maior ou menor escala discricionárias. No entanto, isso não impede que a lei venha a aperfeiçoar o sistema, incorporando institutos processuais que potencializem seu ideal utópico (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 42-43).

contrapeso, significa identificar as limitações existentes e a própria complexidade.²⁷¹

Nesse sentido, argumenta POZZEBON:

O sistema se propõe a oferecer 'garantias' a partir de um controle da subjetividade e da própria racionalidade, a partir da concepção moderna de razão totalizadora, mas que, em termos absolutos, é impossível. Não há como separar razão e subjetividade em compartimentos estanques no momento de formar a convicção e de tomar uma decisão entre duas hipóteses – verdadeiro ou falso, condenatória ou absolutória, procedência ou improcedência.²⁷²

E complementa o autor:

Dessa forma, a compreensão da hipótese dos autos para julgamento, através de um procedimento de valoração da prova ali contida, com a aplicação do dispositivo de lei cabível à espécie, não pode ser um processo meramente objetivo, pois presente no processo mental do juiz sua pré-compreensão sobre as coisas, onde estão suas vivências, seus valores, sua história, suas paixões, seus ódios, amores e tudo mais que formam a complexidade humana. Quando o magistrado examina a prova dos autos para julgamento, por mais que se esforce, e é dever seu assim agir, para decidir da forma mais objetiva possível, nunca poderá excluir sua subjetividade, e mais: quando vai decidir, mesmo quando está sendo racional, está usando suas emoções, pois elas não podem ser dissociadas.²⁷³

Importante esclarecer que não se pretende utilizar a teoria de POZZEBON como argumento para se contrapor as ponderações da doutrina crítica sobre a imparcialidade, no entanto, o autor permite que se compreenda a complexidade existente na decisão penal e a impossibilidade de se atingir a neutralidade.

Ademais, essa visão complexa dos fenômenos não abandona a necessidade de fundamentação das decisões. Veja-se que a motivação constitui uma garantia com duplo

²⁷¹ "O Estado Democrático e Social de Direito está em profunda crise. A jurisdição e, especialmente, a decisão judicial, não podem mais ser concebidas como um ato fruto de objetividade pura, sendo obrigadas a conviverem com as incertezas, riscos, imprevisibilidade e inseguranças de uma realidade cada vez mais complexa e veloz (POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *A ampliação da visibilidade nos julgamentos criminais*. In. GAUER, Ruth Maria Chittó (organizadora). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II*. Porto Alegre: ediPUCRS, 2010. p. 221)."

²⁷² POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal*. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de Direito, PUCRS, 2005. p. 213.

²⁷³ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal*. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de Direito, PUCRS, 2005. p. 215-216.

sentido, na medida em que opera na esfera política²⁷⁴ e processual,²⁷⁵ concomitantemente. A racionalidade, nesse aspecto, ocupa espaço importante na fundamentação, pois é através dela que a subsunção do fato à norma ganha concretude, de sorte que os limites dessa análise são estabelecidos pela razão.²⁷⁶ O juiz diante disso, não será alguém neutro, inerte frente ao mundo que lhe cerca e frente às tendências políticas; em suas decisões haverá – certamente – tendências ideológicas, conservadoras ou liberais,²⁷⁷ contudo, suas determinações – complexas – são passíveis de controle externo, o que se obtém através da fundamentação.

Voltando a questão da imparcialidade subjetiva (proposta por parte da doutrina), ou seja, a opinião do juiz sobre o caso concreto, entende-se que esta deve ser avaliada em

²⁷⁴ Conforme ensina GOMES FILHO: “o Estado de direito, como sintetizou Brüggemann, é o ‘Estado que se justifica’, diversamente do poder autoritário, em que se exerce de forma absoluta e também *oculta* [...] Antes de tudo, vale sublinhar que diversamente do que sucede com os parlamentares, cujo poder decorre do sufrágio popular e, por isso mesmo, pode ser renovado ao final do mandato, na grande maioria dos países os magistrados não são escolhidos pela via eleitoral ou não recebem aprovação do Parlamento para o exercício de suas funções judicantes [...] Por isso que nos regimes democráticos a legitimação dos membros do Judiciário – que não resulta da forma de investidura no cargo – só pode derivar do *modo* pelo qual é exercida a sua função. Isso quer dizer que, para ser legítima, a atividade judiciária deve ser exercida com respeito às garantias da *justiça natural*: o juiz não age de ofício, nem em causa própria, e sua decisão é um ato que nasce do diálogo *entre* as partes e *com* as partes, que são destinatárias da decisão. Como uma espécie de prestação de contas desse modo de atuar, a motivação das decisões judiciais adquire uma conotação que transcende o âmbito do próprio processo para situar-se, portanto, no plano mais elevado da *política*, caracterizando-se como instrumento mais adequado ao controle sobre a forma pela qual se exerce a função jurisdicional (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 2001. p. 76-79).”

²⁷⁵ Prossegue o autor: “Numa perspectiva relacionada à técnica processual, a fundamentação constitui um dos requisitos formais das decisões (ou de determinadas decisões) e, como tal, vem tratada nos códigos e leis processuais que, com essa exigência, buscam atender a certas necessidades de racionalização e eficiência da atividade jurisdicional. [...] a obrigatoriedade de apresentação das razões da decisão representa, é certo, um forte estímulo à efetiva imparcialidade e ao exercício independente da função judiciária, impedindo escolhas subjetivas ou que constituam resultado de eventuais pressões externas. É a exigência de explicitação do *iter* decisório que induz a que nele apenas sejam considerados dados objetivos, até porque é sempre difícil dissimular escolhas que foram resultados de motivos espúrios ou de meros fatores subjetivos. Ao revés, pode também a motivação constituir o ponto de partida para a descoberta desses eventuais motivos espúrios ou subjetivos, que tenham influenciado as escolhas adotadas, evidenciando o verdadeiro caminho metal do seguido para alcançar a solução das diversas questões debatidas (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 2001. p. 95 e 99).”

²⁷⁶ “Assim, em que pese se admita na figura do ‘juiz criativo’, característico do Estado Democrático Social de Direito, uma maior liberdade e subjetividade no momento de decidir, permanece tendo na sua razão o controle dos limites desta subjetividade. Ainda presentes os conceitos de segurança jurídica, de previsibilidade, o juiz deve demonstrar, dialeticamente, a partir da fundamentação, que a razão prevaleceu sobre a emoção. A imparcialidade, assim, adquire a forma de expressão da razão moderna na prestação jurisdicional, que não se mistura com a subjetividade, embora admita sua presença no momento de decidir, o que permite vislumbrar a busca da pureza objetiva da fundamentação nos moldes modernos (POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal*. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de Direito, PUCRS, 2005. p. 229-230).”

²⁷⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Freitas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 90-99.

espectro mais amplo. Tendo em vista a complexidade da mente humana, sustenta-se que o julgador sempre estará sujeito a influências externas e internas, as quais - certamente - irão compor o processo decisório, em maior ou menor escala. Trata-se de compreender a decisão como um fruto objetivo e subjetivo,²⁷⁸ de maneira que as impressões pessoais são elementos essenciais à própria condição humana, inexoravelmente presentes.²⁷⁹

²⁷⁸ Nesse sentido, não se pode ignorar a contribuição de DAMÁSIO realizada a partir de estudos de casos relacionados a lesões cerebrais. O autor, que desenvolve sua pesquisa com base na neurociência, demonstra que razão e emoção constituem elementos essenciais no processo decisório. O principal caso trabalho por DAMÁSIO envolve um capataz da construção civil, Phineas P. Gage, que - em 1848 - teve o crânio transfixado por uma barra de ferro. Na ocasião, Gage estava preparando a detonação de uma rocha nas obras da Estrada de Ferro Rutland & Burlington, na Nova Inglaterra, quando uma explosão causou o acidente. Gage, contrariando todas as possibilidades, sobrevive ao acidente e graças ao seu médico, John Harlow, tem alta hospitalar em pouco menos de dois meses. O corpo do capataz estava curado, mas sua mente era outra, de maneira que os relatos de Harlow - nos anos que seguiram ao acidente - constituem importante fonte para a análise desse caso médico. Phineas Gage, antes homem de comportamento equilibrado, operário confiável e responsável, tornou-se um homem de caráter inconstante. Vítima dos impulsos e das paixões, Gage perdeu o equilíbrio entre suas faculdades intelectuais e suas propensões animais, tornando-se uma pessoa vulgar, inconveniente, caprichosa, irreverente, obscena, vacilante e sem respeito por convenções sociais. E, principalmente, como relata DAMÁSIO: “ele já não conseguia fazer escolhas acertadas, e as que fazia não eram simplesmente neutras. Não eram as decisões reservadas e apagadas de alguém cuja mente está prejudicada e que receia agir, mas decisões ativamente desvantajosas (DAMÁSIO, António R. *O Erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano*. 2. ed. Tradução de Dora Vicente; Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 23-31).” Considerando o caso de Gage como ponto de partida, DAMÁSIO enfrenta outros casos semelhantes, nos quais também houve lesão cerebral em áreas específicas da mente, de maneira que suas conclusões indicam existir uma íntima relação entre emoção e razão, o que afirma através de complexo estudo das áreas lesionadas, funções mentais mantidas e das prejudicadas e do comportamento anterior e posterior à lesão. Conforme explica o autor: “sugeri no início do livro que os sentimentos exercem uma forte influência sobre a razão, que os sistemas cerebrais necessários aos primeiros se encontram enredados aos sistemas necessários à segunda e que esses sistemas específicos estão interligados com os que regulam o corpo. [...] Assim, pode existir um elo de ligação, em termos anatômicos e funcionais, entre razão e sentimentos e entre esses e o corpo. É como se estivéssemos possuídos por uma paixão pela razão, um impulso que tem origem no cerne do cérebro, atravessa outros níveis do sistema nervoso e, finalmente, emerge quer como sentimento quer como predisposições não conscientes que orientam a tomada de decisão. A razão, da prática à teórica, baseia-se provavelmente neste impulso natural por meio de um processo que faz lembrar o domínio de uma técnica ou de uma arte. Retire-se o impulso, e não é mais possível alcançar essa perícia. Mas o fato de se possuir esse impulso não faz de nós, automaticamente, peritos. [...] Conhecer a relevância das emoções nos processos de raciocínio *não* significa que a razão seja menos importante do que as emoções, que deva ser relegada para segundo plano ou deva ser menos cultivada. Pelo contrário, ao verificarmos a função alargada das emoções, é possível realçar seus efeitos positivos e reduzir seu potencial negativo (DAMÁSIO, António R. *O Erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano*. 2. ed. Tradução de Dora Vicente; Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 276-277).”

²⁷⁹ “Assim, sem desconsiderar as diferenças entre neutralidade e imparcialidade feitas pelos diversos autores [...], para nós, enquanto a neutralidade só pode ser concebida a partir da razão totalizante e excludente da subjetividade como forjada pelo conhecimento moderno na busca por uma objetividade pura (com verdades absolutas, linearidade e certezas), a imparcialidade baseia-se em uma razão que convive com o sentimento (e necessita dele para se decidir entre duas hipóteses postas) e admite as limitações que o conhecimento contemporâneo reconhece (a verdade como possibilidade, a descontinuidade e a incerteza). A partir da razão moderna, que procurou excluir a emoção do ato de decidir, os conceitos de neutralidade e imparcialidade se mitificam (POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal*. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de Direito, PUCRS, 2005. p. 331).”

Diante disso, sustenta-se que a decisão penal será sempre uma mistura entre razão e emoção, afirmação que se faz frente a complexidade do comportamento humano. Certamente, a prestação jurisdicional deve observar os limites típicos dessa fase procedimental. Por outro lado, a figura do juiz de garantias – indicada pela doutrina como instituto que preserva a imparcialidade do juiz do processo – ainda não foi incorporada ao nosso ordenamento, contudo, caso venha a ser adotada, não há incompatibilidade com a presente proposta. A argumentação em favor desse modelo leva em conta diversos aspectos, os quais ultrapassam o objeto aqui delimitado, razão pela qual deixa-se de enfrentar profundamente esse tema. No entanto, a introdução do juiz de garantias não fará com que as decisões proferidas na fase preliminar se tornem puramente racionais, da mesma forma, o juiz do processo – nesse modelo – não ficaria imune às convicções (ou até suposições paranoicas) pré-existentes, julgando ou não na investigação.

Estabelecida essa perspectiva, entende-se que a audiência preliminar de interregno procedimental deverá ser presidida pelo mesmo magistrado que prestou jurisdição na investigação. Não se observa, nesse aspecto, quebra de sua imparcialidade pelo simples fato de ter decidido – dentro de determinado limite de cognição – questões de interesse da acusação ou da defesa ou, ainda, pelo fato de ter realizado a leitura dos autos da investigação. Aliás, é fundamental que esse magistrado tenha contato com os autos do inquérito, caso contrário a própria audiência não poderia ser realizada, pois careceria de um instrumento informativo.

Situação diferente é aquela em que o magistrado, ao decidir determinada situação, aprofunda demasiadamente sua cognição, ultrapassando o juízo de probabilidade e ingressando em juízo de certeza.²⁸⁰ Nesses casos, a fundamentação e a valoração dos elementos documentados quebram a imparcialidade,²⁸¹ o que se verifica

²⁸⁰ Como explica BADARÓ: “as medidas cautelares surgem como instrumento que assegura o provimento final. No entanto, como normalmente a instrução não está concluída, não se pode decidir com base em um juízo fundado em cognição profunda e exauriente. Decide-se, então, não com certeza, isto é, concluindo pela existência ou não do delito, mas de acordo com um juízo de probabilidade, decorrente do *fumus commissi delicti*, de que ao final será aplicado o direito de punir, por meio de uma sentença penal condenatória (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 988).”

²⁸¹ “Si embargo, ni toda intervención del Juez anterior al juicio oral puede ser considerada como actividad instructora, ni todo que hacer de instrucción preparatoria compromete la imparcialidad objetiva del juzgado. a) El simple hecho de que un Juez haya tomado decisiones antes del juicio oral no puede, em si mismo, justificar la apreciación de su parcialidade. [...] No obstante, se producirá dicha vulneración en casos especiales en que se aprecie que el Tribunal, al resolver un recurso o dictar alguna outra resolución de su competencia previa al enjuiciamiento, haya expresado un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del imputado (MORENO, Faustino Cordón. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 116-117).”

no plano objetivo (aparência), de tal sorte que esse juiz não poderá presidir a audiência preliminar, nem conduzir o processo posteriormente. Veja-se que o atual Código de Processo já conta com dispositivo legal que permite às partes recusar o juiz nessa hipótese, haja vista o artigo 112, o qual – com pequenas adaptações – poderia ser aplicado. Aliás, como já se demonstrou, essa solução segue atual entendimento do TEDH, não basta – para afastar o magistrado do processo – a simples participação do juiz na investigação, exige-se a análise concreta da prestação jurisdicional.

Resumindo, entende-se que o juiz da audiência preliminar não tem sua imparcialidade quebrada pelo simples fato de ter participado da investigação policial, no entanto, abre-se a possibilidade às partes de recusar esse magistrado em situações concretas, ou seja, quando se verifique que o nível de cognição prestada se apresenta incompatível com o momento procedimental (probabilidade), interessa verificar, dessa forma, a profundidade da decisão proferida na fase preliminar e seus fundamentos, o que só se resolve frente ao caso concreto.

Ainda que a afirmação acima esbarre em entimento diverso, parece evidente que o juiz da audiência preliminar deve ser o mesmo magistrado que recebe ou não a denúncia criminal. Isso porque essa autoridade jurisdicional já tomou conhecimento dos autos do inquérito e, portanto, tem elementos para avaliar as condições da ação penal; também porque o recebimento da denúncia situa-se na fronteira entre as fases, inaugurando a fase processual. Lembre-se que a audiência proposta deverá ser realizada com base no indiciamento feito pela autoridade policial e não diante da denúncia criminal, uma vez que um dos objetivos do ato é justamente evitar a denúncia. Assim, a decisão de recebimento da denúncia criminal – igualmente – situa-se em momento posterior a audiência preliminar, aliás, oferecimento da acusação pelo Ministério Público depende da audiência, nas duas situações, então, as fases já estão devidamente conectadas.

Refletindo sobre isso, verifica-se que prestação jurisdicional nesse interregno procedimental não ocorre dentro do processo propriamente dito, nem na investigação, pois encerrado o inquérito policial. Trata-se de um espaço próprio, ainda inexistente, de controle das imputações abusivas, de maneira que o acusado possa contraditar efetivamente um fato definido como crime e imputado no relatório policial.

Considerando essa perspectiva, é necessário avaliar o espaço de deliberação do magistrado na audiência preliminar. Nesse sentido, projeta-se três possibilidades concretas: (a) realização de diligências de interesse da defesa; (b) filtro de legalidade dos

atos de investigação; (c) arquivamento. Assim, levando em conta a jurisdição como direito fundamental, tem-se que a audiência é um espaço de limitação de poder, justamente por isso, a prestação jurisdicional deve ficar condicionada aos interesses da defesa, tão somente. A jurisdição, nesse momento, não se coloca enquanto poder de punir, mas como direito fundamental de proteção da liberdade potencialmente ameaçada pela investigação finalizada e prestes a ser confrontada pela ação penal (ainda não oferecida). Constitui, com efeito, em momento de controle dos poderes do Estado-Acusação, os quais – como se disse no início – escapam às formas jurídicas, haja vista o caráter inquisitório da investigação.

2.2 O conteúdo material do contraditório na fase investigatória e a audiência preliminar

A presente pesquisa iniciou com o propósito de demonstrar que não basta a existência de garantias previstas na Constituição, pois é necessário tornar o texto constitucional concreto e efetivo. Significa compreender que o processo de incorporação de uma nova ordem constitucional é algo complexo e lento, na medida em que enfrenta obstáculos na legislação penal em vigor à época da promulgação da Carta, obstáculos na cultura jurídica enraizada nas cortes e obstáculos que surgem do tecido social e que potencializam tensões no campo penal.²⁸²

Mas não apenas isso. Demonstrou-se que a fase preliminar é um ambiente diferenciado, no qual direito e política disputam espaço, na medida em que o poder do Estado não está inteiramente delimitado por formas jurídicas que lhe imponham limites. Isso porque nosso modelo processual admite esse espaço discricionário e inquisitivo, laconicamente regulamentado pelo Código de Processo Penal. O poder punitivo - nessa perspectiva – flui, ora incorporando as formas jurídicas, ora como mera sujeição

²⁸² Sobre esse ponto, inclusive, realizou-se dissertação de mestrado com enfoque criminológico. Mediante um recorte histórico de diversos períodos, procurou-se demonstrar que as técnicas arbitrárias de controle social utilizadas durante décadas no Brasil ainda se fazem presentes na atual ordem constitucional. Tal constatação – que pode ser compreendida à luz das teorias que abordam o estado de exceção permanente – indica que o projeto da Constituição de 1988 não está finalizado, uma vez que a legislação apresenta espaços demasiados para a arbitrariedade estatal. No entanto, cabe à democracia buscar sempre a concretização do estatuto jurídico do indivíduo, mediante a introdução de novos institutos processuais que potencializem o comando constitucional (SANT'ANNA, Marcelo Almeida. *Do estado de exceção à democracia? A adaptação das técnicas de exceção à ordem constitucional de 1988*. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2009).

política.²⁸³ Esse fluxo de poder produz saberes, de sorte que a verdade construída na investigação é fruto dessa relação de poder, organicamente seletiva e organizada em razão da acusação. A verdade da investigação é uma verdade produzida sem contraditório, é uma verdade que nasce na esfera política e - ao ser documentada no inquérito - ingressa no direito, reproduzindo internamente²⁸⁴ o que SCHMITT denomina como relações de amizade e inimizade.²⁸⁵ Trata-se de uma verdade que surge nas células capilares do sistema, materializada em atos de poder que não podem ser atribuídos unicamente a uma autoridade, mas sim a um conjunto de sujeitos e instituições, como explica FOUCAULT:

Dispomos, primeiro, da afirmação de que o poder não se dá, nem se troca, nem se retoma, mas que ele se exerce e só existe em ato [...] O poder, acho eu, deve ser analisado como uma coisa que circula, ou melhor, como uma coisa que só funciona em cadeia. Jamais ele está localizado aqui ou ali, jamais está nas mãos de alguns, jamais é apossado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona.²⁸⁶

Pois a compreensão do funcionamento do poder exige a introdução de *contrapesos* procedimentais que completem o projeto constitucional, haja vista a efetivação do contraditório antes do processo. Assim, a introdução de uma audiência preliminar se insere como contrapeso necessário no controle desse poder existente na investigação criminal que - atualmente - ingressa livremente no processo através da verdade documentada no inquérito. Não obstante, a audiência - por si só - é apenas um ato litúrgico, sendo necessário o efetivo contraditório para tornar esse instituto procedimental útil. Contudo, cumpre advertir que não se trata de buscar tão somente a legitimidade do poder,²⁸⁷ até porque diversas vezes sequer se tem a formalização documental de seu exercício, principalmente quando se verifica que pessoas são consideradas suspeitas em razão da cor da pele ou da posição social.²⁸⁸ Então, trata-se de

²⁸³ Trata-se de situação extremamente complexa, de maneira que não basta modificar o sistema de investigação criminal, uma vez que o problema também envolve a própria seletividade estrutural do direito penal. Por outro lado, não se pode afirmar - nessa tese - que a plena regulamentação da fase preliminar resolveria o problema, já que a regulamentação plena antecipa a dialética do processo, fragilizando a defesa.

²⁸⁴ Dentro da unidade política dos Estados.

²⁸⁵ SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1992.

²⁸⁶ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 21 e 35.

²⁸⁷ Não se pode ignorar que - sob certo aspecto - a jurisdição que se estabelece a partir do processo é uma forma de legitimar o poder, tornando a pena uma coação estatal democrática.

²⁸⁸ Não se imagina, apenas para exemplificar, que um policial admita que enquadrado como traficante determinada pessoa pelo fato de ela ser negra ou pobre e, ao contrário, fez um termo circunstanciado de

confrontar a verdade da investigação em espaço demarcado pelo direito e antes de o Estado oferecer a denúncia criminal, o que praticamente esgotaria os atos pré-processuais. O contraditório, com efeito, coloca-se como garantia fundamental nesse confronto e, com relação à fase preliminar, identifica-se duas funções essenciais: (a) função limitadora e (b) função isonômica.

2.2.1 Função limitadora

Quando se busca o conteúdo material²⁸⁹ do contraditório sob uma perspectiva constitucional é fundamental estabelecer que na fase pré-processual essa garantia deve funcionar com elemento limitador do poder punitivo. Veja-se que não se trata de proporcionar a plena e total dialética processual – até porque não há processo – mas assegurar que, através do contraditório, o acusado possa efetivamente reagir e influenciar a decisão de recebimento/rejeição da denúncia.

Diferente do direito civil, que se materializa nos atos da vida cotidiana sem a exigência da provocação jurisdicional,²⁹⁰ o direito penal só se realiza através do processo, de maneira que esse é o caminho necessário para a aplicação da pena. Trata-se de compreender o princípio da necessidade, ou como explica TUCCI: “a imposição de sanção ao infrator da norma penal material não pode ser imposta imediata e diretamente, mas, tão só, por meio do processo, com estrita observância de todas as formalidades em lei prescritas.”²⁹¹

Assim, o direito processual penal tem importante função, já que - em conjunto ao direito penal – deve limitar o exercício do poder do Estado-Polícia e o contraditório, como bem aponta FAZZALARI,²⁹² é fundamental para se possa atingir o provimento final. Ocorre que a imputação não nasce no processo, pois a gênese do fato penal situa-se na investigação criminal, a verdade que se coloca na decisão de recebimento da denúncia é uma “verdade que tem dono”, é uma verdade policial. Na atual sistemática, a “verdade do

outra - em situação semelhante - por ser ela branca ou economicamente superior, tratando-a como consumidora. Tais circunstâncias, subjetivas, estão além do direito, mas próximas da política.

²⁸⁹ Expressão utilizada para diferenciar o contraditório formal, reduzido ao binômio informação-reação.

²⁹⁰ Ingressar no ônibus, estacionar na faculdade, tomar um café no bar são exemplos de atos cotidianos que concretizam o direito civil, o direito do consumidor, etc. sem que, para tanto, seja necessário o processo civil.

²⁹¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 24.

²⁹² FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

réu” só surge após a resposta à acusação ou somente a partir da audiência de instrução. Não se pode negar, dessa forma, que o efetivo contraditório do fato penal – em uma imensa maioria dos casos – só será exercido na instrução do processo, uma vez que muitos acusados – diante da denúncia já recebida – optam por utilizar o prazo de resposta à acusação apenas para arrolar testemunhas e postular diligências. Mais ainda, há situações em que o réu somente irá exercitar concretamente o contraditório nas alegações finais, ou seja, praticamente na sentença de mérito, ao passo que o juiz – durante todo esse percurso – foi persuadido pela acusação e pela verdade nascida na investigação.

Assim, aguardar o processo - para somente a partir desse momento admitir a incidência do contraditório - implica em supressão do projeto constitucional, o qual potencializou essa garantia e não admite seu enclausuramento dentro dos limites do processo, há de se contraditar previamente os atos da investigação.

Então, considerando o funcionamento do poder na construção da verdade e seu ingresso na esfera jurídica, o contraditório constitui importante limite no prosseguimento da imputação nascida na investigação, o que de certa forma lembra a metáfora de ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR sobre o dique:

O direito penal deve programar o exercício do poder jurídico como um *dique* que contenha o estado de polícia, impedindo que afogue o estado de direito. Entretanto, as águas do estado de polícia se encontram sempre em um nível superior, de modo que ele tende a ultrapassar o *dique* por transbordamento. Para evitar isso, deve o *dique* dar passagem a uma quantidade controlada de poder punitivo, fazendo-o de modo seletivo, *filtrando* apenas a torrente menos irracional e reduzindo sua turbulência, mediante um complicado sistema de comportas que impeça a ruptura de qualquer uma delas e que, caso isto ocorra, disponha de outras que reassegurem a contenção.²⁹³

Embora a metáfora inicie falando do direito penal, a ideia defendida ilustra bem o que se deseja expor, até porque direito penal e direito processual penal podem ser considerados dois lados opostos, mas de uma mesma moeda. Observe-se, então, que o *dique* não pode romper, deve se resguardar através de comportas que permitam certo fluxo de poder e que não rompam. Refletindo sobre essa metáfora, a audiência preliminar se insere como um conjunto de “outras que reassegurem a contenção” (parafraseando o autor argentino). Significa perceber que o fluxo do poder não se interrompe, pois o Estado de polícia estará em constante movimento de transbordamento, mas cabe ao

²⁹³ ZAFFARONI, Raúl E.; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 156-157.

ordenamento limitar esse fluxo de poder, seletivamente; ou como sugerem ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR deve-se criar uma *contra-seletividade*:

O direito penal deve opor ao poder punitivo uma seletividade com sinal trocado, configurando perante ele uma *contra-seletividade*. A proposta de uma constante contrapulsão jurídica ao poder punitivo do estado policial, como um *unfinished*, importa atribuir ao juiz penal a função de um personagem trágico, cujas decisões nunca aparecerão como completamente satisfatórias, porque deve opor toda a sua resistência ao poder punitivo. O poder punitivo que ameaça transbordar do dique é aquele habilitado pelas leis com funções punitivas latentes ou eventuais. A respeito, porém, do poder punitivo que as leis manifestas habilitam, daquele que é menos irracional, não pode fechar-lhe completamente a passagem, embora deva envidar esforços para que seja aberta só quando estiverem ultrapassadas as comportas dos sucessivos momentos processuais (ele as entreabre com o processo, as abre com a prisão preventiva, determina a quantidade que deixa passar com a sentença e controla a que passa durante a execução) e estiver legalmente comprovado que em todos eles ocorre um pressuposto onde a racionalidade do poder está menos comprometida.²⁹⁴

Nesse sentido, na esfera pré-processual o contraditório é a garantia principal que permite certo controle do dique, operando através da decisão do juiz, mas para tanto é necessário um espaço procedimental em que a política se submeta ao direito. Desse modo, embora a audiência funcione semelhante ao dique, não se pode afirmar que ela – isoladamente – o substitui, enquanto única barreira do poder punitivo. Tal afirmação seria equivocada, na medida em que o direito penal já funciona como controle inicial ao determinar a tipicidade e, com isso, os primeiros limites do poder de polícia.

Assim - correndo o risco de se tornar repetitivo - cumpre destacar que a verdade da investigação produzida através do poder exige confronto pré-processual, pois – em determinadas situações - o fato por ela descrito não é crime, embora a verdade policial o diga que é, de sorte que o limite não será obtido através do direito material, uma vez que o sistema possui seus pontos cegos.²⁹⁵ Nesse aspecto, quem olha o “fato penal” documentado na investigação pode ter a falsa impressão de idoneidade, no entanto, essa

²⁹⁴ ZAFFARONI, Raúl E.; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 157.

²⁹⁵ “A medicina, a história, o direito e a comunicação social, todas estas áreas são galáxias da percepção e da luz. Não é circunstancial que todas elas lidem, de uma forma ou de outra, com o problema da prova. Na medida em que produzem diagnósticos, interessam-se pelas condições do que pode dizer-se ter ocorrido; cuidam do testemunho e das condições que rodeiam a sua recolha; importam-se com o relato; instalam-se nos cruzamentos entre a fonte, a percepção e a decisão; especializam-se no visível; acreditam numa devolução de visibilidade ao que não a tem; aceitam responder a expectativas de trazer à luz aquilo que se acredita ter-lhe sido roubado. É por isso que têm sempre, por definição, *pontos cegos*. Todo campo de visão os tem. Eles são consubstanciais ao exercício do olhar. O *ponto cego* é privilégio de quem vê (MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. xvi).”

percepção distorcida é um efeito indireto, fruto do poder político ao assumir forma jurídica.

O contraditório, nessa medida, tem como principal função o controle da imputação,²⁹⁶ todavia, para que se efetive essa concepção é necessário superar a compreensão formal de contraditório reduzida ao binômio informação-reação, pois esse é apenas o ponto de partida.²⁹⁷ A doutrina conservadora reduz a dimensão constitucional do contraditório, acanhando-o enquanto cláusula pétrea. Esses entendimentos reproduzem categorias do século passado, repetindo o equívoco de colocar o contraditório apenas como um atributo da fase processual, compreendendo a investigação como um espaço administrativo, meramente informativo e discricionário. Não obstante, esses preceitos ignoram a força normativa da Constituição, a qual não faz essa exata distinção entre as fases da persecução penal, ignoram também a impossibilidade de transpor as categorias de processo civil para o processo penal, na medida em que não são disciplinas idênticas.

Justamente por isso, ao buscar o conteúdo material do contraditório, essa tese segue o caminho já indicado por CARNELUTTI no momento em que escreveu “La Cenicienta”. Mediante a metáfora da fábula infantil da Cinderela, CARNELUTTI - desde 1950 - já defendia que o processo penal deveria desenvolver seus próprios institutos, afastando-se da construção teórica elaborada para o processo civil.²⁹⁸ Deve-se, portanto, ir além da lógica comum a superar a ideia de informação-reação para que o contraditório assuma sua posição instrumental-constitucional de limitação do poder de polícia.

Contudo, não se pretende introduzir uma nova epistemologia do contraditório, tal como fez DURIGON.²⁹⁹ O pesquisador, mediante uma abordagem complexa,³⁰⁰ busca

²⁹⁶ Compreende-se que essa é a função principal do contraditório, a qual é concretizada através de outras funções logo a seguir descritas.

²⁹⁷ No tópico “1.4 A natureza jurídica da investigação criminal frente ao contraditório e a ampla defesa” realizou-se a análise inicial do contraditório, mas os fundamentos estabelecidos anteriormente não esgotam seu conteúdo.

²⁹⁸ “La Cenicienta es una buena hermana a la cual no le passa por la imaginación elevarse de su rincón para que sus hermanas ocupen su puesto; no es, por consiguiente, una pretensión de superioridad que ella oponga a sus ciencias contiguas, sino únicamente una afirmación de paridad (CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Tradução de Santiago Sentís Meleno. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. p. 20.

²⁹⁹ DURIGON, Luís Gustavo. *Novas dimensões constitutivas do devido contraditório no processo penal contemporâneo*. 2016. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2016.

³⁰⁰ A pesquisa de DURIGON utilizou como método o pensamento complexo (MORIN, Edgar. *Método 1: a natureza da natureza*. Tradução de Ilana Heineberg. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2008), conforme expressamente refere: “Esse *modus epistemológico* que propomos parte de uma concepção inicial de *abertura e recusa ao enclausuramento*, sem, contudo, menosprezar a dogmática (DURIGON, Luís Gustavo.

romper completamente com a atual concepção de contraditório e desenvolver novos fundamentos especialmente concebidos para a persecução penal; nesse sentido, defende diferentes dimensões (legislativa, probatória e penal), as quais devem incidir ao longo do sistema punitivo; antes de publicada a lei e até na execução da pena. Embora ofereça uma série de exemplos, o pesquisador não demonstra como funcionaria essa nova epistemologia frente ao atual sistema processual; diferente do que se pretende realizar nessa tese. Com efeito, não se pode negar que sua contribuição é de grande importância, pois ultrapassa o lugar comum e supera a concepção de contraditório formal, desenvolvendo tal instituto com total atenção às peculiaridades do processo penal.

Por outro lado, tem-se a também importante contribuição de MAYA³⁰¹ sobre a oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal. Embora não constitua o núcleo de sua fundamentação, para MAYA o contraditório adquire especial relevo, pois - semelhante ao que fez DURINGON, mas mediante uma abordagem distinta - identifica o contraditório como o vínculo substancial entre processo penal e democracia, superando o contraditório formal para atingir o que denomina de contraditório substancial.³⁰²

Dessa maneira, tem-se esses trabalhos como conhecimento consolidado neste programa de pós-graduação, de sorte que não se pretende a desconstrução desses saberes, nem a realização de revisão bibliográfica sobre esse ponto; pretende-se, de fato, acrescentar argumentos a essas conclusões.³⁰³

Estabelecida essa perspectiva, cumpre observar que o contraditório - como já se afirmou - se coloca como garantia limitadora do poder punitivo, constituindo essa sua principal função. Tal afirmação, exige que se desloque o olhar do direito para o funcionamento do poder no campo penal e que se perceba que nem toda coação estatal atende ao projeto constitucional. Nessa hipótese, a política - enquanto manifestação de um poder sem legitimidade e, portanto, fora dos limites da legalidade - desafia os direitos

Novas dimensões constitutivas do devido contraditório no processo penal contemporâneo. 2016. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2016. p. 163." Dessa maneira, compreende-se os motivos que o levaram a identificar seu objeto de estudo como aberto e pronto para a construção de novos saberes.

³⁰¹ MAYA, André Machado. *A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal.* 2015. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2015.

³⁰² MAYA, André Machado. *A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal.* 2015. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2015. p 203-212.

³⁰³ Nesse aspecto, o método complexo utilizado por DURINGON é extremamente apropriado, na medida em que mantém o objeto de seu estudo em constante movimento, conectado a novas observações e saberes.

fundamentais, logrando os mecanismos internos³⁰⁴ das agências de controle³⁰⁵ ao construir uma verdade que será utilizada para o oferecimento da denúncia. Limitar o poder, então, é uma das funções do contraditório na fase preliminar a qual só se concretiza quando se assegura espaços procedimentais de confronto presididos pela autoridade jurisdicional. Explica-se:

Superando, então, a lógica tradicional, não basta permitir a reação. Considerando que nosso Código de Processo possui uma estreita ligação com a sociedade da década de 40, bem como com o Código de Rocco,³⁰⁶ a leitura da legislação ordinária deve ser realizada a partir da Constituição e não o contrário. Assim, uma leitura superficial da legislação sugere que o contraditório existe somente a partir da instauração do processo penal, no entanto, cumpre dizer que tal exegese não mais se admite. Ciente de que a pesquisa científica nem sempre pode firmar prognósticos - uma vez que existe o risco de se tornar especulativa - há um dado concreto que indica algum movimento do pensamento jurídico nacional, bem como viabilidade dos argumentos aqui expostos. Veja-se, por exemplo, a Súmula 707 do STF,³⁰⁷ a qual consolidou o entendimento de que o acusado deve ser intimado para constituir advogado de sua confiança antes mesmo do recebimento da denúncia. Muitos julgamentos³⁰⁸ declarando a nulidade de processos sucederam a Súmula e ao final prevaleceu a ideia de que não basta a existência de um defensor é necessário que esse defensor seja de confiança do acusado. Entre esses processos destaca-se o habeas corpus nº 75.871, pois esse caso exemplifica a superação do contraditório formal para a exigência de um contraditório material. Em apertada síntese, discutia-se a necessidade ou não de intimar o acusado para contrarrazoar recurso oferecido contra decisão que não admitiu a denúncia criminal, mesmo diante da nomeação de defensor dativo.³⁰⁹ Nesse aspecto, a legislação – concretamente – foi

³⁰⁴ Corregedorias ou a própria fiscalização interna pelas autoridades hierarquicamente superiores.

³⁰⁵ Polícias judiciárias, polícias militares, etc.

³⁰⁶ Nesse sentido prevê a exposição de motivos do Código de Processo elaborada em 1940: “Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: ‘Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas’”.

³⁰⁷ “Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo.”

³⁰⁸ Especialmente os seguintes julgados RHC 63.979 (publicado em 30/05/1986), HC 67.755 (publicado em 11/09/1992) e HC 75.871 (publicado em 09/10/1998).

³⁰⁹ Finalizando o voto que conduziu o acórdão manifestou-se o Ministro Ilmar Galvão: “Assim, a meu ver, procede o alegado cerceamento de defesa, devendo o processo ser anulado, em relação ao paciente, a partir

analisada a partir da Constituição e o contraditório³¹⁰ abriu um espaço procedimental de confronto da tese acusatória; ou melhor, a verdade da investigação foi confrontada antes de seu ingresso no processo, já que o recurso buscava a reforma da decisão que não recebeu a denúncia, de maneira que o direito de oferecer contrarrazões por advogado de confiança do acusado foi reconhecido, interpretação que ultrapassa a participação formal e permite a participação material.

Então, sob o fundamento do contraditório e da ampla defesa, abriu-se um efetivo espaço de confronto em momento anterior a instauração do processo penal. Não se ignora, por certo, que a acusação penal segue um fluxo contínuo - tal como a água no dique - aumentando o nível de imputação (o suspeito vira indiciado, o indiciado vira réu), contudo, tal continuidade não impede que se delimite fases distintas em diferentes momentos. Significa compreender que o poder de polícia, desencadeado inicialmente, sofrerá limitações, na medida em que avança sobre o direito de liberdade, de tal sorte que a continuidade da imputação não é incompatível com uma fase preliminar investigatória e uma fase processual. As características de uma e outra variam, sem que isso implique na completa abdicação do contraditório.

Assim, já que se busca o “*locus*” do contraditório pré-processual e seu conteúdo, cumpre traçar o limite final entre a fase investigatória e a fase processual. Essa fronteira deve ser clara o suficiente para evitar valorações indevidas, expressões ambíguas ou elementos normativos. Isso porque o princípio da legalidade não se restringe ao direito penal, embora por ele o tenha sido substancialmente desenvolvido como instrumento limitador do poder de punir:

un Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo **mediante** el Derecho penal, sino también **del** Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestade punitiva, para que el ciudadano no queda desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del ‘Estado Leviatán’.³¹¹

das Contra-razões ao recurso ordinário, inclusive, a fim de que seja o paciente intimado para constituir advogado para o oferecimento das Contra-razões ao recurso, seguindo-se o curso do processo.”

³¹⁰ Saliente-se que o acórdão se fundamenta na “ampla defesa”, mas - como se disse no início - grande parte da doutrina trabalha ambas garantias de modo único. Todavia, para o argumento que aqui se desenvolve utiliza-se apenas “contraditório”, de modo que a ressalva é feita tão somente em homenagem ao rigor que a pesquisa exige.

³¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoria del Delito*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña. t. 1. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 137.

O processo penal, nesse aspecto, está intrinsecamente conectado com o princípio da legalidade – não apenas porque será através do processo que as normas penais se concretizam³¹² – mas também em razão de que ao juiz é vedado dispor dos procedimentos (salvo nas situações em que pretenda dar interpretação constitucional a um direito fundamental, saliente-se: de aplicabilidade imediata nos termos do artigo 5º, §1º da CF). Ao abordar esse ponto, MAIER reforça tal afirmação, pois reconhece o alcance do princípio da legalidade no processo penal:

Sin embargo, en algún caso, la expresión tiene el mismo sentido, porque en materia de medidas de coerción, outra exteriorización del poder penal (procesal) del Estado, rige también el *principio de legalidad o legitimidad*, porque los órganos del Estado no pueden aplicar a los ciudadanos otros medios de coerción personal que aquellos permitidos y definidos por la ley; pero, aun en este caso, como se trata de normas potestativas y no de la sanción de una norma de deber, el principio es diferente o tiene un alcance distinto.³¹³

Dessa forma, para traçar esse limite é necessário identificar um ponto exato; o qual - se ultrapassado – não reste dúvida alguma sobre a existência de um processo penal, trata-se de verificar o primeiro ato processual idôneo, ou seja, aquele que transponha o nível de imputação e possa ser, concretamente reconhecido.³¹⁴ Para tanto, é necessário que o Estado-Juiz se manifeste sobre as condições da ação penal. Observe-se que ao Ministério Público não é dada a prerrogativa de assegurar a existência das condições da ação, lembre-se que sua natureza jurídica é de parte e, como tal, comprometida com a verdade policial. A independência funcional, nesse ponto, permite a liberdade necessária para formar sua *opinio delicti*, todavia, não afasta o princípio/regra da obrigatoriedade. Justamente por isso, o simples oferecimento da denúncia em cartório não pode ser considerado como ato processual, pois unilateral e sem qualquer controle.

Assim, entende-se que a decisão de recebimento da denúncia constitui o primeiro ato nitidamente processual, pois – embora de cognição superficial – realiza (ou

³¹² “El Derecho Procesal Penal tiene un indiscutible carácter normativo, por cuanto que al principio de legalidade del Derecho material, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, corresponde la legalidade del proceso: no hay proceso sin Ley (ALONSO, Pedro Aragoneses; LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos Viada. *Curso de Derecho Procesal Penal*. 4. ed. t. I. Madrid: Prensa Castellana, 1974. p. 45).”

³¹³ MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal: fundamentos*. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2012. p 121.

³¹⁴ “Cada processo, em concreto, tem *início* quando o primeiro ato processual é praticado (GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 292).”

deveria realizar) um filtro ao poder do Estado-Polícia;³¹⁵ a jurisdição – nesse aspecto – reclama uma dimensão maior do que apenas um poder-dever, impondo-se de fato como um direito fundamental. Por outro lado, deve-se considerar que a citação não possui os mesmos atributos para identificar o início do processo. Ainda que a citação válida³¹⁶ sirva para caracterizar a litispendência,³¹⁷ o ato de dar ciência da imputação ao réu deriva da decisão judicial que admitiu a denúncia, aliás, a citação – por si só – não possui motivação; seu fundamento encontra-se no acolhimento da acusação (“cite-se”), portanto, retrospectiva a ato processual já realizado. Não obstante, tal argumento não busca reduzir sua importância, pelo contrário, citar é informar, é permitir a reação; mas o processo precede a informação e não nasce com ela.

Demarcado esse limite, cumpre refletir sobre a decisão que não admite a denúncia, o que remete a análise ao comando contido na Súmula 707. Esse tipo de provimento jurisdicional, com efeito, coloca-se como barreira ao poder punitivo, significa que os elementos colhidos na investigação não foram suficientes para satisfazer um mínimo de justa causa para o desenrolar processual, ou seja, o Estado-Juiz impede a instauração do processo e nega o desenvolvimento das respectivas situações jurídicas de primeiro grau, típicas da instrução probatória. Dessa forma, a decisão que nega prosseguimento à denúncia criminal não estabelece um processo autônomo, ou um rito especial, ou melhor, não inaugura uma espécie de fase processual. Trata-se de efetivar o controle jurisdicional; trata-se de submeter a política ao direito. Ademais, seria um paradoxo: negar a instauração do processo contra o acusado e ao mesmo tempo permitir, via recurso, um processo contra o acusado.

Com base nesse raciocínio, defende-se que o procedimento desencadeado a partir do recurso oferecido contra a decisão que inadmite a denúncia não constitui um processo penal, ainda que nessas liturgias verifique-se o contraditório, quando se garante o direito do acusado de ser intimado para contrarrazoar. Nos termos do pensamento de FAZZALARI, o contraditório distingue *processo* de *procedimento*, mas é necessário

³¹⁵ “O processo penal só começa pelo exercício e a admissão de uma ação penal, pública ou privada conforme o caso (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 199).”

³¹⁶ “No processo penal, a citação não tem os mesmos efeitos que no processo civil (CPC, art. 240). Mas por aplicação analógica (CPP, art. 3º) do art. 240 do CPC, a citação, também, no processo penal, gera litispendência. (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 362).”

