

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JULIANA SILVA DE MATOS

DIREITOS DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL: A FALÁCIA DA AMPLA
DEFESA E A SOLUÇÃO ENCONTRADA NAS REFORMAS PROCESSUAIS
LATINO-AMERICANAS

CURITIBA

2019

JULIANA SILVA DE MATOS

DIREITO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL: A FALÁCIA DA AMPLA
DEFESA E A SOLUÇÃO ENCONTRADA NAS REFORMAS PROCESSUAIS
LATINO-AMERICANAS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharela em Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Nunes
da Silveira

CURITIBA

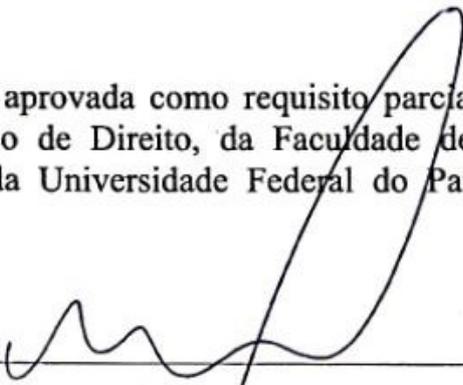
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

JULIANA SILVA DE MATOS

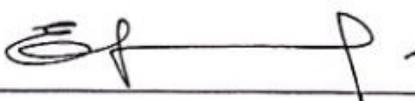
**DIREITO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL: A FALÁCIA
DA AMPLA DEFESA E A SOLUÇÃO ENCONTRADA NAS
REFORMAS PROCESSUAIS LATINO-AMERICANAS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

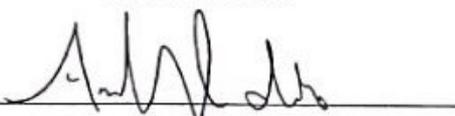


MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA
Orientador

Coorientador



ERICA DE OLIVEIRA HARTMANN
Primeiro Membro



ANDRÉ RIBEIRO GAMBERARDINO
Segundo Membro

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, à Universidade Federal do Paraná, que, muito além de me formar academicamente, construiu-me como pessoa. Adentro das colunas do Prédio Histórico dei meus primeiros passos como jurista e como mulher. As inspirações constantes, as vivências proporcionadas e os encontros – que mais parecem reencontros – fazem desta Universidade o ponto de partida para vôos tão altos a perder de vista.

Aos lá encontrados, ou reencontrados, o meu muito obrigada. Sem vocês esta longa caminhada não chegaria ao fim.

Aos meus pais e irmãos devo não só um agradecimento, mas verdadeiramente tudo que sou e tenho. Sem vocês a caminhada sequer iniciaria.

Aos queridos mestres, a mais profunda admiração. Em especial ao meu orientador Marco Aurélio, que com dedicação e brilhantismo mostrou-me a importância do pensamento crítico, da percepção regionalizada, do papel descolonial que assumimos ao tratar das (nossas) questões latino-americanas. O abrir de olhos foi e será fundamental para a exitosa continuidade desta e das futuras pesquisas.

Por fim, não poderia deixar de agradecer à Clínica de Acesso à Justiça e Educação nas Prisões e todos que dela fazem parte. Ao orientador do projeto André Ribeiro Giamberardino, um especial agradecimento pelo trabalho árduo, constante e imprescindível realizado no sistema penitenciário paranaense. Que a CAJEP-UFPR tenha vida tão longa quanto a nossa ânsia de fazer valerem os direitos de detentos e detentas.

Verdade

A porta da verdade estava aberta,
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.

Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só trazia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.

Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em metades
diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela.
E carecia optar. Cada um optou conforme
seu capricho, sua ilusão, sua miopia...

Carlos Drummond de Andrade, 1984

RESUMO

O presente estudo pretende destrinchar o tema dos direitos à defesa na legislação processual penal brasileira, confrontando-a com a Constituição Federal. Partindo do pressuposto de que estamos em um sistema evidentemente inquisitório, o foco da pesquisa consiste no papel defensivo durante o inquérito policial, ou seja, a fase investigativa preliminar ao processo penal em si. Expostas as críticas, propõe-se solução inspirada nos ordenamentos processuais penais latino-americanos: a implantação de uma etapa intermediária e de juízes de garantias, já que, reformados, tais regramentos exibem fórmulas acusatórias – orais, imparciais e democráticas.

Palavras-chave: América Latina; contraditório; direito de defesa; inquérito policial; sistemas processuais penais.

ABSTRACT

The present study intends to disentangle the theme of the rights of defense in the Brazilian criminal procedural legislation, confronting it with the Federal Constitution. Assuming that we are in an evidently inquisitive system, the focus of this research is on the defensive role during the police investigation, that is, the preliminary investigative phase of the criminal process itself. In the face of criticism, a solution is proposed inspired by the Latin American criminal procedural orders: the establishment of an intermediate stage and “guarantee judges” (*juízes de garantias*, in a literal translation), since, when retired, such rules display accusatory formulas - oral, impartial and democratic.

Key-words: contradictory; criminal procedural systems; Latin America; preliminary investigation; right of defense.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA DEFESA NO PROCESSO PENAL: A HISTÓRICA BUSCA POR UM PROCESSO PENAL GARANTIDOR DE DIREITOS E O ATRASO BRASILEIRO	11
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: A CONSTRUÇÃO DA ATUAÇÃO DEFENSIVA AO LONGO DOS SÉCULOS E O ABANDONO DO UTILITARISMO PROCESSUAL.....	11
2.2 DIREITO À DEFESA CRIMINAL EFETIVA	19
2.3 DIREITO À DEFESA NO BRASIL E SUAS DEBILIDADES	22
3 DO INQUÉRITO POLICIAL BRASILEIRO: A FALÁCIA DA AMPLA DEFESA	31
3.1 A FUNÇÃO DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E A INADEQUAÇÃO BRASILEIRA: UMA INVERSÃO DE PAPÉIS.....	31
3.1.1 As “penas da investigação”	37
3.2 A CARGA DEFINIDORA DE COGNIÇÃO DO JUÍZO PELO INQUÉRITO POLICIAL: “UM CENÁRIO DE DESAMOR À DEMOCRACIA”	43
3.3 O PAPEL DA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL	49
3.3.1 Súmula Vinculante 14: a tardia publicidade dos atos de investigação	58
3.3.2 Art. 7º do Estatuto da Advocacia: modificações trazidas pela Lei nº 13.245/2016	60
3.3.3 Provimento nº 188/2019 do Conselho Federal da OAB: Investigação Defensiva no Brasil	61
4 DAS REFORMAS PROCESSUAIS PENAIS LATINO-AMERICANAS: UMA DISCUSSÃO COM OLHARES VOLTADOS AO BRASIL	65
4.1 A IMPLANTAÇÃO DE UM MODELO ACUSATÓRIO.....	70
4.2 A ETAPA INTERMEDIÁRIA DA PERSECUÇÃO PENAL E A FIGURA DO JUIZ DE GARANTIAS: SOLUCIONANDO O PROBLEMA DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	77

4.2.1 A importância da aplicação da “Teoria do Caso”	84
4.3 A DEFESA NO NOVO PROCESSO PENAL LATINO-AMERICANO	85
4.4 A (IM)POSSÍVEL REFORMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA.....	93
5 CONCLUSÕES	97
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	103

1 INTRODUÇÃO

Francesco Carnelutti, em meados dos anos 1950, já dizia que *a experiência do advogado está sob o signo da humilhação*¹. O defensor está tão sujeito às intempéries do juízo quanto o próprio réu; precisa, portanto, se posicionar ao seu lado, no último degrau das escadas, e emprestar sua voz àquele que fora calado.

Partindo desta premissa, o presente trabalho se propõe a analisar o direito à defesa no Brasil – ou a sua deficiência – no bojo da persecução penal, sobretudo na fase preliminar investigativa (e especificamente no inquérito policial).

Tal foco se justifica, ademais, pelo fato de que é este o momento em que a atuação defensiva se faz mais necessária e, não por coincidência, quando se mostra mais limitada pela legislação processual penal infraconstitucional brasileira e pela própria prática cotidiana da justiça criminal.

A partir desta análise, uma série de outras questões se apresenta: a busca pela verdade real, a parcialidade do juízo, o rechaço às discussões internacionais e a violação de direitos fundamentais pelo próprio sistema que os deveria proteger.

Concluindo pela necessidade de uma reforma absoluta, que atinja a mentalidade dos operadores do direito processual penal para neles incutir uma racionalidade verdadeiramente acusatória, apresenta-se o exemplo de vários países da América Latina que assim o fizeram. Nestes sistemas reformados, concede-se ao direito de defesa muito mais importância e seriedade, como preveem os Tratados Internacionais neste sentido, atribuindo à persecução penal, ao mesmo tempo, maior garantismo e eficiência.

Ênfase, neste ponto, nas soluções conferidas pelos modelos latino-americanos aos problemas inerentes à existência de uma inevitável etapa investigativa: a implantação da fase intermediária e de juízes de garantias – tudo permeado pela oralidade e pela imparcialidade dos magistrados.

Assim, e somente assim, se possibilita que o julgador, ou o corpo de julgadores, não seja contaminado com elementos de investigação, à medida

¹ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de: MILLAN, Carlos Eduardo Trevelin. 2. ed. São Paulo: Editora Pillares, 2009, p. 16.

que recebe para formação de seu convencimento tão somente elementos verdadeiramente probatórios, produzidos sob a chancela da ampla defesa, do contraditório e de todas as demais garantias fundamentais dispostas.

Trazendo a análise para um plano um tanto mais pragmático, importante salientar a completa ausência de discursos políticos brasileiros adequados para a tal reformulação processual na atualidade. Parte-se, então, no plano Legislativo, para uma solução *possível*.

Novamente sob a lição de Carnelutti, é preciso salientar, por fim, que este estudo tenta observar o processo penal do Brasil como a *rosa*: para que saibamos o que é, e o motivo pelo qual é, precisamos antes saber o que *não é*². Tomando por objetivo um modelo democrático e acusatório, aborda-se o sistema processual penal brasileiro a partir de suas deficiências, ou seja, a partir daquilo que *não é* e do que *não tem*, para que verdadeiramente se possa conhecê-lo.

Trabalhando com os sistemas latino-americanos acusatórios – e longe de fazer uma análise de Direito comparado, mas tão somente uma contida observação –, precisamente com o tratamento que dão ao papel da atuação defensiva, se entende que, inquisitório até as raízes, o modelo brasileiro não passa de uma flor rançosa e espinhenta.

Tendo tudo isto em mente, passemos, então, à análise da defesa no processo penal.

² CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. In: **Rivista di diritto processuale**, v. XX. Pádua: CEDAM, 1965.

2 DA DEFESA NO PROCESSO PENAL: A HISTÓRICA BUSCA POR UM PROCESSO PENAL GARANTIDOR DE DIREITOS E O ATRASO BRASILEIRO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: A CONSTRUÇÃO DA ATUAÇÃO DEFENSIVA AO LONGO DOS SÉCULOS E O ABANDONO DO UTILITARISMO PROCESSUAL

De plano, é preciso ter em vista que a lógica de cada sistema processual penal está intimamente imbricada às formas de poder perpetuadas por determinadas modalidades de Estado. A evolução do processo penal corresponde à evolução da pena, e esta, por sua vez, é reflexo da estrutura estatal, sobretudo da sua Constituição, em determinado recorte temporal³.

Para Francesco Gianniti:

O processo penal, em sua estrutura estática (regulada pelas normas de organização) e em seu desenvolvimento dinâmico (disciplinado pelas normas de funcionamento), é o índice revelador das condições sociais em que se encontra um povo em um determinado período histórico. Precisamente – segundo o modo com que garante os direitos do imputado, da vítima do crime e da sociedade na defesa contra a criminalidade; e, em particular, segundo o modo como pondera, sem sacrificar, as garantias de tal ordem triplíce dos direitos e com a qual satisfaz as exigências da exatidão e da rapidez do julgamento contra os perigos do erro e do arbítrio – o processo penal reflete os fatores constitucionais e políticos, econômicos e culturais de um determinado povo, exprimindo, assim, o grau de civilidade.⁴

Como não poderia ser diferente, portanto, explorar as nuances do processo penal – aqui, pontualmente *a defesa* no processo penal – requer uma análise prévia, ainda que breve e superficial, acerca da função que ocupa e do que representa dentro de contextos estatais específicos. Para tanto, e certo de que o desenvolvimento do presente tema será realizado com maior atenção

³ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36.

⁴ GIANNITI, Francesco, **prospettive criminologiche e processo penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1984, p. 279. Apud HARTMANN, Érica de Oliveira. **Processo penal e rito democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa**. Tese (Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 60.

nos capítulos subsequentes deste estudo, mister tecer algumas considerações históricas.

Ao longo dos séculos, a concepção de Estado, sobretudo no que tange à sua “finalidade”, sofreu profundas mutações. Desde o trio de contratualistas até o constitucionalismo pós-guerra, passando pela criação da fórmula kelseniana do Estado de Direito, caminha-se no sentido de impor restrições ao poder estatal e à submissão deste ao que se convencionou chamar de “império da lei”⁵.

Tradicionalmente, tinha-se o processo penal como força instrumental legitimadora do poder estatal; a concretização do “poder de punir” face à ocorrência de um ilícito penal, monopolizado pelo Estado para fazer valer a sua própria soberania, a partir do momento em que a reação privada não mais é permitida. Em suma, o direito processual penal surge como caminho necessário para o exercício do “saber regulamentador” do *jus puniendi* enquanto única estrutura legítima para determinação de um delito e imposição da sua respectiva pena⁶.