³¹⁷ A expressão não é apropriada para designar a duplicidade de imputações, no entanto, é a expressão utilizada pelo Código de Processo.

compreender também que os interessados no provimento final (decisão judicial) são chamados a participar – em contraditório - das diversas fases do procedimento, de modo que a participação dos interessados nessas etapas é fundamental e deve observar a forma legal, sob pena de o provimento final ser inválido.³¹⁸ Ocorre que o acusado mesmo intimado pessoalmente poderá abster-se e não constituir defensor reduzindo o alcance do contraditório e não participando efetivamente da discussão recursal, nesse caso, o procedimento deverá prosseguir com defensor público, mas a omissão do acusado não causará a invalidade da decisão. Por outro lado, FAZZALARI empresta especial relevância ao provimento final na análise dos processos, de modo que afirma que “é justamente a partir do ato final que podemos discernir e estudar os ‘processos’”.³¹⁹ Não obstante, o “provimento final” – nesse caso perseguido pela acusação - não encerra um processo, pelo contrário, permite justamente sua instauração. O provimento final do processo penal implica em uma condenação ou absolvição, esse é o conteúdo da jurisdição penal de mérito: aplicar ou não a pena, de maneira que o acórdão que reforma a decisão que inadmite a denúncia situa-se na esfera pré-processual. Assim, a teoria de FAZZALARI não pode ser plenamente transposta para a situação descrita, embora seja de grande relevância na construção da dogmática processual.

Compreende-se que a fase recursal que surge em função do não recebimento da denúncia constitui um procedimento, o qual – embora contenha contraditório – não pode ser qualificado como *processo*. Essa reflexão permite que se constate que o contraditório também está presente na fase pré-processual e, nesse caso, de forma substancial, pois – conforme o entendimento pretoriano – não basta qualquer advogado, deve ser o advogado de confiança, ou seja, aquele efetivamente capaz de reagir. Veja-se que isso dá significado concreto a ideia de igualdade entre as partes, qualificando a dialética procedimental ao assegurar mais densidade aos argumentos articulados em contrarrazões.

Dito isso, através do entendimento contido na Súmula 707 percebe-se que – atualmente - já se pratica uma intensa discussão procedimental pré-processual, com contraditório, o que expõe a cegueira da doutrina conservadora. Nesse caso, o contraditório fundamentou o entendimento jurisprudencial e esse modificou o

³¹⁸ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 33.

³¹⁹ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 33.

procedimento, exigindo que magistrados determinassem a intimação pessoal dos acusados sob pena de nulidade. Essa medida, nada mais é do que a introdução de um espaço procedimental de confronto, desencadeado pela informação (contraditório formal), mas perfectibilizado pelo advogado de confiança do acusado, ao usar o espaço para impugnar a verdade policial (contraditório material). Contudo, para a introdução da audiência preliminar não basta a interpretação jurisprudencial, tendo em vista o princípio da legalidade e a profunda modificação no campo penal (procedimento), é imprescindível a atuação legislativa para a introdução desse instituto.

Aprofundando esse tópico, deve-se ter presente que a garantia do contraditório no processo penal, para o acusado, tem sentido enquanto instrumento de preservação de seus direitos fundamentais, especialmente a liberdade. Ainda que seu objeto de estudo seja a Constituição Portuguesa de 1976, as lições de CANOTILHO servem perfeitamente para a presente situação. Pondera o autor que a Constituição entrega aos cidadãos um rico catálogo de direitos fundamentais, no entanto, o Estado não proporciona a devida estrutura procedimental/processual adequada para a efetiva realização desses direitos.³²⁰ Diante disso, diferentes perspectivas surgem. A primeira, com raízes no pensamento moderno, indica que a participação do indivíduo no procedimento, por si só, já constitui um direito fundamental.³²¹ Essa perspectiva – intimamente ligada com a ideia de dignidade da pessoa humana, democracia igualitária e Estado social – reclama que se assumam uma “política de direitos fundamentais processualmente concretizada ou a concretizar pelo <<Estado de prestações>>”.³²² Essa proposição, inicialmente defendida nas décadas anteriores, tende a se modificar, mas sem perder a narrativa central de que o procedimento/processo é condição indissociável aos direitos fundamentais. Assim, completa CANOTILHO:

Os direitos fundamentais recuperam o <<paradigma perdido>> o paradigma liberal voltando a conceber-se, essencialmente, como *direitos de defesa*. Daí que

³²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p 72.

³²¹ “Por outras palavras: a participação procedimental é, ela mesma, o exercício de um direito fundamental. Noutros termos porventura mais explícitos: o cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídicos-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efectiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p 73).” Para tanto, o autor parte das afirmações de HÄBERLE (HÄBERLE, Peter. *Grundrechte im Leistungsstaat*. VVDSTRL. n. 30).

³²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p 74.

o interesse do procedimento/processo, no âmbito dos direitos fundamentais, radique não na <<narratividade participativa>> típica do procedimento, mas no facto de os direitos fundamentais, concebidos como direitos de defesa, postularem *materialmente* (lado material) um espaço de auto-realização e de liberdade de decisão *procedimental/processualmente* garantido perante os poderes públicos (lado processual).³²³

Note-se a relevância dessa reflexão, na medida em que ao se reconhecer que o direito ao procedimento é um direito fundamental, deve-se igualmente reconhecer que o legislador tem a obrigação constitucional de criar as regras necessárias para a concretização desses direitos; daí porque CANOTILHO questiona se o Estado tem de fato esse dever.³²⁴ A resposta, como não poderia deixar de ser, expõe justamente esse ponto de vista, o que se obtém através da compreensão de que os direitos fundamentais de defesa, embora exijam a não intervenção na esfera jurídica do cidadão, implicam em uma efetiva intervenção estatal:

Reconhecer direitos de defesa significa *direito à existência de tribunais, direito à jurisdição, direito à decisão judicial, direito à execução de sentenças judiciais*. Esses direitos não podem, porém, ser realizados eficazmente sem a intervenção do Estado (que cria tribunais, estabelece processos e procedimentos, organiza as magistraturas, impõe o cumprimento de decisões). Consequentemente, a sua estrutura básica não se diferencia dos vulgarmente chamados direitos a prestações.³²⁵

Mas o que deve o Estado fazer para satisfazer o verdadeiro significado do contraditório, na medida em que a Constituição brasileira não o restringiu ao plano processual? A discussão – certamente – envolve os direitos fundamentais que tutelam a liberdade e o dever de o Estado intervir.

Assim, sustenta-se que a partir do contraditório o Estado tem o dever de assegurar – também na fase pré-processual – um espaço de confronto, hoje inexistente. Há, com efeito, um déficit constitucional, alimentado pelo pensamento anímico e pela inércia legislativa.

³²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 74.

³²⁴ Nas palavras do autor: “será legítimo afirmar-se a existência de um *dever* do legislador e de um correspondente *direito* do titular do direito fundamental, quanto à criação e ordenação adequada do procedimento ou processo indispensável à garantia do direito material (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 76)?”

³²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 77. Ainda, para CANOTILHO os direitos a prestações são aqueles que demandam intervenção do Estado.

Em sequência, cumpre abordar o contraditório como um instrumento que promova a igualdade material entre as partes. Para tanto, a compreensão do conteúdo do contraditório na transição dos séculos XVII e XVIII esclarece parte do problema.

2.2.2 Função isonômica

Os procedimentos pré-liberais³²⁶ – denominados por PICARDI como *ordo iudiciarius*³²⁷ – exibiam uma noção de contraditório completamente diferente daquela adquirida após a modernidade. Mediante complexas práxis estabelecidas com autonomia pelos tribunais e pela doutrina, as partes participavam do procedimento em condições de igualdade, sem que se pudesse falar – inclusive – em supremacia do juiz. Com base nisso, reconhecia-se ao procedimento um caráter extraestatal³²⁸ – conduzido pelas partes – de maneira que as autoridades políticas ou religiosas não poderiam intervir.³²⁹ Esse modelo equiparava os sujeitos processuais, de modo que somente através de sua atividade seria possível construir a decisão e com ela a própria verdade; o contraditório, nessas liturgias, era utilizado como um instrumento metodológico de investigação, como explica PICARDI:

O fundamento do procedimento medieval – o verdadeiro *ordo substantialis* – é representado pelo complexo de regras que hoje retomamos na fórmula “*princípio do contraditório*”, e que constitui mais propriamente uma metodologia de investigação da verdade. Segundo a concepção medieval tal metodologia se resolvia na *ars opponendi et respondendi*, em uma regulamentação do diálogo que assegurava reciprocidade e igualdade às partes: *citatio* e *defensio* constituíam momentos de informação contrária, justificação e contestação. O contraditório representava o instrumento para a investigação dialética da “*verdade provável*”.³³⁰

³²⁶ Com a expressão, busca-se referir os sistemas processuais pré-liberais, compostos por diversas jurisdições (feudais, eclesíasticas e corporativas), conforme apresentado por DIERLE (DIERLE, José Coelho Nunes. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 61)

³²⁷ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 128.

³²⁸ “l’ordine <<isonomico>> ha una istintiva diffidenza non solo nei confronti della supplenza del giudice nel fatto, ma altresì nei confronti del legislatore che pretenda di regolamentare un settore, como quello del processo, che è la manifestazione di una ragione pratica, publica sociale. Eso pertanto resulta compatibile com l’idea della *extrastatualità* del processo, e com um sistema giudiziario di giudici professionali (GIULIANI, Alessandro. *L’ordo iudiciarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*. Rivista Di Diritto Processuale. Padova, Cedam, v. 43, parte 2, 1988, p. 603)”.

³²⁹ “Se il titolare del potere politico e religioso (fosse anche il papa e l’imperatore) avesse preteso di intervenire nella regolamentazione dell’oro, avrebbe commesso un’azione piu odiosa rispetto a quella di alterare il valore della moneta (GIULIANI, Alessandro. *L’ordo iudiciarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*. Rivista Di Diritto Processuale. Padova, Cedam, v. 43, parte 2, 1988, p. 613).”

³³⁰ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 128.

Embora muito se saude a noção de igualdade constituída pela ruptura moderna, os procedimentos pré-liberais asseguravam aos sujeitos procedimentais uma dialética horizontal e participativa, orientada para a busca da verdade, mas não aquela ideia de verdade científica, típica da certeza moderna, mas uma verdade possível, ou melhor, proceduralmente produzida e participativa. Nesse aspecto, a ideia de “ordem” - enquanto método de conhecimento³³¹ - privilegiava a retórica em detrimento da lógica,³³² de maneira que a reconstrução do fato histórico era obtida através da argumentação.³³³ Tal metodologia colocava a categoria “verdade” como uma consequência, ou melhor, como um produto da argumentação em contraditório, significa que - isoladamente - nenhum sujeito poderia obtê-la, pois seu acesso exige a participação dos demais. Tratava-se de uma verdade obtida sem a razão moderna (cartesiana), alheia ao olhar objetivo e absoluto.³³⁴

Na atualidade não se tem mais essa estrutura procedural e, quando se olha para a investigação, observa-se que a verdade lá produzida é unilateral, voltada para a instrumentalização da acusação. No entanto, caso se tome esses arquétipos pré-liberais como fonte de reflexão, é possível - a partir de sua ordem interna - reescrever os procedimentos da contemporaneidade. Obviamente, não se busca retornar aos séculos XVII e XVIII, contudo, a concepção de isonomia que nasce do contraditório pré-liberal perdeu-se no tempo e exige restauração. Assim, a audiência preliminar de interregno

³³¹ Define-se “ordem” como um método de reconstrução do fato histórico e a compreensão das matérias de fato e de direito que constroem a decisão judicial. Nesse ponto, destaca-se a lição de GIULIANI: “L’acquisizione della conoscenza nel giudizio - sia nella << questione di diritto >> sia nella << questione di fatto >> - presuppone la categoria dell’*ordine*, cioè di uno dei termini più complessi del lessico filosofico della tradizione occidentale. Senza ordine non è possibile una conoscenza corretta, come è rivelato dalle forme prelogiche della ragione umana, legate ai meccanismi psicologici della memoria e del ricordo. Um tale concetto è imparentato con altri (come quello di << prova >>, di rilevanza, di << probabilità >>): l’ordine permette di selezionare - tra le numerose informazioni - quello che sono *rilevanti* e che pertanto costituiscono prova (GIULIANI, Alessandro. *L’ordo iudicarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*. Rivista Di Diritto Processuale. Padova, Cedam, v. 43, parte 2, 1988, p. 599).

³³² Retórica e lógica são características que irão marcar momentos processuais distintos. Na fase pré-liberal, privilegiava-se a retórica, ou seja, a argumentação dialética das partes frente a passividade do juiz. As provas, nesse cenário, eram construídas através dessa retórica, bem como a verdade. Já a lógica representa a construção do pensamento moderno; representa a investigação científica e a produção probatória através de técnicas racionais (MAYA, André Machado. *A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal*. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2015. P. 212-219).

³³³ MAYA, André Machado. *A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal*. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2015. P. 213.

³³⁴ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 129.

procedimental se coloca como um espaço isonômico, que pretende introduzir um o contraditório material, superando a mera informação-reação.

Retornando a análise dos procedimentos pré-liberais, verifica-se que a matéria probatória, igualmente, refletia esse tratamento isonômico, uma vez a decisão não poderia ater-se à prova não submetida ao contraditório, exigia-se que o julgamento fosse fundamentado sobre as provas produzidas através da dialética procedimental.³³⁵ Nesse aspecto, a própria estrutura procedimental do *ordo iudicarius* demonstra a relevância do contraditório em todas as etapas, inclusive antes da efetiva contestação. Como explica PICARDI, havia – em apertada síntese - dois estágios fundamentais: (a) *ante litem contestatum* e (b) *post litem contestatum*. O primeiro momento era dedicado a delimitação dos fatos que seriam submetidos ao contraditório e, portanto, delimitava a matéria probatória. O segundo momento, por sua vez, destinava-se a produção probatória propriamente dita, encerrando-se através da decisão.³³⁶ Mas a noção de contraditório e isonomia marcava ambas as etapas. Impossível, nesse ponto, não pensar nas duas fases que nosso sistema processual possui (investigação e processo), embora existam diversas diferenças entre a atualidade e os procedimentos pré-liberais, é fato que anteriormente o contraditório aplicava-se antes mesmo da imputação, ou melhor, antes da delimitação dos fatos controvertidos; ao passo que – mesmo diante da Constituição – a praxe forense atual tem sido assegurar o contraditório (pleno) somente na fase processual.

Por essa razão, tem-se que esses procedimentos representam um modelo puro de ordem isonômica, aliás, tendo em vista que a acusação era naturalmente mais favorecida através de sua posição, introduziu-se mecanismos de compensação, tais como o *in dubio pro reo*, o direito de não se incriminar e o direito ao silêncio, como explica GIULIANI:

Nel contesto più ampio della filosofia morale dovrebbe pertanto essere valutato il metodo probatorio peculiare dell'ordine isonómico. Le regole procedural hanno una funzione compensativa rispetto alle varrie ineguaglianze:

- a) ineguaglianze radicata nella natura delle cose, come nel caso della presunzione di innocenza (*in dubio pro reo*), giustificata da una idea del probabile assiologicamente orientata;
- b) l'interrogazione sofisticata, che mira alla autoincriminazione della controparte. l'ordine isonómico non ha la vocazione per l'obbligo assoluto di dire la verità; esse legittima il diritto al silenzio (*nemo tenetur se edere*) al di fuori di situazione

³³⁵ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 129.

³³⁶ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 129-130.

di eguaglianza e di reciprocità: l'uomo verace – affermava Aristotele nell'etica – parla << quando si deve e como si deve >>. In conclusione vorremmo affermare che il fundamento institucional de l'ordine isonomico à da ricercare nella democrazia greca, in cui la isonomia veniva intesa como eguaglianza tra governanti e governati, tra il cittadino ed i suoi giudici.³³⁷

Veja-se que importantes garantias processuais - atualmente vigentes e constitucionalmente ancoradas – têm sua origem no medievo pré-liberal e algumas indicam muito mais do que uma simples locução. O famoso adágio *audiatur et altera pars* é um exemplo concreto dessa consolidação de entendimentos em uma única expressão, a qual sobrevive na contemporaneidade, embora tenha seu conteúdo reelaborado à luz da modernidade.³³⁸

Todavia, é preciso compreender que esse modelo isonômico não deixa de ser um retrato de seu tempo.³³⁹ Se de um lado é certo que às partes era assegurado grande espaço de atuação, com a redução dos poderes instrutórios do juiz, de outro lado havia sérios problemas. A pluralidade de jurisdições pré-liberais (feudais, eclesiásticas, corporativas, etc.) contribuía para a complexidade das formas processuais, principalmente porque não havia um esforço de codificação e unificação. Da mesma forma, o caótico quadro normativo permitia a excessiva manipulação do processo pelos advogados ante a inexistência de um conjunto de regras claras.³⁴⁰ Por outro lado, não se pode ignorar que as partes e os advogados – antes de iniciar o procedimento - eram obrigados a prestar juramento, no sentido de não utilizar manobras protelatórias, abusivas, fraudulentas ou caluniosas, comprometendo-se a discutir com lealdade e com base na verdade.³⁴¹

Nesse cenário, o magistrado ocupava uma posição passiva. Espectador da atuação das partes, o juiz apresentava-se realmente no momento decisório final, pois diversos atos

³³⁷ GIULIANI, Alessandro. *L'ordo judicarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*. Rivista Di Diritto Processuale. Padova, Cedam, v. 43, parte 2, 1988, p. 607-608.

³³⁸ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 131.

³³⁹ Não se pode olvidar o período histórico no qual se insere esse modelo, isso porque os modelos processuais dos séculos XIII a XVI não eram acessíveis a todas as pessoas, tratava-se – com efeito – de um privilégio de algumas castas. Igualmente, a ideia de indivíduo e direitos fundamentais só veio a se desenvolver tempos depois (DIERLE, José Coelho Nunes. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 67).

³⁴⁰ Conforme explica DIERLE: “O processo, desse modo, apresentava-se como uma sucessão caótica de atos, estruturada tecnicamente mediante a escritura e a formalidade exacerbada, desenvolvendo-se prevalentemente entre os advogados das partes, mediante troca de petições e réplicas ilimitadas, escritas em latim. Inclusive, a assunção de provas era desenvolvida por escrito, eis que dificilmente seria realizada perante o juiz (DIERLE, José Coelho Nunes. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 62).”

³⁴¹ GIULIANI, Alessandro. *L'ordo judicarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*. Rivista Di Diritto Processuale. Padova, Cedam, v. 43, parte 2, 1988, p. 610-611.

da instrução eram confiados às partes, de sorte que a decisão – obrigatoriamente – deveria ater-se aos autos, nas palavras de DIERLE:

O juiz, neste sistema, exercia papel completamente passivo e espectador, tanto que mesmo as audiências de instrução eram inteiramente confiadas aos advogados das partes, permitindo ao magistrado interferir somente para a resolução dos inúmeros incidentes processuais.³⁴²

Embora se verifique a limitação da atuação dos poderes do juiz, é importante não reduzir a complexidade dessas afirmações, como se o modelo representasse um arquétipo ideal, isso porque a análise plena dos sistemas pré-liberais exigiria um objeto de pesquisa próprio. Contudo, deve-se mencionar que em determinadas regiões, mesmo diante da limitação do poder judicial, havia distorções e favorecimentos. Nesse sentido, haja vista o modelo italiano, o poder econômico e o poder político muitas vezes influenciaram juízes em detrimento das partes mais débeis, não por acaso, afirmam DENTI e TARUFFO, que nesse período a aplicação da tutela era dominada pela corrupção, pela ignorância e pela confusão.³⁴³ Por outro lado, essa característica que envolve a limitação dos poderes jurisdicionais e ampliação da atuação das partes interessa ao presente debate, mesmo diante de suas imperfeições. Conforme já se disse, hoje, quando se observa a possibilidade de o juiz de ofício realizar atos de prova³⁴⁴ ou quando se constata que a verdade desenvolvida na investigação é unilateral - desencadeando graves efeitos dentro do processo - tais modelos devem ser considerados nas críticas ao atual campo penal, especialmente quando se pretende introduzir um novo instituto procedimental.

Então, ainda que os arquétipos apresentem imperfeições, intrínsecas à complexidade de todo e qualquer sistema, não se retira a principal característica do momento, ou seja, a isonomia entre as partes e o contraditório como um método de investigação, de sorte que a desigualdade era reduzida mediante o reconhecimento de direitos exclusivos do acusado (garantias). Assim, é importante repetir: o contraditório como ordem isonômica exigia a introdução de compensações em favor da defesa e, com

³⁴² DIERLE, José Coelho Nunes. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 62.

³⁴³ DENTI, Vittorino; TARUFFO, Michele. *Il profilo comparatistico*. In DENTI, Vittorino. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 15-17 apud DIERLE, José Coelho Nunes. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 63.

³⁴⁴ CPP. Art. 156.

isso, reduzia a desigualdade;³⁴⁵ com efeito, nessa tese propõe-se - a partir dessa perspectiva - a introdução de uma audiência preliminar, justamente como forma de reduzir a desigualdade entre acusação e defesa.

Em prosseguimento, sabe-se que o fluxo da história é contínuo e o contraditório como ordem isonômica - representativo de um processo dialético, entre partes materialmente iguais e com pouca interferência judicial - modificou-se. A ordem isonômica, que tinha entre os seus fundamentos o jusnaturalismo e a ética grega,³⁴⁶ dá espaço para outro método de construção do fato histórico - assimétrico - fortemente influenciado pelo pensamento moderno, nesse aspecto, bem aponta GIULIANI que “La storia del processo è percorsa dal perenne conflitto tra retorica e logica, che riflette due concezioni opposte dell’ordine, che abbiamo definito << ordine isonomico >> ed << ordine asimmetrico >>.”³⁴⁷

Essa nova ordem, então, definida pela doutrina italiana como ordem assimétrica, indica um novo método de conhecimento, não mais horizontal e isonômico, mas centrado nos poderes judiciais em detrimento da autonomia das partes.

Certamente essa transposição de modelos não foi um processo simples; diversos acontecimentos foram contribuindo para essa modificação, os quais - nesse momento - não podem ser completamente referidos. No entanto, pode-se citar alguns exemplos relevantes tais como a simplificação dos procedimentos, mediante a introdução - em 1739 e 1740 - de processos mais rápidos e mais singelos; já em 1770, observou-se modificações no recrutamento dos juízes e a introdução de garantias - tais como a imparcialidade e a independência - pois os juízes não mais seriam remunerados pelas partes e sim pelo Estado; igualmente, a seleção antecipada dos juízes contribuiu para a consolidação da atual garantia do juiz natural; com o advento das ideias iluministas e logo

³⁴⁵ GIULIANI, Alessandro. *L'ordo judicarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*. Rivista Di Diritto Processuale. Padova, Cedam, v. 43, parte 2, 1988, p. 611.

³⁴⁶ Explica PICARDI: “Nesse contexto, para aprender ‘o núcleo do complexo de garantias que hoje estamos habituados a indicar com a expressão contraditório, os juristas medievais cunharam o brocardo ou, como outros preferem, uma parêmia, isto é, um adágio que enuncia uma *regra: audiatur et altera pars*. Esse rico aforisma jurídico, com toda a probabilidade, representava uma direta reelaboração de textos literários latinos. [...] Contudo, a máxima, ao que parece verdadeiro, é de origem grega. [...] No século XV, Roberto Maranta - mestre e concidadão do Cardeal de Luca - esteve entre os que contribuíram, com sua autoridade, para consolidar as matrizes jusnaturalistas da máxima *audiatur et altera pars*. Maranta elevou, de fato, o contraditório a símbolo dos direitos naturais [...] De tal modo, a tese jusnaturalista - com o peso reverencial do tempo e da evidência - torna-se o implícito fundamento da cultura processualista européia (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 130-132).”

³⁴⁷ GIULIANI, Alessandro. *L'ordo judicarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*. Rivista Di Diritto Processuale. Padova, Cedam, v. 43, parte 2, 1988, p. 600.

mais com o movimento de codificação, esses procedimentos foram reestruturando-se progressivamente, embora continuassem escritos e formais.³⁴⁸

Ainda, a transposição do modelo de ordem isonômica para a ordem assimétrica, para PICARDI, é melhor representado quando da introdução do *Prozess-ordnung* prussiano de 1781, na medida em que exemplifica a redução do princípio do contraditório:

Na *Weltanschauung* prussiana do século XVIII, o naufrágio das posições é já completo: o *Prozess-ordnung*, substitui o *ordo iudiciarius*. [...] Em sua base não se vislumbra mais uma orientação problemática e uma lógica argumentativa, mas uma racionalidade objetiva, formal e calculante.³⁴⁹

De fato, as novas orientações teóricas somadas a inúmeros outros fatores modificaram o campo procedimental e a “ordem” orgânica dos processos. O juiz, por sua vez, foi investido em novas funções, absorvendo um poder que outrora era exercido pelas partes; deixava de ser um fiscal dos atos realizados pelos envolvidos para assumir a direção do procedimento. Veja-se que há um efetivo deslocamento da esfera privada para a esfera pública - o que vai ao encontro dos interesses dos soberanos dos Estados modernos os quais reivindicavam o monopólio da legislação processual - introduziu-se uma ótica científica, mecânica e devidamente ordenada em uma série de atos.³⁵⁰

Cumprir observar que esse conjunto de acontecimentos não apenas transformou a legislação, houve realmente uma nova compreensão teórica do processo e, com isso, uma nova compreensão do contraditório. A partir do *ordo iudiciarius*, buscava-se uma verdade possível, ou seja, aquela verdade revelada pela dialética e pela argumentação. A nova ordem assimétrica, através da autoridade e da hierarquia, não terá mais como referencial a construção da verdade pela participação; buscará, efetivamente, a verdade material, preconstituída, absoluta e racionalmente comprovada,³⁵¹ mas o principal ponto de deslocamento residia na convicção de que tanto a verdade provável, quanto a verdade

³⁴⁸ DIERLE, José Coelho Nunes. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 64.

³⁴⁹ PICARDI, Nicola. *Jurisdicção e Processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 135.

³⁵⁰ PICARDI, Nicola. *Jurisdicção e Processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 136.

³⁵¹ Interessante observar que a obsessão por certeza reduz a própria complexidade (MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 13).

material poderiam ser alcançadas sem contraditório.³⁵² Há efetivamente uma desvalorização paulatina do contraditório, exaurindo sua função estruturante do processo, de tal maneira que – ao final do século XIX – o *princípio do contraditório* não guardava mais referência com seu conteúdo inicial e foi “rebaixado ao papel de categoria secundária, até perder qualquer ligação com a essência do fenômeno processual.”³⁵³

Observe-se que mesmo após a reelaboração do processo como uma espécie do gênero procedimento – efetivada após a Primeira Guerra Mundial – não houve o resgate do contraditório. Esse cenário somente esboçou alguma modificação em momento posterior.³⁵⁴ Através do pensamento de FAZZALARI, o contraditório ingressa novamente no centro do fenômeno processual, pois – como já se disse – FAZZALARI utiliza o contraditório para diferenciar processo e procedimento,³⁵⁵ mediante a participação dialética das partes em igualdade de posições.³⁵⁶

A partir dos estudos de FAZZALARI, diversos autores nacionais passaram a refletir sobre o contraditório como fundamento do processo, dialeticamente estruturado e através de participação simétrica entre as partes. Entre essas vozes, situa-se a contribuição de GONÇALVES, que defende que o contraditório exige mais do que a ouvir a parte contrária, na medida em que a isonomia é indispensável, todavia, afasta-se do arquétipo pré-liberal quando aceita – de ofício – a participação do juiz nos atos da instrução, ressaltando – apenas – que isso não o torna um contraditor em posição de

³⁵² Nesse ponto, PICARDI refere que a ideia de verdade provável não foi imediatamente substituída pela verdade material; houve determinado momento de transição, no qual primeiro acreditou-se na existência de uma verdade pré-constituída em paralelo à verdade provável (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 136-137).

³⁵³ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 138.

³⁵⁴ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 141.

³⁵⁵ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 33.

³⁵⁶ Analisando a obra de FAZZALARI, afirma PICARDI: “A passagem de uma fase, que podemos dizer ainda intuitiva, a uma fase racional da nova orientação é, todavia, representada provavelmente pela doutrina que – embora insista na pertinência do procedimento e do processo a um gênero comum – utilizou o redescoberto princípio do contraditório como elemento de discriminação entre os dois esquemas. Tornou-se claro que, além das características próprias do procedimento, no processo se vislumbra – ainda que de formas vez por outra diversas, tanto do ponto de vista qualitativo quanto quantitativo – uma efetiva correspondência e equivalência entre os vários participantes, realizada por meio da distribuição de posições simetricamente iguais e mutuamente implicadas entre si. Em outros termos, ‘há processo, quando no iter de formação de um ato há contraditório, isto é, é permitido aos interessados participar na esfera de reconhecimento dos pressupostos em pé de recíproca e simétrica paridade, de desenvolver atividades das quais o autor do ato deve assim, ter ciência, cujos resultados ele pode não atender, mas eliminar’ (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 141).”

igualdade com as partes. Esse olhar, que exhibe algum mérito, deve ser compreendido em razão da perspectiva do autor, que escreve a partir do processo civil e, também por isso, não chega a romper efetivamente com a concepção formal de contraditório.³⁵⁷

Também na doutrina pátria, GRINOVER, em 1985, aborda a garantia do contraditório com ênfase na paridade de armas a ser obtida através da isonomia. Embora a autora não avance até o ponto que se pretende atingir nessa tese, seu trabalho contribui para distinguir igualdade formal de igualdade material; conforme refere a autora: “na dimensão dinâmica, porém, verifica-se caber ao Estado suprir as desigualdades para transformá-las em igualdade real.”³⁵⁸ E acrescenta:

O contraditório, como contraposição dialética paritária e forma organizada de cooperação no processo, constitui o resultado da moderna concepção da relação jurídica processual, da qual emerge o conceito de *par condicio*, ou *igualdade de armas*.³⁵⁹

Observe-se que GRINOVER desenvolve sua teoria com base nas ideias de BÜLOW (teoria da relação jurídica), buscando um diálogo com a teoria de FAZZALARI,³⁶⁰ não obstante, trata-se – como advertia CARNELUTTI³⁶¹ – de vestir a irmã mais nova com as roupas da irmã mais velha, na medida em que BÜLOW escreveu para o processo civil.³⁶² Assim, embora avance no conceito de isonomia, do ponto de vista epistemológico, os argumentos de GRINOVER não desenvolvem institutos processuais penais, nem avaliam

³⁵⁷ GONÇALVES, Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 115-129.

³⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha. Contraditório, ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985. p. 12.

³⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha. Contraditório, ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985. p. 13.

³⁶⁰ Sobre a doutrina de BÜLOW, afirma a autora: “Essa doutrina foi também alvo de acirradas críticas especialmente por parte de Goldschmidt [...] As críticas, todavia, não destruíram o que havia de verdade na teoria da relação jurídica processual (GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 281).” Em sequência esclarece: “Em tempos mais recentes, na Itália surgiu o novo pensamento de Elio Fazzalari, repudiando a inserção da relação jurídica processual no conceito de processo. [...] Na realidade, a presença da relação jurídico-processual no processo é a projeção jurídica e instrumentação técnica da exigência político-constitucional do contraditório. [...] Não há qualquer incompatibilidade entre essas duas facetas da mesma realidade (GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 285).”

³⁶¹ CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Tradução de Santiago Sentís Meleno. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

³⁶² Ao apresentar sua obra, BÜLOW deixou evidente sua perspectiva processual civil, nas palavras do autor: “La ciencia procesal civil tiene, todavía, un largo camino que recorrer para alcanzar el progreso a que se ha llegado en los demás campos del derecho. [...] En caso de que las elementares nociones aquí desenvueltas probaran su eficacia, podrían tener importancia, también, para la teoría del derecho procesal criminal (BÜLOW, Oskar Von. *Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1964. p. XV-XVI).”

o contraditório como limitador de poder ou como instrumento de investigação da verdade.

Por outro lado, há estudos que ampliam as perspectivas constitucionais, ou melhor, as esclarecem. Nessa linha, GIACOMOLLI defende que o contraditório é essencial para a construção da democracia processual humanitária, o que somente é obtido mediante igualdade de oportunidades, ou seja, através do resgate do conteúdo do *ordo iudiciarius*:

Os destinos processuais não são determinados somente por um ente processual (juiz, acusador, defesa), mas por todos os sujeitos processuais, dentro de suas respectivas funções. Não é porque a imputação e o julgamento estejam a cargo de sujeitos oficiais que o espaço público do processo lhes seja exclusivo e reservado. Ao juiz cabe garantir o contraditório às partes, em todas as suas dimensões, de forma democrática e efetiva, durante toda a tramitação processual.³⁶³

A proposição de GIACOMOLLI vai além, na medida em que, tal como DIERLE, propõe a *participação* e o *policentrismo* processual como instrumentos de um processo penal democrático. Significa compreender o processo sem um único protagonista, de maneira que as decisões são obtidas através da atuação conjunta de todos os sujeitos processuais. Nega-se, portanto, a hierarquia entre juiz, acusador e defesa, ao passo que se reconhece a interdependência dos sujeitos, marcada pela dialética.³⁶⁴ Mas não apenas isso. Essa perspectiva exige que o juiz esclareça as partes nas diferentes etapas do processo sobre suas iniciativas, criando um espaço de discussão necessário para o desenvolvimento da decisão; busca-se a “garantia da não surpresa” a qual impõe ao magistrado o dever de “provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou ambas as partes.”³⁶⁵

³⁶³ GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 149.

³⁶⁴ MAYA, André Machado. *A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal*. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2015. p. 219.

³⁶⁵ DIERLE, José Coelho Nunes. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 229.

Embora ainda não predominante,³⁶⁶ essa concepção faz uma releitura do contraditório reconduzindo-o ao centro da estrutura dialética.³⁶⁷ Dessa forma, trata-se de superar o plano formal da informação-reação (mera participação) e compreender o contraditório como uma “garantia de influência no desenvolvimento e resultado o processo.”³⁶⁸ Esse esforço, explica MAYA, permite que o contraditório se torne o vínculo substancial entre processo penal e democracia:

Seguindo essa linha, da difusão dos poderes processuais resulta um processo marcado pela participação das partes perante um terceiro imparcial, em que a decisão judicial apresenta-se como resultado de um fluxo discursivo entre os sujeitos destinatários do provimento, e não mais como produto do poder soberano do Estado. Nesse cenário, enfim, o contraditório surge como elemento central do Direito processual penal, pressuposto da efetiva participação das

³⁶⁶ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 141-142.

³⁶⁷ Dentro da doutrina processual penal há diversas abordagens do contraditório, algumas delas efetivamente formais e com raízes no processo civil; outras contribuem efetivamente para o desenvolvimento desse instituto sob as necessidades típicas do campo penal. Nesse sentido, embora não defenda o policentrismo e a comparticipação, não se pode deixar de citar a lição de LOPES JR. para o qual o contraditório é um método de confrontação da prova e comprovação da verdade (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 97), merece destaque também a teoria de FERRAJOLI que coloca o contraditório como uma forma de reconstruir o fato passado e uma condição epistemológica da prova: “O ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado, o *direito de defesa*, expresso aqui com o axioma A10 *nulla probatio sine defensione*. Esta última garantia é o equivalente jurídico que identifiquei, no parágrafo 10.8, como a principal condição epistemológica da prova: a falsificação da hipótese acusatória experimentada pelo poder da parte interessada em refutá-la, de modo que nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas. A *defesa*, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no *contraditório* entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 564).” Veja-se que em razão da perspectiva teórica dessas análises não se pode simplesmente reduzir essas visões qualificando-as como superficiais ou formais, quando – através do conjunto da obra – se verifica um compromisso com o desenvolvimento e manutenção das garantias constitucionais. Ocorre que boa parte dessas orientações têm seu olhar voltado para a fase processual, de maneira que o conteúdo do contraditório é idealizado já diante da acusação em juízo e depois de ultrapassada a fase preliminar. Todavia, como já se disse, o conteúdo do contraditório na investigação não apresenta exatamente os mesmos contornos da fase processual, sua função é limitada em razão das características do procedimento e do modelo de investigação, mas não eliminada, pois isso implicaria em negar a própria constituição. Dessa forma, a transposição integral de seu conteúdo modificaria completamente o sistema <<O sistema policial baseado no inquérito não é o espaço procedimental adequado para que se estabeleça o completo contraditório, não só porque a antecipação da dialética iria desestruturar completamente o atual modelo, mas também porque o Estado não possui os meios necessários para tanto>>. Igualmente, não se pode pensar que o contraditório será um método de confrontação da prova ou sua condição epistemológica, na medida em que a produção da prova se dá durante a dialética processual; antecipar esse momento através do contraditório esvaziaria o processo, culminando com uma sentença baseada em atos de investigação, os quais não se equivalem aos atos de prova. Deve-se cuidar, portanto, para que as proposições não desestrem o campo penal.

³⁶⁸ DIERLE, José Coelho Nunes. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 227.

partes na produção da prova e na formação do convencimento judicial. Não há como falar em processo democrático sem efetivo contraditório.³⁶⁹

Diante dessa proposição, as decisões judiciais não podem surpreender as partes, nem devem ser tomadas de ofício ou apenas com os argumentos de um dos sujeitos processuais, note-se que nesses casos às partes é negado o direito de influir na decisão. Considerando que o contraditório deve ser desenvolvido durante todo o *iter* processual,³⁷⁰ as “decisões de surpresa” não desenvolvem a dialética; reduzem – pois – o campo de percepção do juiz, estreitando os limites do saber e produzindo uma espécie de verdade não “testada”, ou melhor, uma verdade protegida. Veja-se que a capacidade de gerar constrangimento mediante o argumento é uma função do contraditório, constrangimento que expõe – muitas vezes – o lado secreto dos sujeitos processuais, seus paradoxos, seus preconceitos e suas paixões, ou ainda, aquele “rastros” de poder político oculto pela forma jurídica. Portanto, o constrangimento pelo argumento também estabelece limites ao poder e permite – posteriormente – a modificação da decisão em instância superior, momento em que ficam evidentes as mais variadas idiosincrasias.

Assim, a decisão judicial não mais corresponde a manifestação da vontade do juiz ou de suas inclinações preexistentes. Da mesma forma, a seleção racional de argumentos que - no plano formal – legitimam um entendimento anterior (endoprocessual) também não satisfaz. A legitimidade da decisão surge através do efetivo contraditório e quando se assegura a todos os envolvidos o devido espaço isonômico e argumentativo,³⁷¹ de maneira que a decisão é um fruto da participação.³⁷² Excepcionalmente, poderia o juiz decidir ouvindo apenas uma das partes, entretanto, isso só seria possível quando a natureza útil

³⁶⁹ MAYA, André Machado. *A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal*. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2015. p. 297.

³⁷⁰ “Bender e Strecker, ao comentarem o já ludido Modelo de Stuttgart (c.f. 4.3.1) da Alemanha, afirmam que a decisão surpresa é um câncer na administração da justiça, visto que subverte a confiança daqueles que procuram justiça no Direito. É a razão principal por que na República Federal um número desproporcional de julgamentos da primeira instância eram impugnados pela via recursal [...] O contraditório deve ser desenvolvido em todo o *iter* processual (DIERLE, José Coelho Nunes. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 232).”

³⁷¹ Exatamente sobre esse ponto, explica MAYA: “De fato, compreendido o processo como limite ao poder punitivo do Estado, que se materializa pela cláusula do devido processo legal, ao julgador compete assegurar o efetivo contraditório, mantendo as partes informadas e garantindo a participação delas em simétrica paridade, sempre como um árbitro imparcial, responsável pela observância das regras do jogo (MAYA, André Machado. *A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal*. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2015. p. 210-211).”

³⁷² DIERLE, José Coelho Nunes. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 237-238.

do provimento exigir, haja vista as interceptações telefônicas, as quais devem ser realizadas sob sigilo sob pena de se tornarem inócuas; contudo, tão logo documentadas, devem ser submetidas ao contraditório.

A defesa do policentrismo e da comparticipação, nesse aspecto, situa-se enquanto discurso crítico, comprometido com o conteúdo material do contraditório e, embora tenha sido concebida à luz do processo, sua aplicação na fase investigatória é plenamente possível, ainda que não se possa falar em “sujeitos processuais”. Assim, projeta-se a título de crítica a incompatibilidade dessa afirmação diante das características da fase preliminar a quais não permitiriam identificar o conceito clássico de “parte”,³⁷³ ou melhor, de “sujeitos”,³⁷⁴ na medida em que não há processo e, portanto, não haveria acusação. Entende-se que tal argumento não se sustenta.

Observe-se que a investigação se desenvolve em etapas, as quais estão inseridas em um espaço não bem delimitado pelo direito. Nessa zona entre o direito e a política, o fato penal será direcionado a alguém, tornando a autoria uma linha de investigação a ser confirmada, bem como a materialidade; isso ocorre em algum momento anterior ao indiciamento, já que o ato de indiciar sintetiza o resultado da investigação. Significa, então, que os atos investigatórios têm como propósito instrumentalizar a acusação, ou seja, têm como propósito criar as bases necessárias para que se possa reconhecer a justa causa da imputação.

Certamente, nesse percurso não há a definição clássica de sujeito processual, no entanto, não se pode ignorar a existência de categorias jurídicas com espaços de atuação pré-fixados, por exemplo: o suspeito vira indiciado e o indiciado vira réu; o acusador se satisfaz ou não (denuncia, arquiva ou pede diligências); e o juiz, quando provocado, permite a coação estatal de um direito fundamental (inviolabilidade de domicílio, sigilo

³⁷³ A doutrina processual civil desenvolve esse conceito em sentido diferente do que se pretende utilizar, nesse aspecto, a presente proposta não se aproxima da ideia formulada por CHIOVENDA “Que uma pessoa seja *parte* numa lide, ou seja *terceiro*, é importante para a identificação das ações (supra § 14), como, por exemplo, para verificar se ela está ou não sujeita à coisa julgada; se há ou não litispendência etc (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 277).” Segue-se, então, a formulação teórica de LOPES JR, o qual reconhece a existência de partes no processo penal (e também de sujeitos, para incluir o juiz), no entanto, destaca que o ponto de convergência é o fortalecimento do acusado, potencializando seu espaço de atuação através do contraditório: “Quando falamos de um processo de partes, estamos fazendo alusão a um processo penal de partes, conforme os limites e categorias jurídicas próprias do processo penal. Acima de tudo, o que se busca é reforçar a posição de *parte passiva*, fortalecendo o sistema acusatório com o estabelecimento da igualdade de armas, do contraditório [...] não vige a doutrina das três identidades da coisa julgada civil, pois nem o pedido nem a identidade das partes acusadoras são essenciais para a pretensão e a coisa julgada (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 557).”

³⁷⁴ O vocábulo permite incluir o juiz.

das comunicações, prisão preventiva, etc.). Da mesma forma, não se pode imaginar que o Estado diante da prova da materialidade de um crime (existência) não irá procurar identificar o autor, o que também coloca os poderes estatais – nesse momento – direcionados para a obtenção de elementos que permitam a supressão da liberdade de alguém. Assim, mesmo que não existam partes ou sujeitos, em uma clássica definição processual, há sim *interesses contrapostos*³⁷⁵, de maneira que é possível falar em sujeitos procedimentais.³⁷⁶ O que se pode questionar é em que momento seria possível identificar essa contraposição, na medida em que os atos procedimentais são laconicamente regulamentados? Nesse sentido, o relatório policial é fundamental, independente se indicia o investigado ou não. No caso de indiciamento, fica evidente os interesses contrapostos, pois pesa contra o indiciado – no mínimo - um juízo de tipicidade. Por outro lado, caso o relatório sugira o arquivamento há ainda interesses em conflito, pois alguém foi identificado como suspeito e foi investigado, significa que o Estado-Polícia, em certo momento, cogitou a supressão do direito de liberdade; ainda, não se ignore que o relatório não condiciona o juízo de valor do Ministério Público, o qual poderá ou não postular o arquivamento, assim, diante dos mesmos elementos de investigação o delegado poderá não indiciar, mas o promotor de justiça acusar.

Diante disso, entende-se que o policentrismo e a participação devem promover a isonomia inclusive na fase preliminar, agregando-se ao contraditório e proporcionando que a decisão judicial de recebimento da denúncia seja fruto da participação, muito diferente do que o ocorre hoje. Aliás, há um paradoxo que a própria jurisprudência trouxe à tona: atualmente nega-se o contraditório antes da decisão de recebimento da denúncia, mas permite-se o contraditório quando essa decisão não recebe a acusação e é impugnada via recurso. Não se pode sustentar tal lógica nessas circunstâncias, pois as situações possuem a mesma natureza jurídica; injustificado, então, resultados tão antagônicos.

Em síntese, observe-se que o efetivo contraditório processual – na atualidade – tem seu ponto de partida em momento muito posterior ao início do processo, o que comprova que não há uma adequada conexão entre as fases (investigatória e processual).

³⁷⁵ A expressão não reflete o conceito de *conflito de interesses*, desenvolvido pelo direito processual civil (CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil. Estudos sobre o Processo Civil*. Tradução de Luiz Abezia; Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. p. 226-227).

³⁷⁶ Categoria que respeita tanto o espaço de atuação de cada um dos envolvidos, quanto a fase procedimental.

A interpretação constitucional que se busca insere o contraditório no fenômeno procedimental preliminar, não integralmente, mas em uma medida necessária, que estabeleça limites ao poder de polícia e promova a isonomia entre os sujeitos procedimentais. Contudo, sob pena de desestruturarmos completamente o campo penal, a fase preliminar não pode assegurar o mesmo conteúdo do contraditório tal como a fase processual; inviável, portanto, que a cada ato da investigação se permita a participação do investigado. Nesse sentido, para assegurar o contraditório sem que se modifique o sistema de investigação deve-se inserir um momento procedimental específico (com espaço determinado), tal como uma audiência preliminar. Garante-se, dessa maneira, que a decisão de recebimento/rejeição da denúncia – ponto de partida do processo – seja compartilhada, além de proporcionar um espaço de reação indispensável.

2.3 Audiência preliminar: diligências, impugnações e arquivamento

Seguindo a construção teórica dessa pesquisa, cumpre abordar o conteúdo desse espaço de contraditório e seus limites. Projeta-se, desde já, três funções: (a) realização de diligências de interesse da defesa; (b) filtro de legalidade de atos de investigação; (c) arquivamento. Todavia, para atingir esses pontos entende-se necessário fixar algumas observações que restringem o espectro de atuação dos sujeitos e situam partes dos argumentos desenvolvidos.

Então, seria possível o acusado nada requerer ou até não desejar a realização da audiência? Evidente que sim. Veja-se que a resposta da defesa nem sempre será proativa; levando em conta as individualidades do caso penal, aguardar a denúncia criminal e o processo poderá ser melhor.³⁷⁷ Não que a intensificação da imputação inaugure uma posição mais favorável, mas lembre-se que a defesa penal envolve sempre duas habilidades importantes: *diagnóstico* e *prognóstico*.³⁷⁸ Não basta, pois, avaliar os elementos disponíveis e sua relação com a lei, deve-se também projetar o comportamento

³⁷⁷ Nesse aspecto, deverá lidar com o risco, tendo em vista o não aproveitamento de uma situação procedimental (GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso II. Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961).

³⁷⁸ Entende-se por *diagnóstico* o exame dos elementos de prova e de investigação, bem como sua relação com os elementos do conceito tripartite de crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade). O *prognóstico*, por sua vez, envolve a projeção mental do andamento processual, ou seja, envolve previsibilidade. Essas habilidades, defende-se, são atributos da defesa técnica a qual – através de sua experiência forense e conhecimento do campo penal – tem a devida capacitação para realizar.

dos sujeitos procedimentais frente a esses elementos.³⁷⁹ Justamente por isso, sempre estará disponível ao acusado o direito de não colaborar, não fazer, não participar, o que se extrai da compreensão do adágio *nemo tenetur se detegere*.³⁸⁰ Resgata-se, com efeito, o que se disse no início desse capítulo: a audiência é um instituto que objetiva limitar o poder, promovendo a isonomia, o que a coloca vinculada aos interesses da pessoa acusada. Por essa razão, caso o acusado não tenha interesse no provimento, na medida em que prefere não se manifestar, o ato procedimental sequer deve ser realizado. Todavia, para que se possa prescindir da audiência, a intimação pessoal do acusado e sua manifestação através de advogado é medida fundamental.

Também em sede de observações iniciais, cumpre esclarecer que na audiência a denúncia criminal não deverá ser recebida, ou melhor, sequer deverá constar nos autos. Para que se potencialize os efeitos desse ato processual é imprescindível que a *opinio delicti* do Ministério Público não tenha sido documentada, ainda que o promotor de justiça tenha sua análise já estabelecida; deve-se garantir ao acusado a possibilidade de interferir na investigação sem a peça inicial do processo penal e, portanto, sem a plena definição da pretensão penal acusatória. A impugnação de um ato de investigação, por exemplo, poderia modificar a própria tipicidade e, com isso, alterar ou até mesmo inviabilizar a denúncia criminal. Ademais, a delimitação da imputação pelo *Parquet*, confirma – em certa medida – o resultado da investigação, o que dificulta a impugnação dos atos investigatórios ou a realização de diligências de interesse da defesa, decisão penal é fruto da razão e da emoção.

Não se pode olvidar, também, que a decisão de recebimento da denúncia será proferida em momento posterior,³⁸¹ de maneira que se poderia questionar como o

³⁷⁹ Tome-se como exemplo aqueles casos em que a investigação não logrou êxito de esclarecer a totalidade dos fatos, nessas situações, o acusado pode preferir ser denunciado por crime menos grave, o que – em última análise – seria uma condição processual mais favorável.

³⁸⁰ Sobre o assunto explica GIACOMOLLI: “Enquanto o *nemo tenetur* abarca o direito de não produzir ou colaborar na produção de quaisquer provas, sejam elas documentais, periciais ou outras, o silêncio atinge o direito do imputado de não declarar. Portanto, o direito ao silêncio constitui-se em uma espécie do *nemo tenetur*. [...] A ‘colaboração’ do suspeito ou do acusado, quando não voluntária, fere o estado de inocência e a ampla defesa. Portanto, não importa ser essa ‘cooperação’ ativa ou passiva, declaratória ou comportamental, nem o grau ou nível de invasividade (GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 193).” No mesmo sentido, acrescenta LOPES JR. “Dessarte, o imputado não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para a realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc.) etc. Por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízos ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 104).”

³⁸¹ No entanto, admite-se o imediato arquivamento.

acusado iria influir nessa decisão se a audiência não a permite? Por certo que ao reagir à investigação o acusado busca uma posição mais favorável, bem como busca o convencimento do juiz. Observe-se que a persuasão não é algo que surge no exato momento do ato processual, já que nasce em circunstância distinta de tempo. Tome-se como exemplo o juízo mental de mérito que definirá a culpa ou a absolvição, certamente essa cognição não surge na sentença. O juiz - ou melhor os seres humanos - estão em constante processo de percepção, assim, a “sentença mental” é fruto de elementos concretos, mas também é um fruto da emoção; significa que é impossível determinar com certeza o exato ponto de convencimento, pois cada pessoa irá reagir de maneira diferente. Com base nisso, entende-se que a audiência preliminar é um espaço que gera interferência na decisão de recebimento/rejeição da denúncia, mesmo que essa decisão seja tomada em gabinete, após sua realização. Assim, não é necessária a imediatidade da decisão para que o acusado possa influir em seu resultado; basta assegurar previamente o contraditório. Aliás, tal medida é muito mais eficaz, pois a denúncia criminal ainda não se confirmou.³⁸²

Essas ponderações permitem que se verifique uma importante característica do que se pretende defender: a audiência preliminar não tem como objetivo discutir o mérito da imputação ou antecipar a produção probatória.³⁸³ Conforme já se afirmou, o processo é o local pertinente para essa discussão, de maneira que o interregno procedimental limita-se às questões que envolvem o recebimento ou não de uma possível denúncia, ou seja, as condições da ação penal.

Nesse momento, aparentemente surge uma contradição no argumento, pois como seria possível avaliar as condições da ação penal sem a delimitação da acusação na denúncia criminal? Ou ainda, como seria possível avaliar as condições da ação penal sem que o Ministério Público expressamente indique se pretende ou não exercer a acusação? Primeiro, observe-se que a proposta visa – sob ponto de vista político-criminal –

³⁸² Não se ignora que a oralidade é de grande relevância para a redução dos espaços de autoritarismos no processo penal (MAYA, André Machado. *A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal*. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2015.). Entretanto, o problema que se coloca no campo penal é outro. Para permitir a imediata decisão de recebimento/rejeição da denúncia nesse momento, seria necessário que o Ministério Público oferecesse a denúncia. Ocorre que se pretende algo mais profundo. Busca a possibilidade de o acusado influir na própria investigação e, para tanto, a definição da denúncia criminal é um entrave, na medida em que indica a satisfação do *Parquet* com os autos da investigação e esvazia – em certa medida – o interregno procedimental.

³⁸³ Essas medidas devem ser tomadas a partir da situação processual desencadeada pelo artigo 396-A do CPP.

proporcionar isonomia na fase preliminar, a qual se desenvolve sem qualquer oposição por parte do acusado. Com base nisso, defende-se que a definição da denúncia, embora apresente aspectos positivos - pois encerra uma importante etapa e traça os limites de outra, permitindo que a defesa enfrente o fato devidamente qualificado - diminui as possibilidades de contradição da investigação (não do processo), como já se afirmou. Além disso, é possível realizar o *diagnóstico* e o *prognóstico* frente ao relatório policial, o qual é uma importante peça procedimental, capaz de ampliar o nível de imputação, mediante o indiciamento. As condições da ação penal, dessa forma, serão analisadas através de *prognóstico*³⁸⁴ técnico do defensor, uma vez que não se pode - também - ter a ingenuidade de imaginar que depois de uma investigação não se possa indicar, com alguma certeza, qual espécie de acusação será proposta. Ademais, nem o processo penal é um espaço de delimitação absoluta da acusação, uma vez que nosso sistema admite - mediante críticas da doutrina - a *emendatio libelli*³⁸⁵ e a *mutatio libelli*.³⁸⁶ Assim, através do relatório policial o defensor do acusado terá traçado os limites do *caso penal*³⁸⁷ e poderá, portanto, projetar a espécie e a intensidade da acusação. Por fim, respondendo a segunda indagação, o acusado deve estar preparado para o processo, já que nessa etapa prevalece o princípio/regra da obrigatoriedade da ação penal, todavia, caso o Ministério Público não pretenda oferecer a denúncia, poderá manifestar-se em audiência, postulando o imediato arquivamento, seu silêncio nesse ato - registre-se - já sinaliza que pretende acusar.

Por outro lado, deve-se abordar o que se entende por condições da ação penal,³⁸⁸ uma vez que o Código de Processo não as define. Veja-se que esse terreno reclama uma monografia específica, que trate de todas as indagações que se erguem diante das discussões travadas e de certos equívocos da doutrina. Isso porque ainda existe a dificuldade de se desenvolver os institutos processuais penais independentemente das

³⁸⁴ Conceito já definido anteriormente.

³⁸⁵ CPP. Art. 383.

³⁸⁶ CPP. Art. 384.

³⁸⁷ Relembre-se que esse conceito foi devidamente esclarecido anteriormente.

³⁸⁸ No que se refere ao *conceito de ação* boa parte das discussões doutrinárias nascem a partir da construção civilista, conforme refere DELGADO ao distinguir a pretensão processual, inserindo-a como objeto do processo: "El primero de estos conceptos es el de acción cuya explicación, completa y dificultosa, tanto ha contribuido desgraciadamente a tamponar el libre desarrollo de la evolución lógica del concepto de pretención [...] Así construida y delimitada de los conceptos afines la pretención procesal aparece, según se ha anunciado ya anteriormente como objeto del proceso (DELGADO, Jaime Guasp. *La pretención procesal*. Madrid: Civitas, 1981. p. 49-57)." Contudo, não interessa abordar os diversos conceitos de ação, na medida em que essa discussão é impertinente para a hipótese que se desenvolve nessa tese, ademais, acredita-se que o ponto deve ser enfrentado frente ao critério legal do artigo 395 do CPP.

concepções civilistas e, nesse ponto, não é diferente.³⁸⁹ Todavia, seguido a proposta teórica já esclarecida, não se pode abordar as condições da ação penal à luz da teoria geral do processo (civil). De plano, destaca-se, por exemplo, a inadequação de colocar o Ministério Público como titular de um direito subjetivo (credor de uma pena),³⁹⁰ na medida em que o direito de liberdade é um direito fundamental, além disso, a conduta penalmente relevante ofende um bem jurídico com dignidade penal, portanto, escapa da clássica definição civilista entre direito e obrigação; a pena – com efeito – é um atributo do Estado-Juiz e não constitui o objeto do processo e sim sua consequência. Dessa maneira, deve-se compreender – antes de mais nada – que o processo penal se estabelece em função da acusação, ou melhor, em razão da pretensão penal acusatória:

Não se trata de uma pretensão que nasce de um conflito de interesses, mas sim, do direito potestativo de acusar (Estado-acusação) decorrente do ataque a um bem jurídico e cujo exercício é imprescindível para que se permita a efetivação do poder de penar (Estado-juiz), tudo isso em decorrência do princípio da necessidade inerente à falta de realidade concreta do direito penal. [...] Não é a pena, o conteúdo ou o objeto do processo penal, senão sua consequência. Daí por que o processo penal desenvolve-se em torno da acusação (pensada na complexidade, como verdadeira pretensão acusatória). Se acolhida, abre-se a possibilidade de o juiz exercer o poder de punir. Se não acolhida, impede-se a punição.³⁹¹

³⁸⁹ Com o propósito de exemplificar as diversas propostas doutrinárias, observe-se que MIRABETE traça as condições da ação penal a partir da ideia de um direito subjetivo de punir, de maneira que constrói sua teoria mediante as categorias de processo civil, proposta que de plano não se aceita (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 103). Em sentido semelhante, tem-se o magistério de ARAÚJO. O autor repete o mesmo equívoco epistêmico de MIRABETE, mas aproxima muito mais o campo penal do civil, buscando uma “teoria geral do processo penal”, a qual não deixa de ser uma repetição das categorias civilistas, esgrimidas em função dos pressupostos processuais (ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Teoria Geral do Processo Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. p. 67-75). Já TORNAGHI realiza essa abordagem de forma didática, sistematizando pressupostos processuais (analisados a partir da teoria da relação jurídica de Bülow) e condições da ação: “Os pressupostos de existência e validade da relação processual nada têm em comum com os requisitos exigidos para o exercício do direito regular de ação, v. g.: titularidade dêsse direito (*legitimatío ad causam*), intêresse em exercê-lo e possibilidade jurídica. É preciso salientar que também as condições da ação não devem confundir-se com os requisitos exigidos para o atendimento do pedido (razões), isto é, para a sentença favorável (TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. t. I. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967. p. 44-45).” MARQUES, por sua vez, mantém declaradamente ligação teórica com o processo civil, na medida em que enfrenta as condições da ação penal em função dos conceitos traçados por Enrico Tullio Liebman, diz o autor que a ação penal possui três condições: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimação para agir (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. I. São Paulo: Forense, 1965. p. 318). Veja-se, portanto, que em que pese exista alguma diferença entre os autores citados, é possível afirmar que a concepção civilista adaptada ao processo penal os une, entretanto, busca-se romper com essa escola de pensamento e enfrentar as singularidades do processo penal mediante institutos que correspondam a sua estrutura singular.

³⁹⁰ Exemplo de um dos problemas que surgem quando se trabalha as condições da ação penal através das condições da ação civil.

³⁹¹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 182.

Assim, o caso penal não irá constituir o conteúdo do processo, pois sua função está diretamente ligada à pretensão acusatória - enquanto elemento estruturante - e exige a declaração petitória (acusação) para desencadear o processo. Expressa, em última análise, o princípio da necessidade, já que - diferente do direito civil - não se realiza sem o processo. Então, pode-se afirmar que “a pretensão acusatória é conteúdo em relação ao processo (continente), mas, noutra dimensão, passa a ser continente do caso penal (seu conteúdo, pois visto como elemento objetivo da pretensão).”³⁹²

Estabelecido esse ponto de partida, deve-se afirmar que nesse tópico não há um ponto de chegada, uma vez que a doutrina processual diverge. As linhas gerais estão traçadas no artigo 395 do Código de Processo, não obstante, há diferentes posições sobre as condições da ação penal e também com relação aos pressupostos processuais. BADARÓ, por exemplo, defende um estudo paralelo entre processo civil e processo penal, transpondo as categorias e as adaptando às peculiaridades do processo penal, de sorte que propõe como condições da ação: possibilidade jurídica do pedido,³⁹³ interesse de agir,³⁹⁴ legitimidade de partes³⁹⁵ e justa causa.³⁹⁶ Ainda que o autor faça a ressalva, sua perspectiva não rompe com o processo civil e busca uma adaptação desnecessária em determinados pontos, haja vista seu entendimento sobre o interesse de agir, o qual ignora a irrelevância dessa condição (civil) frente ao princípio da necessidade. Fato é que a

³⁹² LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 183.

³⁹³ “No processo penal a possibilidade jurídica do pedido é definida em termos positivos, isto é, o pedido será juridicamente possível sempre que, em tese, a conduta imputada ao acusado for típica. Se alguém for denunciado, por exemplo, por furto de uso ou por incesto, a denúncia deverá ser rejeitada. Além da atipicidade, o pedido o pedido também será juridicamente impossível, nos casos em que o fato não constituir crime, como no ato infracional praticado por menor de 18 anos (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 166).”

³⁹⁴ “A necessidade da ação penal condenatória é pressuposta. Como o *ius puniendi* não pode ser aplicado pela atuação espontânea da vontade da lei, sendo o processo penal um processo necessário, não há outro meio de se aplicar a lei penal, senão mediante o processo. [...] Somente no regime do Juizado Especial Criminal, diante da possibilidade de transação penal, com a conseqüente aceitação de uma pena restritiva de direito ou de multa, sem prévio processo, é que se poderia cogitar da desnecessidade da ação penal (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 167-168).”

³⁹⁵ “No processo penal, haverá ilegitimidade da parte ativa se o Ministério Público oferecer denúncia em um crime de ação penal privada ou se a vítima oferecer queixa em um crime de ação penal pública (salvo, é claro, tratando-se de ação penal privada subsidiária) (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 169).”

³⁹⁶ “Inicialmente a justa causa foi identificada como a necessidade de que a denúncia ou queixa descrevesse, em tese, um fato típico. [...] A noção de justa causa evoluiu, então, de um conceito abstrato para uma ideia concreta, exigindo a existência de elementos de convicção que demonstrem a viabilidade da ação penal. A justa causa passa a significar a existência de um suporte probatório mínimo, tendo por objeto a existência material de um crime e a autoria delitiva (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 171).”

diversidade de entendimentos é grande,³⁹⁷ entretanto, mantém-se a coerência epistemológica e busca-se amparo em categorias próprias do campo penal, nesse aspecto, com acerto a crítica de COUTINHO sobre a adaptação dos institutos processuais:

A mudança de postura, em relação ao conteúdo do processo, imporá ao nosso direito processual penal a obrigação de um repensamento geral. Isso não significa desistir do já produzido, ao contrário, devemos trabalhar sem preconceitos e utilizar tudo aquilo de realmente útil, venha do processo civil ou de quem quer que seja. Só não cabe malabarismo lingüístico, contorcionismos para uma adaptação impossível. [...] A doutrina tradicional do nosso processo civil-penal, sem muitas indagações sobre as chocantes incoerências que a transferência provoca, assim atua. Não faz por mal, é verdade, mas procurando em nome do pressuposto fundamental – a lide, à qual o processo existe como instrumento de composição – observar coerentemente os fenômenos processuais. O vício, portanto, está na raiz e não propriamente nos efeitos. Em razão desse pequeno quadro, pode-se observar as condições da ação, as quais, no processo civil são apresentadas como: a) interesse de agir, b) legitimação para agir, c) possibilidade jurídica do pedido. Embora a doutrina, como referido, insista em transportar esses conceitos para o processo penal, esbarra sempre em uma incoerência insuperável, gerando, dentro da própria doutrina de tendência processual civil – e generalizadora, conseqüentemente -, de tanto em tanto, uma reação.³⁹⁸

E completa o autor indicando, através da análise do revogado artigo 43 do Código de Processo, as condições da ação elaboradas a partir das especificidades do campo

³⁹⁷ Ainda, na construção de categoriais autônomas é importante destacar o trabalho de SOARES, o qual percebeu o “espelhamento” entre as disciplinas e propõe o descolamento de ambas: “Sumariamente, portanto, o que para já direi é que, na verdade, o presente opúsculo sobre *O Processo Penal como jurisdição voluntária* representa um contributo para a contestação que julgo, prementemente, impor-se ante a longuíssima persistência. O nosso Direito Processual Penal – a partir, decerto, de um Código que trará feito a sua época – revela o facto preocupante de os nossos processualistas-penalistas continuarem a tratar o Processo Penal dado e trabalhado como um <<espelho>> do Processo Civil. Eis o que, na verdade, resulta altamente criticável (SOARES, Fernando Luso. *O Processo Penal como Jurisdição Voluntária. Uma introdução crítica ao estudo do Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 13). Embora a leitura da obra deva ser feita com ressalvas, pois o autor defende a ideia de um processo penal desenvolvido mediante uma jurisdição voluntária, deve-se salientar a iniciativa de emancipar o processo penal; e os equívocos do desenvolvimento dogmático só podem ser criticados porque a produção teórica se realizou. Entre os autores que buscaram o desenvolvimento de institutos processuais penais, pode-se citar também TUCCI. O processualista, semelhante à posição defendida por BADARÓ, realiza uma análise das condições da ação penal em paralelo às condições da ação civil, buscando indicar os aspectos que diferenciam uma e outra; de sorte que entende como condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimação para a causa; além dessas, desenvolve outras condições - quando o caso penal assim o exigir - de maneira que para TUCCI também constituem condições da ação: representação, requisição do Ministro da Justiça, entrada do agente no território nacional (letras ‘a’ e ‘b’ do inciso II e § 3º do art. 7º do CP), trânsito em julgado da sentença que, por motivo de erro ou impedimento, declare a nulidade ou anule o casamento (consoante o disposto no parágrafo único do art. 236 do CP), autorização da Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros (para a instauração de processo por crime comum ou de responsabilidade imputados ao Presidente da República ou Vice-Presidente), etc (TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 89-99).

³⁹⁸ COUTINHO, Jacinto de Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 146-148.

penal.³⁹⁹ Na mesma linha de pensamento, mas com alguns acréscimos, a doutrina de LOPES JR. mostra-se representativa dessa tarefa que envolve a construção dogmática-crítica; dessa forma, entende-se por condições da ação penal: (a) prática de fato aparentemente criminoso (*fumus commissi delicti*);⁴⁰⁰ (b) punibilidade concreta;⁴⁰¹ (c) legitimidade de parte;⁴⁰² (d) justa causa.⁴⁰³

³⁹⁹ Para COUTINHO, que representa um importante segmento crítico do processo penal, as condições da ação penal são: tipicidade objetiva, punibilidade concreta, legitimidade de parte e justa causa (COUTINHO, Jacinto de Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 148-149).

⁴⁰⁰ “Inicialmente, deve-se considerar que o inciso III do art. 397 do CPP fala em ‘crime’. Ainda que se possa discutir se crime é fato típico, ilícito e culpável ou injusto típico, ninguém nunca defendeu que o conceito de *crime* se resumia à tipicidade. Logo, atendendo ao referencial semântico da expressão contida no CPP, deve-se trabalhar com o conceito de *crime* e depois de *evidentemente*. Quanto ao conceito de *crime*, nenhuma dúvida temos de que a acusação deve demonstrar a tipicidade aparente da conduta. Para além disso, das duas uma: ou se aceita o conceito de *tipi de injusto*, na esteira de Cirino dos Santos, em que se exige que, além dos fundamentos positivos da tipicidade, também deve haver a ausência de causas de justificação (excludentes de ilicitude); ou se trabalha com os conceitos de *tipicidade* e *ilicitude* desmembrados. Em qualquer caso, se houver elementos probatórios de que o acusado agiu – manifestamente – ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, deve a denúncia ou a queixa ser rejeitada como base no artigo 395, II (pois falta uma condição da ação). [...] havendo prova da causa de exclusão da culpabilidade (como erro de proibição, por exemplo), pré-constituída na investigação preliminar, está o juiz autorizado a rejeitar a acusação (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 235).”

⁴⁰¹ Inicialmente, deve-se lembrar que o revogado artigo 43, II do CPP expressamente previa a rejeição da denúncia quando presente a prescrição ou outra causa de extinção da punibilidade (Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - o fato narrado evidentemente não constituir crime; II - já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III - for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. Parágrafo único. Nos casos do no III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição). Com a introdução da Lei 11.719/2008 essa condição da ação foi deslocada para o inciso IV do artigo 397 (Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV - extinta a punibilidade do agente). A modificação legislativa, aparentemente, retira a extinção da punibilidade como condição da ação, todavia, essa não é a melhor interpretação. Observe-se que deve o juiz rejeitar a denúncia criminal quando estiver presente causa extintiva da punibilidade, aplicando o disposto no artigo 395, II do CPP (condição da ação). Por outro lado, quando a causa extintiva da punibilidade for demonstrada após o recebimento da denúncia – através da resposta à acusação – deverá o magistrado absolver sumariamente o acusado, conforme art. 397, inciso IV (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 236).

⁴⁰² Trata-se de verificar – no polo ativo – a titularidade da ação penal. Veja-se que no sistema brasileiro a questão resolve-se por determinação legal e não pelo “interesse processual”, de maneira que nas ações penais públicas a titularidade será do Ministério Público e nas ações penais privadas do ofendido ou seu representante legal. Já a legitimidade passiva está diretamente relacionada com a autoria do crime, sem olvidar que a culpabilidade representa importante obstáculo para a responsabilidade penal, de sorte que os menores – por exemplo – não podem responder criminalmente (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 238).

⁴⁰³ A definição conceitual de justa causa é tratada na doutrina há bastante tempo, embora, somente em 2008, tenha sido reconhecida no atual Código de Processo Penal enquanto condição da ação penal, o que se efetivou a partir da Lei 11.719/2008. No entanto, curiosamente, quando aos estados-membros era assegurado o direito de legislar em processo penal, o “Codigo do Processo Penal do Estado do Rio Grande do Sul” (promulgado pela Lei 24/1898, quando o presidente do estado era Augusto Borges de Medeiros) admitia a concessão de ordem de *habeas corpus* em razão da ausência de justa causa; dizia a antiga lei processual estadual: “Art. 253 – Dá-se o *habeas-corpus* sempre que alguém soffre ou se acha em imminente

Veja-se que na atual sistemática essas condições são enfrentadas na situação processual que surge no artigo 395 (recebimento/rejeição da denúncia), mas o legislador não as definiu exatamente, tarefa que coube à doutrina e à jurisprudência. Por outro lado, como se sabe, nada impede que o juiz, após a resposta à acusação, analise novamente as condições da ação penal; seja porque o réu juntou documentos, ou porque analisou melhor os autos, de maneira que a situação jurídica do artigo 395 não torna a matéria preclusa. Diante disso, defende-se que as condições da ação penal podem ser analisadas na audiência preliminar, mesmo sem a denúncia criminal, desde que o acusado provoque o juiz nesse sentido. Ademais, tais condições servem de orientação para os requerimentos que venham a ser realizados em audiência - haja vista as diligências - pois, se pertinentes e exitosos, eliminam a imputação penal.

Em sequência, afirma-se que o juiz - depois de provocado pelo acusado - não poderia realizar diretamente atos de instrução com objetivo de realizar um ato probatório. A prova penal nasce em contraditório e perante a autoridade judiciária, assim caso o juiz realizasse - diretamente - atos de instrução, esses atos iriam constituir atos de prova sem processo e sem denúncia, desconfigurando o momento de interregno; ainda que o contraditório não seja idêntico ao contraditório processual, contraditório é. Pior, em razão da limitação do contraditório, não faltaria quem interpretasse esses atos como atos híbridos, uma categoria entre o ato de investigação e o ato de prova, todavia, isso seria totalmente inaceitável. Por essa razão, é preciso delimitar bem o espaço de discussão, de maneira que a audiência não tem como propósito instruir judicialmente a

perigo de sofrer constrangimento ilegal ou abusivo. Art. 254 - O constrangimento julga-se ilegal ou abusivo: §1º Quando não ha justa causa (RIO GRANDE DO SUL. Código do Processo Penal do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Oswaldo Vieira & Cia. 1913. p. 39). Desse modo, tem-se que a justa causa ocupa as reflexões doutrinárias nacionais há bastante tempo; CHOUKR relembra essa trajetória conceitual desde 1956. Nesse sentido, observa-se que a ausência de justa causa já foi compreendida como um ato contra o direito, ou como uma causa que legitima a coação estatal. Explica CHOUKR que essas primeiras concepções confundiam-se com a norma penal e sua vigência, sendo consideradas como concepções normativas de justa causa, no entanto, tais entendimentos deram lugar a uma concepção probatória da justa causa, deslocando a análise para o acervo probatório existente nos autos (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 765-767). Dessa forma, entende-se que a justa causa é condição da ação penal, cujos contornos não são exatos, de maneira que funciona como uma válvula de mediação das tensões sistêmicas existentes no campo penal, ampliando as garantias do acusado e protegendo-o de acusações abusivas (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 239). Assim - observa LOPES JR. - a justa causa se caracteriza pela exibição, por parte da acusação, de elementos probatórios mínimos de autoria e materialidade; ainda, considere-se a justa causa como condição de controle processual das imputações penais, buscando sentido na aplicação dos princípios limitadores do poder punitivo tais como insignificância, bagatela, proporcionalidade, etc (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 239-240).

investigação; quando ficar evidente um déficit investigatório o juiz poderá determinar que o delegado de polícia complemente o inquérito, permitindo que a polícia judiciária – através de atos de investigação – supra as deficiências apontadas.

Situação diferente surge quando o acusado deseja ser interrogado antecipadamente pelo juiz; seja porque foi coagido durante a investigação e confessou fato mediante tortura, seja porque pretende se retratar de confissão já realizada, ou seja em função da própria estratégia defensiva. Nesse caso, não se observa obstáculo algum, o que se justifica em função da natureza jurídica do interrogatório.⁴⁰⁴ Trata-se, com efeito, de um ato de defesa pessoal, na medida em que o acusado não é obrigado a responder as perguntas que lhe são dirigidas e tem em seu favor o direito ao silêncio. Sabe-se que o interrogatório no início do procedimento deixa o acusado mais vulnerável à acusação, aliás as modificações legislativas adequaram os ritos, deslocando o interrogatório para o final da instrução. No entanto, somente acusado e defensor – frente a situação concreta – podem deliberar se isso é melhor ou não; o legislador – nesse caso – ofereceu a todos os acusados uma situação processual que mais lhes favorece, mas as peculiaridades da vida podem justificar uma medida excepcional. Considerando, então, que o interrogatório é um ato de defesa, admite-se sua realização em sede de audiência preliminar, como uma forma de diligência necessária ou preparatória para determinado requerimento.

Outro aspecto importante diz respeito aos documentos juntados pelo acusado em audiência e que visam instrumentalizar seus requerimentos. De plano deve-se ter presente que em qualquer momento do processo penal é possível a juntada de documentos⁴⁰⁵ (salvo exceção prevista no artigo 479), da mesma forma, durante a investigação o acusado poderá postular a juntada diretamente à autoridade policial. O controle do conteúdo do documento é realizado posteriormente mediante a contradita da parte contrária, a qual poderá inclusive postular – na fase processual - a instauração de incidente de falsidade.⁴⁰⁶ Não se insere, pois, como um ato de instrução probatória que exige a tutela judicial. Aliás, defende-se que em razão da função isonômica do contraditório, o Ministério Público sequer poderá impugnar esses documentos em

⁴⁰⁴ Sabe-se que a questão revela alguma polêmica, conforme sistematiza BADARÓ: “A questão, contudo, não é pacífica na doutrina, havendo três posições sobre a **natureza** do interrogatório: (1) é um **meio de prova**, porque o CPP o coloca entre os meios de prova; (2) é um **meio de defesa**, mais especificamente de autodefesa, diante do direito ao silêncio do acusado; (3) tem **natureza mista**, sendo tanto um meio de defesa quanto um meio de prova (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 446).”

⁴⁰⁵ CPP. Art. 231.

⁴⁰⁶ CPP. Artigos 145 e seguintes.

audiência, nessa situação, caso o promotor entenda que os documentos exigem mais atos de investigação poderá determinar a realização de diligências, lembrando – por relevante – que as diligências ministeriais não se submetem ao crivo do juiz (pertinência).⁴⁰⁷

Como última observação antes de se aprofundar as funções da audiência, é importante refletir sobre a possibilidade recursal que surge em razão das decisões proferidas pelo juiz. O ponto de partida, obrigatoriamente, define-se pela peculiaridade do momento que se pretende inserir (*interregno*), ou seja, não se pode responder essa indagação levando em conta a intensidade do processo, nem as peculiaridades da investigação; trata-se de um espaço único a ser construído pelo legislador e aplicado pelos operadores. No entanto, o interregno não pode ser um meio para antecipar a discussão processual; o contraditório que surge nessa etapa busca ampliar a isonomia e limitar o poder, de sorte que essas devem ser as diretrizes básicas. Assim, tem-se que não é necessário assegurar hipótese recursal para o acusado, na medida em que esse, diante de alguma ilegalidade, poderá manejar ação de *habeas corpus*. Com relação à acusação a mesma solução não pode ser utilizada. Observe-se, nesse caso, que as decisões que rejeitam a denúncia (art. 395) são passíveis de reforma através de recurso em sentido estrito (art. 581, inciso I), devendo o juízo assegurar o direito do acusado de contrarrazoar a irrisignação ministerial (Súmula 707 do STF). Veja-se que o conteúdo do recurso não envolve o mérito do caso penal, mas os limites do artigo 395 do Código de Processo. No que se refere a essa tese, a decisão de arquivamento proferida na audiência preliminar inviabilizaria o oferecimento da denúncia criminal; equivale a interrupção da persecução penal, com ou sem denúncia. Assim, defende-se que a única possibilidade recursal disponível para a acusação seria aquela que busca reformar a decisão que determina o arquivamento da investigação, tal como ocorre com a decisão que rejeita/não recebe⁴⁰⁸ a denúncia, portanto, cabível recurso em sentido estrito. Com relação às demais decisões (impugnações e diligências), defende-se que são decisões típicas da fase preliminar,

⁴⁰⁷ Nesse aspecto, com razão CHOUKR, ao analisar o artigo 16 do Código de Processo: “Dentro da necessária revisão da estrutura de investigação a partir da CR/88, descabe ao órgão judiciário o monitoramento das medidas de investigação que são necessárias ao oferecimento da denúncia nos moldes do art. 16. [...] Trata-se, isso sim, de alterar a lógica do sistema, dando coerência ao relacionamento entre titular da ação penal e polícia judiciária, e excluindo o magistrado dessa tramitação quando não houver, nas medidas de investigação, invasão aos direitos fundamentais (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 122).”

⁴⁰⁸ Após a reforma de 2008, é inócua a discussão entre “não recebimento” e “rejeição” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1015).

portanto, irrecorríveis como regra geral, sem olvidar que para o acusado sempre estará disponível a ação de *habeas corpus*.

2.3.1 Diligências

No que se refere às diligências, de plano, deve-se distinguir que não se trata da possibilidade de o Ministério Público utilizar o interregno para diligências que lhe interessem, pois esse espaço busca promover a isonomia. Assim, durante toda a investigação o acusado esteve sujeito aos mecanismos do poder - legítimos e ilegítimos - e teve sua vida esquadrihada discricionariamente pela autoridade policial; nesse momento é necessário estabelecer algum limite aos propósitos do Estado-Polícia, de maneira que as diligências determinadas pelo juiz são aquelas de interesse da defesa. Todavia, observe-se que não há prejuízo para a acusação, uma vez que encerrados os atos investigatórios e encerrado o interregno procedimental o promotor de justiça - antes de oferecer a denúncia - poderá determinar a realização das diligências que entender pertinentes, sem controle do poder judiciário, até porque a investigação tem como propósito instrumentalizar a acusação.

Na atualidade, relembre-se, o acusado tem em seu socorro somente o artigo 14 do Código de Processo, o qual não é de observância obrigatória pelo delegado de polícia. Embora existam importantes precedentes no Superior Tribunal de Justiça,⁴⁰⁹ a jurisprudência não admite que a defesa interfira na investigação, tornando-a uma espectadora de atos discricionário, pior, por vezes, sequer pode ter acesso, em que pese a Súmula Vinculante nº 14. Ainda, considerando que nosso sistema de investigação é policial, não se permite à defesa realizar diretamente atos de investigação, tais como oitiva de testemunhas, obtenção de requerimentos etc. Todos esses atos são atos de polícia judiciária e por ela devem ser desenvolvidos, mesmo quando interessem ao acusado e lhe proporcionem uma posição mais favorável frente às inclinações punitivas do investigador. Dessa forma, a audiência preliminar corrige essa distorção, permitindo - mediante o controle judicial - a interferência da defesa na investigação.

Por outro lado, pondera-se: qualquer diligência? Entende-se que não. Em momento anterior delimitou-se a função do contraditório e, entre os aspectos defendidos estão aqueles que resguardam o processo da discussão dialética antecipada. Deve-se

⁴⁰⁹ Abordados no início desse trabalho.

estabelecer um limite que guarde relação com a própria situação de interregno, sob pena de se desvirtuar a função da audiência. Com efeito, essas diligências não podem simplesmente buscar uma situação processual mais favorável; essa medida envolveria ato de prova e sua pertinência é estritamente processual. Veja-se que as diligências não podem “antecipar” ou “preparar” a prova através da investigação.

Ocorre que é impossível traçar um critério absolutamente objetivo ou taxativo; a solução que melhor atende é normativa,⁴¹⁰ mas sempre diante das funções do contraditório, pois o interregno é sobretudo limitador. Por esse critério, então, afastam-se todas as diligências relacionadas, por exemplo, à fixação da pena ou aquelas que visam discutir as medidas cautelares reais, ou seja, aquelas providências que não impedem o desenvolvimento do processo.⁴¹¹ Não obstante, deve-se ressaltar aqueles casos em que a diligência tem como propósito indicar a ilicitude de uma prova irrepetível ou de ato da investigação.⁴¹² Entende-se que nessas situações o acusado não busca a prova propriamente dita, seu objetivo é limitar a imputação, excluindo previamente elemento que iria macular o processo, de sorte que se deve assegurar a diligência nesses casos também.

Fixado esse recorte, é preciso definir o alcance dessas diligências, as quais podem compreender uma série de medidas, tais como oitiva de pessoas, acareações, reconhecimentos, juntada de documentos em poder de terceiros, etc. Observe-se que todas essas medidas constituem atos de investigação e pela polícia judiciária devem ser efetivadas. Contudo, uma diligência peculiar seria a realização de perícia, determinada

⁴¹⁰ A expressão *normativo* não busca o exato significado desenvolvido pelo direito penal, haja vista os fundamentos teóricos da teoria geral do delito: “La delimitación y división entre elementos descriptivos Y normativos son muy discutidas em las cuestiones concretas. Tradicionalmente, se entiende por elementos descriptivos aquellos que reproducen determinados dados o procesos corporales anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo (cognitivo) por el juez. Em cambio, son normativos todos los elementos cuya concurrencia presupone una valoración; así p. ej. conceptos como ‘edificio’ (§ 306) o ‘sustraer’ (§ 242) son descriptivos, mientras que términos como ‘injuria’ (§ 185) o ‘ajeno’ (§§242, 246 ó 303) son normativos. [...] También se puede diferenciar según que un concepto le deje al aplicador del Derecho un margen de valoración especialmente amplio y este ‘necesitado de complementación valorativa’” (ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña. t. 1. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 306).” Contudo, tal expressão indica, tal como ocorre com os elementos normativos do tipo penal, que se deve ampliar a valoração jurisdicional na análise do pedido da defesa, justamente porque nem sempre ficará evidente, por exemplo, a falta de justa causa ou a impugnação.

⁴¹¹ Não se ignora que a discussão da pena envolve a fixação de limites ao Estado-Acusação, no entanto, pondera-se que a antecipação da dialética para o interregno não seria algo positivo, de maneira que é necessário resguardar o processo enquanto instituto constitucional de preservação dos direitos fundamentais.

⁴¹² Tome-se como exemplo a diligência que pretende demonstrar que a busca e apreensão foi realizada em endereço errado e, portanto, os objetos apreendidos não podem ser utilizados como prova; retira-se, assim, a materialidade do crime.

pelo juiz em sede de audiência preliminar;⁴¹³ de imediato afirma-se que esse ato observará o mesmo procedimento das demais perícias da investigação, ou seja, será conduzida pelo delegado de polícia. Não se trata instaurar um incidente antecipado de prova, nem de produzir a prova em contraditório. A perícia deverá ser conduzida em espaço de investigação, portanto, segue a mesma lógica das provas irrepetíveis, as quais têm o contraditório diferido. Não obstante, acrescenta-se a modificação legislativa prevista no inciso XXI da Lei 8.906/1994, de tal maneira que – em que pese não se admita assistente técnico – assegura-se ao acusado o direito de oferecer quesitos diretamente à autoridade policial. Veja-se que se mantém a coerência, uma vez que o magistrado não se coloca como instrutor judicial da investigação, tão somente determina o complemento da investigação por perícia. Justamente por isso, defendeu-se - no capítulo anterior - que nas investigações em que há provável autoria, deve o delegado de polícia informar o investigado sobre eventual realização de perícia, permitindo o oferecimento de quesitos diretamente na delegacia de polícia e, com isso, evitando o questionamento desse ato investigatório em sede de audiência preliminar.

Mas de nada adianta obter a realização de uma diligência se seu cumprimento for insatisfatório, questão que desafia a análise da qualidade do ato e sua aderência à decisão judicial que determinou sua realização. Novamente, o contraditório surge como elemento fundamental na solução desse problema. Tem-se, portanto, a seguinte situação: a defesa, em audiência, postula certa diligência indispensável ao caso penal, o que é deferido pelo juiz; a autoridade policial – comunicada da decisão – realiza a diligência, mas de forma insuficiente. Juntada a diligência aos autos da investigação - que devem permanecer em cartório forense - entende-se que a defesa técnica deve ser intimada. Nesse caso, caberá à defesa técnica avaliar se o delegado de polícia cumpriu adequadamente a decisão judicial, caso contrário poderá postular que se repita o ato, mas – em última análise – caberá ao juiz decidir, levando em conta, certamente, que sua cognição jurisdicional sofre a carga constitucional do contraditório e da ampla defesa. Assim, mesmo não identificando exatamente o que o acusado e seu defensor pretendem com a diligência, deverá o juiz promover a isonomia, acolhendo o pedido. Por outro lado, excepcionalmente, quando o

⁴¹³ Tenha-se como exemplo o *habeas corpus* nº 43.599/SP, julgado pelo STJ. Nesse caso, o delegado de polícia indicou determinada pessoa pelo crime de falsidade ideológica tão somente com base em depoimentos, negando ao investigado o direito de esclarecer os fatos. Situações como essa admitem prova pericial para contraditar o indiciamento, o que fulminaria a materialidade, colocando termo à qualquer imputação.

pedido for absolutamente protelatório ou escape aos limites do interregno procedimental o juiz poderá indeferir o pleito.

2.3.2 Impugnações

Por outro lado, o interesse da defesa poderá recair não sobre um fato a ser documentado (investigado), mas sobre determinado ato cuja prática tenha ofendido os direitos e garantias constitucionais do acusado. Nessas situações, pretende-se impedir que tal ato seja utilizado para o oferecimento da denúncia criminal e, por consequência, impedir que ingresse no processo, o que se efetiva através de uma impugnação. Observe-se que o contraditório, na condição de limite ao poder, expressa sua máxima intensidade, já que estabelece o primeiro filtro de legalidade nos casos de abuso. No entanto, para se chegar até essa afirmação é necessário realizar algumas considerações.

Destaca-se o cuidado terminológico quando se pretende indicar o objeto da impugnação. Não por acaso, utiliza-se a expressão “ato” ao invés de “prova”, isso porque procura-se preservar a dialética processual, ou seja, as provas devem ser produzidas em contraditório judicial e, quando se questiona a prova propriamente dita, tal discussão deve ser travada no processo. Mas no caso da audiência de interregno busca-se inserir um filtro preliminar de impugnação, a qual recairá sobre os atos da investigação e, conforme já se disse no início da pesquisa, os atos de investigação não se confundem com os atos de prova. Ocorre que as chamadas *provas irrepitíveis* são produzidas na investigação e submetidas ao contraditório em momento posterior (contraditório diferido), trata-se de situação peculiar, a qual tensiona o *conceito* de ato de investigação levando-o ao limite.⁴¹⁴ Contudo, não se pode perder de vista que as provas irrepitíveis – no momento da investigação - não são produzidas perante o juiz, nem se submetem ao crivo completo do contraditório; no máximo, admitem a participação do acusado através de quesitos oferecidos diretamente à autoridade investigadora.⁴¹⁵ Ademais, em diversas situações o delegado de polícia sequer tem indícios da autoria, de maneira que não há como

⁴¹⁴ No primeiro capítulo abordou-se essa questão, destacando – inclusive – as propostas da doutrina sobre o tema. Defende-se que nesse ponto há um *conceito limite*, ou seja, algo a ser melhor estudado tendo em vista as tensões existentes. Não há como negar que as provas irrepitíveis guardam estreita relação com os atos de investigação, conforme demonstrou-se; da mesma forma, não há como negar que o incidente de produção antecipada de provas (uma das propostas da doutrina) também apresenta problemas; tudo isso exige que esse instituto seja melhor observado e submetido a novas indagações. Assim, optou-se por diferenciar esse instituto, dando luz ao problema, o que se faz denominando as provas irrepitíveis de *atos de investigação irrepitíveis*.

⁴¹⁵ Haja vista a nova redação do artigo 7º da Lei 8.906/94.

determinar a pessoa que seria imputada a partir daquela prova. Justamente por isso, entende-se mais adequado falar em *atos de investigação irrepetíveis*, ao invés de provas irrepetíveis, na medida em que sua origem reside na investigação e não no processo. Assim, em se tratando de impugnação, essa medida recairá sobre os atos de investigação sejam eles repetíveis ou não. Não bastasse esse esclarecimento, resgata-se o que foi dito no início, pois quando a investigação criminal já estiver direcionada para determinada pessoa (*autoria possivelmente conhecida*) é dever do delegado de polícia informar a pessoa investigada sobre sua condição de suspeito, viabilizando sua participação na perícia nos termos do inciso XXI do artigo 7º da Lei 8.906/1994, potencializando o contraditório e a ampla defesa, em seu aspecto mais básico (informação-reação).