Ocorre que tal concepção dá azo a uma série de abusos, tendo em vista que não eram impostos limites à atuação estatal, pelo contrário. A pena, portanto, é reduzida a um mero ato de poder⁷.

Faz-se necessário, por isso, abandonar o lugar comum do velho “utilitarismo” processual. Uma vez que a lógica dominante instrumental do processo legitima movimentos criminalizadores e naturaliza injustiças sociais, é preciso conceber uma nova racionalidade em que o direito processual penal não sirva de ferramenta nem de justificação, mas de limite ao poder estatal, reduzindo o arbítrio e racionalizando as respostas estatais aos desvios criminalizados.

Geraldo Prado, neste sentido, relacionando indissociavelmente Direito, processo penal e democracia, afirma como imprescindível que o caminho seja pautado pela Constituição, enquanto institucionalização dos direitos

⁵ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 89.

⁶ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGAIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal**. V.1. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 108.

fundamentais. À medida que aquela opta pela salvaguarda destes direitos, a estrutura processual penal deve seguir, em absoluto, uma lógica operacional por meio da qual se harmonizem tais garantias⁸, revestindo-se também delas.

Em um Estado Constitucional de Direito, ou seja, em um Estado em que a lógica seja *garantista* nos moldes propostos por Luigi Ferrajoli na década de 1970⁹, tem-se essencialmente a prevalência da tutela emancipatória de direitos e garantias individuais ao exercício do poder estatal; um sistema que visa coibir violências e abusos e conferir centralidade à figura da pessoa – a quem o poder deve servir e respeitar.

Em termos de garantismo penal, defende-se fundamentalmente um direito penal mínimo como único meio possível de evitar males maiores, adequando-se a uma sociedade que se pretenda igualitária e democrática¹⁰.

Como afirma Salo de Carvalho, o modelo teórico do garantismo se apropria de uma estrutura principiológica voltada a assegurar maior grau de racionalidade ao sistema, de forma a dotar os aplicadores do direito com ferramentas para maior resguardo e efetivação dos direitos fundamentais¹¹.

Neste contexto, o papel do processo penal ultrapassa a costumeira ideia utilitarista do poder para tornar-se um “saber de contenção do poder punitivo”, atuando como limite democrático nos Estados de Direito¹² através de critérios negativos. A cultura democrática não pode dispensar o processo penal, portanto¹³.

Nas palavras de Érica de Oliveira Hartmann:

Por isso, na esteira de ALESSANDRO BARATTA, a luta pela contenção da violência estrutural acaba sendo, em última análise, uma luta pela afirmação dos direitos humanos, razão pela qual segue sendo necessário estabelecer os requisitos mínimos de respeito aos direitos humanos nas leis penais (extensíveis às leis processuais

⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais**. 04. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 41.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 04 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGAIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal**. V.1. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 645.

¹¹ CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança do Direito Penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 255.

¹² MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 99.

¹³ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47.

penais e de execução penal), os chamados princípios de Direito Penal mínimo, intra-sistêmicos e extra-sistêmicos, cuja função precípua é limitar a intervenção estatal. É este pensamento que deve reger a leitura de todo o sistema criminal.¹⁴

A defesa do acusado, no bojo de um processo penal sob esta perspectiva, portanto, exerce função primordial para que o espaço processual seja efetivamente garantidor de direitos fundamentais a todos os cidadãos – inclusive e sobretudo aos quais se imputa o cometimento de um delito – uma vez regido pelo devido processo legal.

Em suma, o direito à defesa do acusado compreende sua faculdade de intervir pessoal e efetivamente no processo perante o qual está sendo investigado e julgado, seja mediante a autodefesa ou uma defesa técnica. É a manifestação da liberdade jurídica, inerente ao *status libertatis* e ao *jus libertatis* de cada cidadão¹⁵. Mister a existência de ampla defesa e contraditório, claro, para tanto.

Neste ponto, vale observar que o defensor técnico intervém no processo de forma autônoma em relação ao representado, mas de forma alguma substitui suas vontades ou passa a ocupar seu lugar – afinal, o direito de defesa decorre de uma série de garantias individuais e não poderia jamais ser arrogado por terceiros¹⁶.

A proteção destes postulados, como não poderia ser diferente, não mais se restringe às fronteiras de um Estado nacional.

Segundo Alberto Binder, Ed Cape e Zaza Namoradze, o direito a um julgamento imparcial é internacionalmente reconhecido como um direito humano fundamental, de modo que o acesso à defesa criminal efetiva é um pré-requisito necessário à realização deste direito¹⁷. Para tanto, toma-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), o Pacto Internacional sobre os Direitos

¹⁴ HARTMANN, Érica de Oliveira. **Processo penal e rito democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa**. Tese (Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 29.

¹⁵ MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 328.

¹⁶ PULEIO, María Fernanda López. El acceso a um defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos. In: **Revista Das Defensorias Públicas do Mercosul**. Brasília, nº 03, jun. 2013, p. 03.

¹⁷ BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo, 2016, p. 39.

Civis e Políticos (PIDCP), a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), entre tantos outros referenciais internacionais.

Especificamente a CADH de 1969, incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto 678 de 1992, em seus artigos 7º e 8º, garante o devido processo e o direito a um julgamento justo ou imparcial, mas não só – cria também um sistema de controle e fiscalização, consolidando-se através da Comissão Interamericana e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

De forma geral, internacionalmente é reconhecida uma gama de outros direitos inerentes à prática de uma defesa criminal justa e efetiva. Entre eles, a presunção de inocência, o julgamento imparcial, a disposição de tempo e meios necessários ao preparo da defesa e o direito do réu de ser informado sobre as circunstâncias de sua prisão e julgamento.

De acordo com María Fernanda López Puleio, o direito à defesa, pela interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, existe e deve ser exercido desde o momento em que uma pessoa é indicada como autora ou partícipe de um fato punível perante qualquer autoridade competente a iniciar a persecução penal, já que está, desde então, submetida à aplicação da sanção estatal¹⁸.

Evidente que nem sempre foi assim. Ao longo dos séculos, o direito à defesa técnica foi concedido e suprimido aos acusados na esfera criminal de acordo com a racionalidade do ente detentor do poder de punir; sempre muito imbricado à concepção de pena de cada momento histórico.

Para Hartmann, o direito de defesa surge já nas teorias contratualistas, tendo-se em conta que o Estado é constituído para preservação da vida dos indivíduos, e o faz através da transferência de parte de seus direitos – sobretudo aqueles relativos a segurança e vingança privada. Assim, guardião, o Estado precisa ter ao seu dispor todos os instrumentos possíveis para o correto desempenho desta tarefa; e é aí o momento em que nasce o fundamento para o direito em questão: a participação do acusado, o maior interessado, na formação da decisão acerca da sua punição (que, ao fim e ao

¹⁸ PULEIO, María Fernanda López. El acceso a um defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos. In: **Revista Das Defensorias Públicas do Mercosul**. Brasília, nº 03, jun. 2013, p. 14.

cabo, pode representar a negativa daquela mesma vida que se coloca nas mãos do Estado)¹⁹.

Claro que, repita-se, a forma como o direito de defesa é exercido, seus limites e suas implicações são altamente variáveis. Mas, essencialmente, a defesa é um conteúdo mínimo que o indivíduo não abdica em favor do Estado e do qual não pode dispor²⁰, tendo em vista que imprescindível para que haja algum equilíbrio processual e, conseqüentemente, alguma democraticidade na aplicação do *jus puniendi* estatal, garantidos assim os legítimos interesses e direitos do cidadão. A defesa é a grande conquista da civilidade, a “outra face da liberdade”²¹.

É por esta razão que Puleio afirma que tal garantia “refleja el nivel de respeto o de directa ignorancia al *status* del imputado como sujeto de derechos fundamentales”²². O direito à defesa é, ao mesmo tempo, a manifestação da dignidade da pessoa humana e a chancela de legitimidade da intervenção do poder punitivo do Estado²³.

Binder, Cape e Namoradze entendem, ademais, que o tratamento (e aqui, claro, se inclui o reconhecimento do direito à defesa) dos suspeitos de cometimento de atos delitivos é crucial para determinar a legitimidade popular conferida às instituições estatais, sobretudo a polícia:

A percepção da legitimidade depende da credibilidade das pessoas na polícia e nas outras agências da justiça criminal, o que, por sua vez, depende da crença ou não de que serão tratadas justamente e com respeito. Assim, uma análise que se concentre na experiência de suspeitos e acusados é relevante não somente para aqueles diretamente envolvidos e para o cumprimento das normas

¹⁹ HARTMANN, Érica de Oliveira. **Processo penal e rito democrático**: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa. Tese (Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 95.

²⁰ BELLING, Ernst. **Derecho Procesal Penal**, 1943, Barcelona, p. 112. Apud MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. II. Campinas: Bookseller, 1997, p. 74.

²¹ VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale: principi fondamentali**. Milano: Giuffrè, 1975, p. 240. Apud HARTMANN, Érica de Oliveira. **Processo penal e rito democrático**: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa. Tese (Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 116.

²² PULEIO, María Fernanda López. El acceso a um defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos. In: **Revista Das Defensorias Públicas do Mercosul**. Brasília, nº 03, jun. 2013, p. 04.

²³ BINDER, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Ad hoc, 1999, p. 158.

internacionais, mas também para a eficiência e eficácia dos sistemas da justiça criminal em sentido mais amplo.²⁴

A figura do advogado é, portanto, essencial à administração da justiça.

O fato é que, centralizando o foco desta análise no processo penal brasileiro contemporâneo, o direito de defesa não passa de uma tentativa de resistência.

O nosso sistema de justiça criminal, como se bem sabe, não raro se transmuta em um ato de violência para com o cidadão, criador e potencializador de estigmas. A criminalização serve de controle social, à medida que são as decisões político-culturais que determinam as estatísticas de criminalidade – sobretudo as de encarceramento –, e não a criminalidade de fato²⁵.

Francesco Carnelutti se encarregou de demonstrar, nos anos 1950, que por detrás do mecanismo processual penal esconde-se uma grave problemática social, ensejada mormente pela vigente prática de “objetificação” do acusado, ainda que não comprovadamente culpado, ainda que inocente, em todas as esferas da persecução penal²⁶. Ou seja: a defesa destes indivíduos é dificultada, até mesmo tolhida, tendo em vista a extrema facilidade que tem a sociedade de forma geral para selecioná-los e condená-los. Isso, claro, com vistas a algum controle social.

A criminologia contemporânea – objeto alheio ao presente estudo, e por isso a menção se fará breve –, inclusive, explica os fenômenos de criminalização intrínsecos às sociedades utilizando-se justamente deste fundamento seletivista e estigmatizador no qual se fulcra o sistema de justiça criminal brasileiro. O “etiquetamento social” atribuído a uma pessoa confere-lhe acesso certo à entrada do sistema (mas não à saída), e todas as penas daí decorrentes.²⁷

²⁴ BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo, 2016, p. 08.

²⁵ CHRISTIR, Nils. Elementos de Geografia Penal. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: ano 07, n. 11, 200, p. 95. Apud MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 51.

²⁶ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de: MILLAN, Carlos Eduardo Trevelin. 2. ed. São Paulo: Editora Pillares, 2009, p. 07.

²⁷ Sobre o tema, recomenda-se: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

Por todos estes motivos e muitos outros, a sociedade caminha, contrariamente toda a teoria constitucional garantista, no sentido de expandir o controle punitivo do Estado através do Direito Penal e, porque não, do Processo Penal. Na nossa complexificada sociedade de risco o sistema de justiça criminal é tido como ponto de partida para tentativa de redução de insegurança social. O poder punitivo, aos olhos leigos, não carece de qualquer limitação já que, claro, supostamente existe para compor o quadro da segurança pública estatal.

Almejando suprir as demandas da comunidade, com vistas à autopromoção e reconhecimento, portanto, resta ao sistema penal adequar-se às expectativas de “maior proteção em face à criminalidade”. O resultado não é outro senão a criação de novos bens jurídico-penais, a ampliação dos espaços de risco jurídico penalmente relevante, a flexibilização de regras de imputação e, principalmente, a relativização dos princípios de garantia individual a nível material e processual²⁸.

A efetividade da intervenção penal cresce e, com ela, a sensação (falsa) de segurança social também.

Em resumo, objetivando o controle social, o indivíduo é selecionado para adentrar – sem qualquer previsão de saída, diga-se – à máquina estatal punitiva, de forma a ter seus direitos fundamentais diminuídos em face de algum ideal de segurança social demandado através de um populismo punitivo.

Ainda que dependente do tipo penal e da classe social do indivíduo – alguns são mais estigmatizados do que outros –, é certo que o processo penal sequestra a identidade e a posição social do imputado, imprimindo-lhe desde logo a pecha de delinquente, em proposital ignorância ao princípio da presunção de inocência.

Ficará, então, marcado com esse “signo infamante” talvez por toda a vida, em âmbito pessoal e profissional, e certamente no decorrer de todo o trâmite processual perante o julgador.

Importante mencionar que os Tribunais brasileiros estão a par da situação, reconhecendo o dano causado pelo nosso rito processual. O Ministro

²⁸ MAYA, André Machado. O processo penal na sociedade de risco: a persecução penal entre os ideais de liberdade e segurança. In: **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, v. 3, nº 1, jan-jun.2017, p. 99.