É importante esclarecer também que esse primeiro filtro não é preclusivo, nem impede que o juiz reavalie o mesmo pedido da defesa na fase processual, justamente porque não há processo penal instaurado, nem a formalização da denúncia; tal medida se coloca no entre fases e como uma forma de limitar o poder. Assim, na fase processual e já diante da delimitação da acusação a impugnação anteriormente realizada poderá ser refeita; pois nesse momento a condição jurídica muda, uma vez que se tem a totalidade do contraditório e não mais um ato de investigação e sim um ato de prova, portanto, não se pode falar em preclusão.

Não se ignora, certamente, que a questão é complexa, na medida em que o ato de investigação praticado em desrespeito à legalidade, ao ingressar no processo, produz uma prova ilícita,⁴¹⁶ exigindo sua exclusão dos autos. Não obstante, na atual sistemática, essa discussão sobre a ilicitude é travada dentro do processo, significa que a acusação já formalizou sua pretensão. Defende-se, com efeito, que essa discussão possa também ser realizada em momento anterior, sem a consolidação da acusação, pois - caso acolhida - poderá impedir o processo penal ou arrefecer a carga acusatória, alterando - inclusive - a tipicidade. Observe-se a importante função do contraditório nesse momento, uma vez que ao assegurar a isonomia fortalece o limite; nesse aspecto, não se pode exigir que o acusado assista a articulação dos poderes do Estado passivamente para, somente bem depois, lhe ser assegurado um espaço de irresignação. O contraditório na sua dupla função

⁴¹⁶ Considerando a reforma do artigo 157 do CPP, realizada pela Lei 11.690/2008, entende-se irrelevante distinguir as provas ilícitas das provas ilegítimas, na medida em que ambas foram equiparadas no Código. Além disso, toda prova ilegítima, ao ofender à lei, ofende também a Constituição.

(isonômica e limitadora) exige que se abra um momento específico de impugnação anterior ao processo.

Refletindo sobre isso, não há como ignorar que a impugnação, em última análise, guarda pertinência temática com a ideia de *forma*, ou seja, com a ideia de que determinado ato da investigação desrespeitou limites impostos pela legalidade e deve ser considerado nulo. Contudo, como impugnar um ato realizado em um procedimento que é constantemente adjetivado como inquisitorial, discricionário, meramente informativo etc... ?⁴¹⁷ Trata-se de um falso paradoxo. Explica-se.

Inicialmente, deve-se considerar que o Código de Processo Penal não apresenta soluções satisfatórias quando o tema é nulidades;⁴¹⁸ a doutrina, da mesma forma, vacila entre propostas civilistas que nascem na teoria do ato jurídico⁴¹⁹ e aproximações com o processo civil.⁴²⁰ Essas posições - de plano refutadas nessa tese - devem dar passagem para a corrente crítica que guarda vinculação teórica com os institutos nitidamente processuais penais, os quais potencializam os direitos fundamentais.⁴²¹ A jurisprudência,

⁴¹⁷ Conforme entendimento da doutrina, devidamente exposto no primeiro capítulo.

⁴¹⁸ De plano, destaca-se a simetria existente entre o Código brasileiro de 1941 e o Código de Processo Penal italiano de 1930, diploma nitidamente fascista. Há diversos aspectos simétricos entre os modelos, no entanto, no que se refere às nulidades, tal aproximação mais fica nítida. A própria exposição de motivos do Código de 1941 expõe essa convergência: “[...] XVII – Como já foi dito de início, o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, ‘um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos’. [...]”. Ambos modelos revelam a arbitrariedade, na medida em que acolhem a relativização das formas, incorporando um amorfismo com recorte inquisitorial (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 83-90).

⁴¹⁹ Embora não se compartilhe da mesma perspectiva teórica, deve-se fazer a referência: “Ao estudarmos nulidades, necessário se faz primeiro levar o leitor a entender a teoria dos atos jurídicos em geral para, depois, estudarmos as consequências do não atendimento às formalidades legais exigidas para a sua realização (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 938).”

⁴²⁰ Nesse sentido: “Dentre os atos processuais imperfeitos, os atos *nulos* são aqueles em que a falta de adequação ao tipo legal pode levar ao reconhecimento de sua inaptidão para produzir efeitos no mundo jurídico. Dizemos que nesses casos a desconformidade *pode levar* ao reconhecimento da ineficácia do ato porque, ao reverso do que sucede no direito privado, a nulidade dos atos processuais não é automática [...] Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da ideia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício. Sem ofensa ao princípio teleológico da norma, não haverá *prejuízo* e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional; assim, somente a atipicidade *relevante* dá lugar à nulidade; daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: *pas de nullité sans grief* (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 20-27).”

⁴²¹ A questão não é tão simples assim, na medida em que o modelo brasileiro desafia muitas críticas, especialmente porque parte da doutrina afirma a existência das categorias nulidade absoluta e relativa, diferenciando – ainda - os atos meramente irregulares dos atos inexistentes (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 788). Por outro lado, há propostas que

por sua vez, é incapaz de oferecer critérios claros para a identificação de uma base teórica comum, de maneira que sobre discussões idênticas é possível encontrar soluções distintas,⁴²² mas não apenas isso, a construção pretoriana tem relativizado ilegalidades absolutas, exigindo do acusado a demonstração do prejuízo, como se a imputação por si só já não fosse um prejuízo.⁴²³ Fica claro, então, que o tema “nulidades” desafia monografia específica, de maneira que não se pretende ingressar nessa discussão, desconstruindo as proposições civilistas (aliás isso já foi feito).⁴²⁴ Embora não se enfrente esse debate na integralidade, até porque tangencia o objeto traçado, é importante definir

exigem uma reformulação do modelo, haja vista o pensamento de LOPES JR.: “A doutrina costuma dizer que o art. 564 é exemplificativo e que deve ser lido junto com o art. 572, que define as nulidades relativas (pois se consideram sanadas). Partindo disso, alguns autores arriscam afirmar que existe nulidade absoluta nas situações descritas no art. 564, incisos I, II e III, letras ‘a’, ‘b’, ‘c’, ‘e’ (primeira parte), ‘f’, ‘i’, ‘j’, ‘k’, ‘l’, ‘m’, ‘n’, ‘o’, e ‘p’; e relativas àquelas previstas no art. 564, III, ‘d’ e ‘e’ (segunda parte), ‘g’, e ‘h’, e inciso IV. Não estamos tão seguros assim nesse tema. Pensamos que o art. 564 é, atualmente, imprestável para qualquer tentativa de definição precisa em termos de invalidade processual, além de incorrer no erro de pretender estabelecer um rol de nulidades cominadas. Como muito, serve de indicativo, a apontar atos que merecem uma atenção maior em relação ao risco de defeitos (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 946).” E acrescenta o autor: “a categoria das nulidades relativas, por exemplo, é imprestável para o processo penal, pois possui um gravíssimo vício de origem: nasce e se desenvolve no direito civil, com a teoria dos atos anuláveis e nulos, com uma incompatibilidade epistemológica insuperável. Depois, é transplantada para o processo civil, o que em nada atenua essa incompatibilidade (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 951).” Por fim, propõe que o tema se desenvolva a partir da ideia de *ato defeituoso sanável* ou *insanável* frente ao sistema de garantias da Constituição: “A violação da forma do ato processual gera um ato defeituoso, e a grande questão é saber se esse defeito constitui a violação do princípio constitucional ali representado ou não. Se houver a violação, parte -se para uma segunda dimensão do problema: há possibilidade de saneamento pela repetição? Ou seja, há como restabelecer o princípio lesado? Se possível, deve ser refeito o ato, pois ‘o que foi feito com defeito, deve ser refeito’. Mas, e se não for possível sanar pela repetição? Então deve ser decretada a nulidade, com a retirada da eficácia do ato, inclusive com o desentranhamento das peças respectivas. O descumprimento da principiologia que informa o sistema de garantias gera um defeito insanável, uma nulidade e, como consequência, a privação de seus efeitos (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 961).”

⁴²² Lembre-se, nesse caso, a polêmica sobre as consequências da violação do artigo 212 do CPP estabelecida no STJ. A Sexta Turma firmou entendimento de que se tratava de nulidade relativa e, portanto, deveria ser efetivamente comprovada, já a Quinta Turma, inicialmente, posicionou-se no sentido de que o prejuízo era evidente (leia-se: HC 145182-DF e HC 137094-DF).

⁴²³ Relembre-se a contribuição de GLOECKNER: “a orientação doutrinária e jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (bem como do Superior Tribunal de Justiça e de outros tantos tribunais de piso) exige, mesmo no caso de nulidades absolutas, a demonstração do prejuízo, transformando – pela autoritária jurisprudência (que aplica critério extralegal amparado em legislação fascista) e pela acrítica doutrina (que se contenta em reproduzir brocardos anacrônicos e trazer as decisões dos tribunais *up to date* em seus epistemologicamente pobres manuais sem se importar com o conteúdo de tais julgados – salvo raríssimas exceções) – em sanatória geral (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 84).”

⁴²⁴ Apenas para citar um exemplo, veja-se a teoria desenvolvida por GLOECKNER; em um primeiro momento na obra “Nulidades no Processo Penal: Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular” e, posteriormente, com os acréscimos na obra “Nulidades no Processo Penal”, ambas citadas na bibliografia.

certa perspectiva teórica. Nesse sentido, defende-se a proposta de LOPES JR. com os acréscimos de GLOECKNER, de maneira que “forma é garantia.”⁴²⁵

Refletindo sobre isso, observa-se que a ideia de respeito à forma se expressa com mais facilidade quando se analisa a prova penal, aliás o Código de Processo dedica um título inteiro sobre o assunto,⁴²⁶ o que deixa nítido os limites e o conteúdo dos atos de prova. Por outro lado, a regulamentação dos atos de investigação é lacônica,⁴²⁷ certamente há alguma previsão legal, mas - diferente do que ocorre com as provas - a lei processual limita-se a traçar hipóteses sem definir no mesmo capítulo forma ou rito procedimental.

Todavia, essa deficiência legislativa não implica ausência de forma, nem assegura a plena e irrestrita discricionariedade.⁴²⁸ Ainda que a lei não diga como o delegado deve realizar a perícia, por exemplo, é evidente que esse ato deverá observar as disposições do artigo 158 e seguintes, igualmente, mesmo sem detalhar a coleta de depoimentos esse ato de investigação deverá respeitar, naquilo que for compatível, as disposições do artigo 202

⁴²⁵ Essa singela afirmação esconde grande complexidade teórica. É inegável que no sistema acusatório o respeito à forma é condição essencial, aliás, o respeito à forma atende à carga constitucional e convencional dos direitos fundamentais. Nesse aspecto, a tutela da forma apresenta-se em uma dimensão processual (proibindo a prática de atos processuais ilícitos) e uma dimensão constitucional, na qual está em jogo o estatuto jurídico do indivíduo, decorrente da atividade invasiva do Estado. Têm-se, portanto, uma dupla funcionalidade, a primeira no plano processual e a segunda no plano material, o que se observa com intensidade na vedação da prova ilícita. “Percebe-se facilmente que a nulidade, como garantia que é, tem por escopo não apenas uma finalidade intrínseca de preservação do normal e válido desenvolvimento processual, mas atinge também a proteção de direitos que se encontram instituídos constitucionalmente, como é o caso do princípio da legalidade, devido processo penal, ampla defesa, contraditório, dignidade da pessoa humana etc (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 329).”

⁴²⁶ Vide Título VII, iniciando pelo artigo 155.

⁴²⁷ Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV - ouvir o ofendido; V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter. X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

⁴²⁸ Em que pese parte da doutrina insista em dizer que a investigação é discricionária, há - evidentemente - limites.

e seguintes.⁴²⁹ Veja-se que os atos de investigação guardam relação com a ideia de forma, caso contrário se poderia admitir situações absurdas, como a oitiva de pessoas por telefone e considerar esse ato um depoimento; caso isso ocorra, no máximo, seria possível firmar um relatório de investigação, dizendo que houve um telefonema com determinada conversa sem precisar exatamente o interlocutor, mas jamais qualificar esse ato como um depoimento, isso porque há uma certa maneira de proceder, mesmo no inquérito. Certamente, quando se está diante de um ato irrepetível, como o levantamento do local do fato ou uma necropsia, a aderência entre ato e forma será muito maior, justamente pela impossibilidade de repetição, igual situação se observa quando a investigação pratica ato com autorização judicial, tais como a interceptação telefônica ou a busca e apreensão. Nesses casos, os atos de investigação – além de respeitar a legalidade – deverão atender aos limites traçados na decisão judicial. Então, ainda que se verifique certa resistência em declarar a nulidade dos atos de investigação,⁴³⁰ existem parâmetros constitucionais e legais para avaliar se o poder punitivo foi exercido adequadamente. Fundamental, nesse aspecto a abordagem crítica:

É preciso que se compreenda, definitivamente, que em um processo penal democrático e constitucional, forma é garantia e limite de poder. À luz da legalidade processual, todo poder é condicionado e precisa ter seu espaço de exercício claramente demarcado. É uma decorrência lógica e inafastável da “tipicidade processual”. O inquérito policial, enquanto uma espécie de investigação preliminar, não foge a essa regra. [...] existe uma responsabilidade ética do Estado pela condução de uma investigação e posterior julgamento, que deve ser fiel às normas legais vigentes em um país e conforme à Constituição. O

⁴²⁹ Aliás, observe-se que o Código não zela por um rígido critério terminológico, pois o termo “testemunha” é igualmente utilizado para as pessoas ouvidas na investigação e no processo, embora indiquem naturezas jurídicas diferentes.

⁴³⁰ Nesse sentido, apenas a título de exemplo, pode-se verificar os seguintes julgados que representam as posições da Quinta e Sexta Turma do STJ: [1] PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES AMBIENTAIS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE INDICIAMENTO FORMAL NO INQUÉRITO POLICIAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. [...] II - O inquérito policial é procedimento administrativo de natureza inquisitorial destinado à formação da opinio delicti do titular da ação penal, não sendo a ele aplicáveis os princípios do contraditório e da ampla defesa (Doutrina). III - É cediço na jurisprudência pátria que eventuais nulidades ocorridas no âmbito do inquérito policial não tem o condão de prejudicar a futura ação penal, ocasião em que as provas, especialmente as orais, serão colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa (Precedentes do STF e do STJ). IV - A ausência de indiciamento formal no inquérito policial não tem o condão de macular a denúncia (Precedente). Recurso ordinário desprovido. (RHC 66.987/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 01/04/2016) [2] PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. IRREGULARIDADES. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. SUSPEIÇÃO. MAGISTRADO INIMIGO DO ACUSADO. AFERIÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. 1 - Eventuais irregularidades ocorridas na fase inquisitorial, porque de cunho administrativo, não têm o condão de macular o processo penal. 2 - Aferir se o magistrado é inimigo do acusado, com vistas à existência de suspeição, é intento não condizente com a via eleita, porque demanda dilação probatória. 3 - Ordem denegada. (HC 16.370/DF, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2001, DJ 17/09/2001, p. 198).

fato de o inquérito ter natureza administrativa não é um argumento válido, pois não o blinda contra as garantias processuais e constitucionais, na medida em que o próprio art. 5º, LV, da CF estende a incidência à fase de investigação. Ademais, o princípio do devido processo legal tem plena incidência em qualquer procedimento ou processo administrativo (ou por acaso o direito administrativo e os respectivos procedimentos não reconhecem nulidades?). Mais do que nunca, qualquer procedimento administrativo é pautado pela estrita legalidade dos atos da administração.⁴³¹

Não é necessário, portanto, que se aguarde o processo para declarar ilícita uma busca e apreensão domiciliar sem mandado, uma interceptação telefônica realizada além do prazo judicial fixado, o interrogatório do investigado sem advogado,⁴³² a tomada de confissão sem a advertência constitucional do direito ao silêncio, a coação da testemunha na coleta de seu depoimento, o reconhecimento fotográfico sem a exibição de álbum com diversos suspeitos, o reconhecimento pessoal com apenas uma única pessoa a ser reconhecida... Todas essas situações consagram graves ilegalidades que não podem ser utilizadas pelo Ministério Público no oferecimento da denúncia. Ainda que a *opinio delicti* observe o princípio da obrigatoriedade - de maneira que se estiverem presentes as condições da ação penal é possível o exercício da pretensão acusatória - a atividade ministerial observa igualmente o princípio da legalidade, em todas as suas dimensões.⁴³³ Assim, não se pode admitir que uma denúncia criminal busque sua justa causa em ato de investigação maculado pela ilicitude, quer seja direta ou por derivação.⁴³⁴

A audiência preliminar, nesse cenário, coloca o contraditório como elo de ligação entre uma fase - em que o poder punitivo se manifesta com maior intensidade, escapando às formas jurídicas - e outra - em que o rito processual tutela em grau maior o direito de liberdade. Essa ligação, hoje inexistente, exige a introdução de um filtro preliminar isonômico e limitador, capaz de excluir aqueles atos nitidamente ilícitos.

⁴³¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 964-965.

⁴³² Observe-se que nesse caso há previsão legal específica, nos termos da Lei 8.906/94 [Lei 8.906/94 [...] Art. 7º São direitos do advogado: [...] XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração [...]]

⁴³³ O Direito Processual Penal observa, igualmente, o princípio da legalidade, nesse sentido: ALONSO, Pedro Aragoneses; LOPEZ-PUIGSERVER, Carlos Viada. *Curso de Derecho Procesal Penal*. 4. ed. t. I. Madrid: Prensa Castellana, 1974. p. 45; MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal: fundamentos*. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2012. p 121 e LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 204.

⁴³⁴ Em se tratando de impugnação, nos termos defendidos nessa tese, não há porque realizar diferença entre a ilicitude direta ou por derivação, na medida em que ambas situações implicam na quebra da legalidade e, portanto, são inúteis para o exercício da acusação. Assim, os atos derivados dos atos ilícitos são ilícitos também.

2.3.3 Arquivamento

Nos tópicos anteriores demonstrou-se como o acusado poderia interferir na investigação através de diligências e impugnações; em ambos os casos o pedido da defesa não implicaria diretamente na interrupção da imputação, embora o resultado dessas medidas pudesse atingir esse intento. Por outro lado, a situação que se apresenta nesse momento é diferente, pois não se trata de atacar um defeito pontual ou corrigir uma omissão, o arquivamento do inquérito policial em sede de audiência implica no reconhecimento de que os atos investigatórios não possuem, por exemplo, justa causa,⁴³⁵ desafiando sumária extinção.

Atualmente, o Código de Processo determina que somente através de decisão judicial é possível arquivar os autos do inquérito, todavia, essa decisão é tomada exclusivamente em função de requerimento do Ministério Público, podendo o juiz – caso discorde do agente ministerial – remeter os autos ao Procurador-Geral.⁴³⁶ Ignora-se, portanto, a função isonômica e limitadora do contraditório, uma vez que a defesa é alijada desse procedimento, impedindo-se, por completo, a manifestação do sujeito investigado. Assim, a lei - que não reserva espaço para a participação – contribui para uma decisão penal unilateral, reduzindo a eficácia da Constituição.

Defende-se, portanto, que o acusado possa manifestar-se sobre os atos da investigação e postular o arquivamento do inquérito. Não se ignora, com efeito, que o arquivamento envolve a análise das condições da ação penal, de maneira que não se trata de garantir um espaço para a discussão do mérito de uma possível imputação. Novamente, o acusado deverá levar em conta os elementos do inquérito e o relatório policial, firmando *diagnóstico* e *prognóstico*,⁴³⁷ uma vez que seu requerimento não será deduzido diante da denúncia criminal.

Por outro lado, seria possível argumentar que ao juiz é defeso arquivar o inquérito sem a *opinio delicti* do promotor de justiça, ou ainda, sem oportunizar que o Ministério Público realize as diligências que entender pertinentes. Tal argumento não procede. É preciso ter em vista que a audiência preliminar, na condição de espaço para o exercício do contraditório, situa-se após o exaurimento dos atos de investigação. Significa

⁴³⁵ Não se pretende retomar o conceito de justa causa anteriormente exposto.

⁴³⁶ Exegese dos artigos 16, 17, 18 e 28 do Código de Processo.

⁴³⁷ Conceitos anteriormente sistematizados.

que o Estado-Policial esgotou as linhas investigatórias; tem-se - como regra geral - que não há mais o que investigar e que os fatos imputados foram documentados. Assim, após o término desse procedimento é que se coloca a audiência, justamente como elo de ligação, como espaço de contraditório prévio ao processo, como *entre fases*. Dessa forma, procurando identificar um procedimento padrão, é possível dizer que não haverá mais atos de investigação a serem realizados, embora exista a possibilidade de o Ministério Público determinar a realização de diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia; no entanto, tal prática se coloca como situação excepcional, pois significa que a polícia judiciária deixou de realizar ato investigatório relevante.

Diante dessa observação existem duas situações possíveis: a primeira quando o arquivamento decorre de pedido do Ministério Público e a segunda quando decorre de pedido da defesa.

Considerando, então, a primeira situação, não se identifica obstáculo procedimental quando o promotor de justiça postula o arquivamento em audiência. Na condição de titular da ação penal, nada impede que - ao analisar os autos do inquérito policial - verifique a inexistência de elementos para a acusação e, observando o princípio da legalidade,⁴³⁸ cumpra seu dever, requerendo o termo final da investigação. Observe-se que essa situação em nada prejudica ou derroga a atual sistemática, uma vez que mesmo depois da audiência preliminar, refletindo melhor sobre os autos, o promotor de justiça poderá postular o arquivamento.

Não obstante, o mesmo não se pode afirmar quando apenas a defesa requer o arquivamento. Tendo em vista que a audiência de interregno é um espaço procedimental isonômico e limitador, não se pode atingir o equilíbrio com ampla atuação da acusação; de tal forma que a audiência inaugura um "lugar de fala" da defesa, o que decorre da aplicação do contraditório nesse momento. Com efeito, permitir espaço de retórica para o Ministério Público, implicaria em redução da função isonômica do contraditório, razão pela qual o pedido da defesa não exige contradita.⁴³⁹ Assim, cabe ao Ministério Público, tão somente, manifestar seu interesse em prosseguir com a imputação, seja ela qual for, pois não se tem a *opinio delicti* efetivamente formada, nem se admite a formalização da

⁴³⁸ Há diversas dimensões do princípio da legalidade, conforme demonstrou-se anteriormente.

⁴³⁹ Observe-se que a investigação, segundo parcela da doutrina, desenvolve-se no sentido de instrumentalizar a acusação (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 122), portanto, os atos de investigação é que exigem contradita por parte da defesa.

denúncia criminal.⁴⁴⁰ Não se ignora, certamente, que a decisão penal nessa hipótese somente afastaria os casos de flagrante ilegalidade, nos quais é visível a inexistência de uma das condições da ação penal.⁴⁴¹ Aliás, no que se refere aos efeitos da coisa julgada, entende-se que não há modificação, de modo que a imputação poderá ser realizada novamente mediante novos elementos, o que vai ao encontro da Súmula 524 do STF.⁴⁴² Igualmente, caso a acusação não se contente com o arquivamento, o promotor de justiça poderá seguir investigando, inclusive determinando diretamente à autoridade policial as diligências que entender pertinentes,⁴⁴³ respeitando – com efeito – a Súmula 524. Significa compreender que as diligências, eventualmente necessárias para o oferecimento da ação penal, não inviabilizam o arquivamento do inquérito, na medida em que o Ministério Público poderá – inclusive – realizá-las diretamente e, após efetivadas, reapresentar o caso penal.⁴⁴⁴

A audiência preliminar, nesse cenário, concretiza de fato a função isonômica e limitadora do contraditório, na medida em que exige dos órgãos de Estado que os procedimentos investigatórios se realizem em estreita observância à legalidade. Mas não apenas isso, rompe-se com a lógica unilateral da investigação, inaugurando importante espaço de participação da defesa, a qual poderá – de fato - influir na decisão judicial, de maneira que o processo penal – caso necessário - iniciará em *contraditório material*.

Situação muito diferente surge a partir da publicação da Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual não pode deixar de ser enfrentada nessa tese.⁴⁴⁵ Explica-se:

⁴⁴⁰ Essa manifestação indica ao juiz que o órgão da acusação pretende denunciar, embora não tenha delimitado a acusação. Assim, ficará evidente para o julgador que não as partes possuem interesses antagônicos.

⁴⁴¹ Conforme já se disse, o interregno procedimental não deve antecipar os atos processuais, permitindo uma instrução probatória antecipada; a decisão penal que determina o arquivamento deve buscar seus fundamentos nos elementos da investigação, ou melhor, na absoluta precariedade desses elementos.

⁴⁴² Súmula 524: Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.

⁴⁴³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 122.

⁴⁴⁴ Nesse ponto, correta a lição de LOPES JR. ao dar interpretação constitucional ao artigo 16 do Código de Processo Penal: “Não cabe ao juiz decidir sobre a ‘imprescindibilidade’ das diligências e tampouco sua pertinência. Nem mesmo justifica-se sua intervenção nesse momento, tendo em vista que o MP, ademais de titular da ação penal, poderá determinar a instauração de IP – o *todo* -, a prática de diligência, ou mesmo prescindir do inquérito e instruir seu próprio procedimento (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 152).”

⁴⁴⁵ Aborda-se a resolução mediante alguns argumentos com pertinência temática ao objeto dessa tese, no entanto, não se ignora a pendência de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade em andamento perante o STF (ADI 5.793 e ADI 5.790).

No início dessa pesquisa procurou-se traçar os principais atributos da fase investigatória, para tanto utilizou-se o inquérito policial como o procedimento investigatório padrão, muito embora tenha-se feito a ressalva de que os apontamentos oferecidos se adequam aos procedimentos investigatórios instaurados diretamente pelo Ministério Público. Aliás, nesse aspecto, foi expressamente referido que a discussão sobre os poderes investigatórios do *Parquet* está superada, na medida em que o pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu constitucional tal possibilidade, assim, mais do que determinar quem investiga, deve-se definir como se investiga.⁴⁴⁶ Todavia, não se pode desprezar a importante crítica exposta por BITENCOURT em razão da outorga de poderes investigatórios ao Ministério Público, principalmente quando se identifica que através dessa outorga amplia-se justamente a discricionariedade.⁴⁴⁷ Pois bem, nesse ponto reside intenso campo de tensão, na medida em que a ampla discricionariedade é exercida na condição de poder, um poder que produz verdades e uma verdade que instrumentaliza a acusação. Esse argumento, exposto ao início, retorna nesse momento, quando se observa a introdução da Resolução 181.

Buscando ampliar a regulamentação dos poderes investigatórios do Ministério Público, o Conselho Nacional da categoria promulgou, em agosto de 2017, nova resolução, revogando a Resolução nº 13, norma que traçava alguns contornos sobre o procedimento investigatório. A primeira e indispensável constatação envolve a diversidade de regulamentações, na medida em que cada Ministério Público regulamenta a matéria de forma relativamente diferente,⁴⁴⁸ isso porque as Procuradorias-Gerais de Justiça têm disciplinado esse tema através de normas administrativas, há – dessa maneira – sobreposição de regulamentações. Contudo, não se pode ignorar que essas normas interferem no direito de liberdade, uma vez que asseguram substrato normativo para os promotores de justiça atuarem no campo penal. Então, não se pode deixar de afirmar que

⁴⁴⁶ “Aqui reside nossa inconformidade: muito mais importante do que decidir quem vai fazer a inquisição (MP ou Polícia), está em definir como será a inquisição, sempre mantendo o juiz – obviamente – bem longe de qualquer iniciativa investigatória (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 182).”

⁴⁴⁷ O autor encara com desconfiança a outorga de poderes investigatórios aos titulares da ação penal, pois – com o propósito de instrumentalizar suas acusações – os promotores de justiça poderiam desprezar importantes linhas de investigação de interesse da defesa (BITENCOURT, Cezar Roberto. *A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público*. In: WUNDERLICH, Alexandre (coordenador). *Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 270).

⁴⁴⁸ Apenas para citar dois exemplos, no Rio Grande do Sul vigora a Resolução nº 03/2004 e em Santa Catarina vigora o Ato 01/2012 com as modificações dos Atos 680/2014 e 216/2015.

quando o Estado pretende legislar sobre direito penal ou processo penal deve fazê-lo mediante lei em sentido estrito, ou seja, através do produto legislativo do parlamento nacional, já que cabe à União legislar sobre essa matéria, nos termos do artigo 22, inciso I da Constituição Federal. Assim, enquanto não houver lei complementar que autorize, é vedado aos estados membros promulgar normas processuais penais.⁴⁴⁹ Com efeito, se aos estados membros, que são entes que compõem a federação, é vedado legislar sobre processo, a edição de normas processuais pelas Procuradorias-Gerais de Justiça ou pelo Conselho Nacional do Ministério Público afronta com mais intensidade a Constituição. Tal exegese não reside apenas na outorga de competência legislativa, veja-se que o princípio da legalidade, igualmente, exige a promulgação de lei em sentido estrito.⁴⁵⁰

Essas considerações dizem respeito à Resolução como um todo, entretanto, o dispositivo em que se verifica efetiva controvérsia envolve a aplicação do artigo 18, o qual introduz um novo instituto procedimental denominado *acordo de não-persecução penal*.⁴⁵¹ Veja-se que a norma busca flexibilizar o princípio da obrigatoriedade,⁴⁵² extraído a partir do artigo 24 do Código de Processo, na medida em que permite ao promotor de justiça deixar de oferecer a ação penal mediante o cumprimento de um acordo. Tal proposição, que potencializa o espectro do poder acusatório, pretende ampliar para as ações penais públicas institutos típicos das ações penais privadas, haja vista os princípios da oportunidade ou conveniência,⁴⁵³ criando – em última análise – um novo espaço para

⁴⁴⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 234.

⁴⁵⁰ Levando em conta a expressão *justo processo* prevista na Constituição da Itália e a ideia de *duo processo of law*, observa-se que há uma vinculação temática entre a reserva de lei (penal e processual) e o princípio da legalidade. Nesse sentido, TONINI, ao comentar a Constituição italiana explica: “O primeiro inciso do art. 111 estabelece que ‘a jurisdição é atuada por meio do *justo processo* previsto em lei.’ Primeiramente, é necessário ressaltar que a disposição prevê a reserva de lei. A norma conduz ao entendimento de que o legislador objetivou afirmar um princípio de legalidade processual semelhante àquele do direito penal substancial (TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. Tradução de Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 22).”

⁴⁵¹ Pretende-se analisar o artigo 18 da Resolução, citando os dispositivos relevantes em destaque no texto. Mas o inteiro teor dessa legislação encontra-se em anexo.

⁴⁵² Também denominado de princípio da legalidade, a obrigatoriedade guarda relação com o princípio da necessidade, conforme explica MORENO: “Pero no sólo el proceso penal es un instrumento necesario para la aplicación de la ley sustantiva, sino que dicha aplicación es irrenunciable cuando se produce en la realidad el supuesto de hecho previsto en la norma penal. El principio de necesidad se predica no sólo de la función y de su instrumento (no hay pena sin sentencia dictada en un proceso), sino también de su ejercicio: el proceso para la actuación de la función debe ponerse necesariamente en marcha cuando se produzca en la realidad el supuesto de hecho previsto en la norma (MORENO, Faustino Cordón. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 20).”

⁴⁵³ “A obrigatoriedade (não consagrada expressamente, mas extraída da leitura do art. 24 e do seu caráter imperativo) encontra sua antítese nos princípios da oportunidade e conveniência (não adotados no Brasil na ação de iniciativa pública), em que caberia ao Ministério Público ponderar e decidir a partir de critérios de política criminal com ampla discricionariedade. Em nosso sistema, isso não existe e, estando presentes

o exercício do poder persecutório. Ocorre que esse “acordo” não envolve partes simetricamente contrapostas, trata-se de uma proposta unilateral, uma vez que a defesa não possui meios para impugnar seus termos ou ainda contestar sua pertinência, tendo em vista, por exemplo, a ausência de justa causa. Considerando seu caráter invasivo, entende-se necessário enfrentar seus principais dispositivos.

Então, segundo determina o *caput* do artigo 18, o promotor de justiça “poderá” propor o acordo nos crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa, mas o próprio verbo já indica a discricionariedade, colocando em dúvida se o instituto é um direito de toda a pessoa acusada ou de apenas alguns:

Art. 18. Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução-penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não: [...]

Diante da seletividade do sistema criminal, tal abertura semântica, se não for compreendida como um direito do investigado, permitirá tratamento desigual entre pessoas com idêntica imputação. Por outro lado, na hipótese de se aplicar o acordo para todas as infrações, tem-se a violação do princípio da necessidade, uma vez que o direito penal passará – de certa forma⁴⁵⁴ - a se concretizar sem processo e sem denúncia e a pena – atributo do Estado-Jurisdição – passará a ser um atributo do Estado-Acusação. Veja-se, que mesmo considerando o acordo como uma espécie de “direito” do investigado, tal afirmação implica em uma ruptura sistêmica, principalmente porque exige-se a confissão detalhada,⁴⁵⁵ portanto, há perquirição da culpa, compelindo eventualmente um inocente a confessar crime que não cometeu, como forma de evitar o processo. A título de estabelecer um paralelo argumentativo, observe-se que a transação penal prevista na Lei 9.099/95 não exige a confissão, satisfazendo-se com a simples aceitação dos termos. Ademais, a confissão realizada perante o promotor de justiça não eliminará os efeitos

os requisitos legais para o exercício da ação penal, deverá o Ministério Público oferecer a denúncia. (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 202).”

⁴⁵⁴ Embora posteriormente a investigação seja arquivada, a exigência de confissão e a pena antecipada significam que houve questionamento sobre a culpa e, ainda, medidas concretas de reprovação; ditadas pelas características do tipo penal.

⁴⁵⁵ Inclusive com o registro de todas as tratativas: “§ 3º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo deverão ser registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.”

cíveis, na medida em que nada impede que o ofendido busque ampliar sua pretensão patrimonial em ação indenizatória, servindo a confissão como prova pré-constituída.

Não bastasse isso, observa-se que além de confessar e apresentar as provas de sua culpa, o acusado deverá cumprir uma pena sem processo, conforme determinam os incisos do artigo 18:

- I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima;
- II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos arts. 91 e 92 do Código Penal;
- III – comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail;
- IV – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público.
- V – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito.
- VI – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Essas penalidades, que podem ser isoladas ou cumulativas, são apresentadas através de um eufemismo “cumprir os seguintes requisitos”,⁴⁵⁶ como se os “requisitos” do acordo não fossem penas restritivas de direitos. Ocorre que para sua individualização são necessários atos de prova ou atos de investigação, haja vista a determinação exata do valor do dano causado à vítima, o que tangencia o fato penalmente relevante. Causa espécie perceber que - embora no atual sistema não se admita pena sem provimento jurisdicional - a norma permite que o acordo seja efetivado sem a intervenção do juiz, o que se constata pela literalidade do parágrafo 2º:

§ 2º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu advogado.

Observe-se que a expressão “formalizado nos autos”, indica que o acordo será juntado aos autos do procedimento de investigação, já que não há processo e assinado somente pelas partes. Não se verifica, dessa forma, a modulação judicial nos casos de

⁴⁵⁶ Conforme dispõe o *caput* do artigo 18.

abuso de poder, nem a participação do juiz na dosimetria da pena. Aliás, toda a negociação transcorre diretamente entre a defesa e o órgão de persecução, de maneira que se encara com muita dificuldade a tarefa de compelir o agente ministerial a reduzir as consequências do acordo, quando o instituto se insere como uma prerrogativa da acusação.

Por outro lado, o dispositivo legal prejudica um direito já consagrado, nos termos do artigo 89 da Lei 9.099/95, isso porque o descumprimento do acordo poderá servir de justificativa para o não oferecimento da suspensão condicional do processo, no momento em que a ação penal for proposta:

§ 6º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não comprovando o investigado o seu cumprimento, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.

§ 7º O descumprimento do acordo de não-persecução pelo investigado, também, poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não-oferecimento de suspensão condicional do processo.

Observe-se que norma, de caráter administrativo, prejudica diretamente dispositivo legal; os requisitos que impedem a suspensão condicional do processo foram fixados pelo legislador no artigo 89 da Lei 9.099/95 e no artigo 77 do Código Penal. Contudo, o acordo de não-persecução admite condições extralegais, criadas unilateralmente pelo acusador,⁴⁵⁷ cuja pertinência temática não se submete ao crivo judicial. E mais, o ônus de demonstrar o cumprimento das condições não é do Estado e sim do acusado, inclusive quando presta serviço comunitário, ou seja, delega-se à defesa um encargo que se insere entre as tarefas de controle estatal:

§ 4º É dever do investigado comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo.

Com efeito, inúmeras situações podem surgir, desde uma atividade realizada e não documentada (como o número de horas de serviço comunitário em uma determinada instituição sem o respectivo relatório do tomador do serviço), até os casos de extravio ou destruição do documento. Também em função dessas situações, o Poder Judiciário possui

⁴⁵⁷ Nesse sentido o inciso VI: “cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.”

uma estrutura cartorária, com serventuários preparados para resolver problemas burocráticos, viabilizando o deslinde de casos nos quais a responsabilidade não pode ser imputada ao acusado. Veja-se o desequilíbrio de tratamento, uma vez que a norma traça diversas prerrogativas para os agentes ministeriais, distribuindo ao acusado, inclusive, os encargos dessas prerrogativas.

A crítica completa desse instituto desafia trabalho específico, todavia - ao se encaminhar para o final dessas considerações - não se pode deixar de dizer que o acordo de não-persecução, nos termos em que está proposto, prescinde até de procedimento investigatório, a teor do parágrafo 5º: “§ 5º O acordo de não-persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.” O fato de admitir a proposta em audiência de custódia, certamente, causa impacto, na medida em que a audiência se realiza em função de uma prisão em flagrante. Assim, pela leitura da Resolução, não seria necessário sequer investigar, basta prender em flagrante, de sorte que se já não havia processo, a parte final do dispositivo admite - inclusive - a dispensa de investigação. Ainda, sob aspecto processual, a audiência de custódia é um espaço de defesa da liberdade, comprometida com a diminuição das prisões ilegais e para a aplicação de respostas menos invasivas; decorre, com efeito, de direitos fundamentais previstos inclusive nos tratados internacionais, de sorte que não se presta para a negociar a liberdade.

Diante desses dispositivos, fica claro que o Conselho Nacional do Ministério Público pretende⁴⁵⁸ introduzir no Brasil um modelo de justiça penal negocial, no qual se amplia a discricionariedade existente na fase preliminar, com o objetivo de punir sem judicializar, o que causará impacto ainda desconhecido no campo penal.⁴⁵⁹ No que se refere à presente tese, a oposição ao artigo 18 envolve também aspectos decorrentes do arquivamento. Percebe-se que o acordo só pode ser proposto quando não for o caso de arquivamento do expediente investigatório. Ocorre que em diversos casos o acordo poderá ser oferecido mesmo quando ausentes as condições da ação penal, uma vez que a análise sobre sua pertinência exclui a atividade jurisdicional, ademais, a propositura

⁴⁵⁸ Veja-se a exposição de motivos da Resolução: “[...] Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais;

⁴⁵⁹ Aqui, mais do nunca, o conceito de campo penal deve ser compreendido na sua complexidade (BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989. p. 166-167; WACQUANT, Lïc. *Pierre Bourdieu*. In STONES, Rob. (org.) *Key Sociological Thinkers*. 2. ed. New York: Palgrave Macmillan, 2008. p. 268 e GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 72-73).

antecede a formalização da *opinio delicti*. Então, há a possibilidade concreta de aceitação do acordo mesmo diante da inexistência das condições da ação penal. Amplia-se, certamente, a pulsão acusatória no sistema, permitindo ao poder escapar às formas jurídicas, mediante propostas absolutamente ilegais. Assim, não se pode concordar com essas modificações, o que não significa que o processo penal não possa ter institutos que evitem a ação penal e que abram espaço para outras formas de controle social ou até para ampliação dos casos nos quais se exige representação da vítima. Não obstante, da maneira como se encontra disciplinado, o acordo de não-persecução penal fere profundamente a isonomia, arrefecendo os limites impostos à acusação. O contraditório, por sua vez, que já encontra dificuldades na atual sistemática, fica ainda mais comprometido, pois a dinâmica do artigo 18 não impõe uma fronteira, ou como se disse antes, não impõe um dique ao fluxo do poder; ao contrário, cria-se uma via alternativa justamente para potencializar a acusação, prescindindo do processo e da própria investigação, a exemplo do acordo proposto em audiência de custódia; muito diferente do que se pretende com a audiência preliminar.

Em sentido contrário, defende-se um espaço de interregno, que promova o equilíbrio entre os sujeitos procedimentais, traçando limites e oportunizando o devido contraditório material. Cumpre ter sempre em vista que a fase preliminar é um espaço de poder, que se insinua entre o direito e a política, transitando pela seletividade penal. Dessa forma, a introdução de novos institutos procedimentais exige atenção às diretrizes constitucionais, caso contrário o poder punitivo latente nas agências de controle sempre buscará formas de se concretizar além dos espaços definidos pela legalidade. Assim, levando em conta esse esforço teórico – que demonstrou a necessidade de se ampliar o contraditório – é necessário definir com mais exatidão os dispositivos legais desse novo instituto, tarefa que se pretende executar no capítulo seguinte.

3. PROJETO DE LEI

Quando se falou sobre o campo penal, indicou-se que se trata de um espaço de conexão diferenciado, no qual as instituições, os sujeitos, a legislação, as políticas públicas e todo um pequeno universo de elementos desempenham suas funções. Tendo em vista essa correlação de forças, as modificações realizadas em uma parte do campo geram consequências em outra. A Lei 8.072/1990, por exemplo, antes das alterações inseridas pela Lei 11.464/2007, determinava que a pena para os crimes hediondos e equiparados deveria ser cumprida em regime integralmente fechado. Contudo, seu reflexo no campo penal não foi exatamente como previsto pelo legislador, na medida em que parte da jurisprudência entendeu como inconstitucional esse dispositivo, gerando respostas contraditórias em situações idênticas. Dessa forma, a introdução ou modificação de elementos no campo penal, especialmente a legislação, envolve variantes de altíssima complexidade, nem sempre passíveis de observação antecipada no espaço acadêmico. Nesse aspecto, muito embora essa tese tenha observado o método dedutivo, o objeto no qual repousa o problema de pesquisa pode ser enfrentado a partir do pensamento complexo de MORIN.⁴⁶⁰ Tal referência busca lembrar que a abertura teórica ou as possíveis indagações sobre os reflexos da audiência preliminar no campo penal não podem ser integralmente enfrentadas em um único trabalho; dada a complexidade dos elementos que integram justamente esse campo, afirmar o oposto implicaria em grave simplificação e redução do próprio objeto.⁴⁶¹

Dito isso, nesse capítulo pretende-se definir um projeto de lei que permita a introdução da audiência preliminar como interregno procedimental. Nesse aspecto, diante da diversidade de leis penais e processuais, é inviável projetar todas as alterações possíveis nos mais variados dispositivos (aliás, nem os Códigos conseguem dar conta dessa tarefa, haja vista o rito sumaríssimo que durante anos foi regulamentado – e de

⁴⁶⁰ Nesse sentido: MORIN, Edgar. *Método 1: a natureza da natureza*. Tradução Ilana Heineberg. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2008. Observe-se, ainda, que não se trata de pesquisar utilizando dois métodos, mas sim compreender que quando outras disciplinas são utilizadas na construção do saber tem-se uma resposta mais consistente: “a consciência da multidimensionalidade nos conduz à idéia de que toda visão unidimensional, toda visão especializada, parcelada é pobre. É preciso que ela seja ligada a outras dimensões (MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007. p. 69).”

⁴⁶¹ Sustenta MORIN, que a abordagem multidisciplinar evita o que o *paradigma da simplificação* (MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007. p. 11).

certa forma ainda é – pela Lei 9.099/95). Por outro lado, mesmo que fosse possível, a correlação de forças dentro do campo entre seus diversos elementos – no plano da realidade – pode atribuir um significado diferente ou uma dinâmica própria. Não obstante, a base epistemológica do instituto processual deve ser clara, ou seja, um espaço de contraditório material, isonômico e limitador, de modo a orientar as possíveis interpretações do texto legal.

Parte-se, então, de um modelo já existente, previsto no rito ordinário do processo penal italiano. De imediato, adverte-se que não se trata de um estudo de direito comparado, na medida em que o modelo italiano é apresentado apenas ao final, sem a efetiva comparação. Considerando que o Código nacional de 1941 se inspirou no Código italiano de 1930, nada mais natural que as transformações do nosso processo penal tenham como fonte de inspiração a Itália, sem olvidar que ambos países compõem a família romano-germânica.

Em prosseguimento, aborda-se a audiência preliminar prevista no rito sumaríssimo do nosso processo penal. Pretende-se, a partir desse instituto, demonstrar que, em certa medida, o primeiro ato procedimental realizado nos Juizados Especiais Criminais insere-se em um espaço de interregno, embora sem o contraditório material.

Por fim, com o propósito de contribuir para o aperfeiçoamento do sistema processual, elabora-se um projeto de lei. Sob o ponto de vista metodológico, optou-se por construir um texto legal que realizasse alterações em dispositivos legais em vigor, não apenas porque a contribuição se torna efetiva, mas também porque esses dispositivos já são conhecidos pelos operadores e teóricos, assim, as críticas realizadas ao instituto proposto tem um referencial concreto, da mesma forma, as possíveis modificações no campo penal podem ser percebidas com mais facilidade.⁴⁶²

3.1 A audiência preliminar no processo penal italiano

A história processual penal italiana certamente não iniciou com o Código de 1930 amplamente conhecido no Brasil, antes disso, os italianos conviveram com legislações fragmentadas até que se realizasse a unificação política. Muito embora o Código de Rocco desperte inúmeras críticas, no que se refere a essa tese, deve-se olhar com mais atenção

⁴⁶² Situação muito diferente ocorreria caso o projeto de lei buscasse alterar dispositivos do projeto de Novo Código Processual Penal, uma vez que a modificação no campo penal não seria pontual, mas de uma imensa parte.

para o Código promulgado em 1988. Impulsionado pela Constituição de 1948, o Código de 1988 provocou diversas reações, mas o esforço de codificação logrou êxito, deixando a legislação notadamente fascista para trás.⁴⁶³

Em 1974, formou-se uma comissão de juristas que tinha como tarefa a elaboração de um projeto de lei que promovesse as devidas atualizações do Código de 1930. Essa comissão, que havia sido autorizada através de lei delegada, não conseguiu concretizar seu esforço, na medida em que o governo italiano deixou transcorrer o prazo estabelecido pela delegação e, portanto, não transformou em lei os estudos realizados pela comissão. Pouco mais de dez anos depois, uma nova lei delegada foi aprovada, traçando algumas diretrizes que deveriam ser observadas pelo projeto de lei e, diferente da situação anterior, a nova comissão formada viu seu esforço torna-se norma positiva. Publicado em 24 de outubro de 1988, o novo Código de Processo Penal italiano ganhou forma e, transcorrido um ano de *vacatio legis*, entrou em vigor.⁴⁶⁴ Sob ponto de vista político, o novo Código encontrou um país politicamente instável, com uma magistratura em forte crise, especialmente uma crise de legitimidade,⁴⁶⁵ mas mesmo diante dessas incertezas o novo texto legal firmou-se no ordenamento.

Embora não se pretenda realizar a comparação entre os modelos, é possível identificar diversas e semelhanças entre os sistemas brasileiro e italiano. Nesse aspecto, a Constituição da Itália, a partir de seu artigo 13, consagra diversos direitos igualmente reconhecidos no Brasil, haja vista a prisão por ordem judicial (salvo nos casos de “*eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge*”); a inviolabilidade do domicílio (art. 14); a inviolabilidade das comunicações (art. 15); a liberdade de ir e vir (art. 16); a liberdade de expressão (art. 21); a inviolabilidade do

⁴⁶³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 343.

⁴⁶⁴ O novo Código ao longo dos anos sofreu diversas, as quais ora ampliaram a persecução penal contra o crime organizado, ora ampliaram as garantias individuais (DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 346).

⁴⁶⁵ Conforme explica ORLANDI “Il terzo periodo si apre nel 1989. Qui possiamo individuare una data precisa: il 24 ottobre, il primo giorno di vita del nuovo codice. Il primo codice dell’Italia repubblicana, come si è soliti ripetere con una frase divenuta una sorta di *refrain*. Esso entra in vigore un anno dopo la sua pubblicazione, in un’Italia politicamente instabile (fra il 1986 e il 1989 la guida del governo cambia per ben quattro volte), con una magistratura in forte crisi di legittimazione (le polemiche intorno al caso Tortora sfociate nel *referendum* del 1987 sulla responsabilità civile dei magistrati) in un contesto internazionale che incubava trasformazioni (la fine dell’Unione sovietica) destinate, di lì a poco, a riflettersi anche sulla situazione politica interna (ORLANDI, Renzo. *Diritti Individuali e Processo Penale Nell’Italia Repubblicana – Sistema Penal & Violência - Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. Porto Alegre, v. 3, n. 1, janeiro/junho de 2011, p. 4).*”

direito de defesa (art. 24); o juiz natural (art. 25); a anterioridade da lei penal (art. 25); a presunção de inocência (art. 27); a proibição de penas desumanas (art. 27); o *justo processo*⁴⁶⁶ (art. 111); entre outros.⁴⁶⁷ Dessa forma, tal como o Brasil, a Constituição italiana, ainda que menos prolixa, agrupa uma série de direitos, consolidando um estatuto jurídico individual.

O contraditório, da mesma forma, encontra abrigo na Carta de 1948, conforme dispõe o artigo 111: “Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.”⁴⁶⁸ De plano, nota-se que para o constituinte italiano o processo se desenvolve em contraditório, entre partes em condições de igualdade e diante de um juiz imparcial, de maneira que a expressão *ogni processo* não se restringe aos processos penais.⁴⁶⁹ Aliás, explica TONINI, sequer deve-se limitar a incidência do contraditório ao processo formalmente estabelecido, uma vez que o parágrafo segundo do artigo 111 da Constituição refere que as partes devem estar em situação de igualdade:

Sucessivamente, a norma estabelece o princípio da paridade de armas, que, obviamente, possui potencialidades diversas no processo civil e no penal. No primeiro, é possível a atuação da plena paridade de armas entre autor e réu. No processo penal, ao contrário, é necessário levar em consideração a diversidade institucional e substancial existente entre o Ministério Público e o acusado, vale dizer, com base no princípio da adequação, o conceito de paridade deve adaptar-se ao tipo de processo (civil ou penal) e à natureza do interesse (público ou privado) perseguido pelas partes.⁴⁷⁰

⁴⁶⁶ Segundo GALDANI: “O conceito de processo justo, num sentido não formalista, dá um papel fundamental ao direito de defesa, representando não somente o aspecto do direito ao contraditório, mas também, e acima de tudo, a garantia de sua genuína implementação (GALGANI, Benedetta. *O processo penal italiano e os direitos de defesa no estágio pré-processual*. Revista Meritum. Belo Horizonte, v. 4, n. 1, janeiro/junho de 2009, p. 10).” Para TONINI a expressão “refere-se a um conceito ideal de Justiça que preexiste em relação à lei e que está intimamente relacionado aos direitos invioláveis de todas as pessoas envolvidas no processo, direitos que o Estado reconhece no art. 2 da Constituição italiana. [...] A noção de justo processo foi consagrada na Constituição Federal Americana, que, na Quinta Emenda (1791), afirma o *duo processo of law*, bem como no art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, Nova Iork, 1948, e no art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, Nova York, 1966 (TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. Tradução de Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 22).”

⁴⁶⁷ ILLUMINATTI, Giulio; CONSO, Giovanni; et al. *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*. 8. ed. Padova: Wolters Kluwer Italia, 2014. p. 9-17.

⁴⁶⁸ ILLUMINATTI, Giulio; CONSO, Giovanni; et al. *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*. 8. ed. Padova: Wolters Kluwer Italia, 2014. p. 17.

⁴⁶⁹ TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. Tradução de Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 22.

⁴⁷⁰ TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. Tradução de Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

E prossegue o autor, mas não sem antes enfatizar que o princípio da paridade de armas possui estreita relação com o princípio do contraditório:

Importante salientar que, apesar de a norma estabelecer este princípio em relação à fase “processual”, a expressão deve ser entendida em sentido atécnico. Portanto, no âmbito do processo penal, também na fase das investigações aplica-se, na medida do possível, o princípio da paridade de armas.⁴⁷¹

Veja-se que aqui reside ponto relevante para as conclusões dessa pesquisa, justamente porque resiste no Brasil, conforme já se afirmou, entendimento de que a fase preliminar não possui contraditório. Todavia, ignora-se a previsão do constituinte de 1988 o qual outorgou um espectro maior ao contraditório e a ampla defesa, não limitando sua incidência apenas ao “processo”. Assim, para aqueles que - no Brasil - entendem que a fase preliminar é “administrativa-procedimental”, esse argumento não afasta o contraditório, na medida em que o texto constitucional não o limitou, ademais, nunca houve no plano nacional a exata diferenciação entre processo e procedimento. Com efeito, no que concerne ao Brasil, pode-se afirmar que tanto a fase preliminar quanto a fase processual possuem contraditório, mas não na mesma dimensão, justamente por isso, o interregno procedimental se mostra necessário.

Retomando a análise do contraditório a partir da Constituição italiana, verifica-se que a doutrina empresta diferentes significados. O contraditório está vinculado a concepção clássica “*audiatur altera parte*,”⁴⁷² mas sua amplitude é maior, especialmente quando se observa que – a partir do contraditório – se diferenciam os atos de prova; característica incorporada ao nosso processo penal após a nova redação do artigo 155 pela Lei 11.690/2008. No processo italiano, a prova penal se constrói em contraditório, o qual se coloca como um método de conhecimento. Essa expressão do contraditório, tratada por TONINI como contraditório objetivo,⁴⁷³ indica que a prova não pode ser obtida em sigilo, ou de forma unilateral, mas somente através do método dialético, embora a Constituição contemple hipóteses que excepcionam esse fundamento.⁴⁷⁴ Já o

⁴⁷¹ TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. Tradução de Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

⁴⁷² TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. Tradução de Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 22.

⁴⁷³ TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. Tradução de Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 27.

⁴⁷⁴ A Constituição estabelece três exceções, delegando para a lei a regulamentação: a) por consenso do acusado; b) por impossibilidade objetiva; c) por consequência de provada conduta ilícita. Determina o dispositivo (Ci. Art. 111): “[...] La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di

contraditório em seu aspecto subjetivo⁴⁷⁵ assegura ao acusado o direito de confrontar todas as pessoas que prestaram declarações lhe acusando, sejam elas testemunhas ou outros acusados. Por outro lado, em se tratando dessas concepções, não se pode afirmar uma unidade na doutrina italiana, na medida existem posições que unificam o conceito de contraditório, portanto, não há um único entendimento.⁴⁷⁶

Com relação aos sujeitos procedimentais, observa-se uma diferença substancial. Apesar de os juízes ingressarem no cargo através de concurso público, a magistratura e o Ministério Público compõem a mesma carreira, mas são diferenciados por suas funções.⁴⁷⁷ Nesse aspecto, observa-se que os magistrados do Ministério Público,⁴⁷⁸ além de exercerem a ação penal, têm funções investigativas, uma vez que a polícia judiciária se encontra sob a direção do Poder Judiciário.⁴⁷⁹ Situação diferente se verifica em nosso modelo, pois apesar de o Ministério Público poder realizar diretamente atos investigação, não há subordinação entre essa instituição e a polícia, de sorte que o promotor de justiça - embora seja o destinatário da investigação - não preside o inquérito policial, no máximo se constata que ao membro do *Parquet* é dada a prerrogativa de requisitar diligências, as quais devem ser atendidas.⁴⁸⁰

Já os magistrados propriamente ditos estão divididos conforme a fase procedimental. Assim, as questões que surgem durante a fase investigatória e que envolvem a restrição de direitos fundamentais ou prisão provisória são julgadas pelo “juiz

provata condotta illecita (ILLUMINATTI, Giulio; CONSO, Giovanni; et al. *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*. 8. ed. Padova: Wolters Kluwer Italia, 2014. p. 17).”

⁴⁷⁵ Com uma abordagem um pouco diferente GALGANI compreende o contraditório subjetivo como o direito de o acusado participar do processo em paridade dialética com o acusador (GALGANI, Benedetta. *O processo penal italiano e os direitos de defesa no estágio pré-processual*. Revista Meritum. Belo Horizonte, v. 4, n. 1, janeiro/junho de 2009, p. 11).

⁴⁷⁶ TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. Tradução de Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 26-28. Não se ignora, ainda, o forte debate entre aqueles que interpretam o contraditório na formação da prova de maneira restritiva e, portanto, negam a possibilidade de se utilizar os depoimentos colhidos na fase investigatória, ainda que a testemunha venha a falecer ou apresentar outra versão (FERRUA). Em sentido oposto, há teóricos que admitem essas declarações quando houver, em juízo, contestação sobre seu conteúdo, ou seja, quando a testemunha der nova versão sobre os fatos, o que torna a análise da prova mais complexa. Nos dois casos, residem concepções diferentes sobre o alcance do contraditório (TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. Tradução de Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 218-219).

⁴⁷⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 348.

⁴⁷⁸ Explica FAZZALARI: magistrado da ordem judiciária, ao qual exercitada, porém, não a função de juiz, mas aquela de ‘requerente’ (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 300).”

⁴⁷⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 351.

⁴⁸⁰ Sem olvidar que poderá instaurar procedimento investigatório diretamente na promotoria de justiça, nesse caso presidirá a investigação.

das investigações preliminares”, cuja competência não envolve o mérito do fato penal, mas a fase inicial de imputação; ou seja, trata-se de um juiz garantidor que realiza sua cognição com base nos elementos da investigação e não na prova penal. Em 1998, houve uma modificação no Código de Processo italiano, alterando a competência desses magistrados; após essa modificação, a audiência preliminar – realizada ao final da investigação e antes do processo – passou a ser presidida por um magistrado diferente daquele que prestou jurisdição na investigação. Com isso, consolidou-se um órgão jurisdicional específico para a fase preliminar, a exemplo do que a doutrina chama de juiz de garantias,⁴⁸¹ o qual não se confunde com o juiz da audiência preliminar ou com o juiz que julgará o mérito processo, quando esse tiver prosseguimento.⁴⁸²

A defesa, por sua vez, é obrigatória, o que assegura a nomeação de um advogado quando o acusado não constituir defensor,⁴⁸³ aliás, quando a pessoa investigada não dominar o idioma é dever do Estado designar um intérprete,⁴⁸⁴ permitindo a compreensão de todos os atos praticados, inclusive na fase pré-processual:

Assim, o direito à assistência de um intérprete, como interpretado pela Corte Constitucional, aplica-se, também, ao estágio pré-processual, e inclui a tradução de documentos que contêm e descrevem (ou apenas formulam) a acusação (em execução e persecução do julgamento 19/12/1989 ECourTHR, Kamasinski vs. Áustria).⁴⁸⁵

⁴⁸¹ O primeiro problema está intimamente relacionado com a ausência de uma verdadeira fase intermediária e já foi objeto de crítica anteriormente. Sem dúvida, é imprescindível instaurar uma fase intermediária contraditória, presidida por um juiz distinto daquele que irá sentenciar. Esse juiz poderia ser aquele que denominamos *juiz garante da investigação preliminar*, ou seja, aquele que atua na instrução preliminar para autorizar ou denegar a prática das medidas que limitem direitos fundamentais. Sempre recordando que o juiz garante ou de garantias não atua no processo, preservando assim a imparcialidade do julgador (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 168).”

⁴⁸² DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 353 e 363.

⁴⁸³ O sistema italiano trata essa questão como um direito fundamental irrenunciável, de maneira que a análise do parágrafo segundo do artigo 24 da Constituição não separa a defesa técnica da defesa pessoal, indicando que ao acusado é defeso abdicar da assistência de um defensor. Aliás, na década de 70, a Corte Constitucional (julgamento n. 125/1979 e Ord. N. 188/1980), ao se manifestar sobre atos terroristas, decidiu que os acusados não poderiam recusar os advogados nomeados pelo juízo, tendo em vista o caráter inalienável desse direito (GALGANI, Benedetta. *O processo penal italiano e os direitos de defesa no estágio pré-processual*. Revista Meritum. Belo Horizonte, v. 4, n. 1, janeiro/junho de 2009, p. 11).

⁴⁸⁴ Segundo o artigo 111 § 3º da Constituição italiana: “[...] Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. [...] (ILLUMINATTI, Giulio; CONSO, Giovanni; et al. *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*. 8. ed. Padova: Wolters Kluwer Italia, 2014. p. 17).”

⁴⁸⁵ GALGANI, Benedetta. *O processo penal italiano e os direitos de defesa no estágio pré-processual*. Revista Meritum. Belo Horizonte, v. 4, n. 1, janeiro/junho de 2009, p. 05.

Levando em conta os argumentos aqui desenvolvidos, esse dispositivo constitucional é relevante, principalmente quando se observa que o Código de Processo Penal italiano (art. 143) - ampliando a eficácia da norma constitucional - assegura a assistência gratuita de um intérprete. Em termos de contraditório e ampla defesa, interessa verificar que essa garantia não se limita à fase processual, mas incide também nos atos pré-processuais, tais como a audiência preliminar, concretizando um elemento indispensável: a informação. Busca-se, com efeito, promover a paridade entre as partes, justamente porque se identifica que a paridade é indispensável ao contraditório.⁴⁸⁶

Em sequência, pretende-se abordar parcialmente a persecução penal na Itália, sem olvidar que a análise aqui proposta não constitui um estudo de direito comparado, insere-se como um recorte, introduzido com o objetivo de demonstrar a existência de um instituto processual semelhante em um sistema processual igualmente similar. Ademais, entende-se que os argumentos desenvolvidos nessa tese a partir do contraditório, já justificam a modificação parcial do sistema brasileiro, de maneira que o processo italiano agrega considerações, embora não se coloque como ponto central da argumentação.

Como todo sistema processual, o modelo italiano possui uma infinidade de ritos, inclusive, com situações que transferem a imputação de um rito mais longo para outro mais breve. Essa diversidade deve ser encarada naturalmente, pois em estágios civilizatórios complexos é de se esperar que a legislação apresente um nível de detalhamento maior, buscando - com isso - concretizar os diversos direitos constitucionais e legais. Assim, levando em conta o rito ordinário, identifica-se duas fases distintas: a *fase de investigações preliminares*⁴⁸⁷ e a *fase processual*.⁴⁸⁸

Disciplinada no Livro 5º do Código de Processo Penal italiano, a fase investigatória busca esclarecer o fato aparentemente criminoso, selecionando os elementos necessários para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público.⁴⁸⁹ Veja-se que o Ministério Público realiza a investigação criminal com o auxílio da polícia, mas não

⁴⁸⁶ “Se é verdade que a igualdade entre as partes, por si só, não é capaz de assegurar o ‘direito ao contraditório’, é, todavia, impossível que este último princípio encontre realização plena se as partes não gozarem de iguais direitos (GALGANI, Benedetta. *O processo penal italiano e os direitos de defesa no estágio pré-processual*. Revista Meritum. Belo Horizonte, v. 4, n. 1, janeiro/junho de 2009, p. 10).”

⁴⁸⁷ “Indagini Preliminari”

⁴⁸⁸ Tendo em vista a complexidade dos ritos, a fase processual não será abordada.

⁴⁸⁹ ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *A disciplina da prova no Código de Processo Penal Italiano*. In. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coordenadores). *Provas no Processo Penal. Estudo Comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 223-225.

deixa de ser um dever da instituição também realizar atos investigatórios de interesse do acusado, obedecendo o comando do artigo 358 § 1º da lei processual,⁴⁹⁰ sem olvidar que a defesa pode também investigar.⁴⁹¹

Aliás, o direito de defesa está presente durante a investigação, não apenas pelo direito de ser assistido por um intérprete – nos casos em que o investigado não domine o idioma – mas também com relação a possibilidade de estar acompanhado por advogado, cuja comunicação é inviolável, protegida pela confidencialidade.⁴⁹² Contudo, uma característica importante da investigação italiana diz respeito ao dever de informação sobre a condição de investigado, cuja determinação parte do próprio texto constitucional (art. 111 § 3º),⁴⁹³ significa que a existência da investigação criminal – de regra – deve ser comunicada ao investigado. Por outro lado, essa regra não pode ser tomada como absoluta, caso contrário diversos fatos não seriam esclarecidos, especialmente aquelas situações nas quais a investigação deva tramitar em sigilo. Ocorre que a constituição não refere “imediatamente”, mas sim “o mais breve possível”, de sorte que essa expressão permite que a polícia desenvolva suas atividades durante certo tempo sem que seus atos sejam necessariamente comunicados. Ponderando sobre essa contraposição (informação vs sigilo da investigação), TONINI esclarece os termos da Constituição:

O equilíbrio entre as duas exigências contrapostas, em nossa opinião, é atuado por meio da expressão ‘o mais rápido possível’, que não significa ‘imediatamente’, mas ‘assim que a ciência do procedimento ao investigado for compatível com a exigência de genuinidade e de eficácia das investigações.’⁴⁹⁴

⁴⁹⁰ CPPi: “358.1. Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell’articolo 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini (ILLUMINATTI, Giulio; CONSO, Giovanni; et al. *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*. 8. ed. Padova: Wolters Kluwer Italia, 2014. p. 204).”

⁴⁹¹ CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale. Profilo Istituzionale*. 3. ed. Trofarello: UTET Guiridica, 2007. p. 373. Ainda, o CPPi disciplina a investigação realizada pela defesa a partir do artigo 391 *bis* (ILLUMINATTI, Giulio; CONSO, Giovanni; et al. *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*. 8. ed. Padova: Wolters Kluwer Italia, 2014. p. 218-221). Importante referir que essa possibilidade permite que os defensores ou profissionais especialmente contratados realizem atos de investigação, tais como entrevistar pessoas em busca de elementos de interesse da defesa. No entanto, as informações obtidas devem constar em autos apertados, denominados de *autos da defesa* (DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 362).

⁴⁹² “O direito de defesa está protegido pela Constituição, e a confidencialidade, que é uma característica da profissão, não encontraria plena realização se a relação entre advogado e seu cliente pudesse ser objeto de uma investigação ‘invasiva’ e indiscriminada pela autoridade judicial (GALGANI, Benedetta. *O processo penal italiano e os direitos de defesa no estágio pré-processual*. Revista Meritum. Belo Horizonte, v. 4, n. 1, janeiro/junho de 2009, p. 05).”

⁴⁹³ Transcrito anteriormente.

⁴⁹⁴ TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. Tradução de Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 24.

Percebe-se, então, que as investigações podem transcorrer sob sigilo, no entanto, não superior a três meses (CPPi. Art. 335-*bis*)⁴⁹⁵, ademais, há prazo certo para término do expediente investigatório, o qual deve encerrar em seis meses ou – caso o magistrado autorize uma prorrogação – no máximo em dezoito meses.⁴⁹⁶ Por outro lado, nada adianta um prazo sem uma sanção correspondente, de sorte que o material obtido fora do prazo legal de investigação, não poderá ser utilizado como fonte de prova⁴⁹⁷ no processo penal.⁴⁹⁸

Claro que determinados atos de investigação dão visibilidade à persecução, de maneira que nessas situações o dever de informação se impõe. Assim, por exemplo, quando o investigado é chamado a prestar depoimento - perante os agentes judiciários, a polícia ou o Ministério Público - o dever de informar a condição jurídica no procedimento se coloca como um imperativo,⁴⁹⁹ até porque o sistema italiano reconhece o direito a não incriminação (*nemo tenetur se detegere*).⁵⁰⁰ Situação semelhante verifica-se quando há necessidade de investigação técnica irrepitível de pessoas, lugares, ou coisas; ou seja, trata-se de realizar ato de investigação que formará uma prova irrepitível. Nessa hipótese, tendo em vista o artigo 360 do Código de Processo italiano,⁵⁰¹ assegura-se à

⁴⁹⁵ CPPi. Art. 335 § 3º *bis*: “Se sussistono specifiche esigenze attinenti all’attività di indagine, il pubblico ministero nel decidere sulla richiesta, può disporre, con decreto motivato, il segreto sulle iscrizioni per un periodo non superiore a tre mesi e non rinnovabile (ILLUMINATTI, Giulio; CONSO, Giovanni; et al. *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*. 8. ed. Padova: Wolters Kluwer Italia, 2014. p. 195).”

⁴⁹⁶ GALGANI, Benedetta. O processo penal italiano e os direitos de defesa no estágio pré-processual. *Revista Meritum*. Belo Horizonte, v. 4, n. 1, janeiro/junho de 2009, p. 16.

⁴⁹⁷ A expressão “fonte de prova” é utilizada pela doutrina nacional e pela doutrina italiana, embora também seja utilizada em alguns momentos nessa tese, prefere-se a expressão “atos de investigação”.

⁴⁹⁸ “A sanção para a superação do prazo de encerramento das investigações é a impossibilidade de utilização na fase de julgamento do material probatório recolhido posteriormente ao esgotamento do termo final para as investigações (DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 366).”

⁴⁹⁹ GALGANI, Benedetta. O processo penal italiano e os direitos de defesa no estágio pré-processual. *Revista Meritum*. Belo Horizonte, v. 4, n. 1, janeiro/junho de 2009, p. 16.

⁵⁰⁰ O qual é reconhecido expressamente no artigo 64 do CPPi (ILLUMINATTI, Giulio; CONSO, Giovanni; et al. *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*. 8. ed. Padova: Wolters Kluwer Italia, 2014. p. 50). Ainda, essa garantia se estende à testemunha que, eventualmente, foi coagida a prestar falso depoimento (art. 384 CPi); o CPPi, da mesma forma, evita que a testemunha deponha sobre fatos que possam lhe responsabilizar penalmente, de maneira que se assegura que a testemunha deixe de responder as perguntas relacionadas aos fatos que lhe causam prejuízo. Entretanto, há um dado relevante: a autoridade que realiza as perguntas não tem o dever de informar sobre a possibilidade de responder, até porque a condição dessa pessoa não é de acusada, mas sim de testemunha. Dessa maneira, o *nemo tenetur se detegere* estendido à testemunha e previsto no artigo 198 § 1º do CPPi pode ser compreendido como um *privilegio* de não incriminação (TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. Tradução de Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 126-127).

⁵⁰¹ CPPi. Art. 360, § 1º: “Accertamenti tecnici non ripetibili. 1. Quando gli accertamenti previsti dall’articolo 359 riguardano persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione, il pubblico ministero avvisa,

defesa o direito de participar desses atos, nomeando inclusive assistente técnico.⁵⁰² Veja-se que em nosso sistema não há tal previsão, pois a autoridade que investiga não tem o dever de comunicar formalmente a existência do inquérito, nem quando realiza atos de investigação irrepitíveis. Os investigados no Brasil, ou uma parte deles, somente toma conhecimento da investigação no momento do interrogatório ou da citação, mesmo quando o expediente criminal tramitou durante alguns anos nos escaninhos da serventia policial. Os atos irrepitíveis praticados não serão verdadeiramente submetidos ao contraditório, uma vez que realizados sob uma espécie de sigilo *supralegal*. Assim, no plano da realidade brasileira, a não comunicação da existência da investigação e por consequência da realização de atos irrepitíveis faz com que a investigação seja - como regra - sigilosa, não um sigilo decorrente de imperativo legal, mas um sigilo decorrente da omissão legislativa, aliás, é justamente nesses espaços anômicos que o poder político se manifesta.⁵⁰³

Em prosseguimento, o expediente investigatório encerra-se mediante um *formal de fechamento*.⁵⁰⁴ Dessa forma, na hipótese de não ser caso de arquivamento, o Ministério Público tem o dever de comunicar ao investigado sobre o termo final da investigação ou de sua prorrogação;⁵⁰⁵ conforme explica CHIAVARIO sobre o “avviso della conclusione dele indagini preliminar”:

Si tratta dell'avviso che il pubblico ministero - a pena de nullità (art. 416. c. 1 Cpp) - deve far notificare all'indagato e al suo difensore - prima della scadenza del

senza ritardo, la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa dal reato e i difensori del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare consulenti tecnici (ILLUMINATTI, Giulio; CONSO, Giovanni; et al. *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*. 8. ed. Padova: Wolters Kluwer Italia, 2014. p. 205).”

⁵⁰² “O Código prevê a hipótese em que o accertamento técnico é irrepitível; nesse caso, atribui a tal ato uma eficácia similar à da perícia, subordinando-o a um controle por parte do investigado. A não repetibilidade pode ser oriunda do fato de que a verificação técnica relaciona-se a pessoas, coisas ou lugares cujo estado está sujeito a modificações (art. 360, inciso I, do CPP); ou do fato de que é a própria verificação que determina a modificação das coisas, lugares ou pessoas. Nesse caso, o Ministério Público deve dar ciência ao investigado, ao ofendido e aos defensores, pois estes podem nomear assistentes técnicos como acontece no caso da perícia (art. 360, inciso I, do CPP) (TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. Tradução de Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 191).”

⁵⁰³ SANT'ANNA, Marcelo Almeida. *Do estado de exceção à democracia? A adaptação das técnicas de exceção à ordem constitucional de 1988*. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2009.

⁵⁰⁴ Embora não retrate exatamente a tradução da lei italiana, a expressão é utilizada por GALGANI para indicar o mesmo instituto procedimental (GALGANI, Benedetta. O processo penal italiano e os direitos de defesa no estágio pré-processual. *Revista Meritum*. Belo Horizonte, v. 4, n. 1, janeiro/junho de 2009, p. 23).

⁵⁰⁵ Esse dever se estende à vítima do delito, a qual poderá - inclusive - discordar de eventual pedido de arquivamento, suscitando, dessa maneira, audiência perante o juiz das investigações preliminares (DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 367).

termine 'di base' o di quella dell'eventuale proroga (art. 415-*bis* c. 1 Cpp) - a meno che non sia intenzionato a chiedere l'archiviazione. [...] È da sottolineare che a seguito dell'avviso la difesa può chiedere al pubblico ministero ulteriori atti d'indagine (art. 415-*bis* c 3Cp).⁵⁰⁶

Previsto no artigo 415-*bis*⁵⁰⁷ o formal de fechamento se insere como um ato procedimental relevante. De plano, observa-se que seu descumprimento poderá acarretar posterior nulidade, ao passo que – respeitado o comando legal – concretiza o próprio contraditório em momento pré-processual. Isso porque o dever de informar antecede situações procedimentais de interesse da defesa, tais como o direito que o investigado tem de se entrevistar com o agente do Ministério Público, de juntar documentos ou de obter cópias dos autos da acusação. Em especial, deve-se destacar duas situações singulares que surgem justamente ao final da investigação:⁵⁰⁸ a possibilidade de requerer a complementação da investigação ou a instauração de um incidente probatório.⁵⁰⁹

⁵⁰⁶ CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale. Profilo Istituzionale*. 3. ed. Trofarello: UTET Guiridica, 2007. p. 382.

⁵⁰⁷ CPPi. Art. 415 bis. “Avviso all’indagato della conclusione delle indagini preliminari. 1. Prima della scadenza del termine previsto dal comma 2 dell’articolo 405, anche se prorogato, il pubblico ministero, se non deve formulare richiesta di archiviazione ai sensi degli articoli 408 e 411, fa notificare alla persona sottoposta alle indagini e al difensore nonché, quando si procede per i reati di cui agli articoli 572 e 612 bis del codice penale, anche al difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa avviso della conclusione delle indagini preliminari. 2. L’avviso contiene la sommaria enunciazione del fatto per il quale si procede, delle norme di legge che si assumono violate, della data e del luogo del fatto, con l’avvertimento che la documentazione relativa alle indagini espletate è depositata presso la segreteria del pubblico ministero e che l’indagato e il suo difensore hanno facoltà di prenderne visione ed estrarne copia. 3. L’avviso contiene altresì l’avvertimento che l’indagato ha facoltà, entro il termine di venti giorni, di presentare memorie, produrre documenti, depositare documentazione relativa ad investigazioni del difensore, chiedere al pubblico ministero il compimento di atti di indagine, nonché di presentarsi per rilasciare dichiarazioni ovvero chiedere di essere sottoposto ad interrogatorio. Se l’indagato chiede di essere sottoposto ad interrogatorio il pubblico ministero deve procedervi. 4. Quando il pubblico ministero, a seguito delle richieste dell’indagato, dispone nuove indagini, queste devono essere compiute entro trenta giorni dalla presentazione della richiesta. Il termine può essere prorogato dal giudice per le indagini preliminari, su richiesta del pubblico ministero, per una sola volta e per non più di sessanta giorni. 5. Le dichiarazioni rilasciate dall’indagato, l’interrogatorio del medesimo ed i nuovi atti di indagine del pubblico ministero, previsti dai commi 3 e 4, sono utilizzabili se compiuti entro il termine stabilito dal comma 4, ancorché sia decorso il termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice per l’esercizio dell’azione penale o per la richiesta di archiviazione. (ILLUMINATTI, Giulio; CONSO, Giovanni; et al. Commentario Breve al Codice di Procedura Penale. 8. ed. Padova: Wolters Kluwer Italia, 2014. p. 207).”

⁵⁰⁸ “O acusado deve ser informado pelo Ministério Público do encerramento das investigações preliminares, e, por um período de vinte dias, dentro de certas possibilidades legais, pode requerer sua complementação, o que foi permitido pela lei número 479, de 1999. É necessário assinalar, por fim, que o encerramento das investigações pode ser retardado em virtude de uma decisão judicial para a realização de um determinado incidente probatório, seja porque as partes não fizeram esta requisição anteriormente ou, ainda, se o termo final para as investigações expirou durante a realização desse incidente (DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 367).”

⁵⁰⁹ O incidente probatório é realizado em situações muito específicas, constituindo uma espécie de parênteses na investigação e presidido pelo juiz das investigações preliminares (DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 367-368).

Encerrada a fase investigatória, realiza-se uma audiência preliminar.⁵¹⁰ Inicialmente, deve-se referir que se trata de instituto procedimental complexo, sua exata compreensão, com efeito, desafia análise plena do campo penal italiano, uma vez que não basta a legislação e a doutrina para a sua compreensão; deve-se ponderar os entendimentos jurisprudenciais e a própria práxis forense. Não se pretende tamanho alcance. Como já foi dito, interesse estabelecer as grandes linhas do instituto, traçando um olhar “macro” para, através dessa perspectiva, olhar com mais profundidade o sistema brasileiro. Assim, a partir da audiência surgem diferentes possibilidades para acusação e defesa, as quais podem ser sistematizadas da seguinte forma:

[a] Complementação da investigação: Com o encerramento das investigações, é possível que o material colhido não contemple fato de interesse da defesa. Nessas situações, embora o Ministério Público tenha interesse no oferecimento da ação penal, assegura-se à defesa o direito de postular a complementação da investigação, o que se efetivou através da introdução da lei 479 de 1999. Veja-se a importância do direito de ser comunicado do termo final da investigação, pois a partir dessa informação a defesa poderá avaliar os autos e ponderar se existe fato a ser esclarecido.⁵¹¹

[b] Inutilização de atos investigatórios: Tendo em vista que a investigação se realiza por prazo fixado em lei, os atos de investigação realizado fora desse prazo não podem ser utilizados como fonte de provas, sustentando eventual juízo de admissibilidade da acusação.⁵¹² Trata-se de uma pena processual de inutilização do ato aplicada em função do transcurso do tempo (*inutilizzabilità*)⁵¹³ e prevista no Código de Processo italiano.⁵¹⁴ Nesse sentido, lembre-se que o artigo 111 da Constituição italiana

⁵¹⁰ Não se ignora a complexidade dos procedimentos do modelo italiano, de maneira que nem sempre após a investigação será realizada uma audiência preliminar; nos crimes menores, por exemplo, o acusado é enviado diretamente para julgamento (DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 375-376).

⁵¹¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 367.

⁵¹² DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 366.

⁵¹³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 89. Ainda, destaca-se a diferença que faz a doutrina entre *inutilizzabilità* e nulidades. A primeira implica na quebra de uma proibição probatória, já a segunda envolve a prática de um ato em desrespeito às normas legais (ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *A disciplina da prova no Código de Processo Penal Italiano*. In. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coordenadores). *Provas no Processo Penal. Estudo Comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 264).

⁵¹⁴ CPPi. Art. 407: “Termini di durata massima delle indagini preliminari.[...] 3. Salvo quanto previsto dall’articolo 415 bis, qualora il pubblico ministero non abbia esercitato l’azione penale o richiesto l’archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice, gli atti di indagine compiuti dopo la

assegura o julgamento em um prazo razoável, mas diferente do Brasil, a Itália introduziu mecanismos de sanção, o que dá eficácia ao texto constitucional.

[c] Delimitação da acusação e indicação das fontes de prova: Formada a *opinio delicti* e reconhecendo que fato exige julgamento, o Ministério Público poderá postular o envio dos autos para a fase de julgamento. A exposição do caso mostra-se relevante, pois a partir dela haverá um juízo de recebimento da acusação. Igualmente, os atos investigatórios que podem ingressar ou não no processo são enfrentados em audiência, ou seja, as partes - em contraditório - determinam as fontes de prova.⁵¹⁵

[d] Recebimento da acusação: Conforme dito acima, caberá ao juiz da audiência preliminar a tarefa de receber a acusação,⁵¹⁶ se for o caso. Nesse momento a audiência preliminar se insere como verdadeira fase de interregno, uma vez que acusação e defesa expõe suas razões perante o juiz que decide sobre o prosseguimento ou não.⁵¹⁷ Observe-se que a decisão que recebe a acusação deverá identificar o acusado e o ofendido, enunciar precisamente o fato com a respectiva capitulação legal, indicar as fontes de prova e dos fatos por ela referidos e a indicação do juízo competente para julgar o mérito.⁵¹⁸ Fica claro, então, que o provimento jurisdicional proferido em audiência é realizado frente aos autos da investigação,⁵¹⁹ todavia, depois do recebimento da imputação, formam-se autos apartados, fazendo com que o juiz do julgamento não tenha acesso aos atos praticados na fase preliminar. Assim, o *fascicolo per il dibattimento*, previsto no artigo 431 do Código de

scadenza del termine non possono essere utilizzati. (ILLUMINATTI, Giulio; CONSO, Giovanni; et al. Commentario Breve al Codice di Procedura Penale. 8. ed. Padova: Wolters Kluwer Italia, 2014. p. 225-226)."

⁵¹⁵ "Objetivando o envio do caso a julgamento, o ministério público delinea os fatos, as circunstâncias agravantes e quaisquer circunstâncias que possam justificar a adoção de medida de segurança, bem como indica as fontes de provas obtidas (DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 370)."

⁵¹⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 367.

⁵¹⁷ "Na etapa intermediária, o juízo decide sobre a admissibilidade do pleito ministerial em audiência preliminar (art. 416 e ss.), da qual deverão participar, necessariamente, a acusação e a defesa. Concedida oportunidade às partes para sustentar as suas pretensões, fundadas nos autos da investigação, o juízo profere decisão: 'sentenza di non luogo a procedere' ou 'decreto che dispone il giudizio' (ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *A disciplina da prova no Código de Processo Penal Italiano*. In. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coordenadores). *Provas no Processo Penal. Estudo Comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 225). "A sentenza di non luogo a procedere, conforme explica CHIAVARIO, está sujeita a recurso (CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale. Profilo Istituzionale*. 3. ed. Trofarello: UTET Guiridica, 2007. p. 390).

⁵¹⁸ ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *A disciplina da prova no Código de Processo Penal Italiano*. In. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coordenadores). *Provas no Processo Penal. Estudo Comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 225.

⁵¹⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 388.

Processo italiano,⁵²⁰ é formado em contraditório pelas partes e após a audiência preliminar;⁵²¹ já os autos do Ministério Público são compostos pelo conjunto dos atos realizados durante a investigação, repetíveis ou não, bem como – quando for o caso – pelos autos da investigação realizada pela defesa.⁵²² Sem olvidar que a defesa poderá ter cópia dos autos ministeriais. Essa sistemática de autos duplicados busca preservar a imparcialidade do juiz da causa,⁵²³ entretanto, mesmo diante de respeitável entendimento da doutrina,⁵²⁴ verifica-se que essa medida não resguarda absolutamente a imparcialidade, uma vez que as partes podem impugnar depoimentos das testemunhas quando divergentes da investigação, por exemplo, formulando perguntas com base nos autos da fase preliminar, ou ainda, realizando a leitura de certos atos investigatórios.⁵²⁵ Assim, no que se refere à presente tese, pior do que manter os autos do inquérito no processo é permitir que os atos ilícitos praticados durante a investigação, permitam o recebimento da denúncia, sem contradição alguma.

[e] Arquivamento: Encerrada a investigação o juiz da audiência preliminar fará uma análise dos elementos colhidos, nesse momento poderá o Ministério Público ou a defesa postular o arquivamento do expediente, provocando manifestação judicial específica. Vale observar que a vítima do crime poderá participar também desse ato, inclusive discordando do arquivamento, o que faz do contraditório um preceito verdadeiramente concreto. Aliás, tanto defesa quanto Ministério Público podem recorrer da decisão de não persecução, no entanto, nesse ponto não se admite a legitimidade

⁵²⁰ ILLUMINATTI, Giulio; CONSO, Giovanni; et al. *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*. 8. ed. Padova: Wolters Kluwer Italia, 2014. p. 242.

⁵²¹ Conforme explica ARANTES FILHO: “Os primeiros, de cuja formação as partes participam em contraditório, são integrados, entre outros, pelos seguintes termos: registro do corpo do delito e dos instrumentos pertinentes ao delito (*instrumenta sceleris*); termos de atos *não repetíveis*; e termos de atos praticados em *incidente probatório* requerido pelas partes (art. 431). As informações nele constantes poderão ser utilizadas no julgamento do feito (ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *A disciplina da prova no Código de Processo Penal Italiano*. In. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coordenadores). *Provas no Processo Penal. Estudo Comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 226).”

⁵²² ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *A disciplina da prova no Código de Processo Penal Italiano*. In. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coordenadores). *Provas no Processo Penal. Estudo Comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 226.

⁵²³ “A base de todo o modelo é a ‘duplicidade de autos’, o qual busca prevenir que, de uma forma geral, a informação anterior alcance o juiz da causa e, ao mesmo tempo, limita a possibilidade de disposição e de outros documentos contidos nos autos como prova no julgamento de mérito (DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 374).”

⁵²⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 168.

⁵²⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 396.

recursal da vítima. Por outro lado, a decisão de arquivamento, tal como no sistema brasileiro, poderá ser revogada quando houver novas fontes de prova, reiniciando – dessa forma – a investigação ou passando diretamente para o julgamento.⁵²⁶

[f] Julgamento abreviado (*giudizio abbreviato*) e a aplicação de pena (*patteggiamento*): Embora não constituam o mesmo instituto processual, tanto o *giudizio abbreviato* como o *patteggiamento* introduzem novas possibilidades a partir da investigação. No julgamento abreviado, previsto a partir do artigo 438 do Código de Processo italiano,⁵²⁷ tem-se como objetivo fundamental eliminar a audiência de mérito, permitindo um provimento jurisdicional definitivo mais célere, o que se efetiva mediante requerimento do acusado antes da audiência preliminar ou no curso dessa. Observe-se que não há necessidade de concordância com relação à matéria de fato, mas o acusado que aderir ao julgamento abreviado - caso condenado - receberá a diminuição de um terço da pena e o juiz da audiência preliminar fará o julgamento de mérito.⁵²⁸ Já o *patteggiamento*, previsto a partir do artigo 444 da lei processual, também busca antecipar o provimento jurisdicional final, todavia, diferente do julgamento abreviado, a redução da pena não resulta da concordância em adotar um rito mais célere, mas de um acordo estabelecido entre acusação e defesa. Observe-se que as partes – em especial a defesa – concordam com a responsabilização penal e postulam ao juiz a fixação da pena, reduzida em um terço. O requerimento deverá ser realizado ao longo da investigação ou no máximo antes do julgamento do mérito, todavia, o juiz poderá rejeitar o pedido, caso considere

⁵²⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 371.

⁵²⁷ CPPi. Art. 438: “Presupposti del giudizio abbreviato. 1. L'imputato può chiedere che il processo sia definito all'udienza preliminare allo stato degli atti, salve le disposizioni di cui al comma 5 del presente articolo e all'articolo 441, comma 5. 2. La richiesta può essere proposta, oralmente o per iscritto, fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli articoli 421 e 422. 3. La volontà dell'imputato è espressa personalmente o per mezzo di procuratore speciale e la sottoscrizione è autenticata nelle forme previste dall'articolo 583, comma 3. 4. Sulla richiesta il giudice provvede con ordinanza con la quale dispone il giudizio abbreviato. 5. L'imputato, ferma restando la utilizzabilità ai fini della prova degli atti indicati nell'articolo 442, comma 1 bis, può subordinare la richiesta ad una integrazione probatoria necessaria ai fini della decisione. Il giudice dispone il giudizio abbreviato se l'integrazione probatoria richiesta risulta necessaria ai fini della decisione e compatibile con le finalità di economia processuale proprie del procedimento, tenuto conto degli atti già acquisiti ed utilizzabili. In tal caso il pubblico ministero può chiedere l'ammissione di prova contraria. Resta salva l'applicabilità dell'articolo 423. 6. In caso di rigetto ai sensi del comma 5, la richiesta può essere riproposta fino al termine previsto dal comma 2 (ILLUMINATTI, Giulio; CONSO, Giovanni; et al. Commentario Breve al Codice di Procedura Penale. 8. ed. Padova: Wolters Kluwer Italia, 2014. p. 245).”

⁵²⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 377. No mesmo sentido: FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 309-310.

que as circunstâncias do processo não recomendem, seja porque a pena indicada é insuficiente, seja porque é excessiva ou desnecessária.⁵²⁹

Estabelecida essas considerações, em linhas gerais, pode-se afirmar que o modelo italiano privilegia o contraditório e a isonomia entre as partes. Tratada pela doutrina como “paridade de armas”, a isonomia é compreendida como elemento que compõe o próprio contraditório, aliás, a Constituição italiana ao definir as linhas do processo reúne no mesmo parágrafo esses elementos. Pode-se afirmar também que a fase preliminar da persecução penal italiana permite o contraditório, mas não em idêntica dimensão da fase processual. Nesse aspecto, a audiência preliminar surge como elo que conecta investigação e processo, dimensionando o contraditório e assegurando que nenhuma imputação será admitida sem a participação do acusado.