Cezar Peluso afirmou, em voto datado de 2015, que “só a pendência do processo criminal representa sempre, do ângulo empírico, perante a sociedade, um estigma, um sinal infamante, reconhecido como tal não apenas por preconceito”²⁹. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, em julgado de 2014, aduziu que o processo penal brasileiro representa significativo “gravame ao *status dignitatis*” daqueles que ocupam o banco dos réus³⁰.

Tratando de defesa criminal na América Latina contemporânea – tema que será amplamente abordado neste estudo em capítulos subsequentes –, Alberto Binder, Ed Cape e Zaza Namoradze ainda trazem à baila o problema inerente à burocratização incutida nos nossos sistemas penais³¹.

No entendimento dos autores, somando-se o funcionamento da administração de justiça com o ensino acadêmico escolástico que praticamos, ou seja, pouco voltado à prática, o resultado não pode ser outro além da formação de um “condicionamento” no profissional da advocacia no momento de entender e praticar os direitos do acusado. Desta forma, se têm advogados debruçados muito mais em questões burocráticas do que efetivamente sobre o interesse concreto de seus assistidos.

Diante de todos estes aspectos em relação à defesa criminal, a conclusão é essencialmente que o direito por si só não é suficiente a ensejar verdadeiramente os objetivos aos quais se presta: garantir a participação efetiva do acusado em sua investigação, processamento e julgamento, de modo a salvaguardar seus direitos fundamentais através de julgamentos mais equânimes e imparcializados.

Se fala, portanto, na garantia à um direito de defesa *efetivo*.

2.2 DIREITO À DEFESA CRIMINAL EFETIVA

María Fernanda López Puleio, com razão, afirma que

²⁹ Voto Min. Ceza Peluso. STF – Tribunal Pleno – RE 593.727 RGME – Rel. Min. p/ Acórdão Gilmar Mendes – j. em 14.05.2015 – Dje 175 de 04.09.2015.

³⁰ STJ – Sexta Turma – RHC 40.821/RS – Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura – j. em 13.05.2014 – DJe de 27.05.2014.

³¹ BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo, 2016, p. 44.

[...], el reconocimiento del derecho a un abogado no resuelve por sí toda la problemática de acceso a la justicia; siendo un elemento determinante de esta última, la provisión a la asistencia legal de medios adecuados para el ejercicio de la defensa.³²

Na esteira das lições da defensora pública argentina, o direito à assistência jurídica jamais pode se conformar com a mera designação de um advogado para o exercício de alguma representação em favor do réu. É preciso que se assegure que a defesa processual seja competente e efetiva, útil, através da oportunização de meios adequados para tanto – como fazem os organismos de proteção de direitos humanos e os próprios Tribunais argentinos, segundo Puleio³³.

Na mesma linha seguem Binder, Cape e Namoradze, quando explicam que tal direito carece de que os advogados sejam propriamente treinados, que sejam compromissados com o papel desempenhado, e que estejam sobretudo disponíveis quando solicitados pelos órgãos jurisdicionais³⁴ – mas não somente isto.

Para além de profissionais competentes, o direito à defesa deve considerar que estes sejam suporte para que o acusado participe de fato nos atos processuais aos quais será submetido – afinal, nisto se resume, como visto, o direito à defesa em si –, amparado tanto pela defesa técnica quando pela própria autodefesa. O suspeito ou acusado deve ser capaz de entender o que está sendo dito, receber informações sobre o suposto delito, ser informado do fundamento das decisões tomadas, ter acesso ao processo e às provas, ser capaz de apresentar provas a seu favor, ser tratado em posição de equidade em relação à outra parte, entre outros³⁵, de modo que a defesa tenha reais possibilidades de confrontar a acusação em juízo³⁶.

³² PULEIO, María Fernanda López. El acceso a um defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos. In: **Revista Das Defensorias Públicas do Mercosul**. Brasília, nº 03, jun. 2013, p. 11.

³³ PULEIO, María Fernanda López. El acceso a um defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos. In: **Revista Das Defensorias Públicas do Mercosul**. Brasília, nº 03, jun. 2013, p. 11.

³⁴ BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo, 2016, p. 06.

³⁵ BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo, 2016, p. 09.

³⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 453.

Claro que para tanto é necessário, inevitavelmente, que existam os tais “meios adequados”, de forma a oferecer a todas as pessoas, inclusive aquelas que não podem custear, uma assistência jurídica absolutamente efetiva.

Tudo isso, essencialmente, se volta à criação de um cenário em que se privilegie o devido processo legal e o julgamento imparcial; que, nos modelos acusatórios de processo penal, se revela como o grande objetivo do trâmite processual penal, sobretudo o oral³⁷. Nas palavras de Heleno Cláudio Fragoso,

A defesa efetiva do cidadão submetido a processo penal constitui interesse público. Como dizia Carrara, não tem o Estado mais interesse na condenação dos culpados do que na absolvição dos inocentes. A defesa, no processo penal moderno, constitui valor que transcende as conveniências do acusado para projetar-se na perspectiva da reta administração da Justiça. Por isso mesmo, o defensor não atua como representante do réu. Suas funções são mais largas e mais amplas. Como afirma Müller Meiningen (Der Verteidiger im heutigem Strafrecht, no volume Schuld Sühne, 1960, 53), a Sociedade que punisse arbitrariamente estaria irremediavelmente comprometida e fadada à dissolução. A defesa é autêntico órgão de controle de auto proteção social”.³⁸

Observando o enorme abismo entre a previsão da lei e a aplicação do direito processual penal, Binder, Cape e Namoradze identificam três níveis para análise da efetividade da defesa criminal, através dos quais baseiam e delimitam sua pesquisa, resumindo o que entendem por defesa criminal efetiva:

- 1º) se há uma estrutura constitucional e legislativa apropriada em matéria de direitos à defesa criminal.
- 2º) se há normas jurídicas, instituições e procedimentos que permitam que esses direitos sejam efetivamente reconhecidos e aplicados.
- 3º) se há cultura profissional apropriada entre aqueles responsáveis por garantir e facilitar o acesso aos direitos à defesa criminal e, em particular, se há profissionais de justiça suficientemente competentes, dispostos e capazes de fornecer, sob parâmetros adequados, assistência jurídica aos suspeitos e acusados.³⁹

Fato é que a prática da formação dos profissionais da advocacia, conforme anteriormente aduzido, aponta para uma lógica em que estes

³⁷ Sabendo-se tratar de uma breve menção ao tema, tenha-se em mente que será retomado com profundidade nos capítulos seguintes deste estudo.

³⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio, **Jurisprudência Criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 203. Apud CAMARGO, Daniel Marques de. A defesa no processo penal. In: **Sessão Artigos**, Jusbrasil. Disponível em <<https://danieldecamargo.jusbrasil.com.br/artigos/121942803/a-defesa-no-processo-penal>>. Acesso em 05. setembro. 2019.

³⁹ BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo, 2016, p. 09.

naturalizem formas de atuação que são prejudiciais aos acusados e investigados – por exemplo, quando os advogados negligenciam o repasse de informações aos seus clientes acerca de seus próprios trâmites investigativos e processuais⁴⁰.

De acordo com parâmetros internacionais estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a defesa criminal deve ser efetiva para que os litigantes possam de fato investigar e propor provas, além de haver tempo suficiente e possibilidade fática para preparo da argumentação defensiva e sobretudo a paridade de armas no que tange à produção e ao controle da prova, tudo objetivando que o julgamento seja verdadeiramente imparcial nos moldes do devido processo legal, ainda que para tanto seja necessária a adoção de medidas de compensação⁴¹.

2.3 DIREITO À DEFESA NO BRASIL E SUAS DEBILIDADES

No Brasil, são previstos no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal⁴², enquanto cláusulas pétreas, portanto, a ampla defesa e o contraditório.

Este último, conduzido – ainda que indiretamente – pela Magna Carta Inglesa de 1215 e pelo texto do Bill of Rights de 1791, é o princípio responsável por trazer os ideais democráticos que perpassam o Estado de Direito para o âmbito do processo penal, através das lições de Elio Fazzalari⁴³, tendo em vista que a possibilidade de participação é um dos pressupostos de legitimidade do exercício da jurisdição sobre os cidadãos, ou “a base ética da jurisdição”⁴⁴.

⁴⁰ BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo, 2016, p. 45.

⁴¹ BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo, 2016, p. 91.

⁴² Redação do art. 5º, inc. LV, da Constituição da República Federativa do Brasil: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: 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”.

⁴³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118.

⁴⁴ FOSCHINI, Gaetano. **Giudicare ed essere giudicati**. Milano: Giuffrè, 1962, p. 13. Apud HARTMANN, Érica de Oliveira. **Processo penal e rito democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa**. Tese

Segundo Piero Calamandrei, é justamente a existência de contraditório que faz com que o processo adote uma imprescindível estrutura dialética⁴⁵, de modo a assumir a contraposição equânime entre acusação e defesa.

Claro que, neste sentido, o direto à defesa em muito se entrelaça com o contraditório processual. Para Érica de Oliveira Hartmann, são ambos interdependentes; ao mesmo tempo, um é pressuposto e efeito do outro⁴⁶.

Seguindo a lógica da efetividade da defesa, já explanada neste estudo, para que se possa promover o diálogo entre as partes é preciso não somente que estas tenham conhecimento do processo ou que possam participar de seus atos, mas que, para além disso, possam ter real possibilidade de influenciar na decisão do magistrado. E, ainda mais importante, ambas as partes devem possuir oportunidades e instrumentos (e neste rol se incluem prazos adequados para manifestação, por exemplo) paritários, para que possam influenciar na mesma medida o teor decisório.

Registre-se que ao juiz se impõe, assim, o dever de ouvir a acusação e a defesa para só então elaborar sua decisão.

Importante salientar que a almejada paridade de armas entre as partes no escopo do processo penal não significa necessariamente a *identidade* de oportunidades e instrumentos conferidos às partes, mas a *equivalência* entre eles, à medida que, por evidente, em uma estrutura processual como a brasileira não há paralelismo entre acusação e defesa; aquela se antecipa a esta em todos os sentidos. Não por outro motivo, admite-se e privilegia-se o princípio *in dubio pro reo*, por exemplo.

Transportando a análise para o atual direito processual penal brasileiro em específico, há pouca efetividade no direito de defesa do acusado, sobretudo no que toca o contraditório.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, mencionando a lição de Jorge de Figueiredo Dias, afirma que o princípio do contraditório opõe-se a uma estrutura puramente inquisitória do processo penal, mas não a processos de

(Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 87.

⁴⁵ CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**. Padova: Cedam, 1954.

⁴⁶ HARTMANN, Érica de Oliveira. **Processo penal e rito democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa**. Tese (Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 88.

mera *essência* inquisitorial, como aqueles surgidos pós-Revolução Francesa⁴⁷ sob a malsucedida pretensão de um sistema processual misto. Nestes, como no brasileiro, se assegura o contraditório – inclusive no panorama geral da garantia do devido processo legal – mas, na prática, tanto a sua efetividade formal quanto a material são amplamente deficitárias, quiçá inexistentes.

A título exemplificativo, Coutinho cita o artigo 563 do Código de Processo Penal⁴⁸, corolário do *pás de nulittè sans grief*, pelo qual o “prejuízo” necessário ao reconhecimento de uma nulidade não passa de um conceito indeterminado, cujo conteúdo será preenchido a depender da convicção do julgador⁴⁹. Ou seja, ainda que constitucionalmente se garanta o contraditório, sequer a lei assegura a equidade entre as partes e a dialeticidade do procedimento.

Outro bom exemplo é a disposição contida no artigo 385 do Código processual⁵⁰, no qual se permite ao juiz condenar mesmo nos casos em que o Ministério Público tenha se manifestado pela absolvição de um acusado. Tem-se, assim, um magistrado atuante sem a necessária provocação jurisdicional (ou em contrariedade com tal provocação), que confunde funções de acusador e de julgador, ignorando contraditório, ampla defesa, imparcialidade e tantos outros princípios constitucionais.

Vê-se clara a feição inquisitória da legislação processual, já que o juiz tem em seu poder toda a gestão probatória, podendo fazer dela o que entender por bem. A correlação entre acusação e sentença quase não se percebe.

Na mesma esteira, Hartmann aduz que, não somente pela feição inquisitória que detém o sistema de justiça criminal brasileiro, mas também por

⁴⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 150. Apud COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 30, 1998, p. 32.

⁴⁸ Redação do artigo 563 do Código de Processo Penal: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”

⁴⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 30, 1998, p. 33.

⁵⁰ Redação do artigo 385 do Código de Processo Penal: “Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.”

isso, a violação do contraditório ocorre ainda pela deficiência de uma defesa criminal efetiva atuante em prol do imputado⁵¹.

Falando em ampla defesa, por sua vez é tida internacionalmente como um direito inserto no arcabouço dos direitos humanos, a partir do momento em que foi consolidada a garantia inerente ao direito de defesa e ao justo processo, reconhecendo-se universalmente o acusado como sujeito de direitos e detentor de plena dignidade.

Como mencionado, o direito à ampla defesa, em conjunto com o contraditório processual, consta na Constituição Federal além de ser salvaguardado pela Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. Sua relação com a regência do princípio dispositivo, ou seja, com um modelo acusatório de processo penal, é evidente, à medida há uma preocupação muito maior com as garantias do acusado – o defensor não é tido como um mero obstáculo à jurisdição, como ocorre na inquisição. Ao menos, é necessário que haja qualquer pretensão acusatória.

Manifestada através da defesa técnica e da autodefesa, esta garantia se traduz tanto no direito de contar com um defensor tecnicamente qualificado – e, como visto, efetivamente apto e investido de meios adequados para exercer a defesa processual penal – quanto no direito a ser ouvido pessoalmente, podendo intervir nos atos processuais através de manifestações e argumentos próprios.