Mais ainda, independente dos inúmeros detalhes existentes, a *udienza preliminare* assegura ao investigado complementar a investigação, impugnar as fontes de prova, requerer incidente probatório, postular julgamento abreviado, postular imediata fixação de pena... Todas essas alternativas, próprias do campo penal estrangeiro, indicam que os argumentos dessa tese são pertinentes. Embora não se possa falar na *udienza preliminare* como um arquétipo, a diversidade de situações que dela nascem concretizam o contraditório na sua dimensão isonômica, na medida em que busca o equilíbrio entre acusação e defesa. Assim, a *udienza preliminare*, além de não inviabilizar o funcionamento do sistema penal, amplia a capacidade o direito de defesa, de sorte fundamenta-se a partir de uma compreensão constitucional do processo, ou seja, trata-se de um instituto limitador do poder punitivo. O *pubblico ministero*, ao submeter sua pretensão acusatória ao contraditório antecipado, encontra fronteiras que nascem na constituição e são detalhadas na lei processual;⁵³⁰ o mesmo se pode dizer, por exemplo, quando a defesa questiona as fontes de prova na formação do *fascicolo per il dibattimento* que irá instrumentalizar o processo.

Então, a partir dessas grandes linhas do modelo italiano e consciente das funções do contraditório, é necessário definir a audiência preliminar no Brasil como interregno procedimental, mas não sem antes abordar a audiência preliminar realizada nos Juizados Especiais Criminais, de acordo com o rito sumaríssimo.

⁵²⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 377-378.

⁵³⁰ ZAFFARONI diria ao invés de fronteiras o “dique”.

3.2 A audiência preliminar na Lei 9.099/1995

Promulgada no ano de 1995, a Lei 9.099/1995⁵³¹ modificou sensivelmente o campo penal ao introduzir mecanismos procedimentais que permitiram a judicialização de fatos que anteriormente compunham a cifra oculta do crime.⁵³² Através de um procedimento composto basicamente por duas audiências,⁵³³ a lei inovou ao inserir, por exemplo, os institutos da *composição dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo*, até então inexistentes. Nesse trabalho não interessa abordar o rito sumaríssimo ou as discussões que surgem em função de especificidades da lei como um todo. Procura-se analisar a Lei 9.099/1995 em seu aspecto pré-processual, mais precisamente nos atos praticados antes do recebimento da denúncia. Dessa forma, considerando que se desenvolve tese de doutorado, tem-se por conhecido o rito, de modo que os temas tratados sofrerão um recorte, enfatizando justamente os atos iniciais do procedimento praticados até a audiência preliminar.⁵³⁴

Nos ilícitos penais denominados de menor potencial ofensivo, ou seja, aquelas infrações nas quais a pena máxima é inferior a dois anos,⁵³⁵ a autoridade policial não precisa instaurar um inquérito;⁵³⁶ a apuração do fato ocorre de maneira abreviada, mediante um termo circunstanciado.⁵³⁷ Aliás, em determinadas situações, sequer os

⁵³¹ A legislação introduziu também os juizados especiais cíveis, os quais não guardam pertinência com o tema aqui abordado.

⁵³² Observe-se que não foi apenas uma modificação legislativa, mas um comando legal que determinou a criação de novos órgãos jurisdicionais com competência específica, nos termos do artigo 1º da Lei 9.099/1995: “Art. 1º Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.”

⁵³³ Há efetivamente uma concentração de atos que se pode observar desde a fase investigatória com a dispensa do inquérito policial, até a fase recursal com a interposição do recurso simultaneamente às razões. Justamente por isso, a doutrina tem identificado que essas características expressam o princípio da celeridade (GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/95*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 54). Ainda, BITENCOURT ressalta que a lei evita o que chama de “instrução binária”, ou seja, na polícia e em juízo (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 75).

⁵³⁴ Entende-se que os atos realizados na audiência preliminar, tais como homologação da composição civil ou transação penal, são atos jurisdicionais praticados antes do processo, aliás, antes mesmo da acusação (GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/95*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 93). No mesmo sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 64.

⁵³⁵ Lei 9.099/1995. Art. 61.

⁵³⁶ A instauração não é proibida, é dispensada e substituída pelo termo circunstanciado (GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/95*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 90).

⁵³⁷ Conforme explica a doutrina: “é mister que o termo circunstanciado contenha, pelo menos, embora sinteticamente, os dados necessários à identificação dos envolvidos, das testemunhas, do que ocorreu, do que alegaram os participantes e as testemunhas. Basta a oitiva oral e a consignação somente do essencial,

envolvidos são conduzidos até a delegacia de polícia, uma vez que a Corte estadual – ao interpretar o artigo 69 da lei – admitiu a possibilidade de os policiais militares lavrarem termos circunstanciados diretamente no local do fato.⁵³⁸ Essa interpretação permitiu, por exemplo, que as guarnições da polícia militar, ao atender uma ocorrência, realizem o termo circunstanciado, o qual será remetido ao foro sem outros atos de investigação.

Observe-se que a apuração inicial do fato é superficial, principalmente, nos ilícitos em que não há materialidade, de maneira que as questões que chegam até o Juizado nem sempre foram devidamente esclarecidas. Nesse aspecto, a celeridade procedimental introduzida pelo termo circunstanciado, em certa medida, dificulta o exercício do contraditório e da ampla defesa,⁵³⁹ uma vez que lei se contenta com os depoimentos da vítima e do autor do fato. Embora se admita a realização de perícia - as quais, agora, devem observar o comando da Lei 13.245/2016, assegurando ao advogado do investigado o direito de oferecer quesitos – não resta dúvida de que a investigação foi sensivelmente concentrada em alguns atos indispensáveis, justamente com o propósito de garantir a imediatidade e a judicialização. Não por acaso, a lei prevê a hipótese de imediato encaminhamento das partes ao Juizado, mesmo sem uma análise mais profunda do caso penal.⁵⁴⁰ Então, diante do trâmite abreviado, o legislador acertou em dispensar o indiciamento do suposto acusado. Levando em conta o que já se afirmou e ainda os acréscimos de GIACOMOLLI, não se pode ignorar que o indiciamento altera o status jurídico do sujeito, caracterizando – inclusive – possível constrangimento ilegal.⁵⁴¹ Portanto, nos ilícitos de menor potencial ofensivo o acusado não pode ser indiciado, o que

resumidamente (GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/95. 2. ed.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 91).”

⁵³⁸ Nesse sentido a discussão sobre quem é a “autoridade policial” - se policial civil ou militar - está superada, conforme Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70014426563 (Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Maria Berenice Dias, julgado em 12/03/2007). Sobre o assunto, GIACOMOLLI explica que o registro do fato pela polícia militar e posterior encaminhamento para a polícia judiciária vai de encontro com o princípio da celeridade, portanto, admite o registro somente pela polícia militar (GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/95. 2. ed.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 87).

⁵³⁹ Não se ignora o dispositivo da lei que permite – verdadeiramente – a antecipada contradição da peça acusatória antes de seu recebimento, o que leva parte da doutrina a falar em “contraditório prévio” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/95. 2. ed.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 50). Todavia, defende-se que a brevidade da investigação reduz a possibilidade que tem o acusado de exercer sua defesa, quando assim entender necessário.

⁵⁴⁰ Na imensa maioria dos casos é impossível enviar autor e vítima ao Juizado, todavia, o Juizado Especial do Torcedor, previsto na Justiça estadual funciona durante os jogos de futebol e concretiza a plena imediatidade, uma vez que os envolvidos são encaminhados diretamente para a audiência preliminar.

⁵⁴¹ “Portanto, somente se justifica o indiciamento após uma investigação pormenorizada (GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/95. 2. ed.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 89).”

desloca o tratamento inicial do caso penal para a audiência preliminar, fato que indica a relevância desse instituto enquanto elo de conexão, ou seja, como interregno procedimental.

Ultrapassada essa etapa sumária de investigação, os envolvidos são chamados a comparecer em uma audiência preliminar, nos termos do artigo 72 da lei. Nesse momento pelo menos duas situações semelhantes se estabelecem. A primeira surge nas hipóteses de ação penal pública condicionada, momento em que se permitirá um diálogo entre os envolvidos, buscando a composição dos danos ou a representação. Já a segunda situação envolve os casos de ação penal pública incondicionada e dispensa a manifestação de eventual vítima, aliás, normalmente nesses ilícitos a vítima é a coletividade ou o Estado, portanto, ao invés de composição dos danos tem-se a possibilidade de transação penal; hipótese idêntica surge quando a composição dos danos não é obtida e a vítima representa criminalmente, de modo que a audiência prossegue com o oferecimento (ou não) da transação. A suspensão condicional do processo, por sua vez, surge nos termos do artigo 89 da lei e encontra concretização – de regra – nos casos não submetidos ao rito sumaríssimo, pois o critério de aplicação não é a pena máxima e sim a pena mínima, de sorte que não será enfrentada nessa pesquisa, até porque sua aceitação se dá após o recebimento da denúncia, ultrapassando a fase preliminar e consolidando-se na fase processual.

Diante disso, não se pode deixar de registrar o caráter distinto da audiência preliminar prevista no artigo 72. Trata-se, certamente, de instituto procedimental de conexão. A fase investigatória, realizada de maneira muito superficial, não produz um filtro que afaste devidamente os fatos atípicos ou as situações em que o autor do fato penal faz o registro como se vítima fosse, invertendo os papéis. O sistema ganhou em termos de celeridade, mas perdeu em termos de consistência. Em razão disso, a audiência serve como anteparo entre a fase investigatória e a fase processual, nesse sentido, é necessário compreender as situações que se desencadeiam a partir dela.

Levando em conta a hipótese de ação penal pública condicionada, aberta a audiência o magistrado buscará a composição dos danos entre as partes,⁵⁴² a qual – se exitosa – extingue a punibilidade, gerando apenas consequências cíveis.⁵⁴³ Em que pese

⁵⁴² Autor do fato e vítima somente, pois o Ministério Público, embora seja parte, não participada ativamente desse momento, ainda que se faça presente.

⁵⁴³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 101-102.

se projetem interesses patrimoniais típicos da jurisdição civil, não se pode ignorar que esse instituto é um importante mecanismo em favor do acusado, principalmente porque não se questiona a culpa penal, nem gera antecedentes. Interessa verificar que apesar da discussão versar sobre reparação de danos o contraditório se realiza, uma vez que as partes comparecem representadas por procuradores, os quais têm a liberdade de – dialeticamente - trocar argumentos, exibindo uma posição mais ou menos favorável e, com isso, buscar o melhor acordo. Independente do valor da composição, resta claro que o acusado obtém – sob certo ponto de vista - êxito na defesa do direito de liberdade quando consegue fixar os termos do acordo, pois evitou a representação que desencadearia o processo. Dessa maneira, a debate procedimental instaurado em audiência e mediado pelo juiz se insere em uma perspectiva penal pré-processual, concretizando uma forma direta de contraditório entre acusado e vítima.

Por outro lado, considerando os casos de ação penal pública incondicionada ou aquelas situações nas quais a vítima representou, a lei traça outro instituto: a transação penal. Significa que o acusado, para encerrar o procedimento e evitar uma possível acusação, deve submeter-se a uma pena antecipada, sem que isso caracterize culpa ou gere antecedentes até porque sequer a denúncia foi oferecida. Trata-se, em apertada síntese, de uma proposta realizada pelo Ministério Público, a qual – devidamente cumprida – extingue a punibilidade. Observe-se que, depois de analisados os requisitos legais, o órgão acusador deve propor a transação; mas existe a discussão se essa proposta é um dever ou uma faculdade; discussão que nasce do texto da lei.⁵⁴⁴ Na realidade, esse debate envolve a natureza jurídica da transação e, por consequência, repercute na obrigatoriedade ou não de seu oferecimento.

Assim, de lado há quem entenda que se trata de direito público subjetivo do acusado,⁵⁴⁵ de maneira que – satisfeitos os requisitos legais - o promotor de justiça tem o dever de oferecer a proposta. O não oferecimento, segundo esse entendimento, só poderá ocorrer de forma fundamentada e diante de uma das circunstâncias do artigo 76, incisos I, II ou III da lei,⁵⁴⁶ fora dessas hipóteses, constituiria abuso de poder. Todavia, embora sustente tratar-se de direito subjetivo, não se verifica consenso doutrinário nos casos de

⁵⁴⁴ O artigo 76 da Lei 9.099/1995 utilizou a expressão “poderá” ou invés de “deverá”: “[...] o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas [...].”

⁵⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais Federais: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/2001*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 132.

⁵⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 75.

não oferecimento da proposta. BITENCOURT, por exemplo, prefere manter a racionalidade do sistema acusatório e a imparcialidade do juiz, de maneira que não admite que o magistrado ofereça a proposta de ofício, nem diante de pedido da defesa; entende que a situação desafia *habeas corpus*;⁵⁴⁷ já TOURINHO FILHO, diferentemente, admite o oferecimento da proposta diretamente pelo juiz ou mediante requerimento da defesa.⁵⁴⁸

Por outro lado, há quem defenda que se trata de ato consensual,⁵⁴⁹ portanto, impossível impor ao Ministério Público a obrigação de propor a transação penal. Essa posição, nos casos de não oferecimento da proposta, também não se mostra coesa. Observa-se que uma parcela da doutrina indica como alternativa a aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo, remetendo os autos ao Procurador-Geral de Justiça.⁵⁵⁰ Contudo, tal posição é criticada, na medida em que as situações não são idênticas, o que leva a outra alternativa, como a rejeição da denúncia criminal. Nesse sentido, explica BADARÓ:

Caso o pressuposto da transação penal esteja presente – trata-se de infração de menor potencial ofensivo –, e o Ministério Público não fizer a proposta nem justificar a razão pela qual deixa de apresentá-la (por exemplo, ausência de requisitos subjetivos), a **denúncia deverá ser rejeitada**, por falta de uma condição, que é a prévia proposta da transação penal, ou a justificativa por não fazê-la. Só é cabível a denúncia se, previamente, a proposta de transação penal for rejeitada ou, justificadamente, conclua-se que não era o caso de formulação da proposta.⁵⁵¹

Fica nítido que a questão se revela polêmica, mais ainda quando é possível uma conjugação desses entendimentos, tal como formula VASCONCELLOS. Em pese enfatize o

⁵⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais Federais: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/2001*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 133.

⁵⁴⁸ “Além disso, nada impede possa o autor do fato ou seu Defensor tomar a iniciativa da proposta, tal como acontece com o *patteggiamento*. É que, satisfeitas as condições legais, nasce para o autor do fato um direito subjetivo, e, desse modo, ante pedido nesse sentido, poderá o juiz atendê-lo, formulando a proposta (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 75).” Não se ignora que o *patteggiamento* é um instituto muito mais complexo do a leitura oferecida por TOURINHO FILHO, contudo, há alguma semelhança na medida em que a defesa postula a pena antecipada.

⁵⁴⁹ Segundo essa posição: “Mas uma reflexão mais profunda nos leva à conclusão de que a solução alvitrada pode parecer sedutora, mas faz *tabula rasa* do princípio da aplicação consensual da pena e violenta a autonomia da vontade do acusador (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais. Comantários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 154).”

⁵⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais. Comantários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 155.

⁵⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 634.

caráter negocial e o espaço de consenso do instituto - semelhante à *plea bargaining* estadunidense -⁵⁵² o autor reconhece a transação como um direito do acusado e, nos casos de indevido não oferecimento da proposta, admite a correção de ofício pelo juiz, por requerimento da defesa ou ainda pela rejeição da denúncia criminal.⁵⁵³ Fica nítido também que esse debate envolve pontos mais complexos do sistema, os quais exigem uma reestruturação do modelo, isso porque o oferecimento ou não da transação repercute na regra da obrigatoriedade da ação penal ou na sua discricionariedade. Nosso modelo tem por fundamento a obrigatoriedade do exercício da ação penal, mas no Juizado Especial Criminal essa regra foi relativizada, conforme explica LOPES JR.:

O instituto também conduziu a uma relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, pois permite certa ponderação por parte do Ministério Público. Não se trata de plena consagração dos princípios de oportunidade e conveniência na ação penal de iniciativa pública. Muito longe disso. É uma pequena relativização do dogma da obrigatoriedade, de modo que, preenchidos os requisitos legais, deverá o Ministério Público ofertar a transação penal.⁵⁵⁴

Independente da solução adotada – embora defenda-se a ideia de que se trata de um direito subjetivo – a transação penal surge em um espaço de contraditório, situado entre investigação e processo. A audiência preliminar, nesse cenário, permite que se desenvolva, mesmo que brevemente, a defesa do direito de liberdade, seja para assegurar a transação penal,⁵⁵⁵ seja para reduzir os termos da pena antecipada.⁵⁵⁶ Aliás, observe-se a situação singular que surge quando o acusado aceita a transação – para evitar o processo – mas recorre da decisão, por entender que a proposta foi desproporcional, por

⁵⁵² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 102.

⁵⁵³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 107.

⁵⁵⁴ E prossegue o autor: “[...] Dessa forma, é recorrente a afirmação de que se trata de uma discricionariedade regrada. Noutra dimensão, é um poder -dever. Mas, como acabamos de afirmar, essa discricionariedade deve conviver com o direito público subjetivo do réu, de modo que, ao Ministério Público, incumbe apenas verificar se estão preenchidos os requisitos e negociar sobre a pena cabível, restritiva de direitos ou multa. Não lhe compete o poder de decidir sobre o cabimento ou não da transação (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 766).”

⁵⁵⁵ Veja-se que existe grande discricionariedade no requisito previsto no inciso III do artigo 76, a exemplo do que se compreende por “antecedentes”. Assim, há nesse momento um espaço de contraditório no qual a defesa é essencial.

⁵⁵⁶ Nesse sentido sustenta BADARÓ: “Por outro lado, como se trata de ato bilateral e consensual, nada impede que haja uma contraproposta do autor do fato, ou mesmo que este tome a iniciativa da proposta (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 635).”

exemplo.⁵⁵⁷ Tais casos desencadeiam uma série de atos jurisdicionais de primeiro e de segundo grau, realizados frente a interesses contrapostos, em que pese não se tenha o recebimento da denúncia. Assim, cabe salientar que esse procedimento de primeiro e segundo grau situa-se em espaço pré-processual, de sorte que a audiência preliminar do Juizado Especial constitui uma espécie de interregno procedimental, justamente porque inaugura um espaço de contraditório entre investigação e processo, permitindo – inclusive – o duplo grau de jurisdição.⁵⁵⁸

Essa última afirmação fica mais clara quando se reconhece que o Ministério Público não poderá oferecer a transação penal quando o fato exigir arquivamento. A exegese que se obtém através da expressão “não sendo o caso de arquivamento” – prevista no artigo 76 – indica claramente que a análise das condições da ação penal deverá ser feita antes da proposta, ainda que superficial; em outras palavras, o promotor de justiça só poderá transacionar quando também pretender acusar.⁵⁵⁹ Assim, quando o caso exigir arquivamento, mas o Ministério Público oferecer proposta de transação penal, o acusado frente ao juiz poderá não aceitar a transação e contraditar a posição de seu acusador, demonstrando para o magistrado o equívoco da proposta, o que expressa efetivo ato de defesa. Veja-se que essa irresignação do acusado se dá mesmo sem que a denúncia criminal tenha sido encartada nos autos, simplesmente diante do termo circunstanciado, sequer há indiciamento. Isso só é possível, conforme abordou-se nos itens anteriores, em razão de que a defesa criminal é uma atividade que exige diagnóstico e prognóstico. Claro que o indiciamento confirma em alguma medida o *start* acusatório, no entanto, a descrição de um fato permite que se projete seu desenvolvimento em juízo, mais ainda quando se alega a atipicidade, por exemplo. Então, é justamente em função do contraditório que prevalece na audiência preliminar que a defesa poderá persuadir o magistrado; a ausência

⁵⁵⁷ Conforme previsão dos parágrafos 4º e 5º do artigo 76: “§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. § 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.”

⁵⁵⁸ “Da decisão que homologa o acordo, e/ou sua medição, garante-se o duplo grau de jurisdicional através da apelação, a qual poderá ser julgada por três juízes em atividade no primeiro grau da jurisdição (art. 82), dependendo das normas que cada unidade da federação e que a Justiça Federal adotarem (GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/95*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 139).”

⁵⁵⁹ “A proposta de transação penal não é alternativa ao pedido de arquivamento, mas algo que pode ocorrer somente nas hipóteses em que o Ministério Público entenda deva o processo penal ser instaurado (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 151).” No mesmo sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000. p 72.

da denúncia criminal não é um obstáculo propriamente dito, aliás, os mesmos argumentos poderão ser ratificados na audiência de instrução, momento no qual a denúncia será ou não recebida.

Por fim, ainda na audiência preliminar, a lei permite ao Ministério Público oferecer denúncia oral⁵⁶⁰ ou realizar diligências.⁵⁶¹ Por expressa determinação legal, a denúncia não será avaliada pelo juízo na mesma audiência, o que demandará a designação de audiência de instrução. Todavia, nesse ponto, observa-se uma fragilidade do instituto, uma vez que à defesa não se assegura a mesma possibilidade de postular diligências. Com efeito, há uma quebra da isonomia, enfraquecendo o contraditório, melhor seria se à defesa também fosse permitido complementar o termo circunstanciado e comprovar, por exemplo, a ausência de justa causa. Tome-se – por hipótese - o crime de lesão corporal, no qual o agressor registra a ocorrência por vias de fato,⁵⁶² alegando falsamente ter sido vítima; e a verdadeira vítima, lesionada, nada registra. Nessa hipótese, o prontuário médico da vítima arquivado no hospital que lhe atendeu poderá comprovar que os papéis estão invertidos, em razão da falsa comunicação de ilícito penal.

Diante disso, defende-se que a audiência preliminar prevista na Lei 9.099/1995 constitui uma forma de interregno procedimental que amplia os mecanismos de defesa. Certamente há imperfeições, como se disse no parágrafo anterior, não obstante, pode-se afirmar que se trata de ato procedimental realizado em contraditório e na fase pré-processual. A isonomia, nesse aspecto, não foi plenamente atendida pelo legislador, mas essa deficiência não retira a importância desse instituto enquanto elo de ligação. Considerando o que se pretende nessa tese, não se pode ignorar que - após a reforma dos procedimentos pela Lei nº 11.719/2008 – o rito sumaríssimo passou a ser uma espécie de procedimento comum, tal como o sumário e o ordinário, sob ponto de vista constitucional, nada justifica que os demais ritos – que inclusive judicializam crimes mais

⁵⁶⁰ Embora seja essa a determinação legal, no cotidiano forense normalmente as denúncias são oferecidas por escrito, o que reflete entendimento de parte da doutrina: “Sendo a infração de ação penal de iniciativa pública, caberá ao Ministério Público oferecer sua denúncia, oralmente ou por escrito, o que costuma ser a regra, até porque, se for oral, deverá ser reduzida a termo (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 791).” Em sentido oposto, BADARÓ não admite a denúncia escrita, caso em que entende que o promotor deverá remeter os autos para o juízo comum (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 645).

⁵⁶¹ Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.

⁵⁶² Decreto-Lei nº 3.688/1941. Art. 21. Praticar vias de fato contra alguém: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis, se o fato não constitui crime.

graves – não tenham um momento de interregno. O mesmo pode-se afirmar com relação aos ritos especiais, tais como o procedimento do júri e da lei de drogas; observe-se que ponto de central não é o crime e a pena abstratamente cominada, mas a ampliação do contraditório mediante a introdução de uma fase intermediária que permita, entre outras medidas, a impugnação da investigação, portanto, aplica-se a todos os crimes. A doutrina, por sua vez, percebe a carência de nosso modelo e reclama a introdução de um espaço intermediário, nos termos da crítica de LOPES JR.:

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. Infelizmente, no processo penal brasileiro não existe uma clara fase intermediária e contraditória. De forma precária, em vez de realizar uma audiência, optou o legislador brasileiro por uma resposta escrita (consultem-se o art. 396, cuja sistemática se aplica aos procedimentos comum ordinário e sumário; bem como o disposto na Lei n. 9.099/95 e também na Lei n. 11.343/2006).⁵⁶³

Embora a reflexão do autor tenha como foco principal a possibilidade de se contraditar uma acusação já formalizada sua crítica é um indicativo de que as ponderações aqui traçadas têm pertinência, ou seja, nosso modelo carece de uma fase de interregno. Então, atendendo aos objetivos definidos no início, é necessário demonstrar de que maneira as propostas teóricas se concretizam, de sorte que no próximo item pretende-se elaborar um projeto de lei, indicando exatamente como seria a intervenção legislativa no campo penal.

3.3 Dinâmica do procedimento

Levando em conta o princípio da legalidade, nos termos já expostos, não há como realizar uma modificação do procedimento penal sem a promulgação de lei. Nesse sentido, com o propósito de concretizar os aspectos teóricos aqui tratados, a seguir será elaborado um projeto de lei. Embora a proposta possa despertar alguma incerteza, tem-se que essas modificações devem ser encaradas com naturalidade, pois inseridas na complexidade contemporânea. Nesse aspecto, não custa lembrar que - antes da reforma realizada pela Lei 11.719/2008 - o interrogatório era praticamente o primeiro ato do processo, o prazo de defesa prévia era de 3 dias, o modelo presidencial de audiência permitia ao juiz um espectro muito maior de poderes... Em termos de sistema, com certeza essas modificações

⁵⁶³ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 192.

foram muito mais incisivas do que a introdução de uma audiência preliminar, de maneira que a proposta legislativa a seguir detalhada acrescentará uma etapa importante, mas não irá alterar completamente o modelo existente.

Antes de prosseguir, duas observações são indispensáveis. Primeiro, deve-se destacar que a norma que se pretende introduzir constitui lei processual penal pura,⁵⁶⁴ sem conteúdo material, de sorte que não se cogita a necessidade de se refazer atos processuais já praticados, o que se justifica pela posição majoritária da doutrina e da jurisprudência ao aplicar o aforismo latino *tempus regit actum*.⁵⁶⁵ Em que pese a respeitável posição da doutrina crítica,⁵⁶⁶ não se vislumbra – no momento – a possibilidade de a lei processual penal retroagir; observe-se que essa posição, alinhada ao pensamento majoritário, é tomada por cautela e também por rigor científico, uma vez que essa pesquisa não se debruçou na análise da lei penal e processual penal no tempo.

A segunda observação diz respeito a aspectos metodológicos. Nesse sentido, pretende-se destacar o texto de lei em vigor e somente depois oferecer alguma contribuição, seja por nova redação, seja por revogação. Para tanto, o texto do projeto de lei será exibido em letra distinta; ainda, toda citação legislativa será realizada de forma destacada, independente do número de linhas, mesmo que isso implique na flexibilização das normas técnicas. Os comentários realizados antes e após os dispositivos legais não devem ser encarados como reflexões finais, na medida em que somente nas conclusões o pesquisador irá posicionar-se definitivamente sobre a pesquisa. Por fim, as modificações legislativas serão numeradas e destacadas em negrito, de modo que serão devidamente organizadas no anexo 4.

Dito isso, tem-se que o ponto de partida envolve o direito de ser informado sobre a existência da investigação antes de seu termo final. Dispõe o Código de Processo:

⁵⁶⁴ “A lei processual penal pura regula o início, desenvolvimento ou fim do processo e os diferentes institutos processuais. Exemplo: perícias, rol de testemunhas, forma de realizar atos processuais, ritos etc. Aqui vale o princípio da imediatidade, onde a lei será aplicada a partir dali, sem efeito retroativo e sem que se questione se mais gravosa ou não ao réu (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 112).”

⁵⁶⁵ “Quanto à aplicação imediata, sempre se contentou a doutrina com a adequação da ideia, no conhecido aforisma latino *tempus regit actum* [...] Nesse ponto a literalidade da norma e sua interpretação dominante impõem a aplicação imediata, considerando válidos os atos praticados no regime anterior sem a necessidade de renová-los ou adequá-los à nova legislação (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 50).”

⁵⁶⁶ Nesse sentido: LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 113 e CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 51.

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Modificação legislativa [1]. Inclusão de mais um inciso, nos seguintes termos:

XI - informar, o mais breve possível, o suspeito do ilícito sobre sua condição de investigado.

Ainda com relação ao direito de informação, observa-se que o resultado final da investigação, documentado no relatório policial, deve – igualmente – ser comunicado ao investigado. Determina o 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.

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.

§ 2º No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas.

§ 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.

Modificação legislativa [2]. Inclusão de mais um parágrafo, nos seguintes termos:

§ 4º Os investigados ou indiciados serão informados sobre o resultado final da investigação.

Argumentou-se também que o direito de defesa deve ser ampliado durante a investigação, inclusive antes da audiência de interregno, o que se efetivou através da análise o artigo 14 do Código de Processo e da Lei 13.245/2016. Dispõe o Código de Processo:

Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

Modificação legislativa [3]. Nova redação do artigo 14, nos seguintes termos:

Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o investigado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade que decidirá em despacho fundamentado.

Parágrafo único. O investigado tem o direito de oferecer razões ou quesitos, devendo a autoridade dar o respectivo andamento.

No que refere aos atos de investigação irrepetíveis, defendeu-se a possibilidade de a autoridade policial informar o investigado sobre a realização desse tipo de prova, permitindo o oferecimento de quesitos. Determina o Código de Processo:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Modificação legislativa [4]. Inclusão do inciso VII-A, nos seguintes termos:

VII-A - informar o investigado sobre a realização de ato investigatório irrepetível, salvo se a informação prejudicar a efetividade do ato, o que deverá ser registrado em despacho fundamentado.

No que se refere ao trâmite final do expediente investigatório, projeta-se a necessidade de que seu encaminhamento seja direto ao Ministério Público. Nessa situação, caso o promotor tenha interesse em prosseguir com a imputação, encaminhará os autos ao cartório judicial, postulando a audiência preliminar. O Código de Processo regulamenta a matéria da seguinte forma:

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.

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.

§ 2º No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas.

§ 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.

[...]

Art. 23. Ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao juiz competente, a autoridade policial oficiará ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, mencionando o juízo a que tiverem sido distribuídos, e os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado.

Modificação legislativa [5]. Nova redação do § 1º do artigo 10 e nova redação do artigo 23, nos seguintes termos:

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará os autos ao Ministério Público com atribuição funcional para exercer a respectiva ação penal.

[...]

Art. 23. Ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao Ministério Público, a autoridade policial oficiará ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, mencionando o órgão do Ministério Público responsável, e os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado.

A audiência preliminar, por sua vez, ficaria melhor colocada ao final do título II do Livro I, o que enfatiza sua condição de interregno procedimental. Assim, é necessário introduzir dispositivos legais específicos, uma vez que o Código não dispõe sobre essa matéria.

Modificação legislativa [6]. Inclusão do artigo 23-A, nos seguintes termos:

Art. 23-A. Ao receber os autos do inquérito policial, não sendo o caso de arquivamento ou de requisição de diligências, o membro do Ministério Público, antes de oferecer a denúncia, encaminhará, no prazo de 15 dias, os autos ao juízo competente, requerendo a realização de audiência preliminar.

§ 1º Ao receber os autos, o juiz designará dia para a audiência, determinando a intimação pessoal do acusado para comparecer devidamente acompanhado de advogado. Na hipótese de o acusado não comparecer e não constituir defensor, o juiz designará defensor público.

§ 2º Aberta a audiência, a defesa terá a palavra pelo tempo de 10 minutos, podendo arguir a nulidade de atos da investigação, juntar documentos, requerer diligências e ou arquivamento.

§ 3º Acolhido o pedido de nulidade, os atos nulos serão desentranhados dos autos, sendo vedada sua utilização.

§ 4º Caso o juiz determine a realização de diligências, caberá a autoridade policial cumprir essa determinação, sendo que os autos permanecerão em cartório judicial. Sobre o resultado das diligências as partes serão intimadas para se manifestar no prazo de 10 dias.

§ 5º Caso a defesa postule o arquivamento, o juiz ouvirá o Ministério Público, decidindo de imediato. A decisão de arquivamento não prejudica o disposto no artigo 18 desse Código e poderá ser reformada através de recurso em sentido estrito.

§ 6º Encerrada a audiência preliminar ou as diligências determinadas pelo juízo, o Ministério Público poderá oferecer denúncia, requisitar diligências diretamente à autoridade policial ou requerer o arquivamento, sem prejuízo das disposições previstas no artigo 28 desse Código.

§ 7º O acusado devidamente intimado, através de seu defensor, poderá postular a não realização da audiência preliminar, prosseguindo o procedimento nos termos do parágrafo anterior.

§ 8º A audiência preliminar deverá ser realizada inclusive nos procedimentos investigatórios instaurados diretamente pelo Ministério Público ou nos casos em que este dispensar o inquérito policial.

§ 9º Os argumentos utilizados na defesa do acusado poderão ser novamente enfrentados pelo juízo durante a fase de interregno ou na fase processual.

É fundamental ter presente que nos casos de omissão do agente ministerial o ofendido poderá oferecer a ação penal privada subsidiária da ação penal pública, conforme determina o artigo 29 da lei processual. Assim, a introdução da audiência preliminar deverá preservar essa sistemática; com efeito, entende-se que o prazo previsto no artigo 46 deve ser contado após sua realização. Determina o Código de Processo:

Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

§ 1º Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação.

§ 2º O prazo para o aditamento da queixa será de 3 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos, e, se este não se pronunciar

dentro do tríduo, entender-se-á que não tem o que aditar, prosseguindo-se nos demais termos do processo.

Modificação legislativa [7]. Nova redação do artigo 46, e revogação do parágrafo § 1º do mesmo dispositivo, nos seguintes termos:

Art. 46. Encerrada a audiência preliminar ou as diligências determinadas pelo juízo, o Ministério Público terá vista dos autos, iniciando o prazo para o oferecimento da denúncia. Se o acusado estiver preso, a denúncia deverá ser oferecida em 5 dias, se estiver solto, o prazo será de 15 dias. Caso o Ministério Público requisitar diligências, o prazo somente será contado a partir do momento em que receber novamente os autos.

§ 1º (revogado)

§ 2º O prazo para o aditamento da queixa será de 3 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos, e, se este não se pronunciar dentro do tríduo, entender-se-á que não tem o que aditar, prosseguindo-se nos demais termos do processo.

Na construção dos argumentos, enfrentou-se, também, a questão que envolve a possibilidade de o juiz produzir provas de ofício, bem como sua intervenção na fase preliminar. Dessa forma, a presente proposta exige que se esclareça a função do juiz na investigação, principalmente, para que evitar que a audiência preliminar seja utilizada como instrumento de ampliação da persecução penal. Então, deve-se corrigir – ainda que parcialmente – o artigo 156. Prevê a lei processual:

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.

Modificação legislativa [8]. Revogação do inciso I do artigo 156.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I - (revogado)

II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Tendo em vista que a audiência preliminar se justifica não pelo crime ou pela pena abstratamente cominada, mas sim em função do contraditório. Deve-se corrigir também a Lei 9.099/1995. Determina a legislação:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

Modificação legislativa [9]. Inclusão dos parágrafos 7º, 8º e 9º no artigo 76 da Lei 9.099/1995, nos seguintes termos:

§ 7º Durante a audiência preliminar a defesa poderá arguir a nulidade de atos da investigação, juntar documentos, requerer diligências e ou arquivamento.

§ 8º Acolhido o pedido de nulidade, os atos nulos serão desentranhados dos autos, sendo vedada sua utilização.

§ 9º Caso o juiz determine a realização de diligências, caberá a autoridade policial cumprir essa determinação, sendo que os autos permanecerão em cartório judicial até a designação de nova audiência.

Diante dessas proposições, deve-se observar que a introdução de um instituto processual em um sistema já consolidado deve preservar sua unidade, pois nada adianta, por exemplo, uma proposta legislativa inexecutável. Nesse aspecto, não há como introduzir a audiência preliminar sem conectá-la à fase investigatória e à fase processual, de maneira ajustou-se certos dispositivos legais, assegurando a funcionalidade do instituto. No entanto, todas as modificações legislativas foram, ao longo da tese, devidamente enfrentadas na sua dimensão teórica.

Assim, quando se encaminha para o epílogo, a reflexão acaba por retornar ao marco zero. Dessa forma, nas projeções iniciais da pesquisa dois caminhos surgiram. O primeiro essencialmente teórico, cujas inserções no plano da realidade não penetrariam completamente no campo penal, em razão de sua abstração. O segundo caminho, talvez mais arriscado, busca estabelecer uma base teórica capaz de interferir concretamente no campo penal, de maneira que sua vinculação com o plano da realidade ocorre com mais intensidade. Trilhou-se a segunda estrada sem ignorar que as críticas seriam inevitáveis, aliás, indispensáveis para o aperfeiçoamento do sistema. Por essa razão, não se considera o objeto de pesquisa esgotado, justamente porque a submissão dessa pesquisa à comunidade acadêmica permitirá novas reflexões. Além disso, acredita-se que as conclusões finais a seguir expostas permitirão a completa compreensão da tese e de seus argumentos.

CONCLUSÕES

Chega-se naquele ponto em que todo o material abordado se encontra suficientemente maduro para as ponderações de encerramento. A conclusão, embora o nome indique um ponto final, não deveria ser denominada dessa forma; isso porque a contemporaneidade é extremamente complexa, dotada de velocidade e instantaneidade, exigindo com que o conhecimento científico esteja em constante revisão. As ponderações - nesse momento definidas - constituem o epílogo de um longo estudo, mas não encerram ou esgotam o objeto, pois o aperfeiçoamento dessa pesquisa exige mais abordagens, transversais e tangenciais ao objeto principal. Espera-se, com efeito, poder contribuir para a compreensão e reformulação do sistema nacional, portanto, é nessa perspectiva que se inserem essas considerações finais.

Dito isso, é indispensável voltar ao ponto de partida. A tese defendida - nesse aspecto - tem por base o contraditório como elemento indispensável a todas as etapas da persecução penal, o que levou o pesquisador à seguinte afirmação: diante da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, é necessário introduzir uma audiência preliminar, situada na fase pré-processual, entre investigação e processo. Ainda na linha inicial, estabeleceu-se a instrumentalidade constitucional do processo penal como pedra fundamental. Observe-se que esse conceito cruzou a pesquisa tal como um meridiano, invisível, mas indicando o rumo, pois a partir dessa concepção de instrumentalidade, pode-se - agora - afirmar que a audiência preliminar é um instituto em favor do acusado, cuja essência visa proteger os direitos fundamentais definidos na Constituição ou nos tratados internacionais. Veja-se que esse preceito veda, por exemplo, que a audiência seja utilizada para potencializar os poderes punitivos, tornando esse ato procedimental isonômico e limitador.

Contudo, essa afirmação só se torna possível através da compreensão da fase investigatória como um espaço de poder nem sempre bem definido. Por certo que no sistema punitivo todos os espaços são espaços de poder, não obstante, a dinâmica do poder na fase investigatória é distinta, com características que precisam ser reconhecidas pelos operadores. Com esse propósito, buscou-se demonstrar que a construção da verdade nas experiências ocidentais envolve relações de poder; iniciadas desde os gregos clássicos com desafios de prova mediados pela intervenção divina, passando pelos procedimentos medievais, até a consolidação dos ritos modernos. Ao longo desses

séculos, o questionamento sobre a verdade sofreu diversas modificações, as quais - além de caracterizar a expressão de um determinado tipo de poder - influenciaram a forma de provar os fatos. Esse ponto inicial é revelador, pois a solução de um conflito humano exigirá que se reconstrua, de alguma maneira, um fato pretérito e é justamente a maneira com que os homens fazem essa reconstrução que expõe a relação de poder existente em determinado tempo.

Ao lado dessa característica, constatou-se que a partir do final da Idade Média a persecução penal revela-se seletiva; trata-se de identificar que a realização do poder será mais intensa para um determinado grupo da população do que para outro, na medida em que o sistema possui uma seletividade estrutural. Mas o poder não é estático, o poder é dinâmico, ele se concretiza e flui através da atuação dos agentes do Estado, materializando-se em atos e escapando dos limites impostos pela Constituição. Essa dinâmica do poder incide sobre os grupos previamente selecionados, construindo verdades entalhadas segundo os interesses de quem pode exercer o poder. A reconstrução dos fatos - por exemplo nos procedimentos investigatórios - observará essa relação: intensa e seletiva. De sorte que não se pode desconsiderar que a “verdade” da investigação não é a verdade do acusado, também não é a “verdade” do fato, trata-se de uma “verdade” produzida por aquele que possui o poder naquele momento. A Constituição e as leis estabelecem limites à atuação dos agentes do Estado, contudo, a investigação criminal revela-se - em certa medida - anômica, com espaços de submissão a forças que transitam em uma esfera política.

Tais afirmações, quando confrontadas com a teoria política, indicam que as relações de amizade e inimizade, enquanto elementos que compõe o conceito *política*, potencializam o exercício do poder, ampliando a persecução penal. A verdade dos fatos, com efeito, é construída segundo a discricionariedade do investigador e através de atos praticados na capilaridade do sistema. O poder inserido nessas práticas escapa às formas da legalidade, transitando em espaços anômicos, imperceptíveis ao olhar comum, mas visíveis à teoria política. A clausura do direito, dessa forma, impede que se identifique esse ponto cego. Todavia, denunciada essa situação, é dever do ordenamento responder a esse diagnóstico, de maneira que a resposta do direito será, essencialmente, uma resposta jurídica e é nesse momento que a tese ganha sua primeira fundamentação. Assim, com o objetivo de evitar que essa verdade produzida sem nenhuma participação do acusado ingresse livremente no processo, é necessário inserir um interregno procedimental,

utilizando a dinâmica do poder e permitindo que esse poder circule, atendendo a interesses do acusado, mediante um ato procedimental, mediante uma audiência preliminar. Nesse trilha, essa tese demonstrou que o interregno procedimental é um momento em que o poder se modifica, reinventando o *saber* e ampliando o *conhecer*. O contraditório – nessa medida – é o elemento constitucional que insere o acusado na totalidade de seus direitos fundamentais, como sujeito que participa da produção da verdade.

Essas considerações, essenciais, foram realizadas preponderantemente à luz da relação de poder, no entanto, a pesquisa ampliou essa abordagem, ingressando mais profundamente na compreensão da construção da verdade no campo penal. Nesse sentido, a análise das técnicas de formação do saber na investigação criminal justifica, também, a introdução de um interregno procedimental. Veja-se que as estruturas policiais não variaram muito na história nacional, acompanhando – quase sem alteração – as diversas modificações constitucionais. Interessante perceber que a história brasileira revela sucessivos momentos de ruptura institucional, marcados por períodos de exceção, acompanhados pela suspensão parcial dos direitos individuais. As policiais, nesse cenário, acompanharam esses processos, reproduzindo em maior ou menor escala práticas violentas, legítimas e ilegítimas. A seletividade estrutural do sistema, dependendo do momento histórico, ora direcionava a intensidade policial para o inimigo político, ora para a “clientela” penal ordinária. Contudo, a Constituição de 1988 deveria ter estabelecido limites claros, deveria ter consolidado um projeto constitucional, mas isso não se verificou completamente.

As estruturas policiais não foram substancialmente alteradas pelo constituinte de 1988, restando presente na atualidade, inclusive, práticas policiais empregadas nos períodos de exceção. Não por acaso, existem pesquisas - tais como a desenvolvida pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo - que demonstram exatamente o que se afirmou no início, ou seja, o poder se expressa nas extremidades capilares do sistema, produzindo verdades acusatórias, mesmo que isso signifique uma acusação indevida. Há, com efeito, um ponto cego na reconstrução dos fatos nos procedimentos investigatórios, cuja dimensão oculta esconde o projeto constitucional inacabado. Essa imperfeição permite que a política – na condição de poder – ultrapasse o limite da legalidade, produza uma espécie de verdade e ingresse no direito, como se estivesse revestida de legalidade. No entanto, é possível enxergar – quando se deseja –

que a investigação para uns é diferente do que para outros, pois a verdade para os “menos seletivos” será diferente daquela produzida para a clientela penal ordinária. Não se ignora que essa afirmação, em certa medida, simplifica algo de extrema complexidade, embora se tenha consciência disso, é correto dizer que a produção da verdade na investigação policial – na atualidade – atende unicamente a perspectiva acusatória. Observe-se que não existe uma expressa previsão legal que determine a intimação do acusado sobre a instauração da investigação policial, pior do que isso, o Código de Processo admite, nos termos do art. 39 § 5º, a dispensa do inquérito policial, prescindindo, portanto, da própria investigação. Dessa forma, não resta dúvida que nessa etapa procedimental não se preserva o binômio fundamental do contraditório: informação e reação; em que pese exista previsão constitucional. Nesses termos, a primeira correção antes da introdução da audiência preliminar é assegurar o direito à informação, pois através dele se exercerá a ampla defesa.

Aprofundando esse argumento, verifica-se que a ausência de informação está ligada, de certa forma, com a ampla discricionariedade do modelo de investigação. Não há a exata definição de um procedimento de investigação e nem se faz tal proposta, mas cumpre identificar que o espaço de atuação da autoridade que preside o procedimento investigatório é amplo e não está esquadrihado pela lei. Assim, as linhas de investigação, a coleta de uma ou outra prova, a verificação de um alibi, a seleção de um ou outro suspeito, todas essas alternativas não foram – e nem poderiam ser – previamente traçadas pelo legislador, o que confere à investigação um traço discricionário único. E veja-se: não importa quem será a autoridade responsável, se delegado de polícia ou promotor de justiça; importa é verificar o nível de discricionariedade de cada caso em concreto. Isso porque a discricionariedade somada ao exercício do poder pode deixar de esclarecer fatos de interesse do acusado, construindo – novamente – saberes que instrumentalizam somente a acusação. Deve-se, portanto, permitir um espaço de contraditório que assegure contrapesos no sistema, reduzindo a discricionariedade e completando o projeto constitucional, o que se realiza mediante um momento de interregno procedimental, capaz de corrigir, por exemplo, as ilegalidades cometidas durante a investigação.

Ocorre que persiste determinado entendimento que utiliza a natureza administrativa-informativa da investigação para negar o contraditório. Nesse ponto, a pesquisa demonstrou o equívoco dessa posição, o que se fez a partir do próprio texto constitucional, pois a Constituição – em nenhum momento – limitou o alcance do

contraditório, confinando-o aos processos judiciais, aliás, inclusive os processos administrativos possuem contraditório. A exegese do artigo 5º, inciso LV da Constituição exige que se amplie a eficácia do contraditório e da ampla defesa, inclusive na fase preliminar. Não se trata de modificar o sistema de investigação ou de antecipar a dialética processual, mas sim de oportunizar espaços mínimos de contraposição, inserindo o acusado no procedimento de construção da verdade.

Diante disso, a pesquisa procurou identificar e analisar o contraditório e a ampla defesa em suas concepções tradicionais, as quais envolvem o aforisma latino *audiatur et altera pars*. Essa análise – inserida na fase preliminar - permite afirmar que existe espaço para o exercício do contraditório e da ampla defesa e a legislação - mesmo que de forma tímida - reconhece esse direito, fato que desloca o problema para os operadores do sistema. Observe-se que a Lei 13.245/2016, ao dar nova redação aos incisos XIV e XXI do artigo 7º da Lei 8.906/1994, qualificou a atuação do advogado nos procedimentos investigatórios, especialmente porque permitiu o oferecimento de quesitos e razões. Esse direito de participação, nada mais é, do que uma expressão do contraditório previsto na Constituição, ou seja, o preceito constitucional que fundamenta a lei é justamente o contraditório e a ampla defesa. Ainda, com relação a informação, tem-se a importante consolidação da jurisprudência realizada através da Súmula Vinculante nº 14, assegurando acesso aos atos de investigação já documentados. Não bastasse isso, o artigo 14 do Código de Processo deve ser tratado com especial atenção. Veja-se o importante momento procedimental que se instaura em função desse dispositivo, na medida em que se permite postular diligências de interesse da defesa. Em que pese o entendimento jurisprudencial predominante seja no sentido de afirmar a discricionariedade, de forma que cabe somente ao delegado ponderar se defere ou não o pedido, o Superior Tribunal de Justiça – por duas vezes – concedeu ordem de *habeas corpus* acolhendo pedido da defesa que postulava diligência de seu interesse. Esses precedentes dão conta de que o artigo 14 pode ser utilizado para dar eficácia ao contraditório, ampliando-se, por exemplo, sua cogência, sem que isso implique na judicialização da investigação. Então, ao contrário do que aponta o senso comum, a investigação não é um espaço totalmente discricionário, inquisitorial, meramente informativo; constitui uma fase singular, mas não imune ao texto constitucional.

Essas considerações permitiram compreender o exercício do poder e a forma como esse poder é capaz de se articular e produzir verdades; ainda, apesar da

discricionariedade, demonstrou-se que a fase preliminar está inserida em um espectro constitucional e possui momentos nos quais admite-se, em certa medida, o contraditório, embora em fração absolutamente insuficiente. Mas a introdução de uma audiência preliminar, como elo de ligação, somente seria possível após a análise dos atos produzidos na investigação.

A partir das diretrizes traçadas no artigo 155 do Código de Processo, deve-se distinguir os atos de prova dos atos de investigação, para tanto, tem-se que os atos de prova se constituem em contraditório judicial. Todavia a ampliação dos efeitos do contraditório não modifica a essência dos atos praticados na fase preliminar; o procedimento investigatório, dessa maneira, não pode ser qualificado como um processo, na medida em que as partes não se encontram em posições simétricas, nem é encerrado por um provimento final jurisdicional. Desse modo, a participação do acusado em determinados momentos da investigação não é suficiente para redefinir a essência do procedimento ou de seus atos. Por outro lado, a questão ganha contornos mais densos quando se analisa as chamadas provas irrepetíveis, ou como se pretende nessa pesquisa, os atos de investigação irrepetíveis.

O problema desses atos irrepetíveis reside no fato de que o contraditório é diferido, ou seja, deslocado para a fase processual. A rigor, essa forma de contradição é meramente formal, pois cinge-se a aspectos externos e, com relação ao conteúdo do ato, muito pouco pode-se fazer, uma vez que na maioria das vezes o objeto não mais existe, situação muito comum com as perícias. Embora a doutrina afirme isso repetidamente, entende-se que é necessário buscar alternativas. O Código de Processo, por sua vez, não auxilia muito na construção de outros caminhos, tendo em vista a lacônica regulamentação. Já a doutrina crítica sugere, por exemplo, um incidente antecipado de provas, cujo procedimento não encontra aderência exata na lei, exigindo a aplicação do artigo 225 da lei processual, dispositivo concebido para a prova testemunhal. Nesse cenário, a Lei 13.245/2016 ganha relevo e apresenta-se como solução concreta. Assim, partindo da premissa de que é dever da autoridade policial informar o acusado (em algum momento) sobre a existência da investigação, o direito de oferecer quesitos ainda na fase preliminar assegura que a produção da verdade contará com a participação da pessoa investigada, concretizando o contraditório e a ampla defesa. Ademais, essa participação não modifica a natureza jurídica do ato, pois seu procedimento ocorre perante a autoridade policial, sem que exista a judicialização; posteriormente – em juízo – esse ato

irrepetível será submetido ao pleno contraditório judicial, momento em que poderá ser qualificado verdadeiramente como prova penal. Veja-se que parte da questão envolve a forma com a qual o contraditório será exercido na fase investigatória e no dever de informação.

Todavia, nada adianta esse procedimento sem que exista a prévia informação, diante disso, pondera-se duas situações. Nos *crimes sem autoria conhecida* não há como realizar a informação, de maneira que o transcurso do tempo tornaria o ato inútil ou inviável. Nesses casos, o sistema encontra uma situação limite, sem que se possa oferecer uma alternativa viável, mantém-se, portanto, o contraditório diferido. No entanto, nos *crimes com autoria possivelmente conhecida* a solução é outra, pois já existe um suspeito previamente identificado. Nessas situações, é dever da autoridade policial informar ao suspeito sua condição de investigado, oportunizando a participação nos atos irrepetíveis. A principal crítica que surge em função dessa posição envolve o caráter reservado da investigação, já que a informação poderia prejudicar diversos atos da investigação, os quais deveriam ser realizados sem o conhecimento do investigado. Diante disso, entende-se que a solução adotada pelo modelo italiano é interessante, conforme adiante será abordado. Observe-se que na Itália existe o dever de informação, contudo, a lei não exige que a informação seja feita *imediatamente*, mas o *mais breve possível*; defende-se solução semelhante. Claro que o ideal seria preservar integralmente o direito de liberdade com espaços bem definidos, entretanto, os fatos da vida se apresentam em uma dinâmica muito além do legislador. Assim, o dever de informação com base na expressão “o mais breve possível” revela - sem dúvida - um imperativo legal, pois o descumprimento injustificado poderá sofrer o devido controle judicial efetivado em audiência preliminar. Dessa forma, caso a autoridade responsável pela investigação deixe de informar o acusado sobre a instauração do procedimento e, igualmente, não pratique nenhum ato de investigação sujeito ao sigilo temporário tem-se caracterizada uma violação ao direito de defesa, passível de questionamento na fase de interregno. Situação diferente surge quando o ato de investigação tem por base uma ordem judicial.

Nos casos em que o investigador deseja invadir espaços protegidos pela Constituição, tais como o sigilo das comunicações ou a inviolabilidade do domicílio, deverá buscar provimento judicial que justifique a medida. Ocorre que no procedimento atual não há um momento que permita avaliar se a ordem judicial foi cumprida corretamente; essa discussão é realizada no processo penal e após o recebimento da

denúncia. Muito mais do que permitir o direito de defesa no processo, é fundamental impedir que o ato de investigação ilegal seja utilizado na formulação da denúncia criminal, o que somente pode se concretizar em um espaço de contradição pré-processual. Contudo, nosso sistema não apresenta normas de contrapeso, de maneira que uma ilegalidade da investigação – em boa parte dos casos – somente será corrigida na dialética processual, ao passo que a acusação sequer deveria ter sido proposta.

Como último ato do procedimento investigatório, tem-se o relatório policial. Entende-se que essa peça procedimental é de grande relevância, uma vez que formaliza a manifestação do Estado-Policial, qualificando ou não a conduta como crime. Mesmo sem condicionar a atuação do agente do Ministério Público, o relatório tem a capacidade de alterar a esfera jurídica do indivíduo, de acusado para indiciado. Consagra, nessa medida, um potencial acusatório que permite projetar os termos da denúncia criminal; não por acaso, defende-se que em função deste a defesa poderá realizar duas atividades essenciais: diagnóstico e prognóstico, extremamente úteis em se tratando da futura audiência preliminar.

Com base nesses argumentos, definiu-se as primeiras linhas da tese, ou seja, a fase preliminar é um espaço de poder, cuja manifestação produz formas de verdades unilaterais. Há, com efeito, um potencial acusatório que colide com o imperativo constitucional, o qual exige limites através do contraditório. Embora o sistema apresente pequenos momentos de contraditório, esses espaços são insuficientes, mas denunciam o falso argumento de que a investigação é meramente administrativa-informativa. Igualmente, demonstrou-se que a ampliação dos efeitos da Constituição não altera completamente o sistema de investigação, no entanto, é necessário a introdução de uma etapa intermediária, antes da dialética processual e que assegure os mecanismos de defesa. Esse interregno procedimental, com efeito, deve ser efetivado mediante uma audiência preliminar, instituto capaz de estabelecer os limites necessários e a isonomia, tornando a construção da verdade algo produzido em contraditório. Não obstante, não há como definir a audiência preliminar sem compreender a função do juiz e sem analisar o que se espera a partir dela.

Destaca-se que a análise da função do juiz envolve atributos diretamente relacionados com a estrutura de um sistema processual, de modo que foi necessário efetuar um recorte na abordagem. O primeiro problema diz respeito a possibilidade de o juiz agir de ofício e, com isso, interferir na gestão da prova. Note-se que esse ponto se

conecta ao sistema processual, se inquisitório, acusatório ou misto. Evidentemente, é de grande dimensão a tarefa de determinar qual é o sistema nacional, já que constitui um objeto por si só. Diante disso, os sistemas foram abordados, mas não com o propósito de definição e sim para que - através dessa abordagem - se tornasse possível contextualizar outros argumentos necessários na resposta ao problema de pesquisa. Ainda, esse obstáculo inicial não poderia ser superado sem a análise e proposta de modificação do artigo 156. Entretanto, seria inviável a modificação completa desse dispositivo nos termos aqui enfrentados, pois a norma trata da gestão da prova como um todo; além disso, não bastaria modificar o artigo 156, uma vez que existem vários outros dispositivos que, ao permitir a atuação de ofício pelo juiz, potencializam o viés inquisitório do Código, haja vista os artigos 147, 149, 196, etc. Consciente desse fato, a pesquisa avançou no limite do objeto traçado, compreendendo que o juiz não poderá - na fase pré-processual ou na fase de interregno - produzir atos de prova de ofício. Tal afirmação só é possível quando se verifica que no núcleo fundante do sistema, seja ele misto ou acusatório, deve preservar a separação das funções, especialmente na fase preliminar. Nesse aspecto, a proposta final altera a redação do artigo 156, justamente com o objetivo de ampliar o contraditório, enfatizando o espaço de atuação das partes e em especial da defesa.

Todavia, a discussão em torno do juiz não se esgota no agir ou não de ofício, observe-se que o debate sobre a imparcialidade do magistrado é contemporâneo e imprescindível. Parte dos questionamentos sustentam que o juiz que participa da investigação não poderá julgar o processo principal, na medida em que sua imparcialidade ficaria comprometida; não por acaso uma parcela da doutrina sugere a introdução do juiz de garantias. Desde o início sustenta-se que a presente tese não exclui o juiz de garantias, o ponto central da narrativa não é exatamente a figura do juiz, mas um instituto procedimental que proporcione o devido contraditório, o juiz de garantias - se aprovado - poderá conduzir a audiência preliminar, na medida que os argumentos traçados não o afastam. Situação diferente ocorre quando a proposta da doutrina sustenta que a participação do juiz na investigação já quebra sua imparcialidade, embora semelhante ao juiz de garantias os argumentos não são exatamente idênticos. Aceitar essa posição seria uma forma de introduzir o juiz de garantias sem a devida modificação legislativa, invertendo - por exemplo - o instituto da prevenção, fazendo com que se tornasse uma cláusula que afasta a competência. Não obstante os respeitáveis

argumentos, entende-se que o simples fato de o juiz participar da fase investigatória não quebra sua imparcialidade.

Desse modo, parte-se da compreensão da jurisprudência do TEDH, consolidada após os primeiros julgamentos que introduziram discussão. Não se nega a importância dos casos *Piersack* (1982) e *De Cubber* (1984) cujos processos confrontavam o sistema Belga, contudo, esses julgamentos traçaram somente as primeiras linhas do debate. A compreensão sobre a imparcialidade é bem mais complexa do que a simples participação na investigação, mais ainda na sociedade contemporânea. Diante disso, semelhante ao que propõe o TEDH, entende-se que não basta a participação do juiz na fase preliminar é necessário avaliar os termos de sua intervenção e a profundidade da cognição para verificar se houve ou não a quebra da imparcialidade. Nesse aspecto, a atuação de ofício não possui os limites definidos por um pedido de uma das partes, nem corresponde exatamente a um argumento que provoca a jurisdição, a atuação de ofício pressupõe atingir determinado objetivo (tarefa que cabe às partes). Assim, afasta-se a possibilidade de o juiz produzir atos de prova de ofício na fase investigatória, sob pena de quebra da sua imparcialidade.

Em sentido semelhante, a imparcialidade tem sido questionada levando em conta a teoria da dissonância cognitiva, de maneira que o magistrado que conhece os autos do inquérito policial assimilaria a tese acusatória, mediante um estado mental consonante. Esses argumentos, ressalte-se: respeitáveis, encontram fundamento também em pesquisas empíricas e apontam que uma das alternativas é evitar que o mesmo juiz que oficiou na fase preliminar julgue o processo. Nesse aspecto, dada a complexidade do assunto, a pesquisa não avançou tanto. Observe-se que não seria possível fazer tal afirmação sem que isso fosse o objeto principal do estudo. Da mesma forma, não se pode ignorar que a teoria da dissonância cognitiva envolve funções mentais extremamente complexas e dinâmicas, de sorte que diariamente experimenta-se situações de consonância e dissonância. Não bastasse isso, com base na complexidade da mente humana, os estudos - nascidos na neurociência e na psicologia - indicam que as decisões são racionais e emocionais, rompendo - dessa forma - com a clássica dualidade cartesiana. Diante disso, por hora, não se identifica quebra na imparcialidade a intervenção do juiz na fase investigatória e depois no interregno procedimental, posição que poderá no futuro ser reavaliada. A análise do modelo italiano - o qual reserva, resumidamente, um juiz para a investigação, outro para a audiência preliminar e outro

para o processo – também contribuiu para esse posicionamento. Em que pese conte com juízes diferentes, o sistema processual da Itália permite que as partes utilizem os autos da investigação, seja para questionar as testemunhas ou até para ler parte desses autos; o que – de certa forma – pode induzir também situações de consonância e dissonância. Ademais, os estados de consonância não são necessariamente desencadeados pelos autos da investigação, podem ser preexistentes, tal como uma posição definida sobre um tipo de crime. Dessa forma, defende-se que a imparcialidade deve ser verificada externamente e mediante as manifestações do magistrado nos autos, assim, o nível de cognição e a fundamentação são os elementos a serem verificados. Essa posição, com certeza, também tem por base um viés crítico, pois rompe com a ideia de neutralidade, assumindo que a decisão penal não é fruto da razão unicamente, mas de razão e emoção, independente do procedimento que se estabeleça.

Os aspectos que envolvem a imparcialidade são relevantes, disso não há dúvida, pois a própria ideia de jurisdição exige tal atributo. Todavia, é a devida compreensão material do contraditório que justifica e fundamenta o interregno procedimental. No primeiro capítulo apresentou-se o contraditório enfatizando seu atributo básico, centrado no binômio informação-reação; demonstrou-se também que a Constituição não o limita, nem o afasta da fase preliminar. Essa primeira abordagem exige complementação, ou seja, busca-se o conteúdo material do contraditório, o qual vai além da simples informação que assegura a reação, uma vez que essa perspectiva teórica estabelece a estrutura da audiência preliminar e sua função enquanto instituto procedimental.

Lembrando que a fase preliminar é um espaço de poder que, por vezes, escapa às formas jurídicas e que a verdade produzida carrega uma indelével característica persecutória, o contraditório material assume a importante função de limitar o poder, bem como de promover a isonomia entre as partes. Observe-se que no espaço de interregno não seria possível a antecipação plena da dialética processual, sob pena de instaurar-se um juizado de instrução; no entanto, não se pode admitir a negação do contraditório, tal como ocorre hoje. A Constituição exige, portanto, que se amplie os efeitos do contraditório, antes o recebimento da denúncia e isso só é possível mediante um momento específico. A função limitadora, dessa forma, garante ao acusado a possibilidade de interferir na verdade unilateralmente produzida e, com isso, evitar ou reduzir a acusação em juízo. Já a função isonômica, compreendida em razão dos procedimentos pré-liberais, introduz uma fundamental característica ao interregno

procedimental, na medida em que o coloca como um *espaço de fala da defesa*, ou seja, as determinações judiciais que se estabelecem tem como o propósito equilibrar a discricionariedade da investigação. Dessa forma, a verdade da investigação adquire novas dimensões através da isonomia, uma vez que a participação do investigado no resultado final, além de concretizar o contraditório, vincula-se diretamente com a concepção democrática de processo penal.

Com efeito, a pesquisa não atingiria seu ponto central sem explicar exatamente como o contraditório se realiza e qual a exata dimensão do instituto procedimental que se pretende. Assim, enfrentou-se as funções da audiência preliminar, enquanto consequências das determinações judiciais possíveis de serem tomadas, o que conduziu a três possibilidades: (a) realização de diligências de interesse da defesa; (b) filtro de legalidade de atos de investigação; (c) arquivamento. No entanto, antes de se abordar essas particularidades, é necessário salientar os contornos do instituto procedimental.

De início, então, demonstrou-se que a audiência preliminar não se insere como um imperativo legal, tendo em vista que o acusado – através de seu defensor constituído – poderá entender desnecessária sua realização, ponderação que levará em conta as peculiaridades do caso concreto. Não obstante, indispensável é a intimação pessoal do acusado e a representação por advogado (constituído ou defensor público), permitindo efetivamente a análise técnica dos fatos pela defesa. Além disso, nada adianta realizar a audiência com a acusação já encartada nos autos, situação que reduziria os efeitos isonômicos e limitadores do contraditório, nesse aspecto, a análise dos fatos deverá ser realizada frente ao relatório policial e frente ao caderno investigatório; de tal maneira que a posterior decisão de recebimento ou não da denúncia sofrerá influência dos atos realizados em função da audiência. Outro aspecto relevante diz respeito ao conteúdo da manifestação da defesa. Deve-se ter presente que a audiência preliminar constitui um *entre fases*, portanto, não há a plena dialética processual, de sorte que a irresignação da defesa deve limitar-se aos aspectos que envolvem o recebimento da denúncia; significa enfrentar as condições da ação penal ou fato que interfira na própria adequação típica, reduzindo a imputação. As demais discussões, transversais ao juízo de recebimento, devem ser deixadas para a fase processual, sob pena de esvaziamento do processo e – consequentemente – diminuição do direito de defesa.

Retomando as funções da audiência, entende-se que as diligências ampliam a perspectiva já prevista no artigo 14, mas submetendo a investigação ao controle judicial,

además, as diligências poderão determinar – por exemplo – a ilicitude de um ou mais atos investigatórios. Com relação ao conteúdo, defende-se um amplo espectro de atos, desde o interrogatório do acusado (na própria audiência) até a renovação de perícias; essa dimensão visa substancialmente permitir a participação do acusado na construção da verdade, mas sem que isso implique na produção de atos de prova. Então, em razão dessa cautela, todas as diligências devem ser executadas pela polícia judiciária, mantendo a natureza jurídica dos atos investigatórios, salvo – como se disse – o interrogatório, haja vista sua natureza jurídica de ato de defesa. As impugnações, por sua vez, constituem importante ferramenta, na medida que, muito mais relevante do que evitar a leitura dos autos do inquérito, é evitar que atos de investigação ilícitos sejam utilizados na formulação da denúncia. Nesse aspecto, defende-se que esses atos sequer devem ingressar no processo, justamente porque o momento pertinente para essa discussão é a etapa de interregno e não a fase processual. Essa compreensão guarda estreita relação com a teoria das nulidades, cuja perspectiva teórica é extremamente controversa no processo penal. Contudo, defende-se que a forma dos atos é uma garantia aplicável não apenas no processo, mas também na investigação. Assim, os atos de investigação devem respeitar a legalidade, sob pena de nulidade. Ainda durante essa análise a pesquisa enfatizou importante definição terminológica, pois considera mais adequado definir os atos da investigação como “atos de investigação repetíveis ou irrepetíveis”. Afasta-se, portanto, a expressão provas irrepetíveis, o que se efetiva, principalmente, para delimitar o espaço de interregno e porque sua origem reside na investigação e não no processo. Por fim, a atual regulamentação do arquivamento não preserva um momento no qual o acusado possa expor suas razões e, com isso, participar do provimento judicial, no entanto, a partir da audiência preliminar isso se torna viável, sem que se altere a possibilidade de o Ministério Público também postular o arquivamento. Por outro lado, embora não seja objeto dessa pesquisa, enfrentou-se o problema da Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, essencialmente no que se refere ao acordo de não persecução. Nesse caso, identificou-se uma violação ao princípio da legalidade, além de ampliar demasiadamente a discricionariedade, mediante a introdução de um modelo de justiça penal negocial via norma administrativa.

Superadas essas etapas a pesquisa encaminhou-se para a fase final, os fundamentos da tese foram traçados através da compreensão do poder, da construção da verdade, do conteúdo do contraditório e da estrutura que deveria ser inserida no

interregno procedimental. Em prosseguimento, com o propósito de agregar fundamentos teóricos, realizou-se a análise da audiência preliminar prevista no processo penal italiano e da audiência preliminar prevista na lei 9.099/1995.

Com relação ao processo italiano, foi possível identificar características relevantes. De plano, verifica-se que o contraditório está previsto na Constituição italiana e não se limita à fase processual; semelhante ao que nossa Constituição também determina. Por outro lado, o contraditório, conforme sustenta a doutrina italiana, conecta-se ao princípio da paridade de armas, o que se reflete nas estruturas procedimentais. Nesse sentido, há uma série de direitos assegurados aos acusados na fase de investigação, dentre os quais, o de ser informado quando da instauração da investigação, preservando – contudo – um período de sigilo. Ocorre que, diferente do Brasil, existe um prazo determinado para que o Estado promova os atos investigatórios, ultrapassado o prazo legal, os atos realizados não podem ser utilizados no oferecimento da denúncia criminal; medida que concretiza uma função limitadora e isonômica. No tocante aos atos procedimentais, em linhas gerais, destaca-se uma fase investigatória, uma fase intermediária – realizada através de uma audiência preliminar – e uma etapa de julgamento. Certamente, há diversos aspectos não enfrentados nessa pesquisa, haja vista a dinâmica dos procedimentos, todavia, o objetivo não era elaborar um estudo de direito comparado e sim verificar a existência de um instituto semelhante e as alternativas que dele surgem. Com base nisso, foi possível identificar que a audiência preliminar no processo italiano permite complementar a investigação, impugnar atos investigatórios, delimitar a acusação, indicar as fontes de prova, promover o arquivamento, julgar abreviadamente o caso penal ou aplicar uma pena. Trata-se, com efeito, de um verdadeiro momento de interregno com múltiplas possibilidades, criando um elo entre investigação e processo; tudo isso em contraditório.

Ao olhar novamente para o sistema brasileiro, não se pode ignorar a audiência preliminar prevista na Lei 9.099/1995, a qual modificou - em certa medida - o campo penal. Veja-se que, embora não introduza plenamente o contraditório material, a audiência preliminar do rito sumaríssimo oferece uma etapa intermediária entre investigação e processo. Assim, os institutos da composição dos danos e da transação penal se inserem em uma etapa intermediária, não só porque firmados antes do recebimento da denúncia, mas também porque dependem de provimento jurisdicional. Por outro lado, carece ao rito sumaríssimo a possibilidade de atender alguma diligência

de interesse da defesa, o que ampliaria o contraditório nesse momento. De qualquer forma, pode-se afirmar que esse instituto não impediu o funcionamento do sistema processual, pelo contrário – sob certa perspectiva – imprimiu mais celeridade na prestação jurisdicional.

Encerrada a abordagem teórica, para a introdução da audiência preliminar na condição de interregno procedimental, identificou-se os pontos de modificação legislativa, devidamente delimitados no último item da tese, bem como no projeto de lei. Observe-se que não basta um único artigo de lei “criando” a audiência; sua introdução no sistema deve levar em conta os demais itens da legislação, sob pena de quebra da dinâmica procedimental. Em razão disso, procurou-se identificar os dispositivos que interferem direta e indiretamente no interregno, de sorte que a proposta de alteração inclui também esses artigos. Considerando que a pesquisa não avançou em outras áreas, não seria possível redefinir completamente a fase investigatória, sem a devida abordagem teórica, assim, as modificações observaram o desenvolvimento da tese e alguns aspectos transversais. Além disso, verificou-se que o fundamento do interregno procedimental não é a pena ou a espécie de crime, o que coloca o interregno como um procedimento padrão, independente do crime imputado e independente do rito, se especial ou comum. Dessa forma, a melhor maneira de introduzir o instituto é no Código de Processo, Livro I, Título II, na medida em que essa legislação, ainda, constitui referencial normativo para diversos procedimentos, mesmo aqueles previstos em lei especial, haja vista a Lei de Drogas. Com relação às investigações diretamente instauradas pelo Ministério Público, aplica-se também a audiência preliminar, o que se realiza mediante expressa determinação legal.

Por fim, a introdução de uma fase de interregno procedimental através de uma audiência preliminar, com certeza, cria uma espécie de tensão no campo penal, desencadeando as mais variadas manifestações de apoio ou negação, trata-se, com efeito, de elemento novo que desafia práticas sedimentadas desde 1941. Ocorre que, na ausência de um novo Código de Processo ou na pendência de sua aprovação, a Constituição exige aplicação. Nesse aspecto, defende-se, independente das críticas que possam ser feitas, que o atual modelo de contraditório não atende à força normativa constitucional e é dever do legislador proporcionar a realização do projeto de 1988. Essa pesquisa, portanto, contribuiu para uma nova leitura do sistema; com os olhos no horizonte, desenha modificações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção. Homo Sacer II*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALONSO, Pedro Aragoneses; LOPEZ-PUIGSERVER, Carlos Viada. *Curso de Derecho Procesal Penal*. 4. ed. t. I. Madrid: Prensa Castellana, 1974.
- ALONSO, Pedro Aragoneses; LOPEZ-PUIGSERVER, Carlos Viada. *Curso de Derecho Procesal Penal*. 4. ed. t. II. Madrid: Prensa Castellana, 1974.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo Penal, Ação e Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2001.
- ANITUA, Gabriel Ignácio. *A História dos Pensamentos Criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *A disciplina da prova no Código de Processo Penal Italiano*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coordenadores). *Provas no Processo Penal. Estudo Comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Teoria Geral do Processo Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- ATHAYDE, Celso; BILL, MV; SOARES, Luiz Eduardo. *Cabeça de Porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BAUER, Caroline Silveira. *Avenida João Pessoa, 2050 – 3º andar: terrorismo de estado e ação de polícia política no Departamento de Ordem Política e Social do Rio Grande do Sul (1964-1982)*. 2006. Dissertação (Mestrado em História)-Faculdade de História, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.
- BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno*. Tradução de Maria Manuela Albery. v. I. Lisboa: Edições 70, 1990.

BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno*. Tradução de Maria Manuela Alberty. v. II. Lisboa: Edições 70, 1990.

BENJAMIN, Walter. *Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos*. Willie Bolle (seleção e apresentação). Tradução de Celeste H. M. Ribeiro de Souza [et. al]. São Paulo: Cultrix, 1986.

BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre a literatura e história da cultura*. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais Federais: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/2001*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público*. In. WUNDERLICH, Alexandre (coordenador). *Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República. Livro Primeiro*. Tradução: José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação Penal*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2002.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989.

BÜLOW, Oskar Von. *Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa America, 1964.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil. Estudos sobre o Processo Civil*. v. II. Tradução de Luiz Abezia; Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

CANCELLI, Elizabeth. *O mundo da violência: a polícia da era Vargas*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Tradução de Santiago Sentís Meleno. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Tradução de José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASTILLO, Niceto Alcara-Zamora y e LEVENE HIJO, Ricardo. *Derecho Procesal Penal*. t. I. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda, 1945.

CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale. Profilo Istituzionale*. 3. ed. Trofarello: UTET Guiridica, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai (organizadores). *Polícia e Estado de Direito na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

COUTINHO, Jacinto de Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 30, p. 163-198, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (coordenador) *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTO, Ronaldo Costa. *História indiscreta da ditadura e da abertura: Brasil: 1964-1985*. 2. ed. Rio de Janeiro: Redord, 1999.

DAMÁSIO, António R. *O Erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano*. 2. ed. Tradução de Dora Vicente; Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DELGADO, Jaime Guasp. *La pretención procesal*. Madrid: Civitas, 1981.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. (organizadora). Tradução de Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DIERLE, José Coelho Nunes. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011.

DURIGON, Luís Gustavo. *Novas dimensões constitutivas do devido contraditório no processo penal contemporâneo*. 2016. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2016.L

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FESTINGER, Leon. *Teoria da Dissonância Cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FICO, Carlos. *Como eles agiam. Os subterrâneos da Ditadura Militar: espionagem e polícia política*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2004.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005.

FURASTÉ, Pedro Augusto. *Normas Técnicas para o Trabalho Científico. Explicitação das normas da ABNT*. 13. ed. Porto Alegre: s.n., 2004.

FREUD, Sigmund. *O Ego e o Id e outros trabalhos*. v. XIX. Tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976.

GALGANI, Benedetta. *O processo penal italiano e os direitos de defesa no estágio pré-processual*. Revista Meritum. Belo Horizonte, v. 4, n. 1, janeiro/junho de 2009, p. 05-24.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Tradução de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *Medo e violência na fundação do Estado-Nação*. Civitas - Revista de Ciências Sociais. Ano 1, n. 2, dezembro de 2001.

GAUER, Ruth. Maria Chittó. *Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo)*. In. GAUER, Ruth. Maria Chittó. (organizadora). *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/95*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo*. In. WUNDERLICH, Alexandre (coordenador). *Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal. Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. *A Fase Preliminar do Processo Penal. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF*. São Paulo: Atlas, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. *O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos*. – Revista da AJURIS. v. 33. n. 102. Junho de 2006. p. 287-307.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIULIANI, Alessandro. *L'ordo iudiciarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*. Rivista Di Diritto Processuale. Padova, Cedam, v. 43, parte 2, 1988, p. 598-614.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e Processo Penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal. Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Prisões Cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 23, v. 117, novembro-dezembro de 2015. p. 263-285

GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso II. Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

GOLDSCHMIDT, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso (la parcialidad y la parcialidad)*. In. *Monografías de Derecho Español. Publicaciones del Instituto de Derecho Procesal. Serie 2. n. 1.* Madrid: Gráfica Clemares, 1950.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GONÇALVES, Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha. Contraditório, ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais. Comantários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes; FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ILLUMINATTI, Giulio; CONSO, Giovanni; et al. *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*. 8. ed. Padova: Wolters Kluwer Italia, 2014.

HERKENHOFF, João Batista. *Direito e Utopia*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

JESUS, Maria Gorete Marques de. et al. *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. e-book formato PDF. São Paulo, 2011.

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

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR. Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal: fundamentos*. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2012.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. t. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. São Paulo: Forense, 1961.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. I. São Paulo: Forense, 1965.

MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal. Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAYA, André Machado. *A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal*. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2015.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa em Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORENO, Faustino Cordón. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2002.

MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

MORIN, Edgar. *Método 1: a natureza da natureza*. Tradução de Ilana Heineberg. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2008.

ORLANDI, Renzo. *Diritti Individuali e Processo Penale Nell'Italia Republicana - Sistema Penal & Violência* - Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. Porto Alegre, v. 3, n. 1, janeiro/junho de 2011, p. 1-18.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*. 5. ed. [s.l.]: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1922.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *A polícia judiciária e as regras orientadoras do processo penal*. In: MORAES, Bismael B. (coordenador). *A Polícia à Luz do Direito: um seminário na Faculdade de Direito da USP*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal*. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de Direito, PUCRS, 2005.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *A ampliação da visibilidade nos julgamentos criminais*. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (organizadora). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II*. Porto Alegre: ediPUCRS, 2010.

PRADO, Geraldo. *O Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

QUINODOZ, Jean-Michel. *Ler Freud: guia de leitura da obra de S. Freud*. Tradução de Fátima Murad. Porto Alegre: Artmed, 2007.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. *Código do Processo Penal do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Oswaldo Vieira & Cia. 1913.

ROSA, Susel Oliveira da. *Estado de exceção e vida nua: violência policial em Porto Alegre entre os anos 1960 e 1990*. 2007. Tese (Doutorado em História)-Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP, Campinas, 2007.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoria del Delito*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña. t. 1. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SAAD, Marta. *Indiciamento como ato fundamentado da autoridade policial*. Boletim Informativo IBRASPP. Ano 03, n. 05, fevereiro de 2002. p. 19-21.

SANTOS, Andrés de la Olívia. et al. *Derecho Procesal Penal*. 4. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Tradução de José Díaz García. Madrid: Alianza, 1999.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução de Elisete Antoniuk e Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (Coordenador). Tradução de Adriano Teixeira et. al. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da; LOPES JR., Aury. *Breves apontamentos in memoriam a James Goldschmidt e a incompreendida concepção de processo como "situação jurídica"* In: GAUER, Ruth Maria Chittó (organizadora). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II*. Porto Alegre: ediPUCRS, 2010.

SKIDMORE, Thomas E. *Brasil: de Getúlio a Castelo (1930-1964)*. Tradução de Ismênia Tunes Dantas. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

SOARES, Fernando Luso. *O Processo Penal como Jurisdição Voluntária. Uma introdução crítica ao estudo do Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2005.

TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. Tradução de Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TORRES, Jaime Vegas. *Presunción de inocencia y prueba em el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1993.

TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. t. I. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000.

TUCCI, Rogério Lauria, TUCCI; José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

WACQUANT, Löic. *Pierre Bourdieu*. In: STONES, Rob. (org.) *Key Sociological Thinkers*. 2. ed. New York: Palgrave Macmillan, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Freitas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Raúl E.; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZALUAR, Alba. *Democratização inacabada: fracasso da segurança pública*. Revista de Estudos Avançados. Instituto de Estudos Avançados da USP. v. 21 n° 61. São Paulo: USP, 2007.

ZIMERMANN, David. E. *Fundamentos psicanalíticos: teoria, técnica e clínica – uma abordagem didática*. Porto Alegre: Artmed, 1999.

ANEXO 1 – Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 69.405

HABEAS CORPUS Nº 69.405 - SP (2006/0240511-4)

RELATOR : **MINISTRO NILSON NAVES**
IMPETRANTE : ANTONIO SÉRGIO A DE MORAES PITOMBO E
OUTROS
ADVOGADO : PRISCILA CORRÊA GIOIA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO
PACIENTE : CARLOS ALBERTO KALIL

EMENTA

Inquérito policial (natureza). Diligências (requerimento/possibilidade). Habeas corpus (cabimento).

1. Embora seja o inquérito policial procedimento preparatório da ação penal (HCs 36.813, de 2005, e 44.305, de 2006), é ele garantia "contra apressados e errôneos juízos" (Exposição de motivos de 1941).

2. Se bem que, tecnicamente, ainda não haja processo – daí que não haveriam de vir a pêlo princípios segundo os quais ninguém será privado de liberdade sem processo legal e a todos são assegurados o contraditório e a ampla defesa –, é lícito admitir possa haver, no curso do inquérito, momentos de violência ou de coação ilegal (HC-44.165, de 2007).

3. A lei processual, aliás, permite o requerimento de diligências. Decerto fica a diligência a juízo da autoridade policial, mas isso, obviamente, não impede possa o indiciado bater a outras portas.

4. Se, tecnicamente, inexistente processo, tal não haverá de constituir empecilho a que se garantam direitos sensíveis – do ofendido, do indiciado, etc.

5. Cabimento do habeas corpus (Constituição, art. 105, I, c).

6. Ordem concedida a fim de se determinar à autoridade policial que atenda as diligências requeridas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton

Superior Tribunal de Justiça

Carvalhido e Paulo Gallotti.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Sustentaram oralmente o Dr. Antonio Sérgio A. de Moraes Pitombo, pela parte, Carlos Alberto Kalil, e o Subprocurador-Geral da República Brasilino Pereira dos Santos.

Brasília, 23 de outubro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves
Relator



HABEAS CORPUS Nº 69.405 - SP (2006/0240511-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Quando se dirigiu ao Juiz do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária, o indiciado assim se justificou em relação ao art. 14 do Cód. de Pr. Penal:

"Após realização do interrogatório do peticionário e das oitivas de Alexandre Accioly Magalhães, Paulo Ricardo Machline e Mário Costa e Silva Quinto Dicameli, tomou-se conhecimento do teor de relatório apresentado pela equipe de investigação e do relatório policial final.

Nessa oportunidade, se afirma que o peticionário teria mantido contato freqüente com Francisco José Amarante de Campos, vulgo 'Geléia'. Imagina-se ainda, que indicaria clientes e lhes orientaria a pedir drogas ao afirmado traficante de substâncias entorpecentes (fls. 77/79).

A respeito das aludidas alusões policiais realizadas de forma unilateral e sem quaisquer elementos de prova, o requerente deseja esclarecer que é dependente químico e se encontra, inclusive, sob tratamento médico, conforme deu notícia em seu interrogatório (fls. 03/04).

Desse modo, todos os contatos que realizou com Francisco José Amarante de Campos visavam, exclusivamente, à aquisição de drogas para uso próprio.

Ocorre que, pelo fato de ser dependente químico conhece outras pessoas na mesma situação, que, entre si, na condição de usuários, trocam informações a respeito da pessoa de quem adquirir entorpecentes.

Jamais houve, portanto, qualquer forma de associação entre o requerente e Francisco José Amarante de Campos para fins de fornecimento ou transporte de substâncias ilícitas, sendo que o peticionário nunca auferiu qualquer tipo de vantagem, nem mesmo fez 'indicações'.

Assim, como o fim de corroborar as informações ora prestadas, nos termos do artigo 14 do Código de Processo Penal, requer-se a determinação do retorno dos autos ao Denarc – Departamento de Investigações sobre Narcóticos de São Paulo – SP, para cumprimento das diligências abaixo relacionadas:

(i) oitiva das seguintes testemunhas, desde já liberadas, pelo requerente, do dever de sigilo profissional:

Superior Tribunal de Justiça

Ivonete Garcia
Rua da Consolação, 3.367
Tel: 3081-8800

Dr. Rubens Pitlivk
Rua Japiaoia, 145
Alto de Pinheiros
Tel: 3022-2195/8135-9344

(ii) expedição de ofício à operadora de telefonia, requerendo a quebra do sigilo dos dados da comunicação da linha (11) 9979-6539, de titularidade do peticionário, referentes às chamadas efetuadas e recebidas nos dois últimos anos."

O Juiz do Departamento de Inquéritos indeferiu o pedido, fê-lo nos termos seguintes:

"O inquérito policial, peça investigativa, tem a finalidade de formar a 'opinio delictio' do Ministério Público, sendo que a ela interessa ou não as diligências requeridas.

Não havendo interesse do M.P., não há porque deferir o pedido de fls. 147/149.

Outrossim, a própria parte peticionária e interessada na produção da prova indicada pode, se assim pretender, juntar as declarações das pessoas a quem se refere, eis que não há contraditório no I.P.

Outrossim, a quebra do sigilo telefônico mostra-se desnecessária na medida em que o peticionário, detentor das contas, poderá, se assim pretender, fazer a sua juntada aos autos, mediante requerimento à D. autoridade policial ou a este juízo.

Oficie-se na forma requerida pelo M.P.

Com a resposta, abra-se nova vista."

Provém, então, a coação de que se queixam os impetrantes da 3ª Câmara do 2º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, na qual o mandado de segurança lá impetrado foi assim votado (Relator Alberto Mariz):

"A despeito do entendimento de ser possível a ampla defesa, com os meios a ela inerentes, no Inquérito Policial, não se pode

Superior Tribunal de Justiça

olvidar que, em vista da sistemática processual penal vigente, compete à Autoridade Policial que preside o procedimento investigatório, a seu critério, proceder à colheita das provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias (artigo 6º, inciso III, do Código de Processo Penal) e também, a seu juízo, determinar ou não a realização de diligências requeridas pelo ofendido ou pelo indiciado (artigo 14, do Código de Processo Penal).

Ainda, cabe ao Juiz, como Corregedor natural do procedimento policial, verificar a pertinência e a necessidade das diligências requeridas pelo Ministério Público, ofendido ou indiciado, sendo que somente aquelas imprescindíveis justificam o retorno dos autos à Delegacia, a teor do disposto no artigo 16, do Código de Processo Penal.

Assim, compete ao Magistrado, dentro do seu poder discricionário, de maneira fundamentada, indeferir diligências que considere protelatórias ou desnecessárias.

No caso vertente, o MM. Juiz do DIPO 4.1.1, fundamentando adequadamente, entendeu que a produção das provas requeridas pelo impetrante pode ser feita por ele mesmo, razão pela qual o retorno dos autos à Delegacia, com o conseqüente retardamento de eventual processo criminal, não se justifica.

Desse modo, em razão de todo o exposto, não se verifica que a r. decisão atacada tenha ferido direito líquido e certo de Carlos Alberto Kalil de se defender amplamente, eis que o indeferimento da realização das diligências requeridas está dentro do poder discricionário do julgador.

Destarte, em face das razões expostas, denega-se a segurança pleiteada."

Da petição endereçada ao Superior Tribunal colho estes tópicos:

"De todo o exposto, resta que o indeferimento da produção dos meios de prova requeridos, porque pertinentes e necessários à elucidação dos fatos em apuração e insubstituíveis pela simples atuação do paciente, significou ofensa ao artigo 14 do Código de Processo Penal e às garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Também que a manutenção da decisão referida, pela denegação da segurança pleiteada pelo paciente, perpetuou o constrangimento ilegal sofrido e, assim, trouxe a ameaça real de privação de sua liberdade, incrementada pelo fato de as investigações policiais terem sido dadas por concluídas.

Assim, necessária a concessão da medida liminar, que determine, em caráter de urgência, a suspensão das investigações

Superior Tribunal de Justiça

preliminares até o julgamento final da presente ordem de *habeas corpus*, quando se decidirá quanto ao direito à prova, no curso da persecução penal.

.....
Ao final, em virtude da falta de justa causa a motivar o cerceamento ilegal de direito à produção de prova pertinente e relevante para as investigações, requer-se com fulcro nos dispositivos constitucionais insertos no artigo 5º, incisos LIV, LV, da Constituição da República, seja concedida a presente ordem, para que se determine a devolução dos autos à Autoridade Policial competente, para realização das diligências requeridas."

Despachei assim, em 1º.11.06:

"1. Conquanto, neste habeas corpus, tenha sido formulado pedido de liminar, submetê-lo-ei, com a apreciação do mérito, de uma só vez, à Turma.

2. Dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal para, com a brevidade possível, apresentar parecer."

Parecer ministerial segundo esta ementa (Subprocurador-Geral Guilherme de Aragão):

"*Habeas corpus*. Inquérito policial. Pedido de diligências. Inquirição de testemunhas. Quebra de sigilo telefônico. Indeferimento. Medidas desnecessárias. Prudente arbítrio do juiz.

1. A teor do art. 184 do CPP, o juiz processante, ao apreciar pedido de diligências, pode indeferir a perícia requerida pelas partes quando a considerar desnecessária. Do mesmo modo, em sede de inquérito policial, cabe à autoridade competente avaliar a necessidade e a conveniência da realização das diligências pleiteadas pelas partes (art. 14 do CPP).

2. Caso em que a solicitação das diligências para fins de produção de provas foi indeferida de forma fundamentada, não havendo falar em constrangimento ilegal contra o paciente.