Para tanto, segundo Érica de Oliveira Hartmann,

É necessário, então, criar mecanismos capazes de atribuir ao acusado efetiva competência de ação, ou seja, capacidade de antecipar as ações dos órgãos estatais na reconstrução do fato pretérito e na aplicação do direito, capacidade de se orientar conforme tal atuação, capacidade de controlar o desenvolvimento da persecução penal e, ainda, capacidade de efetivar estratégias hábeis para evitar um resultado negativo do processo para ele. Sem isso, não tem o acusado efetiva capacidade de fazer valer seus direitos.⁵²

⁵¹ HARTMANN, Érica de Oliveira. **Processo penal e rito democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa**. Tese (Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 91.

⁵² HARTMANN, Érica de Oliveira. **Processo penal e rito democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa**. Tese (Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 127.

A complexidade do processo penal contemporâneo enseja a necessidade de que a atividade do imputado esteja atrelada à da defesa técnica, ainda que contra a vontade daquele, como única maneira possível de estabelecer o equilíbrio processual⁵³. Não por outra razão, ambos, acusado e defensor, devem se portar como dois órgãos de uma mesma figura em prol da defesa criminal efetiva – tendo em mente que um não substitui o outro.

Novamente em decorrência de nossa tradição inquisitória, porém, a importância da ampla defesa não está devidamente consolidada no sistema penal brasileiro de forma geral, sobretudo no que tange à primeira fase da persecução penal, como adiante se elucidará pormenorizadamente.

Retrato desta deficitária realidade foi pintado pelos autores Rafael Custódio, Isadora Fingermann e Maíra Zapater, quando apresentam dados brasileiros acerca da defesa dativa e da Defensoria Pública, colhidos no estado de São Paulo⁵⁴, concluindo que aqueles réus defendidos por advogados particulares, de forma geral, têm acesso a uma defesa de melhor qualidade.

Isto porque, segundo o estudo empírico, tanto para os profissionais da Defensoria Pública quanto para os conveniados pela Ordem dos Advogados do Brasil, quais sejam, os advogados dativos, não é exigido rigor no que tange ao contato prévio e eficiente com o assistido durante o decorrer do trâmite processual, sobretudo os que estejam restringidos de liberdade⁵⁵.

Especificamente quanto à Defensoria, observa-se uma grave insuficiência estrutural, que, claro, contribui para que este órgão – o responsável pela maior parte das defesas criminais no Brasil – não seja capaz de exercer suas competências constitucionais de forma plena, tanto no sentido quantitativo quanto no sentido qualitativo. A estruturação das Defensorias Públicas brasileiras é urgente para que se leve a sério o direito à defesa.

⁵³ CAROCA, Alex. La defensa em el nuevo Proceso Penal. In: **Revista Chilena de Derecho**, v. 29, nº 02, 2002, p. 288.

⁵⁴ A pesquisa empírica fora realizada a partir de levantamento de dados e da observação da Justiça Estadual Criminal do Estado de São Paulo, segundo os autores, escolhido em razão da sua representatividade (maior população, maior número de processos, maior população carcerária e maior estrutura Judiciária do país). Ainda, o estudo contou com entrevistas com delegados, promotores de justiça, juizes, defensores públicos, advogados particulares e advogados dativos.

⁵⁵ CUSTÓDIO, Rafael; FINGERMAN, Isadora; ZAPATER, Maíra. Análise por país. Brasil. In: BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo, 2016, p. 205.

Mas foi na atuação dos defensores dativos que se observou, segundo as pesquisas, a maior incidência de práticas defensivas deficientes. Isto porque foram identificados dois grandes perfis entre estes advogados: aqueles recém-formados, que o fazem para garantir alguma prática jurídica, e aqueles que, havendo pouco espaço no mercado de trabalho, o fazem como fonte de renda. Sendo baixos os valores dos honorários, são compelidos a assumir o maior número possível de casos em todas as áreas, comprometendo a qualidade de seu trabalho⁵⁶.

A conclusão não poderia ser diferente: ainda que, no sentido amplo, a os direitos de defesa no Brasil sejam formal e materialmente insuficientes, aqueles que não podem arcar com o custo de um advogado particular ficam ainda mais significativamente desassistidos.

Tendo em vista que o sistema de justiça criminal brasileiro não passa de uma máquina seletivadora e estigmatizante que escolhe a dedo suas vítimas com base em cor e classe social, não é outro o desfecho: a esmagadora maioria dos investigados, acusados e apenados no bojo da persecução penal é amparada por uma assistência jurídica gravemente deficitária.

Conclui a defensora pública Érica de Oliveira Hartmann:

De qualquer sorte, é preciso compreender que uma sociedade democrática exige a tutela da liberdade de seus cidadãos, limitando o poder do Estado. E a proteção dessa liberdade encontra guarida inclusive na garantia e efetivação do direito à ampla defesa que têm todos os cidadãos, igualmente, porque decorrência, em suma, da dignidade humana.

Assim, desrespeitado o direito de defesa de um – independente de quem for – desrespeita-se o direito de todos. Pensar que só os “cidadãos de bem” têm esse direito é adotar o “discurso do inimigo” que criou o direito penal do inimigo e o processo penal do inimigo. Não devem existir diferenças. Todos os que são submetidos à persecução penal têm o mesmo direito de ampla defesa, que deve ser assegurado, em nome dos postulados do Estado democrático de direito.

Para além de ampla defesa e contraditório, o ordenamento jurídico penal brasileiro ainda considera outros direitos inerentes a uma defesa efetiva; entre eles, o direito de investigar o caso, o direito a tempo e instalações

⁵⁶ CUSTÓDIO, Rafael; FINGERMAN, Isadora; ZAPATER, Maíra. Análise por país. Brasil. In: BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo, 2016, p. 206.

adequadas para preparo da defesa e o direito à paridade de armas na inquirição de testemunhas⁵⁷ – todos, lamentavelmente, mitigados ou desconsiderados na prática criminal.

Por exemplo, a ausência de contato prévio entre defensor e acusado durante o processo penal impacta diretamente o exercício do direito à inquirição de testemunhas, praticamente impossibilitando-o, de forma que a paridade de armas resta seriamente comprometida.

Por fim, no escopo do tópico nº 2.2 deste estudo, em que se trata da efetividade da defesa criminal, citou-se os seus três “níveis” de análise, desenvolvidos por Binder, Cape e Namoradze: (1º) existência de uma estrutura constitucional e legislativa apropriada; (2º) existência de normas jurídicas, instituições e procedimentos que permitam que os direitos à defesa sejam de fato aplicados; e (3º) existência de “cultura profissional” apropriada entre os responsáveis pela garantia do acesso à defesa criminal e de profissionais suficientemente competentes, dispostos e capazes de fornecer assistência jurídica⁵⁸.

A análise do cenário brasileiro revela que não somos hábeis a preencher nenhum destes requisitos. Em que pese a estrutura constitucional seja suficientemente adequada, no sentido de garantir o direito à defesa e delinear os meios adequados para tanto, além de propor feições acusatórias ao processo penal, a legislação penal – sobretudo os octogenários Código Penal e Código de Processo Penal – não segue o mesmo caminho; atravessando direções opostas em alguns pontos que deveriam ser de convergência.

Também por isso, não contamos com instituições e procedimentos idôneos do ponto de vista da defesa criminal; e, aqui, tome-se como exemplo o procedimento previsto pela Lei nº 11.343/2006, a chamada Lei de Drogas, que, trazendo um rito próprio, originalmente previa que o interrogatório do réu seria a primeira providência a ser tomada durante a audiência de instrução. Tal disposição, por evidente, vai de encontro à ampla defesa e ao contraditório⁵⁹.

⁵⁷ CUSTÓDIO, Rafael; FINGERMAN, Isadora; ZAPATER, Maíra. Análise por país. Brasil. In: BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo, 2016, p. 219.

⁵⁸ BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo, 2016, p. 09.

⁵⁹ A partir do ano de 2016, foi finalmente decidido pelo Supremo Tribunal Federal durante o julgamento do HC nº 127.900/AM, de relatoria do Min. Dias Toffoli, que à Lei 11.343/06

Destaque-se, ainda, a título exemplificativo, a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal⁶⁰, cuja interpretação atribuída – ou *umas das interpretações* – consiste em considerar que a “deficiência” de defesa em âmbito processual é uma nulidade relativa, à medida que necessária a comprovação de prejuízo para o réu; compreensão que se extrai da disposição do já criticado art. 563 do Código de Processo Penal.

Aury Lopes Jr., sobre o tema, afirma:

É elementar que as nulidades relativas acabaram se transformando em um importante instrumento a serviço do utilitarismo e do punitivismo, pois é recorrente a manipulação discursiva para tratar como mera nulidade relativa àquilo que é, inequivocamente, uma nulidade absoluta. Ou seja, a categoria de nulidade relativa é uma fraude processual a serviço do punitivismo.⁶¹

A interpretação de que a deficiência de defesa gera uma nulidade relativa é, ainda, em alguma medida um contrassenso: sendo um recurso voluntário, o qual não pode ser reconhecido de ofício pelo juízo, o requerimento a seu respeito deve ser feito pela própria parte, ou melhor, por seu assistente técnico – justamente aquele cuja atuação se afere deficiente. Nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira, parece bastante improvável que o procurador, nestes termos, se disponha a demonstrar sua própria atuação deficitária⁶².

Na mesma linha, afirma Érica de Oliveira Hartmann que a vigência desta Súmula ilustra a despreocupação das Cortes com a ampla defesa efetiva no processo penal brasileiro, à medida que se torna um mero argumento retórico para o não reconhecimento da nulidade processual absoluta quando se verificar a ineficácia da defesa técnica⁶³ – acontecimento, como visto, completamente corriqueiro no contexto brasileiro.

deveriam irradiar os preceitos do processo penal democrático e acusatório, conforme tenta estabelecer a Constituição Federal, à luz do contraditório e da ampla defesa, aplicando-se ao procedimento especial a norma contida no art. 400 do Código de Processo Penal. Assim, o interrogatório passa a ser, também, o último ato realizado no bojo da audiência instrutória. A partir de então, seriam tidos como nulos os processos cuja instrução se desse no primeiro ato da instrução.

⁶⁰ Súmula 523, STF: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

⁶¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 934.

⁶² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 452.

⁶³ HARTMANN, Érica de Oliveira. **Processo penal e rito democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa**. Tese

Claro que ainda se pode vislumbrar um aspecto consideravelmente mais pragmático acerca desta disposição: admitindo que a “simples” deficiência defensiva enseja nulidade absoluta, os Tribunais Superiores teriam que receber e julgar um enorme contingente de arguições neste sentido e, ainda, possivelmente, analisar novamente todos estes processos, já que anteriormente nulos. Mais fácil, portanto, a interpretação pela nulidade relativa.

Por fim, no que tange à proposta “cultura profissional” adequada, não obstante o elevadíssimo número de advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, como já se tratou, a estrutura do sistema penal de forma geral impede que estes possam trabalhar de forma absolutamente efetiva, a exemplo da recusa dos órgãos judiciários em permitir que defensor e acusado possam conversar de forma privada, sem a presença ou a interferência de agentes policiais.

A situação se agrava exponencialmente quando se trata de defensores públicos, cuja atuação não encontra qualquer base estrutural minimamente suficiente, e de advogados dativos, que não raro atuam sem experiência jurídica anterior, como visto.

3 DO INQUÉRITO POLICIAL BRASILEIRO: A FALÁCIA DA AMPLA DEFESA

3.1 A FUNÇÃO DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E A INADEQUAÇÃO BRASILEIRA: UMA INVERSÃO DE PAPÉIS

Partindo da premissa que, como exposto supra, o Processo Penal brasileiro consiste em um “ato de violência para com o cidadão” – ainda que se tenha em mente que sua real função é justamente a de colocar freios na atuação punitiva estatal –, a análise se volta agora à fase investigativa preliminar do processo.

Em primeiro lugar, a persecução penal é usualmente concebida considerando-se as etapas (i) processual, destinada à resolução do caso penal através do julgamento imparcial pelo órgão estatal competente, e (ii) pré-processual, na qual serão realizados os trâmites investigativos destinados à obtenção de uma mínima carga elementar sobre um determinado (suposto) fato típico delituoso a partir de uma notícia de crime. De forma geral, os sistemas processuais promovem separações tênues ou rígidas entre as fases, a depender da lógica do modelo.

Podendo ser de natureza jurídica de procedimento administrativo ou judicial conforme é conduzida – com ou sem intervenção efetiva de membros do Poder Judiciário –, certo é que a etapa investigatória é dotada de autonomia e instrumentalidade, à medida que concebida enquanto “obstáculo” processual. Isto porque, ao oferecer – ou não – uma base concreta para acusação (traduzida em indícios de probabilidade de autoria e de materialidade de um suposto delito), permite ao acusador decidir se irá apresentar uma acusação formal, e ao juiz se receberá tal acusação.

É, portanto, *instrumento* a serviço do *instrumento-processo*. Não se trata de “fazer justiça”, mas de assegurar o eficaz funcionamento da justiça⁶⁴ ao passo que visa evitar ao máximo o oferecimento de acusações infundadas ao Judiciário.

⁶⁴ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99.

Como fundamento democrático, justificar a deflagração de ação penal em face de um indivíduo é de absoluta importância, portanto; sobretudo quando consideradas as já abordadas questões problemáticas tão intrínsecas ao processo penal brasileiro atual.

É importante repisar que aqui se trata de um momento pré-processual, que não integra, ou não deveria integrar, a instância que se instaura tão somente com a propositura da ação penal⁶⁵.

Não é demais afirmar, por isso, que a investigação preliminar assume a função democrática não de apenas filtro, mas filtro “racionalizador” do *jus puniendi* estatal.

Explica-se.

Desde o momento em que é instaurado, o direito processual penal é frequentemente um mecanismo causador de aflição e dor ao imputado; uma “pena” por si só, à medida que é capaz de afetar gravemente o *status dignitatis* do sujeito alvo da acusação⁶⁶.

Segundo Aury Lopes Jr., o processo penal encerra um conjunto de “penas processuais” que fazem com que o ponto nevrálgico seja precisamente saber se deve-se ou não acusar⁶⁷.

Neste sentido, é de suma importância que o Estado, enquanto detentor do monopólio do poder de punir – e, conseqüentemente, como aquele ente que dará ensejo ao “sofrimento processual” – garanta que a persecução penal seja a mais justa e idônea possível. Quer dizer, que a acusação penal formal seja rodeada de elementos sérios (estes, colhidos na investigação preliminar) que a balizem, de forma que seja evitada ao máximo a estigmatização injusta, ou *ainda mais injusta*, de um sujeito inocente. Toda a lógica se volta à proteção da sociedade contra eventuais abusos do poder estatal persecutório.

Há de se considerar, ainda, que ao processo penal recai um custo financeiro à coletividade, além daquele psicológico do qual se tratou nos tópicos anteriores deste estudo. A investigação preliminar serve, também, para

⁶⁵ POLI, Camilin Marcie de. **O Inquérito policial e sua utilização na fase processual penal:** (des)conformidade com o devido processo legal. Dissertação (Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

⁶⁶ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 106.

⁶⁷ LOPES Jr., Aury. A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. In: **Revista de Direito Penal**, nº 4, out-nov. 2000, p. 1.

minimizá-lo, quando tenta reduzir racionalmente o número de acusações sem fundamento.

Como não poderia ser diferente, no Brasil a base normativa da investigação preliminar não se pauta (ou não deveria se pautar) tão somente no Código de Processo Penal, tendo em vista seu eminente emparelhamento com um sistema inquisitivo de processo.

A supremacia da Constituição – que indiretamente prevê um modelo processual penal acusatório, em óbvio e positivo descompasso com a legislação de 1941 – incide inclusive sobre a fase preliminar do processo penal, fazendo nascer o que Leonardo Marcondes Machado chamou de “investigação criminal constitucional”⁶⁸. A ideia é que o espaço da investigação preliminar seja, também, ferramenta para efetivação de direitos constitucionalmente dispostos.

Para que tal projeto se concretize plenamente, é necessário que a investigação preliminar sofra ainda um ajuste de convencionalidade⁶⁹, quer dizer, a adequação à legislação penal internacional a qual o Brasil figura como signatário, justamente no intuito de proteger os direitos humanos nesta seara.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, de que já se tratou previamente neste estudo, é um perfeito exemplo de diretriz a ser adotada na legislação interna brasileira.

Pretende-se, desta forma, que a base normativa da etapa preliminar do processo penal seja dupla, constitucional e convencional, porque urge a sedimentação de uma racionalidade jurídica e política voltada à tutela e ao desenvolvimento de garantias individuais.

O papel do juiz nesta seara, claro, deve ser direcionado à construção de uma persecução penal democrática e constitucional – portanto, modulada segundo um sistema processual penal acusatório, de forma a manter a gestão da prova pelas partes e promover a equidistância entre acusação e defesa em relação ao juízo –, garantindo uma base suficientemente imparcializada. O ideal para tanto é que sua atuação seja bastante limitada e se restrinja ao controle da legalidade e garantia do respeito aos direitos fundamentais do

⁶⁸ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 110.

⁶⁹ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 110.

investigado, longe de instruir a investigação policial ou participar de seus atos⁷⁰.

No Brasil, são previstas algumas espécies de investigação preliminar, a depender essencialmente do órgão que a conduz. São, entre outras, as comissões parlamentares de inquérito, sindicâncias, e sobretudo as investigações policiais. Estas, por serem amplamente mais utilizadas, serão objeto da presente análise.

Abordando o inquérito policial, então, agora em uma faceta um tanto mais pragmática, é preciso se ter em mente que este é um projeto autoritário, desenvolvido em 1937 sob forte inspiração do fascista “Código Rocco”. Apesar da roupagem constitucional e garantista com a qual se tenta, hoje, com algum esforço vesti-la, a essência desta modalidade investigativa não pode ser deixada de lado, à medida que ainda sigiloso, escrito e inquisitivo. Se fala, por isso, em uma “crise do inquérito policial”⁷¹ – ele é consideravelmente incompatível com os mandamentos constitucionais.

Comportando natureza jurídica de um procedimento administrativo pré-processual, o inquérito policial é conduzido pela Polícia Judiciária⁷², no intuito de, nos termos do Código de Processo Penal, apurar “infrações penais e sua autoria”⁷³. Assim, as atividades investigativas policiais contemplam, entre outros, o isolamento do local do crime, a apreensão de objetos relacionados ao fato, a colheita de provas, a oitiva do ofendido e do indiciado.

Algumas poucas vantagens contrastam com os inúmeros prejuízos inerentes à adoção do inquérito policial como forma majoritária de investigação preliminar. A título de exemplificação, ao passo que a atuação da polícia judiciária é mais abrangente (considerando um país de grandes dimensões como é o Brasil) e mais barata, ela também é muito mais eivada de discricionariedade para seleção de condutas e agentes, além de estar muito

⁷⁰ LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. In: **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 8, nº 16, set-dez. 2016. p. 57.

⁷¹ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 221.

⁷² Apesar da nomenclatura atribuída pela Constituição Federal, a Polícia Judiciária não exerce atividade judiciária ou processual de fato; suas atividades têm caráter administrativo.

⁷³ Redação do artigo 4º do Código de Processo Penal: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.”

mais suscetível à contaminação política⁷⁴ do que eventuais outros meios de investigação.

Importa mencionar que o procedimento investigativo dependerá da intervenção judicial – esta, portanto, contingente e excepcional – sempre que houver necessidade de aplicação de medidas restritivas de direitos fundamentais do investigado. É neste ponto que, repita-se, deve o juiz atuar como garante destes direitos.

De qualquer forma, o inquérito policial não detém uma estrutura minimamente dialética, como tem, ou deveria ter, o processo penal. Os poderes na seara preliminar estão fortemente concentrados na autoridade policial, restando ao investigado uma participação limitada, mínima, nas conclusões obtidas ao fim da investigação.

Suas principais características, então, permeiam a inquisitorialidade, o sigilo, a escritura e a dispensabilidade⁷⁵.

Como dito, esta modalidade de investigação pré-processual assume o condão de ato administrativo. Suas funções se resumem a, além de justificar a deflagração ou não do processo penal, embasar medidas cautelares e outras restrições de direitos adotadas no curso da fase preliminar⁷⁶ pela autoridade judiciária.

O que se propõe a produzir, portanto, são *atos de investigação* – e não atos de prova. A diferença entre ambos consiste, basicamente, na sua finalidade:

- [...] os atos de investigação (instrução preliminar):
- a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese;
 - b) estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos;
 - c) servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza;
 - d) não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidas;
 - e) servem para a formação da *opinio delicti* do acusador;

⁷⁴ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 130.

⁷⁵ POLI, Camilin Marcie de. **O Inquérito policial e sua utilização na fase processual penal: (des)conformidade com o devido processo legal**. Dissertação (Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 171.

⁷⁶ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 205.

- f) não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus comissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não processo (arquivamento);
- g) também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional;
- h) podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária.⁷⁷

Evidente, portanto, a razão pela qual o valor probatório dos atos produzidos na seara da investigação preliminar serem limitados e restritos ao âmbito “endoprocedimental” – o inquérito policial jamais deveria poder gerar elementos de convicção valoráveis na sentença para justificar uma condenação, pelo simples fato de que abre mão de garantias constitucionais e convencionais mínimas (jurisdição, ampla defesa, contraditório) em prol da racionalidade inquisitiva que o permeia.

Ocorre que o Código processual penal, em seu artigo 12⁷⁸, dispõe que o inquérito policial deve acompanhar a denúncia ou a queixa quando a elas servir de base. Em tal normativa, segundo Camilin Marcie de Poli, “reside o grande problema da estrutura processual vigente”, à medida que as peças informativas influenciam o julgador no momento da decisão do caso penal⁷⁹.

Não por outro motivo, talvez em uma tentativa de adequação, o Código de Processo Penal⁸⁰ ainda preconiza que o conteúdo resultado de investigação prévia deve ser *repetido*, ou seja, colhido novamente sob o crivo da ampla defesa, do contraditório, e todos os demais direitos salvaguardados pela Constituição Federal e pelos Tratados Internacionais⁸¹.

Necessário frisar que a “repetição” imposta pela legislação penal em nada se assemelha com alguma “reprodução” que se venha a promover.

⁷⁷ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 321.

⁷⁸ Redação do artigo 12 do Código de Processo Penal: “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.”

⁷⁹ POLI, Camilin Marcie de. **O Inquérito policial e sua utilização na fase processual penal: (des)conformidade com o devido processo legal**. Dissertação (Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 176.

⁸⁰ Precisamente em seu artigo 155, cuja análise minuciosa e outras considerações sobre o tema serão realizadas no subtópico seguinte.

⁸¹ Rápida menção se faz necessária às chamadas provas não repetíveis, ou seja, aquelas que têm de ser realizadas imediatamente, ainda no bojo da investigação preliminar, sob pena de perecimento ou impossibilidade de posterior análise (a exemplo das perícias). A estas foi destinado o “incidente de produção antecipada de provas”, uma medida excepcional de jurisdicionalização da atividade probatória no curso do inquérito, através da observância irrestrita da ampla defesa e do contraditório.

Segundo Lopes Jr. e Gloeckner, a mera leitura do testemunho anteriormente realizado não configura repetição, mas tão somente a reprodução do ato, já que as já mencionadas garantias mínimas não podem se fazer presentes em tais termos⁸².

Por isso, claro, equivocada (e inconstitucional) a prática tão comum no cotidiano judiciário brasileiro, consistente na leitura em juízo de documentos produzidos no escopo do inquérito policial, inclusive para fundamentação de sentenças condenatórias.

Saliente-se que não há uma etapa intermediária, no Brasil, entre a investigação preliminar e a fase processual da persecução penal, o que significa que não há um juízo de contraditório e de pré-admissibilidade da acusação. As implicações desta ausência serão adiante explanadas.

Como provisória conclusão, somente para que se tenha em mente a realidade da investigação preliminar brasileira – tema que será explanado nos itens seguintes –, as palavras de Aury Lopes Jr.:

Os juízes apontam para a demora e a pouca confiabilidade do material produzido pela polícia, que não serve como elemento de prova na fase processual. Os promotores reclamam da falta de coordenação entre a investigação e as necessidades de quem, em juízo, vai acusar. O inquérito demora excessivamente e, nos casos mais complexos, é incompleto, necessitando de novas diligências, com evidente prejuízo à celeridade e à eficácia da persecução. Por outro lado, os advogados insurgem-se, com muita propriedade, da forma inquisitiva como a polícia comanda as investigações, negando um mínimo de contraditório e direito de defesa, ainda que assegurados no art. 5º, LV, da Constituição, mas desconhecidos em muitas delegacias brasileiras.⁸³

3.1.1 As “penas da investigação”

A despeito de toda a teoria, a prática inerente ao sistema de investigação preliminar brasileiro não corresponde com a sua função de evitar as “penas do processo”.

⁸² LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 324.

⁸³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 308.

Ocorre que, ao invés de inibir a dor e a estigmatização causadas a um indivíduo pelo simples fato de ser réu em um processo penal, a etapa instrutória prévia, no Brasil, acaba por potencializar tal aflição.

Para Francesco Carnelutti,

O castigo, infelizmente, não começa com a condenação, senão que começou muito antes, com o debate, a instrução, os atos preliminares, inclusive com a primeira suspeita que recai sobre o imputado.⁸⁴

Machado, então, elenca quatro aspectos da racionalidade da etapa investigativa a partir dos quais identifica as possíveis raízes da dor por ela causada: (i) busca da verdade, (ii) combate ao inimigo, (iii) burocracia banal, e (iv) espetáculo criminal⁸⁵. Far-se-á uma breve exposição acerca de cada um deles.

Inicialmente, mencione-se que a questão da busca pela “verdade” no escopo do processo penal será a frente analisada e debatida; aqui, se além especificamente ao momento investigativo preliminar.

Ainda nos tempos atuais, em que tanto já foi debatido – e refutado – sobre a (in)viabilidade de descoberta de alguma verdade real no âmbito de um processo⁸⁶, certo é que muitos dos mecanismos disponíveis à investigação preliminar no Brasil tomam a descoberta de uma “realidade absoluta dos fatos” como objetivo. Indubitável que tal concepção está incrustada na racionalidade do sistema de justiça criminal brasileiro como um todo, demonstrando por si só as nossas veias inquisitivas.

A incoerência é clara e evidentes são as consequências negativas impressas pela vigência deste tipo de lógica investigativa.

Começando pela óbvia impossibilidade de “redescoberta” da verdade real, o processo penal se utiliza das provas para tentativa de reconstrução do

⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2004, p. 36

⁸⁵ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 58.