3. Parecer por que seja denegada a ordem."

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 69.405 - SP (2006/0240511-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (RELATOR):

Conquanto os impetrantes pavimentem o caminho deste habeas corpus com preceitos segundo os quais ninguém será privado de liberdade sem processo legal e a todos são assegurados o contraditório e a ampla defesa, preceitos que, a meu juízo, não vêm bem a pêlo, tratando-se o inquérito policial de expediente preparatório da ação penal, o caso deságua mesmo no art. 14 do Cód. de Pr. Penal, de teor seguinte: "O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade."

2. A propósito do inquérito, é-me, então, oportuno recordar duas ementas por mim escritas, uma para o HC-36.813, de 2005, outra para o HC-44.305, de 2006:

"Processual Penal. Inquérito policial (procedimento preparatório). Provas (validade e eficácia). Sentença condenatória. Fundamento exclusivo: provas produzidas no inquérito (nulidade). Violação do contraditório (ocorrência).

1. O inquérito policial é procedimento preparatório que apresenta conteúdo meramente informativo com o fim de fornecer elementos tendentes à abertura da ação penal.

2. A prova, para que tenha valor, deve ser feita perante juiz competente, com as garantias de direito conferidas aos indiciados e de acordo com as prescrições estabelecidas na lei.

3. As provas produzidas ao longo da fase inquisitiva têm validade e eficácia na formação da convicção do juiz tão-somente se confirmadas por outros elementos colhidos durante a fase instrutória judicial. Do contrário, não se prestam a fundamentar o juízo condenatório, sob pena de violação do contraditório.

4. É trabalho da acusação transformar os elementos do inquérito em elementos de convicção do juiz.

5. Habeas corpus concedido para restabelecer a sentença absolutória."

"Condenação (fundamentos). Provas (fase inquisitorial). Contraditório e ampla defesa (inobservância). Nulidade (ocorrência).

1. É condição infastável do devido processo legal a observância do contraditório e da ampla defesa. Não se concebe, dessa maneira, possa haver legítima condenação quando o Poder Judiciário se embasar somente em provas colhidas, unilateralmente, na fase do inquérito policial, embora suficientes para o oferecimento da denúncia.

2. É trabalho da acusação transformar os elementos do inquérito em elementos de convicção do juiz, o que não ocorreu na espécie.

3. Habeas corpus deferido para se restabelecer a sentença absolutória."

Escreveu Francisco Campos na Exposição de Motivos de 8.9.41:

"... há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas."

3. Se de tal natureza o nosso inquérito, então não haveriam mesmo de vir sempre (a qualquer tempo e a qualquer hora) a pêlo os apontados incisos LIV e LV – do art. 5º da Constituição –, porque, tecnicamente, ainda não há processo; não o havendo, não se está privando ninguém de sua liberdade, nem se está deixando de assegurar o contraditório e a ampla defesa.

Contudo, ao que sempre pensei e ao que, quero crer, esta Casa também pensa, pode haver, no curso do inquérito, momentos de violência ou de coação ilegal, tanto é que ementei, desta maneira, o HC-44.165, DJ de 23.4.07:

"Inquérito policial (acesso aos autos). Sigilo das investigações (relatividade). Incompatibilidade de normas (antinomia de princípio). Defesa (ordem pública primária).

1. Há, no nosso ordenamento jurídico, normas sobre sigilo, bem como normas sobre informação; enfim, normas sobre segurança e normas sobre liberdade.

2. Havendo normas de opostas inspirações ideológicas – antinomia de princípio –, a solução do conflito (aparente) há de privilegiar a liberdade. Afinal, somente se considera alguém culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

3. A defesa é de ordem pública primária (Carrara); sua função consiste em ser a voz dos direitos legais – inocente ou criminoso o acusado.

4. De mais a mais, é direito do advogado examinar autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento (Lei nº 8.906/94, art. 7º, inciso XIV).

5. A Turma ratificou a liminar – de caráter unipessoal – e concedeu a ordem a fim de permitir ao advogado vista, em cartório, dos autos de inquérito."

Aliás, o próprio art. 14 ao ofendido, ao seu representante legal e ao indiciado faculta requerimento. Decerto fica a diligência a juízo da autoridade policial, mas isso, obviamente, não impede possam tais pessoas ir a outras autoridades – do Ministério Público ou do Judiciário. Os acontecimentos, por conseguinte, não ficam em mãos apenas da autoridade policial. Embora não haja ainda, tecnicamente repito, processo, tal não haverá de constituir empecilho a que se garantam direitos, diria, sensíveis, das pessoas – ofendidos, indiciados, etc.

4. Torno à decisão originária, segundo a qual

"... a própria parte petionária e interessada na produção da prova indicada pode, se assim pretender, juntar as declarações das pessoas a quem se refere, eis que não há contraditório no J.P.

Outrossim, a quebra do sigilo telefônico mostra-se desnecessária na medida em que o petionário, detentor das contas, poderá, se assim pretender, fazer a sua juntada aos autos, mediante requerimento à D. autoridade policial ou a este juízo."

Superior Tribunal de Justiça

O meu entendimento, porém, é no sentido de que não se decidiu bem quanto à quebra do sigilo, também relativamente à audiência das testemunhas, a respeito das quais se requereu, no particular, o seguinte:

"(i) oitiva das seguintes testemunhas, desde já liberadas, pelo requerente, do dever de sigilo profissional:

Ivonete Garcia
Rua da Consolação, 3.367
Tel: 3081-8800

Dr. Rubens Pitlivk
Rua Japiiaçóia, 145
Alto de Pinheiros
Tel: 3022-2195/8135-9344"

A audiência não trará problemas ao inquérito: ao contrário, fornecerá elementos à autoridade policial para as suas conclusões. Depois, o significado da oitiva pelo delegado é diverso do fornecimento de simples declarações – bem diverso, aliás. Creio que, quanto à quebra de sigilo telefônico, o raciocínio seja o mesmo. Vejam ainda: foi ela requerida pelo próprio paciente.

5. Embora provenha a indicada coação de decisão em mandado de segurança, dúvida creio não haja a propósito do cabimento do meio processual ora utilizado, também da competência deste Tribunal – Constituição, art. 105, I, c.

6. Em conclusão, concedo a ordem com o intuito de determinar à autoridade policial que atenda as diligências requeridas.

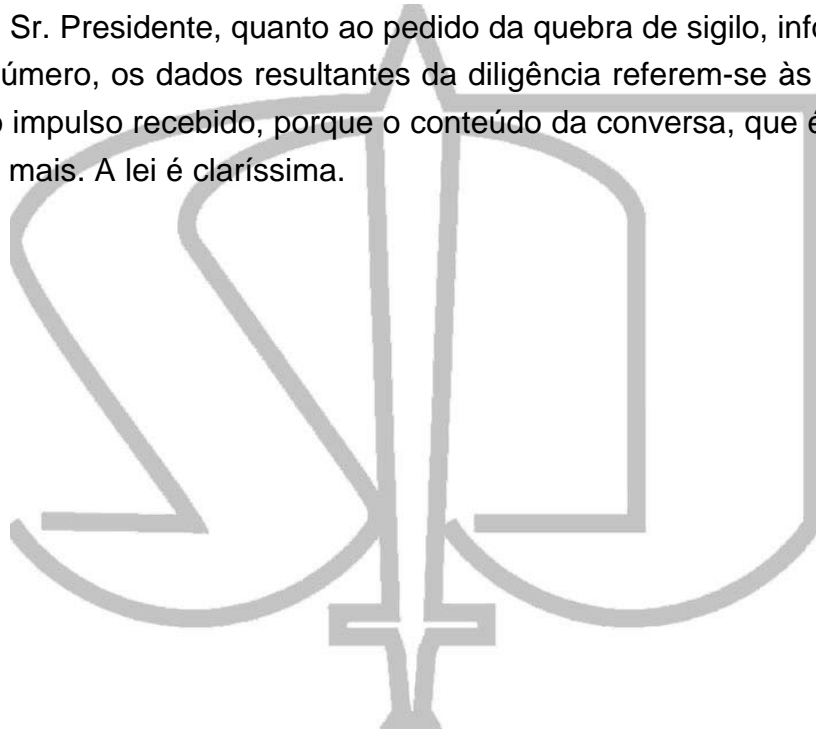
Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 69.405 - SP (2006/0240511-4)

RELATOR : MINISTRO NILSON NAVES
IMPETRANTE : ANTÔNIO SÉRGIO A DE MORAES PITOMBO E OUTROS
ADVOGADO : PRISCILA CORRÊA GIOIA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS ALBERTO KALIL

Voto

O SR. MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO): Sr. Presidente, quanto ao pedido da quebra de sigilo, informando-se apenas qual é o número, os dados resultantes da diligência referem-se às ligações que foram feitas e ao impulso recebido, porque o conteúdo da conversa, que é o que interessa, já não existe mais. A lei é claríssima.



PRESIDENTE O SR. MINISTRO NILSON NAVES
RELATOR O SR. MINISTRO NILSON NAVES

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2006/0240511-4

HC 69405 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 183432005 50050477161 9350533

EM MESA

JULGADO: 23/10/2007

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NILSON NAVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NILSON NAVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANTONIO SÉRGIO A DE MORAES PITOMBO E OUTROS

ADVOGADO : PRISCILA CORRÊA GIOIA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CARLOS ALBERTO KALIL

ASSUNTO: Inquérito Policial

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **ANTONIO SÉRGIO A DE MORAES PITOMBO**, pela parte PACIENTE: **CARLOS ALBERTO KALIL** e o Subprocurador-Geral da República Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 23 de outubro de 2007

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário

ANEXO 2 - Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 43.599

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 43.599 - SP (2005/0067644-0)

RELATOR : MINISTRO PAULO MEDINA
IMPETRANTE : EDER CLAI GHIZZI
IMPETRADO : SEXTA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ARNALDO FERREIRA BORGES

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. INDICIAMENTO. FALTA DE ELEMENTOS NECESSÁRIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

O indiciamento configura constrangimento quando a autoridade policial, sem elementos mínimos de materialidade delitiva, lavra o termo respectivo e nega ao investigado o direito de ser ouvido e de apresentar documentos.

Ordem **CONCEDIDA** em parte, para possibilitar ao paciente que preste seus esclarecimentos acerca do fato, em termo de declaração; junte documentos e indique providências no caderno investigatório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, acompanhando a divergência, e o voto do Sr. Ministro Paulo Gallotti, no mesmo sentido, por maioria, concedeu em parte a ordem de habeas corpus, vencidos os Srs. Ministros Relator e Nilson Naves, que a concediam integralmente. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Relator, por deliberação da Turma. Votaram com o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 09 de dezembro de 2005 (Data do Julgamento).

MINISTRO PAULO MEDINA
Relator

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 43.599 - SP (2005/0067644-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO MEDINA (Relator): Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado pelo advogado Eder Clai Ghizzi em favor de ARNALDO FERREIRA BORGES, contra acórdão proferido pela Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC nº 470.644-3/3-00, fls. 179-183/STJ).

Relata o Impetrante que tramita perante a Delegacia de Polícia Civil de Cabreúva/SP, o Inquérito Policial nº 50/03, requisitado pelo Ministério Público para apurar a suposta prática do crime de falsidade ideológica imputada ao Paciente.

O objetivo do inquérito, na promoção do Ministério Público, é apurar se uma certidão, assinada pelo paciente, não era ideologicamente falsa.

Entretanto, assevera o impetrante, para apurar fato delitivo cuja prova é fundamentalmente documental, a autoridade policial limitou-se a colher alguns depoimentos para concluir, de forma precipitada, pela existência do crime; definir o paciente como seu autor e indiciá-lo antes mesmo de ser ouvido.

Afirma que a autoridade policial "*firmou juízo de culpabilidade sobre os fatos, expedindo intimação para o paciente ser indiciado antes mesmo de ouvir seus esclarecimentos e conhecer de documentos*" (fl. 3)

Impetrou-se ordem de *habeas corpus* ao Juízo de Cabreúva, sob a alegação de que o indiciamento configuraria constrangimento ilegal.

O pedido foi denegado.

Nova ordem foi impetrada na Corte Estadual, com o mesmo pedido. O indiciamento foi suspenso pelo deferimento da liminar, contudo, no julgamento do mérito, a ordem foi denegada, em acórdão assim ementado (fl. 49):

"INDICIAMENTO - Pedido de suspensão. Não há como suspender-se o indiciamento, que é mera resultante dos indícios que apontam alguém como autor de uma infração penal. - Interrogatório, pregressamento e identificação - Providências que, estas sim, podem ser suspensas, se não houver indícios de autoria. - Contra o paciente há indícios que até lastreariam denúncia. - Inexistência de

Superior Tribunal de Justiça

ilegalidade em se ouvir o indiciado em interrogatório, em progressá-lo e em identificá-lo. - Irrelevância do fato de não ter sido previamente ouvido. - Pedido conhecido e denegada a ordem."

Argumenta o Impetrante constrangimento ilegal a decorrer do indiciamento do Paciente, fato que causa abalo moral ao cidadão.

Daí o Habeas Corpus ao argumento de uma *"ótica garantista de preservação dos princípios da presunção de inocência, do direito à ampla defesa e da aplicação da Justiça, constata-se a total falta de razoabilidade da decisão de indiciar o paciente dentro do precário quadro probatório da existência do delito" (fl. 15)*

Ademais, assevera o impetrante, o delegado que preside as investigações precipitou ao indiciar o investigado, pois, além da precariedade da prova e de elementos que apontem sua autoria, não lhe foi oportunizado: - prestar esclarecimento do fato; - juntar documentos e; - indicar providências a demonstrar inexistência do delito.

Salienta, por oportuno, que o Paciente é professor universitário e goza de prestígio no meio acadêmico e profissional.

No mérito, pugna pela concessão da ordem para:

- sustar o indiciamento;
- prestar seus esclarecimentos acerca do fato, em termo de declarações;
- juntar documentos e indicar providências no caderno investigatório.

A liminar foi por mim indeferida às fls. 154-155.

As informações foram prestadas pela autoridade apontada coatora às fls. 160-161/STJ, instruídas com os documentos de fls. 162-185/STJ.

Chamado a se manifestar, o Ministério Público Federal emitiu parecer favorável à concessão da ordem, com o seguinte sumário (fls. 187-195):

"INDICIAMENTO. O ato de indiciamento não encontra amparo na lei processual penal, interfere no status dignitatis do investigado e colige com a norma prevista no inciso LVIII do art. 5º da Constituição Federal (que prevê contra o investigado apenas sua identificação datiloscópica, caso não seja identificado civilmente). Parecer no sentido de ser concedida a ordem, para

Superior Tribunal de Justiça

determinar à autoridade policial que se abstenha de proceder a lavratura de termo sob o título de indiciamento do investigado, mas apenas proceda a sua investigação datiloscópica, se for o caso, à elaboração de relatório nos termos previsto no § 1º do art. 10, e à abertura do boletim previsto no art. 809 - todos do CPP."

É o relatório.



HABEAS CORPUS Nº 43.599 - SP (2005/0067644-0)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. INDICIAMENTO. FALTA DE ELEMENTOS NECESSÁRIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

O indiciamento configura constrangimento quando a autoridade policial, sem elementos mínimos de materialidade delitiva, lavra o termo respectivo e nega ao investigado o direito de ser ouvido e de apresentar documentos.

Ordem CONCEDIDA para sustar o indiciamento e possibilitar ao paciente que preste seus esclarecimentos acerca do fato, em termo de declaração; junte documentos e indique providências no caderno investigatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO MEDINA (Relator):
Extrai-se dos autos que o paciente era membro coordenador de uma Comissão Especial de Incentivo ao desenvolvimento industrial do Município de Cabreúva/SP.

Essa Comissão tinha dentre várias tarefas, selecionar empresas interessadas em participar do programa de incentivo e, para que determinada empresa fizesse jus aos benefícios oferecidos, necessário se fazia o cumprimento de inúmeras exigências impostas pela Lei Municipal nº 137/90.

Protocolado o pedido de uma empresa para fazer parte do programa - acompanhado dos documentos e exigências legais - a Comissão especial passava à análise da legalidade, autenticidade e legitimidade para conferir os benefícios.

Após a análise e reunião dos documentos, os autos são encaminhados à Câmara Municipal, onde o pedido é debatido, analisado e, ao final, decidido.

Em data não especificada, a empresa Signode Brasileira S/A protocolou pedido de restituição de valores gastos nas suas instalações industriais, cujos autos foram encaminhados à Comissão Especial.

Analisado o pedido, membros da Comissão constataram algumas pendências para conceder os benefícios à Signode Brasileira S/A.

Superior Tribunal de Justiça

O paciente, na qualidade de Presidente Coordenador da Comissão, solicitou à empresa que suprisse os requisitos necessários, para então, aprovar o pedido.

Suprida as pendências e sem qualquer objeção técnica dos membros da comissão, o Paciente certificou nos autos do procedimento que não havia mais oposições ao pedido.

No dia 24 de junho de 2002, os autos foram encaminhados à Câmara Municipal de Cabreúva/SP para apreciação. O presidente daquela Casa devolveu o processo para a Comissão Especial de Incentivos, informando que:

1. o pedido deveria ser feito por projeto de lei;
2. os autos não foram encaminhados com um parecer técnico dos membros da comissão, não bastando a certidão emitida pelo paciente de que não havia oposições.

Diante desses fatos, um vereador do Município de Cabreúva noticiou ao Ministério Público o suposto conteúdo fraudulento da certidão emitida pelo paciente.

O membro do *parquet* determinou a instauração de inquérito policial para apurar os fatos imputados a ARNALDO FERREIRA BORGES, ora paciente (fl. 72/STJ).

Embora escassos os indícios, a Autoridade Policial da Comarca de Cabreúva deliberou indiciar o paciente - com base em meras declarações tomadas a termo (fls. 94-119/STJ) - , sem antes ouvi-lo e dar-lhe a oportunidade de apresentar documentos (fl. 125/STJ).

Senhores Ministros, o *mandamus* em que figura como paciente ARNALDO FERREIRA BORGES, cinge-se a três pontos sensíveis da investigação preliminar, quais sejam: - delinear os pressupostos autorizadores do indiciamento; - as conseqüências que decorrem do ato e, por fim, - estabelecer os limites da participação do acusado como sujeito do procedimento inquisitivo.

A ausência de normas no Código de Processo Penal que disponham acerca da forma e o momento apropriados em proceder o indiciamento, gera, em alguns casos, arbítrio da Autoridade Policial.

Assim, estou a afirmar que o indiciamento não é um ato discricionário da autoridade policial; deve basear-se em circunstâncias suficientes para assim proceder.

Sem essas circunstâncias o ato afigura-se ilegal e, portanto, sujeito a controle judicial.

Ao discorrer sobre o indiciamento, Sérgio Marcos de Moraes

Superior Tribunal de Justiça

Pitombo disserta que:

"...não há de surgir qual ato arbitrário da autoridade, mas legítimo. Não se funda, também, no uso de poder discricionário, visto que inexiste a possibilidade legal de escolher entre indiciar ou não. A questão situa-se na legalidade do ato. O suspeito, sobre o qual se reuniu a prova da autoria da infração, tem que ser indiciado. Mantém ele como é: suspeito. Em outras palavras, a pessoa suspeita da prática de infração penal passa a figurar como indiciada, a contar do instante em que, no inquérito policial instaurado, se lhe verificou a probabilidade de ser o agente". (apud, NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Processo Penal e Execução Penal, Editora RT, 2005, p. 133)

Destarte, momento e forma do indiciamento deveriam estar disciplinados claramente na Lei Processual, a exigir um ato formal da autoridade policial e a imediata oitiva do sujeito passivo que, na qualidade de indiciado, está sujeito a cargas, mas também lhe assistem direitos.

Embora o Código de Processo Penal não trace contornos normativos ao proceder o indiciamento, o ato formal que emana da autoridade policial, deve estar embasado em elementos de convicção - juízo de probabilidade - colhidos no Inquérito Policial, a apontar a materialidade delitiva do suposto autor da infração.

Tem-se, por exemplo, o art. 118 do Código de Processo Penal espanhol que, ao contrário da omissão do legislador brasileiro, é expresso ao conferir direitos ao investigado na fase policial:

"Toda pessoa a quem se impute um ato punível poderá exercitar o direito de defesa, atuando no procedimento, qualquer que seja este, desde se lhe comunique sua existência, tenha sido objeto de detenção ou de qualquer outra medida cautelar. A admissão de uma notícia-crime ou qualquer atuação policial ou do Ministério Público, da qual resulte a imputação de um delito contra uma pessoa ou pessoas determinadas, será levada imediatamente ao seu conhecimento. Para exercitar o direito de defesa, a pessoa interessada deverá designar um defensor e, não o fazendo, deverá ser-lhe nomeado um, que o assistirá em todos os atos da instrução preliminar."

O art. 8º do Projeto de Lei 4209/2001 - reforma do CPP

Superior Tribunal de Justiça

brasileiro, inova ao disciplinar a situação do sujeito passivo da investigação:

"Art. 8º Reunidos elementos informativos tidos como suficientes, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de indiciado, com as garantias delas decorrentes.

§ 1º O indiciado, comparecendo, será interrogado com expressa observância das garantias constitucionais e legais."

Mostra-se também equivocado, indiciar o suposto autor do delito, ora paciente, sem antes proceder seu interrogatório diante a autoridade policial, nos termos do art. 185 e seguintes do CPP (com redação da Lei nº 10.792/2003).

Decorrência disso é a obrigação imposta ao presidente das investigações de informar ao paciente - antes da realização do interrogatório - a qualidade em que será ouvido, ou seja, se o faz na condição de suspeito, e não como mera testemunha ou informante.

Este é o magistério de Aury Lopes Jr. Diz o autor:

"Logicamente, primeiro o suspeito deve ser interrogado, para posteriormente decidir a autoridade policial entre indiciar ou não. Por esse motivo falamos anteriormente em 'suspeito'. Sem embargo, na prática, muitos são os casos em que suspeito já comparece na situação de indiciado. Neste caso, com mais razão devem ser observadas as garantias constitucionais de defesa (técnica e autodefesa, incluindo o direito de silêncio), bem como a advertência prévia ao ato, de que está sendo interrogado como indiciado, e não prestando informações (como testemunha).

(...)

Destarte, existindo uma investigação, deverá a polícia notificar o suspeito para que compareça e preste declarações, querendo, pois deve ser respeitado o direito de silêncio e de não produzir prova contra si mesmo. Também deverá ser providenciado o acompanhamento do ato por defensor (constituído ou nomeado). Neste ato deverá ser-lhe informado do teor da imputação e também de que será interrogado como suspeito ou indiciado, e não como mero informante". Grifei

Superior Tribunal de Justiça

(LOPES JR., Aury, Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal, 3ª edição, Editora Lumen Juris, 2005, p. 304)

Questão de relevo trazida à baila pelo impetrante é saber se o indiciamento, como ato em si mesmo, pode gerar constrangimento ilegal.

Entendo, face a peculiar situação em que o paciente foi indiciado, o ato da autoridade policial configura constrangimento ilegal, porquanto ausentes elementos para justificá-lo, bem como falta de decisão motivada.

Configurado o constrangimento, sem que o Judiciário cesse a ilegalidade, o paciente estará sujeito a toda uma série de atos e *degradation ceremonies* (cerimônias degradantes) decorrentes do ato de indiciamento, quais sejam:

- estará compelido a se apresentar à delegacia sempre que chamado;
- medidas cautelares (prisão temporária ou preventiva) e a liberdade condicional;
- medidas assecuratórias de bens, como o seqüestro (art. 125, CPP);
- interrogatórios, acareações, reconhecimentos;
- atos de averiguação de sua identidade e capacidade e tantos outros atos.

"Em suma, a principal carga que assume o indiciado é a de encontrar-se em uma situação jurídica de maior submissão aos atos de investigação que integram o inquérito policial".
(idem)

Acrescente-se ser necessário estabelecer os limites da participação do acusado como sujeito passivo do procedimento inquisitivo.

O art. 14 do Código de Processo Penal contém a seguinte norma:

"Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade."

A meu sentir, o direito de participar na investigação é muito limitado e, na prática, possui pouca eficácia.

Entendo que o art. 14 do CPP deve ser interpretado à luz da

Superior Tribunal de Justiça

Constituição de acordo com o mandamento insculpido no art. 5º, LV, da Carta Política, permitindo-se ao sujeito passivo da investigação preliminar, o contraditório e ampla defesa, ainda que com alcance mais limitado ao reconhecido na fase processual, observado, sobretudo, as particularidades do Inquérito Policial.

"A postura do legislador foi claramente garantista e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados, e não indiciados, é um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar. Sucede que a expressão empregada não foi só acusados, mas sim acusados em geral, devendo nela ser compreendida também o indiciamento, pois não deixa de ser uma imputação em sentido amplo. Em outras palavras, é inegável que o indiciamento representa uma acusação em sentido amplo, pois decorre de uma imputação determinada. Por isso o legislador empregou acusados em geral, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal (vinculada ao exercício da ação penal) e com um claro intuito de proteger também ao indiciado." (ibidem)

A participação ativa do investigado no curso do inquérito, principalmente quando vem a oferecer elementos esclarecedores para o curso da investigação, é uma ampliação positiva do manto protetor dos direitos e garantias fundamentais a mitigar a discricionariedade do presidente das investigações preliminares, contida no art. 14 do CPP.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal no acórdão de lavra do Min. Celso de Mello, já se manifestou acerca do *status* do investigado no procedimento preliminar como sujeito de direitos e não mero objeto da investigação:

"(omissis)

- O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é - enquanto dominus litis - o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária. A unilateralidade das

Superior Tribunal de Justiça

investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial.

(omissis)" (HC 73271/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 04.10.1996, p.37100)

Por fim, ausentes os indícios de materialidade delitiva necessários a indiciar o paciente - levado a cabo apenas em declarações tomadas a termo - e sem dar-lhe oportunidade para ser ouvido ou de apresentar documentos, mostra-se patente o constrangimento ilegal sanável pela via eleita.

Posto isso, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para sustar o indiciamento e possibilitar ao paciente prestar seus esclarecimentos acerca do fato, em termo de declaração; juntar documentos; e indicar providências no caderno investigatório.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2005/0067644-0

HC 43599 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3042003 4706443 4706443300 502003

EM MESA

JULGADO: 27/09/2005

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PAULO MEDINA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO GALLOTTI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDER CLAI GHIZZI

IMPETRADO : SEXTA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO

PACIENTE : ARNALDO FERREIRA BORGES

ASSUNTO: Inquérito Policial - Trancamento

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou oralmente o Dr. Éder Clai Ghizzi pelo paciente.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator concedendo a ordem, pediu vista o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Aguardam os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti."

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília, 27 de setembro de 2005

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário

HABEAS CORPUS Nº 43.599 - SP (2005/0067644-0)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA:

1. Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de ARNALDO FERREIRA BORGES, contra acórdão proferido pela Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, denegando a ordem naquela Corte pretendida, manteve o indiciamento do paciente em inquérito policial instaurado para a apuração de crime de falsidade ideológica.

Narra a impetração que o paciente fora nomeado Presidente de Comissão Especial de Incentivos, no município de Cabreúva (SP), para fins de aplicação de lei local, visando ao desenvolvimento industrial da região.

Analisando informações prestadas pela empresa Signode Brasileira S.A., que objetivava a restituição de valores gastos com a instalação de sua planta industrial naquela localidade, deliberou a Comissão pela comunicação à empresa sobre a existência de falhas na documentação apresentada. Houve, então, o encaminhamento de ofício, oriundo da Comissão, "solicitando o atendimento das pendências e requerendo data para a realização de visita às instalações".

Afirma que, atendido o requerimento, ficou a documentação "à disposição dos membros (*da Comissão*) sem que qualquer deles apresentasse alguma objeção adicional". Assim, o Paciente, "verificando nos autos que os membros da Comissão - encarregados de fazer análises técnicas - não tinham apresentando considerações adicionais, certificou nos autos que não havia mais oposições ao pedido" (grifei).

Alega que:

"a autoridade policial ouviu os membros da Comissão e, com base nestes depoimentos, de maneira precipitada, firmou juízo de culpabilidade

Superior Tribunal de Justiça

sobre os fatos, expedindo intimação para o paciente ser indiciado antes mesmo de ouvir os seus esclarecimentos e conhecer de documentos que revelam a inocuidade daquela certidão, como também a necessidade de diligências a serem determinadas para constatar a existência de veracidade do conteúdo da certidão e a conseqüente inexistência do delito".

Pretende a concessão da ordem para que o paciente possa prestar seus esclarecimentos acerca dos fatos, bem como juntar documentos e indicar providências, que demonstrem a inexistência do delito.

Opinou o Ministério Público Federal pela concessão da ordem, posto inexistir previsão legal, em nosso ordenamento processual penal, quanto ao ato formal de indiciamento; todavia, determina o *Parquet* a observância do procedimento de identificação datiloscópica do suposto agente criminoso, se necessário, assim como a elaboração de relatório e abertura de boletim, conforme determinações contidas nos artigos 10, §1º, e 809, do Código de Processo Penal.

Trazido o feito a julgamento nesta Sexta Turma, votou o em. Relator pela concessão da ordem, determinando a sustação do indiciamento, possibilitando, assim, ao paciente prestar esclarecimentos acerca dos fatos, promover a juntada de documentos, além de indicar eventuais providências no caderno investigatório.

Pedi vista dos autos para melhor analisá-los.

É o breve relatório.

2. Entendo, com a devida vênia do em. Relator, que a solução a ser dada à espécie deverá se revestir de motivação menos abrangente do que a deduzida por Sua Excelência, a fim de se evitarem impróprias exegeses, a partir dos fundamentos aqui desenvolvidos.

3. A par da discussão proposta pelo órgão ministerial, sobre a existência ou não de previsão legal para o ato de indiciamento, cuida o presente *habeas corpus* de estabelecer os necessários limites, quanto à existência e observância de garantias processuais, normalmente afetas à própria ação penal - *e.g.*, contraditório a ampla defesa -, na fase do inquérito policial, bem como, se acaso existentes e de necessária observância, a sua exata extensão.

Sobre o tema, Fernando da Costa Tourinho Filho argumenta:

"Se no inquérito não há acusação, claro que não pode haver defesa. E, se não pode haver defesa, não há cogitar-se de restrição a uma coisa que não existe.

(...)

O *jus accusationis* não se exerce nessa fase. A acusação inicia-se com o oferecimento da denúncia ou queixa. Proposta a ação, sim, deve haver o regular contraditório, erigido, aliás, entre nós, à categoria de dogma constitucional, como se infere do inc. LV do art. 5º da CF.

Argumenta-se, com base nesse dispositivo constitucional, que, mesmo na fase do inquérito, a defesa deverá ser plena. Há, entretanto, manifesto equívoco. O texto constitucional fala em 'acusados', e no inquérito policial não há 'acusados', e sem 'indiciados'. O que o legislador quis dizer e o que realmente diz o texto legal é que em juízo, isto é, iniciada a acusação, Defesa e Acusação devem situar-se no mesmo plano, com os mesmos direitos, embora colocados em pólos oposto, e, então, a defesa será ampla, 'com todos os recursos essenciais a ela...'. E em que consistirá essa ampla defesa? Responde o saudoso Frederico Marques: em resguardar os 'direitos fundamentais' do indiciado, como é, por exemplo, o direito à liberdade, pois a Polícia não pode, sem autorização judicial, prender quem quer que seja a não ser em flagrante delito. É verdade que o texto constitucional proclama, também, que aos litigantes em processo judicial ou administrativo, se confere a ampla defesa... Não obstante não concebamos a defesa técnica na fase pré-processual, visto que implicaria inutilidade da própria investigação, não se pode negar que nos casos em que o indiciado sofre um constrangimento na sua liberdade ambulatoria, seja em razão de flagrante ou preventiva, o *habeas corpus* atua com sua presteza.

(...) Outro sentido não pode ter o texto constitucional, que fala em 'ampla defesa com os recursos essenciais a ela', sob pena de se transformar o inquérito em verdadeira instrução...

(...) Certo que o art. 5º, LV, da *Lex Legum* proclama que 'aos litigantes, em processo judicial ou administrativo...' se permite a ampla defesa; então, por conseguinte, não se pode dizer que o 'processo administrativo' aí compreenda o inquérito, sob pena de transmudarmos os indiciados em litigantes... o que sabe a disparate. Ademais, quando o dispositivo constitucional fala em processo administrativo com ampla defesa refere-se, iniludivelmente, àquele procedimento que pode culminar com alguma sanção, como ocorre nas administrações públicas. Às vezes são denominados sindicâncias. E, às escâncaras, tal não se dá no inquérito, peça meramente informativa.

(...)

Seria perfeito contra-senso admitir-se o contraditório em atos processuais inquisitivos, que traduzem mera atividade administrativo-investigatória fora da relação processual, conforme ensina Massari. Não teria sentido admitir-se o contraditório na primeira fase da *persecutio criminis*, em que o cidadão-indiciado é apenas objeto de investigação e não um sujeito de direito de um procedimento jurisdicionalmente garantido, como diz Birkmayer." (*in Processo Penal. Volume 1*. 27ª edição. Saraiva: São Paulo, 2005, páginas 205-208).

Finaliza sua exposição afirmando:

"Se o inquérito policial é eminentemente não contraditório, se o inquérito policial, por sua própria natureza é sigiloso, podemos, então, afirmar ser ele uma investigação inquisitiva por excelência. Durante o inquérito, o indiciado não passa de simples objeto de investigação. Nele não se admite o contraditório. A autoridade o dirige secretamente. Uma vez instaurado o inquérito, a Autoridade Policial o conduz à sua *causa finalis* (que é o esclarecimento do fato e da respectiva autoria) sem que deva obedecer a uma seqüência previamente traçada na lei. Ora, o que empresta a uma investigação o matiz da inquisitorialidade é, exatamente, o não permitir-se o contraditório, a imposição da sigilação e a não-intromissão de pessoas estranhas durante a feitura dos atos persecutórios. Nela não há acusação nem Defesa. A Autoridade Policial, sozinha, é que procede à pesquisa dos dados necessários à propositura da ação penal. Por tudo isso, o inquérito é peça inquisitiva." (*op. cit.*, páginas 209-210).

Nesse mesmo sentido, as lições de Paulo Rangel, para quem o inquérito policial, procedimento de natureza administrativa e de caráter informativo, mera preparação para a ação penal, possui típica natureza inquisitorial, negando-se ao investigado, nessa fase, o direito de defesa, "pois ele não está sendo acusado de nada"; é "objeto de uma pesquisa feita pela autoridade policial." (*in Direito Processual Penal*. 7ª edição. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003, página 89).

Também Júlio Fabbrini Mirabete, quando sustenta a inaplicabilidade aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, constituindo-se, o inquérito policial, "em um dos poucos poderes de autodefesa que são reservados ao Estado na esfera da repressão ao crime, com caráter nitidamente inquisitivo, em que o réu (*rectius* investigado) é simples objeto de um procedimento administrativo, salvo

Superior Tribunal de Justiça

em situações legais em que a lei o ampara" (*in* **Processo Penal**. 16ª edição revista e atualizada por Renato N. Fabbrini. Atlas: São Paulo, 2004, página 82).

Por fim, aderindo ao entendimento, Guilherme de Souza Nucci, entende que não é o indiciado, "como no processo, sujeito de direitos, a ponto de poder requerer provas e, havendo indeferimento injustificado, apresentar recurso ao órgão jurisdicional superior". Conclui, portanto, que no decorrer da investigação, não se pode "exercitar o contraditório nem a ampla defesa" (*in* **Código de Processo Penal Comentado**. 3ª edição. RT: São Paulo, 2004, página 84).

Ainda que tenha nossa jurisprudência mais recente dado conformação algo diversa às conclusões acima apresentadas, máxime quanto ao aspecto sigiloso das investigações policiais e entendendo, igualmente, que a discricionariedade conferida à autoridade policial não se confunde com arbitrariedade, não se mostra exequível na fase pré-processual, como se mostrou à exaustão, instaurar-se o pretendido contraditório ou assegurar ao investigado ampla defesa, com todos os meios a ela inerentes, princípios de aplicação exclusiva na fase da *persecutio criminis in judicio*, sob pena de efetiva desnaturação do procedimento investigatório, anulando-se qualquer proveito de sua realização.

Destaque-se, uma vez mais, a posição de Guilherme de Souza Nucci, para quem "a lei não exige (*sequer*) que a autoridade policial, providenciando o indiciamento do suspeito, esclareça, nos autos do inquérito, as razões que a levaram àquela eleição" (*ibidem*).

4. No caso *sub examine*, pugna-se pela suspensão do indiciamento, até que sejam efetivadas providências que demonstrariam inexistência do delito.

Ora, não se mostra apropriado o momento para tal objeção, pois, como já observado, não se deve permitir a transformação de uma fase destinada meramente às (necessárias) investigações policiais - fase que, ressalte-se, a própria lei dispensa a ocorrência (artigo 12 do Código de Processo Penal) -, em inoportuno contraditório.

Deverá, todavia, o responsável pela investigações, nos termos do artigo 6º, inciso V, do Código de Processo Penal, ouvir o indiciado; não para lhe possibilitar oportunidade de defesa, senão reputando o ato necessário para a correta elucidação dos

Superior Tribunal de Justiça

fatos, compondo o relatório final que subsidiará eventual ação penal a ser proposta (§1º do artigo 10 do Código de Processo Penal).

5. Acrescente-se, ainda, que houve requisição do órgão ministerial para a instauração do inquérito policial, "tendo em vista a eventual prática de crime de falsidade ideológica praticado por Arnaldo Ferreira Borges" (fl. 72), quando, então, não é possível à autoridade policial, conforme sedimentada lição doutrinária, deixar de assim proceder (observe-se, nesse sentido, Tourinho Filho *in Código de Processo Penal Comentado*. Volume 1. 4ª edição. Saraiva: São Paulo, 1999, páginas 33-34; ressaltando apenas as hipóteses em que a instauração seja manifestamente ilegal, temos Souza Nucci, *op. cit.*, página 77).

6. Dessarte, com fundamento nas razões acima apresentadas e com a devida vênia do em. Relator, **CONCEDO EM PARTE** a ordem, sem prejuízo do indiciamento, para determinar que proceda a autoridade policial à oitiva do investigado, fazendo constar, dos autos, igualmente, eventual documentação, que venha a ser por ele apresentada.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 43.599 - SP (2005/0067644-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, pedindo vênia ao Ministro Quaglia Barbosa, acompanho o voto do Relator, concedendo a ordem de habeas corpus.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2005/0067644-0

HC 43599 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3042003 4706443 4706443300 502003

EM MESA

JULGADO: 18/10/2005

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PAULO MEDINA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO GALLOTTI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUZA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDER CLAI GHIZZI

IMPETRADO : SEXTA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO

PACIENTE : ARNALDO FERREIRA BORGES

ASSUNTO: Inquérito Policial - Trancamento

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa concedendo parcialmente a ordem, e do voto do Sr. Ministro Nilson Naves acompanhando o Sr. Ministro Relator, pediu vista o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Aguarda o Sr. Ministro Paulo Gallotti."

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília, 18 de outubro de 2005

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário

HABEAS CORPUS Nº 43.599 - SP (2005/0067644-0)

VOTO-VISTA

EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO: Pedi vista dos autos para melhor exame da espécie e estou a acompanhar o voto divergente do Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

Reconheço, todavia, única reserva de entendimento que faço, o direito não só à ciência da notícia de crime e de ser ouvido sobre ela, mas também à facultativa assistência de advogado, titularizado por todo e qualquer apontado autor de prática de crime, como consequência, já na fase inquisitorial, ao direito a ampla defesa que a Constituição Federal assegura aos acusados em geral.

Demais, é letra do inciso LXIII do artigo 5º da Carta Magna:

"LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;"

E dos artigos 6º, inciso V, 185 e 186 do Código de Processo Penal:

"Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

(...)

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;"

"Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado."

"Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz,

Superior Tribunal de Justiça

antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas."

Pelo exposto, concedo, em parte a ordem, acompanhando o Exmo. Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

É O VOTO.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2005/0067644-0

HC 43599 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3042003 4706443 4706443300 502003

EM MESA

JULGADO: 09/12/2005

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PAULO MEDINA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO GALLOTTI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ZÉLIA OLIVEIRA GOMES**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDER CLAI GHIZZI

IMPETRADO : SEXTA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO

PACIENTE : ARNALDO FERREIRA BORGES

ASSUNTO: Inquérito Policial - Trancamento

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Hamilton Carvalho, acompanhando a divergência, e o voto do Sr. Ministro Paulo Gallotti, no mesmo sentido, a Turma, por maioria, concedeu em parte a ordem de habeas corpus, vencidos os Srs. Ministros Relator e Nilson Naves, que a concediam integralmente. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Relator, por deliberação da Turma."

Votaram com o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa os Srs. Ministros Hamilton Carvalho e Paulo Gallotti.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília, 09 de dezembro de 2005

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário

ANEXO 3 – Projeto de Lei

Art. 1º. Os arts. 6º, 10, 14, 23, 46 e 156 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se o inciso VII-A ao artigo 6º e o artigo 23-A

“Art. 6º. ...

VII-A – informar o investigado sobre a realização de ato investigatório irrepelível, salvo se a informação prejudicar a efetividade do ato, o que deverá ser registrado em despacho fundamentado.

...

IX - informar, o mais breve possível, o suspeito do ilícito sobre sua condição de investigado.” (NR)

“Art. 10. ...

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará os autos ao Ministério Público com atribuição funcional para exercer a respectiva ação penal.

...

§ 4º Os investigados ou indiciados serão informados sobre o resultado final da investigação.” (NR)

“Art. 14 O ofendido, ou seu representante legal, e o investigado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade que decidirá em despacho fundamentado.

Parágrafo único. O investigado tem o direito de oferecer razões ou quesitos, devendo a autoridade dar o respectivo andamento.” (NR)

“Art. 23. Ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao Ministério Público, a autoridade policial oficiará ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, mencionando o órgão do Ministério Público responsável, e os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado.” (NR)

“Art. 23-A. Ao receber os autos do inquérito policial, não sendo o caso de arquivamento ou de requisição de diligências, o membro do Ministério Público, antes de oferecer a denúncia, encaminhará, no prazo de 15 dias, os autos ao juízo competente, requerendo a realização de audiência preliminar.

§ 1º Ao receber os autos, o juiz designará dia para a audiência, determinando a intimação pessoal do acusado para comparecer devidamente acompanhado de

advogado. Na hipótese de o acusado não comparecer e não constituir defensor, o juiz designará defensor público.

§ 2º Aberta a audiência, a defesa terá a palavra pelo tempo de 10 minutos, podendo arguir a nulidade de atos da investigação, juntar documentos, requerer diligências e ou arquivamento.

§ 3º Acolhido o pedido de nulidade, os atos nulos serão desentranhados dos autos, sendo vedada sua utilização.

§ 4º Caso o juiz determine a realização de diligências, caberá a autoridade policial cumprir essa determinação, sendo que os autos permanecerão em cartório judicial. Sobre o resultado das diligências as partes serão intimadas para se manifestar no prazo de 10 dias.

§ 5º Caso a defesa postule o arquivamento, o juiz ouvirá o Ministério Público, decidindo de imediato. A decisão de arquivamento não prejudica o disposto no artigo 18 desse Código e poderá ser reformada através de recurso em sentido estrito.

§ 6º Encerrada a audiência preliminar ou as diligências determinadas pelo juízo, o Ministério Público poderá oferecer denúncia, requisitar diligências diretamente à autoridade policial ou requerer o arquivamento, sem prejuízo das disposições previstas no artigo 28 desse Código.

§ 7º O acusado devidamente intimado, através de seu defensor, poderá postular a não realização da audiência preliminar, prosseguindo o procedimento nos termos do parágrafo anterior.

§ 8º A audiência preliminar deverá ser realizada inclusive nos procedimentos investigatórios instaurados diretamente pelo Ministério Público ou nos casos em que este dispensar o inquérito policial.

§ 9º Os argumentos utilizados na defesa do acusado poderão ser novamente enfrentados pelo juízo durante a fase de interregno ou na fase processual.” (NR)

“Art. 46. Encerrada a audiência preliminar ou as diligências determinadas pelo juízo, o Ministério Público terá vista dos autos, iniciando o prazo para o oferecimento da denúncia. Se o acusado estiver preso, a denúncia deverá ser oferecida em 5 dias, se estiver solto, o prazo será de 15 dias. Caso o Ministério Público requisitar diligências, o prazo somente será contado a partir do momento em que receber novamente os autos.

§ 1º (revogado)

§ 2º O prazo para o aditamento da queixa será de 3 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos, e, se este não se pronunciar dentro do tríduo, entender-se-á que não tem o que aditar, prosseguindo-se nos demais termos do processo.” (NR)

“Art. 156. ...
I - (revogado)” (NR)

...

Art. 2º. O artigo 76 da Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 76. ...

§ 7º Durante a audiência preliminar a defesa poderá arguir a nulidade de atos da investigação, juntar documentos, requerer diligências e ou arquivamento.

§ 8º Acolhido o pedido de nulidade, os atos nulos serão desentranhados dos autos, sendo vedada sua utilização.

§ 9º Caso o juiz determine a realização de diligências, caberá a autoridade policial cumprir essa determinação, sendo que os autos permanecerão em cartório judicial até a designação de nova audiência.” (NR)

Art. 3º. Ficam revogados o inciso I do artigo 156, o § 1º do artigo 46, bem como as demais disposições em contrário.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br