⁸⁶ Não se pode deixar de citar a obra de Francesco Carnelutti, **Verità, dubbio, certezza** (1965), que desde meados dos anos 1900 aborda a esterilidade da discussão acerca da prevalência da verdade real ou formal no escopo do processo penal.

fato sob julgo, e aqui entra a função do magistrado enquanto “historiador de pequenas histórias”⁸⁷.

A questão é que não se pode revelar um fato pretérito em todas as suas particularidades e detalhamentos pelo simples fato de que já aconteceu e não acontecerá novamente. Os referenciais de tempo, espaço e lugar, uma vez ultrapassados, jamais poderiam ser repetidos integralmente precisamente por conta da pluralidade de facetas que os compõem. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho compara a verdade com uma figura geométrica poligonal tridimensional: só se pode receber a percepção de algumas de suas faces de cada vez; aquelas que estão na sombra, ainda que integrem o todo, não serão percebidas⁸⁸. Ter acesso ao “todo” passado é uma impossibilidade em si, e jamais se poderia tomar uma “parte” como o “todo” que é a verdade.

Neste sentido, a importância do inquérito policial deveria se restringir ao filtro das informações úteis, e assim “dizer quem deve ser ouvido, e não o que foi declarado”⁸⁹.

Ademais, a tentativa desde logo inócua de reconstrução de um acontecimento passado dá margem para que uma série de abusos e arbitrariedades sejam justificados e legitimados.

Trata-se, nas palavras de Vera Malaguti Batista, de uma forma de averiguação de fatos estruturada a partir de uma relação de força entre quem exerce o poder e o “objeto” analisado⁹⁰.

A proximidade entre a investigação preliminar, neste quesito, e o modelo inquisitorial de processo penal é inequívoca.

Maurício Stegemann Dieter ressalta inclusive a “fome investigativa” que deteriora o estilo inquisitorial, fazendo com que o inquisidor – neste caso, a autoridade policial investigadora – desencadeie uma insaciável busca pela *verdade* oculta. Sem freios normativos ou éticos, e tendo à disposição os mais variados instrumentos, este garante sempre o absoluto êxito da investigação,

⁸⁷ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de: MILLAN, Carlos Eduardo Trevelin. 2. ed. São Paulo: Editora Pillares, 2009, p. 29.

⁸⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 30, 1998, p. 36.

⁸⁹ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 317.

⁹⁰ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 24.

“reafirmando a eficiência do método a despeito das inúmeras mortes necessárias para lubrificar suas engrenagens”⁹¹.

Adiante, o segundo aspecto identificado por Machado como fator multiplicador de aflição é o que denomina “investigação de combate”⁹², exprimindo o fato de que, para muitos, o espaço da etapa preliminar investigativa é um campo de batalha entre os agentes do direito e a “criminalidade” e a “violência” causada pelos indivíduos delinquentes, em uma fracassada busca pela “paz social”. Em suma, a concretização de um Direito Penal do Inimigo.

Isto porque o sistema de justiça criminal brasileiro de forma geral é envolto por esta racionalidade bélica, legitimante do exercício do poder punitivo através de uma “absolutização do valor segurança”⁹³. Significa dizer, em poucas palavras, que assumimos a vigência de um Estado de polícia, em que vale mais a violência – seja física, seja aquela expressada por meio de relações de poder e autoridade – do que a concretização democrática da lógica constitucional, que se pretende muito mais horizontalizada.

O grande problema deste discurso maniqueísta é precisamente tratar o delito (neste caso, o *suposto* delito) como um dano social, e, conseqüentemente, o (*suposto*) delincente como um inimigo à sociedade “de bem”. A política criminal desenvolvida por um Estado que encara a criminalidade por estas lentes não pode ser outra senão aquela de intervenção máxima através de uma racionalidade militarizada. Como consequência, garantias individuais mínimas ou nulas em relação ao selecionado inimigo social⁹⁴.

O seguinte óbice relacionado à primeira etapa da persecução criminal diz respeito à banalização da investigação nos moldes brasileiros, segundo Leonardo Marcondes Machado. Em suma, temos uma fase investigativa cujas

⁹¹ DIETER, Maurício Stegemann. O sistema de investigação criminal brasileiro e o Novo Código de Processo penal que se anuncia. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de (Org.). **O Novo Processo Penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 48.

⁹² MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 61.

⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGAIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal**. v.1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 59.

⁹⁴ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 63.

engrenagens são impulsionadas por funcionários (no que se incluem as autoridades) “cumpridores de tarefas”⁹⁵, impossibilitados de ver além das ordens que sistematicamente cumprem ou de perceber o local que ocupam no sistema de justiça criminal⁹⁶.

As ‘tarefas’ às quais são ordenados, por sua vez, não passam de disposições legislativas impressas no autoritarismo dos Códigos Penal e de Processo Penal, que, como se sabe, vigem em amplo desalinho com as previsões constitucionais. O resultado é uma operação de criminalização desmedida porque mecanizada e burocratizada, evidentemente inquisitiva, reduzida a operacionalização de modelos padronizados.

Tratando sobre a excessiva formalização de um sistema de justiça criminal não oral, Alberto Binder afirma que há uma impossibilidade de identificação dos atores do sistema de justiça criminal na lógica de um expediente burocrático:

No se encuentra al agresor, ni a la víctima, ni la comunidad participa; todos quedan convertidos en hojas de papel, en actas redactadas con un lenguaje uniforme y artificial (nadie habla ya en el español forense y antiguo de nuestras actas).⁹⁷

Claro que, nesta seara, o predomínio da racionalidade burocrática se dá tão somente na “processualização” dos dados e das informações colhidas e no trato com os sujeitos da investigação. A violação de direitos fundamentais é cotidiana, e cite-se como exemplo as invasões de domicílio, ameaças, buscas e apreensões sem mandado judicial. Disto, a burocracia passa longe.⁹⁸

⁹⁵ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 78.

⁹⁶ Quase como forma de ilustração, Leonardo Marcondes Machado utiliza a figura dos sujeitos “Eichmann” de Hannah Arendt. A filósofa, em sua obra “Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal”, explana a biografia de Adolf Eichmann (1906-1962), tenente-coronel do exército alemão durante o regime nazista, conhecido por sua importante participação na “Solução Final” judaica. A proximidade com a questão dos servidores que atuam na investigação preliminar se dá pelo fato de que Eichmann não passava, também, de um funcionário cumpridor de ordens, ordinário e medíocre, desinteressado pelas razões e/ou consequências de seus atos – sejam eles administrativos, seja participando fielmente do extermínio da população judaica. Era capaz tão somente de obedecer aos comandos superiores, e o fazia sem questionar. Segundo a autora, “sua responsabilidade encerrava no cumprimento desta tarefa”, sem quaisquer preocupações ulteriores a não ser, claro, sua carreira individual dentro da corporação, ainda que sem grandes aspirações.

⁹⁷ BINDER, Alberto. **Elogio de la audiencia oral**. México: Coordinación Editorial, 2014, p. 37.

⁹⁸ DIETER, Maurício Stegemann. O sistema de investigação criminal brasileiro e o Novo Código de Processo penal que se anuncia. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, L.

Por fim, trata-se de uma investigação criminal altamente espetacularizada pela sociedade. Significa dizer que a “sociedade do espetáculo”⁹⁹ faz com que a investigação preliminar se torne um local disponível ao público para que decida, por si, a responsabilidade penal cabível a um determinado sujeito em um contexto específico – informações acessadas, não raro, através da grande mídia sensacionalista.

O mesmo maniqueísmo injustificado que coloca o investigado no patamar de inimigo social gera um inesperado fascínio pelo crime e pelo criminoso. Estes automaticamente perdem a formal qualificação de “suposto” aos olhos dos espectadores, agora julgadores, que nutrem incondicional “fé nas penas” como alternativa singular ao apaziguamento social. Isto porque, bestializados com o cenário processual ao qual assistem, colocam o réu novamente em uma situação de “coisa”; vendo-se como homens de outra raça em comparação àqueles enjaulados como animais¹⁰⁰. Estão, portanto, na confortável posição de julgar – e condenar – sem a mínima necessidade de empatia.

Nas palavras de Francesco Carnelutti,

Assim como a atitude do público voltado aos protagonistas do drama penal é a mesma que tinha, uma vez, a multidão para com os gladiadores que combatiam no circo, e tem ainda, em alguns países do mundo, para a corrida de touros, o processo penal não é, infelizmente, mais que uma escola de incivilização.¹⁰¹

O sistema criminal, então, se torna objeto de entretenimento a partir do momento em que se inicia o julgamento antecipado de um indivíduo pela sociedade; e, sobretudo, quando o veredicto popular é simplesmente legitimado pelo trâmite processual penal.

O problema decorrente desta situação é perfeitamente exemplificado com a realidade vivida no Brasil nos últimos anos a partir das mega-operações

G. Grandinetti Castanho de (Org.). **O Novo Processo Penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 51.

⁹⁹ DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1977, p. 13. Apud MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 78.

¹⁰⁰ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de: MILLAN, Carlos Eduardo Trevelin. 2. ed. São Paulo: Editora Pillares, 2009, p. 07.

¹⁰¹ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de: MILLAN, Carlos Eduardo Trevelin. 2. ed. São Paulo: Editora Pillares, 2009, p. 06.

policiais envolvendo agentes políticos e funcionários públicos. Independente de qualquer crítica que se teça às investigações em si, fato é que o sistema de justiça criminal de forma geral busca se amoldar ao clamor punitivo social para alimentar o espetáculo e, claro, o seu próprio papel “heroico” neste contexto. Ao contrário, nas palavras de Machado, aqueles agentes estatais dissidentes são rotulados como partidários da criminalidade e simpáticos à desordem social¹⁰².

A presunção de inocência e outras garantias individuais são fortemente ignoradas mais uma vez, agora para servir ao entretenimento popular.

Não se questiona, portanto, que o poder de investigação atribuído à polícia judiciária deve ser controlado de forma rígida em Estados que, como o nosso, se pretendam democráticos.

Para Dieter,

Isto produz a ‘policialização do processo penal’, expressão que resume a limitação ao direito de defesa, a inversão do ônus da prova, a restrição à publicidade do processo, a desconsideração dos sigilos e do direito à privacidade, a relativização da nulidade das provas e a fixação de competências extraordinárias provocadas por esta mudança conceitual na atividade policial. Solenemente, violam-se os princípios constitucionais da ampla defesa, da presunção da inocência, do direito à intimidade, sigilo e vida privada, da proibição de provas ilícitas e do juiz natural em nome do sucesso (inevitável) ao final da investigação.¹⁰³

É sob tal conjuntura que se fala, em analogia às “penas do processo”, em “penas da investigação”.

3.2 A CARGA DEFINIDORA DE COGNIÇÃO DO JUÍZO PELO INQUÉRITO POLICIAL: “UM CENÁRIO DE DESAMOR À DEMOCRACIA”

Conforme mencionado supra, o modelo de processo penal brasileiro não estabelece uma separação rígida entre as fases investigativa e processual; não há uma etapa intermediária – da qual se tratará aprofundadamente adiante

¹⁰² MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 83.

¹⁰³ DIETER, Maurício Stegemann. O sistema de investigação criminal brasileiro e o Novo Código de Processo penal que se anuncia. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de (Org.). **O Novo Processo Penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 50.

– como há nos novos sistemas processuais penais verdadeiramente acusatórios.

Isto significa, em poucas palavras, que o juiz competente para processar e julgar a ação penal, se esta existir, terá pleno e irrestrito acesso ao conteúdo produzido no escopo da investigação preliminar.

Não se pode deixar de salientar, desde logo, a evidente contradição com o modelo sustentado pela Constituição Federal.

É certo que a Reforma processual de 2008 tentou propor uma alternativa a esta condição, que, como se verá, é altamente prejudicial ao sistema de forma geral. A projeção da redação do art. 155 do Código processual estabelecia, inicialmente, o impedimento de que as decisões judiciais fossem fundamentadas em elementos cognitivos extraídos do inquérito policial, ou seja, em conteúdo qualquer que não fosse produzido mediante o crivo do contraditório e da ampla defesa, garantias (ao menos oficialmente) presentes no bojo da instrução processual.

Fato é que a redação daquele artigo¹⁰⁴ passou ao longo da Reforma por modificações que, apesar de sutis, comprometeram toda a racionalidade democrática que vinha sendo proposta. Ao dispor que o julgador não poderá fundamentar sua decisão “exclusivamente” em elementos informativos provenientes da etapa investigativa, o legislador convalida a argumentação vinculada a algum ideal de “combate à criminalidade” e, conseqüentemente, dá aval para a perpetuação do princípio inquisitivo. Além disso, claro, o que se vê na prática são decisões judiciais completamente carentes de embasamento probatório proveniente da instrução processual, balizadas, sim, *exclusivamente* pelo conteúdo do inquérito policial.

Ainda, é preciso salientar que a ausência de uma etapa intermediária entre as fases da persecução penal acarreta não só o contato do magistrado com a investigação preliminar no processo, mas, antes, a ingerência do futuro

¹⁰⁴ Redação atual do art. 155 do Código de Processo Penal, conferido pela Reforma Processual Penal de 2008 (Lei nº 11.690/2008): “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.”

jugador sobre os atos da investigação em si¹⁰⁵, por exemplo, deferindo interceptações telefônicas e decretando prisões preventivas.

As consequências são variadas e todas letais à pretensão de um processo penal democrático e acusatório.

A partir do momento em que se disponibiliza ao magistrado a intervenção ativa sobre a investigação prévia, segundo Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter, os perigos inerentes àquele são dois: (i) exercer uma postura inquisitória, atuando possivelmente de ofício na coleta de prova (a exemplo da produção antecipada de provas permitida pelo art. 156, inc. I, do Código de Processo Penal), e (ii) ser conduzido a ‘pré-julgamentos’ cognitivos gravemente prejudiciais ao exercício da jurisdição no âmbito do processo penal posteriormente¹⁰⁶.

Iniciando pelo último, a conclusão é que o contato imediato do juiz com o arcabouço investigativo parcializa o seu julgamento. É claro que se leva em consideração, como ensinou Francesco Carnelutti, que a imparcialidade completa é uma ilusão; a justiça humana não pode ser senão imparcial, à medida que composta por seres humanos, todos inevitavelmente acometidos por suas próprias vivências, crenças e valores, impressos, querendo ou não, em suas decisões¹⁰⁷.

Assim, nas palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, é preciso que não mais se pretenda a neutralidade absoluta, visto que impossível, mas a assunção prévia de uma postura ideológica pelos atores do processo, que devem retirar suas “máscaras hipócritas dos discursos neutrais”¹⁰⁸. Isto, claro, para que o juiz no exercício de sua jurisdição esteja o mais próximo possível da imparcialidade, tomada como meta, calcado pelos mecanismos legais hábeis a promovê-la.

¹⁰⁵ Defende-se a intervenção judicial limitada – limitadíssima – na etapa preliminar, enquanto garantidora de direitos ao acusado, e nunca com viés inquisidor, que é justamente o que acaba por acontecer. Evidente que tal intervenção seria idealmente feita, ademais, não pelo juiz julgador da ação penal, mas pelo “juiz de garantias”, figura que adiante se explanará.

¹⁰⁶ LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. In: **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 8, nº 16, set-dez. 2016. p. 04.

¹⁰⁷ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de: MILLAN, Carlos Eduardo Trevelin. 2. ed. São Paulo: Editora Pillares, 2009, p. 20.

¹⁰⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 30, 1998, p. 14.

Na lógica proposta pela Constituição Federal, o juízo imparcial – ou, ao menos, pretensamente imparcial – é um pressuposto indeclinável do Estado Democrático de Direito. Para tal, o juiz tem de se afastar tanto da posição de acusador quanto da atividade investigatória.

Um dos procedimentos legais a serem praticados com tal fim seria, em tese, a re-produção do conteúdo probatório investigativo colhido na fase preliminar em juízo¹⁰⁹, de forma que as provas, geridas pelas partes, seriam repetidas sob a chancela da ampla defesa e do contraditório, inibindo qualquer pré-disposição do magistrado.

Não é o que se observa na prática:

Até mesmo os atos de investigação repetíveis, aqueles que por excelência deveriam ser totalmente reproduzidos na fase judicial, padecem do “mal de inquérito”; de posse do fascículo inquisitorial, ora representando o papel de roteiro de reconstrução dos fatos, o magistrado implícita ou explicitamente exige que tudo seja reproduzido exatamente nos mesmos termos, sem se privar, eventualmente, da parresia de afirmar que o que fora produzido na fase policial goza de maior credibilidade por se tratar de fase mais próxima ao “calor dos fatos” e sem a possibilidade de “industriamento” da verdade pela defesa (STJ: Recurso Especial No 983.452 - MT).¹¹⁰

Como afirmam Rafael Custódio, Isadora Fingermann e Maíra Zapater, tal empecilho é contornado pelo altíssimo valor probatório conferido aos depoimentos dos policiais responsáveis pelo flagrante, que, não raro, relêem o inquérito policial antes da oitiva judicial; prática cabalmente consolidada na jurisprudência brasileira, ao passo que as Cortes conferem absoluto crédito ao depoimento policial¹¹¹.

Não se pode esquivar, novamente, da discussão inerente à busca pela verdade. Nos tópicos anteriores deste estudo tratou-se da doutrinação

¹⁰⁹ Conforme indica a norma contida no art. 155 do Código de Processo Penal brasileiro, supramencionado.

¹¹⁰ SAMPAIO, André Rocha; SILVA, Joane Marcelle de Oliveira e. Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: a oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitorial. In: POSTIGO, Leonel González. **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018, p. 16.

¹¹¹ CUSTÓDIO, Rafael; FINGERMAN, Isadora; ZAPATER, Maíra. Análise por país. Brasil. In: BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo, 2016, p. 187.

superação da ‘verdade real’ enquanto fim do processo penal, tendo em vista que sumariamente fracassada a empreitada pela sua descoberta.

Acontece que a legislação processual penal infraconstitucional parece olvidar-se de todo este já acabado debate para incentivar o juiz, no mais característico molde inquisitório, a tal busca pela descoberta da verdade absoluta.

Sabendo-se impossível, trata-se, na prática, de não mais que a confirmação de um sistema de crenças pessoais do magistrado¹¹², que acompanha o imputado desde a fase investigativa pré-processual e, portanto, podendo produzir provas de ofício, já criou a sua própria *verdade*, extraída do inquérito policial ou tantos outros motivos não derivados da lei¹¹³ – não raro, uma verdade útil à condenação.

Coutinho afirma que grande parte da doutrina brasileira concorda que o ‘princípio da verdade material’ rege o processo penal sem ter em mente os traços puramente inquisitórios que envolvem tal racionalidade¹¹⁴.

Em suma, o contato do julgador da ação penal com os elementos investigativos pré-processuais e outros tantos extraprocessuais faz com que este tenda, no escopo do processo em si, a repetir o conteúdo do inquérito policial sob um falso crivo de contraditório e ampla defesa, uma vez que já constituiu seu juízo sobre aquilo que pensa ser a verdade real sobre o caso. Consequentemente, antes mesmo do início formal do processo, o réu já fora condenado ou absolvido.

É este o ciclo vicioso que Franco Cordero convencionou chamar “quadro mental paranoico”¹¹⁵. Supostamente responsável pelo desvelamento de alguma verdade absoluta, o magistrado nutre a primazia das suas próprias hipóteses, formuladas já na investigação preliminar, sobre os fatos posteriormente apresentados. Fortemente fulcrada no princípio inquisitivo, esta

¹¹² SAMPAIO, André Rocha; SILVA, Joane Marcelle de Oliveira e. Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: a oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitório. In: POSTIGO, Leonel González. **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018, p. 17.

¹¹³ BRUM, Nilo Barrios de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 72.

¹¹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 30, 1998, p. 41.

¹¹⁵ CORDERO, Franco. **Guida alla procedure penale**. Torino: UTET, 1986, p. 51.

lógica pode facilmente se concretizar através de uma busca desenfreada pela confirmação de suas próprias convicções, de forma que o julgador admite até mesmo uma série de abusos processuais – sobretudo a violação do contraditório e da ampla defesa.

Segundo Marco Aurélio Marrafon,

Esse *modus* de raciocinar juridicamente revela fortes traços de pensamento metafísico, porque estabelece critérios de verdade (identidade) ou falsidade (diferença) de acordo com a compatibilidade ou não com os parâmetros contidos na premissa fundante em que se crê. Faz-se necessário superar essa maneira maniqueísta de encarar o processo para entender a dimensão e a relevância do contraditório.¹¹⁶

Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter, sobre o tema, trazem à superfície a chamada Teoria da Dissonância Cognitiva, conhecida por meio da obra “A Theory of Cognitive Dissonance” (1957) de Leon Festinger, aplicada ao Efeito Primazia¹¹⁷. Em poucas palavras, a premissa é a de que os indivíduos de forma geral buscam sempre manter suas crenças, ações, opiniões, etc., em uma certa harmonia, ou seja, em consonância entre si, internamente. A partir do momento em que há alguma dissonância, a reação se divide entre a pressão para redução ou eliminação de tal incongruência, e o afastamento ativo de eventuais novas situações que possam ensejá-la ou aumentá-la; havendo ainda uma série de outras reações mentais decorrentes. Todo este processo, porque involuntário, se revela inevitável.

A aplicação ao denominado efeito primazia sugere, pois, que a primeira impressão que se tenha sobre algo ou alguém orienta a cognição e o comportamento do indivíduo que a recebe, inclusive fazendo constantes esforços para procurar elementos coerentes com tal juízo e rechaçar aqueles que a ele se contradigam.

Sendo assim, tendo em mente que o objetivo é manter consonantes nossas percepções, sem alterá-las ou desequilibrá-las, a conclusão é que

¹¹⁶ MARRAFON, Marco Aurélio. Quadro mental paranoico não pode imperar na solução de casos jurídicos. In: **Revista Consultor Jurídico**. 2014. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-14/constituicao-poder-quadro-mental-paranoico-nao-imperar>>. Acesso em 20. agosto. 2019.

¹¹⁷ LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. In: **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 8, nº 16, set-dez. 2016, p. 66.

difícilmente – ou, pelo menos, não sem algum desgaste mental – uma determinada opinião poderá ser alterada depois que constituída, a partir de uma primeira impressão receptada, ainda que tenhamos que mentalmente fabricar nossas próprias razões para manutenção deste *status quo*.

O caminho decisório pelo qual percorre o juiz penal não poderia ser diferente.

O questionamento dos autores é preciso:

Afinal, sabendo-se que a tomada de uma decisão na fase de investigação preliminar (uma conversão de prisão em flagrante em preventiva, por exemplo), pode vincular cognitivo-comportamentalmente seu responsável (magistrado) por prazo indeterminado, bem como que a primeira informação (primeira impressão) recebida pelo juiz sobre o fato, com base na qual deverá admitir ou não a abertura de um processo (ato de recebimento/rejeição da denúncia), é produto dessa investigação policial, produzida de forma unilateral; existe a possibilidade da autoridade judiciária que participou dessa primeira fase manter-se imparcial no futuro desenrolar processual? Ou é inviável falar em imparcialidade judicial nesse contexto de tomada de decisão e fixação de uma primeira impressão negativa em relação a uma pessoa, considerando-se que se estará vinculado a essa decisão e impressão fixada, e conseqüentemente, que haverá uma forte resistência (negação antecipada) à absorção de conhecimentos posteriores que as coloquem em xeque (investigação preliminar vs. processo)?¹¹⁸

A fase processual da persecução penal, dentro deste cenário, se torna um mero “teatro de legitimação” da investigação preliminar, ceifado de qualquer pretensão acusatória, uma vez que ausentes imparcialidade e mecanismos mínimos de exercício de efetivos contraditório e ampla defesa. Um cenário, destarte, de “desamor à democracia”¹¹⁹.

3.3 O PAPEL DA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

¹¹⁸ LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. In: **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 8, nº 16, set-dez. 2016, p. 73.

¹¹⁹ SAMPAIO, André Rocha; SILVA, Joane Marcelle de Oliveira e. Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: a oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitório. In: POSTIGO, Leonel González. **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018, p. 14.

Por muito tempo, imperou na doutrina a posição de que à investigação preliminar não incidiriam os direitos relativos à defesa criminal. Por exemplo, a lição de José Frederico Marques:

A investigação policial, ou inquérito, tem mesmo de plasmar-se por um procedimento não contraditório, porque ali ainda não existe acusado, mas apenas indiciado. O individualismo exagerado de alguns é que pretende o absurdo de se adotar um sistema diverso, como dizia ASTOLFO RESENDE, deixando, assim, 'ao desamparo interesse superior da coletividade' e 'estabelecendo o que não se encontra em parte nenhuma e é absolutamente impraticável – a investigação contraditória, ou seja – a investigação acompanhada, perturbada, aniquilada, pela intervenção, à luz do sol, do malfeitor que a sociedade precisa punir.¹²⁰

Em que pese ainda haja, lamentavelmente, algum entendimento neste sentido – sobretudo pela ausência de disposição legal infraconstitucional expressa –, partindo de uma teoria voltada às bases constitucionais e convencionais do direito processual penal, a conclusão não pode ser outra: o direito à defesa é uma garantia que opera durante toda a persecução penal, para assegurar a existência de *verdadeiras* oportunidades para que o acusado possa intervir tanto na instrução processual quanto na investigação preliminar¹²¹.

Isto porque a partir do advento da Constituição Federal de 1988 funda-se um modelo processual penal de aspirações democráticas, cujo escopo garantista prevê a imposição de limites à atuação persecutória estatal em proveito dos direitos individuais e coletivos ali designados – neste rol, presunção de inocência, dignidade da pessoa humana, honra, intimidade, privacidade, entre tantos outros.

É preciso ter em mente, ainda, as já mencionadas funções democráticas da investigação preliminar, para que então se compreenda que a esta não se excetua quaisquer das garantias consequentes do devido processo legal, sobretudo a ampla defesa e o contraditório – o art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal não pode ser interpretado de forma restritiva; o termo

¹²⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 89.

¹²¹ CAROCA, Alex. La defensa em el nuevo Proceso Penal. In: **Revista Chilena de Derecho**, v. 29, nº 02, 2002, p. 284.

“acusados *em geral*” não fora empregado em vão – ainda que se trate de um procedimento administrativo.

Afinal, desde o momento em que a suspeita do agente estatal recai sobre um indivíduo, devem pairar sobre este todas as possibilidades de resistência à pretensão investigatória coercitiva do Estado¹²², à medida que desde logo lesivas ao seu estado natural de inocência.

Somando-se a isto o panorama prático que revolve o inquérito policial brasileiro, altamente prejudicial ao investigado, como explanado anteriormente, o acesso à plena defesa se revela imprescindível. Nas palavras de María Fernanda López Puleio,

Por razones diversas, pero con indolencia similar, los dos extremos del sistema penal de reacción – los primeros instantes de la persecución penal pública, y la etapa de ejecución de la pena o medida de seguridad – son los que presentan mayor grado de vulnerabilidad para el acceso a un abogado.¹²³

O que se pretende, destarte, é a demonstração de que à investigação preliminar recaem, sim, imprescindivelmente, as garantias constitucionais, ainda que de forma mitigada.

Inicialmente, no que tange ao contraditório, importante ressaltar que, ausente uma estrutura dialética (caracterizadora do processo em si), não há o exercício sequer de uma pretensão acusatória no inquérito policial. E, sendo assim, não se pode transplantar todo o ideal de contraditório pleno ao procedimento investigativo preliminar. Fala-se, portanto, na incidência do contraditório em uma de suas facetas, qual seja, a da *informação*: é a partir disso que se poderá começar a pensar no exercício da defesa¹²⁴. A dimensão da *reação* é, portanto, mitigada.

Claro que não se desconsidera o fato de que, por vezes, o direito à informação pode ensejar risco à própria finalidade da investigação preliminar.

¹²² LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 467.

¹²³ PULEIO, María Fernanda López. El acceso a um defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos. In: **Revista Das Defensorias Públicas do Mercosul**. Brasília, nº 03, jun. 2013, p. 12.

¹²⁴ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 468.

Diante deste “dilema”, deve-se encontrar meios-termos, mas nunca permitir que a absoluta inexistência de defesa seja perpetrada.

Acerca da ampla defesa, certo é que esta se exprime na fase preliminar tal qual na processual, ou seja, tanto pela autodefesa quanto pela defesa técnica.

Em primeiro lugar, a autodefesa se manifesta através da resistência pessoal do indivíduo investigado em face da pretensão estatal investigativa (e, desde já, punitiva) que lhe permeia. É, portanto, um direito disponível, uma prerrogativa que detém o sujeito passivo para praticar atos, realizar declarações à autoridade policial, constituir seu defensor, submeter-se a intervenções corporais (como testes de DNA e registros genéticos em bancos de dados, por exemplo), submeter-se a reconhecimentos, etc. – é o que constitui a chamada autodefesa positiva¹²⁵.

Há, ainda, o que se denominou autodefesa negativa, que consiste no direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo, sem que desta inércia decorra qualquer prejuízo jurídico ao sujeito investigado, conforme previsão expressa do art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal¹²⁶, além do art. 8.2, alínea ‘g’, da Convenção Americana de Direitos Humanos¹²⁷. Tal garantia, necessário registrar, é travada no arcabouço do princípio *nemo tenetur se detegere* e não pode ser dispensada.

Segundo Lopes Jr. e Gloeckner, há, anteriormente ao exercício da autodefesa positiva, a renúncia da autodefesa negativa; ou seja, a recusa consciente por parte do sujeito passivo do direito a não colaboração com a atividade investigatória estatal¹²⁸.

¹²⁵ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 479.

¹²⁶ Redação do art. 5º, inc. LXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

¹²⁷ Redação do art. 8.2, alínea ‘g’, da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

¹²⁸ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 484.

Por evidente, do direito ao silêncio decorre um dever à autoridade que esteja conduzindo a oitiva: é preciso que advirta o interrogado sobre a não obrigatoriedade de suas respostas, sob pena de nulidade do ato.

O interrogatório no bojo do inquérito policial, portanto, deve ser visto como o mais importante ato de defesa, justamente porque nele se concede ao investigado a oportunidade de exercer sua defesa pessoal de forma ampla, tendo, teoricamente, total possibilidade de expor suas razões e influir sobre o convencimento do delegado de polícia, tendo em vista a envergadura dos direitos que estão em voga¹²⁹. Nestes termos, tal ato não serve para provar a verdade, mas para fornecer outros elementos de prova que possam, quiçá, conduzir a uma verdade juridicamente válida.

Por fim, insta mencionar que os artigos 185 e seguintes do Código de Processo Penal, que tratam justamente do ato do interrogatório, são plenamente aplicáveis ao procedimento investigativo prévio, por expressa previsão do art. 6º, inc. V, do mesmo diploma legal¹³⁰. O exercício do direito à defesa, conseqüentemente, se faz imprescindível nesta fase preliminar¹³¹.

Nas palavras de Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner, concluindo:

Independentemente do nome que se dê ao ato (interrogatório policial, declarações policiais etc.), o que é inafastável é que ao sujeito passivo devem ser garantidos os direitos de saber em que qualidade presta as declarações, de estar acompanhado de advogado (agora imperativo também por força da nova redação do art. 185 do CPP) e, ainda, de reservar-se ao direito de só declarar em juízo, sem qualquer prejuízo. O art. 5º, LV, é plenamente aplicável ao IP. O direito de silêncio, além de estar contido na ampla defesa (autodefesa negativa), encontra abrigo no art. 5º, LXIII da CB, que ao tutelar o estado mais grave (preso) obviamente abrange e é aplicável ao sujeito passivo em liberdade.¹³²

¹²⁹ HOFFMANN, Henrique. Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial. In: **Revista Consultor Jurídico**. 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policia-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>>. Acesso em 20. setembro. 2019.

¹³⁰ Redação do art. 6º, inc. V, do Código de Processo Penal: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII [‘Do interrogatório do acusado’], deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura”.

¹³¹ CUSTÓDIO, Rafael; FINGERMAN, Isadora; ZAPATER, Maíra. Análise por país. Brasil. In: BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo, 2016, p. 203.

¹³² LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 479.

Ultrapassada a questão teórica, debruça-se à prática: ainda que haja base constitucional e convencional, não se vislumbra a incidência das garantias de defesa ao investigado na realidade brasileira atual. Para Rafael Custódio, Isadora Fingermann e Maíra Zapater:

As omissões no aparato legal quanto ao direito de defesa no inquérito policial fazem com que a ausência de defesa nesta etapa seja considerada formalmente regular. Porém, observou-se em campo graves prejuízos ocasionados pela ausência de defesa técnica na primeira fase do processo [referindo-se à fase investigativa], com consequências até a execução da pena. Isto porque as primeiras narrativas sobre o fato investigado acabam por influenciar substancialmente todos os desdobramentos do processo. Assim, ao invés de serem corrigidas na fase judicial, as irregularidades na fase de inquérito policial acabam se consolidando. Seria possível – e necessário – interpretar o conjunto de dispositivos legais no sentido de que, mesmo não havendo previsão legal expressa, não há qualquer vedação legal para a assistência de advogado na fase policial. Mais do que isto, embora a ausência de defesa técnica nesta etapa não gere nulidade em eventual ação penal, observam-se, na prática, diferenças evidentes no resultado de ações penais em que houve assistência de advogado no inquérito em relação às demais.¹³³

As trágicas consequências da fase investigativa já foram amplamente debatidas neste estudo, sob diversos aspectos – o etiquetamento social, a condenação antecipada, o perverso efeito psíquico causado no julgador da ação penal, o estigma infamante perpétuo que não espera pelo trânsito em julgado da sentença condenatória (ou absolutória). A ausência de defesa, contudo, é o pior dos males do inquérito policial, inclusive porque dá azo a todos os anteriores.

Assunto que em muito impacta a defesa em âmbito investigativo é aquele que trata nas nulidades eventualmente cometidas no inquérito policial.

De início, mencione-se que o modelo inquisitorial de processo penal é, por si, eivado de certo “amorfismo”, ou seja, falta-lhe apego às formas procedimentais – muito porque estas ficam prejudicadas em face à busca por alguma verdade real.

Ainda assim, não se pode ignorar que a legislação processual penal estabelece regras de procedimento e, mais ainda, que a Magna Carta, ao

¹³³ CUSTÓDIO, Rafael; FINGERMAN, Isadora; ZAPATER, Maíra. Análise por país. Brasil. In: BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo, 2016, p. 203.

pretender um sistema acusatorial, atribui certa “responsabilidade ética do Estado pela condução de uma investigação e pelo julgamento fiel às normas que outorgam a coleta probatória às partes”¹³⁴.

Importa registrar que o texto constitucional não faz opção direta e expressa pelo modelo processual acusatório. Tal conteúdo é sugerido, pois, através da disposição de um vasto rol de garantias processuais, reforçado pela CADH – que, conforme visto, adquire aqui *status* supralegal. Significa dizer que tão somente uma análise sistêmica da Constituição Federal em suas salvaguardas (tais quais devido processo legal, obrigatoriedade de fundamentação em decisões judiciais, publicidade de atos processuais e, claro, direitos de defesa) é capaz de concluir pela tendência a uma *pretensão* adversarial.

O senso comum jurídico brasileiro, mesmo a par deste cenário, tende ao não reconhecimento de nulidades cometidas no bojo do inquérito policial, considerando que na investigação preliminar haveria somente “irregularidades”, já que é mero ato de formação da *opinio delicti*. A contradição é evidente: convenientemente, para efeitos de fundamentação da sentença, por exemplo, o mesmo inquérito é considerado plenamente hábil à construção do convencimento do julgador.

O fato é que, repita-se, a natureza administrativa do inquérito policial não o blinda contra as garantias processuais próprias do sistema processual penal constitucional brasileiro¹³⁵. O controle de validade do procedimento, portanto, uma vez que garantidor do devido processo legal, deve prevalecer.

Mais do que isso, uma vez que o conteúdo resultado da investigação preliminar adentra o universo processual – seja mediante a utilização deste para formação da carga fundamentadora da sentença condenatória, seja pela própria denúncia formal – certo é que se converte em material decisório. A extensibilidade jurisdicional faz com que o inquérito policial, nestes termos, adquira as qualidades e as exigências oponíveis a qualquer ato processual, uma vez que sua finalidade se equipara.

Nas palavras de Lopes Jr. e Gloeckner,

¹³⁴ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 334.

¹³⁵ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 337.

Se os atos jurisdicionais – mais relevantes do que aqueles da investigação – são suscetíveis de controle de legalidade, como afastar a incidência da fiscalização de sua validade justamente naqueles atos mais precários, mais informais?

Sobre estes é que justamente penderia uma dúvida ou presunção ontológica de suscetibilidade ou tendência à ilegalidade. Autorizar que o juiz decida com base em inquérito policial – a exemplo do art. 155 do CPP – e imunizar este ato contra qualquer declaração de invalidade é blindá-lo contra o exame de legalidade¹³⁶.

Esclareça-se que, conforme debatido anteriormente, não se defende a utilização do conteúdo obtido na fase pré-processual para fundamentação de decisões judiciais processuais. Pelo contrário. O que se discute é justamente a necessidade de adequação entre as práticas paradoxais de utilização do inquérito policial como escopo probatório no processo penal (como autoriza o art. 155 do Código de Processo Penal, nesta perspectiva, inconstitucionalmente), e, ao mesmo tempo, desconsiderar qualquer mácula de ilegalidade que possa existir nesta documentação.

O problema, então, é justamente, a uma, manter o inquérito policial acessível no processo e, a duas, valorar os atos investigativos como atos de prova.

Retornando à questão do exercício da defesa na fase preliminar, alguns dos vários casos acometidos de nulidade absoluta no bojo da fase pré-processual seriam (i) a realização do interrogatório policial sem a presença de um defensor técnico, particular ou não; (ii) não assegurar, durante o mesmo ato, a plenitude da autodefesa (por exemplo, deixando a autoridade de mencionar ao interrogado o seu direito ao silêncio); e (iii) a obtenção de material genético contra a vontade do investigado¹³⁷.

Em todos os casos, a convalidação do ato só poderia ser cogitada caso fosse possível a sua repetição (frise-se, e mera não reprodução) na seara judicial, acompanhada imprescindivelmente da exclusão física dos autos das peças nulas e de todas as derivadas desta.

Não por outro motivo, André Rocha Sampaio e Joane Marcelle de Oliveira e Silva afirmam que resta ao inquérito policial tão somente um

¹³⁶ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 342.

¹³⁷ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 348.

contraditório débil, uma vez que mero “arremedo estéril” daquilo que fora verdadeiramente projetado para ser.¹³⁸

A conclusão, portanto, é a de que em primeiro lugar se faz necessário valorar corretamente os atos investigativos produzidos no escopo da etapa preliminar da persecução – ao tratar-se inicialmente do dilema consistente na impossibilidade de incidência da totalidade das garantias constitucionais para esta fase (tendo em vista a ausência de dialeticidade) *versus* a intolerância sobre decisões judiciais fulcradas em procedimentos os quais não observam direitos mínimos como os atinentes à defesa.

Em segundo lugar, se vislumbra a absoluta necessidade de exclusão do teor do resultado da investigação preliminar dos autos processuais; começando com a implantação de uma fase intermediária entre as etapas persecutórias.

Adiante, o tema será abordado aprofundadamente. Por enquanto, faz-se menção para afirmar que a retirada das informações de cunho exclusivamente investigativo do escopo do processo penal, de modo que se preserve a imparcialidade do julgador e que este não tenha sua cognição “contaminada”. Tudo para ensejar, assim, a originalidade do processo penal.

Na lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho,

É assim que permanece, na essência, para nós, até hoje; e continuará prevalecendo – até porque sustenta o *status quo* e, portanto, serve a quem detém o poder em qualquer regime – enquanto as pessoas não se derem contra que a democracia processual só será alcançada (ou pelo menos estará mais próxima) quando o mesmo for superado, avançando-se em direção da efetivação plena do contraditório, em um processo de partes que cubra toda a persecução penal e, portanto, veja excluído, no nosso caso, o malfadado Inquérito Policial.¹³⁹

Enquanto isto não é colocado em prática, é preciso que se trabalhe com as possibilidades reais de aplicação dos direitos inerentes à defesa na

¹³⁸ SAMPAIO, André Rocha; SILVA, Joane Marcelle de Oliveira e. Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: a oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitório. In: POSTIGO, Leonel González. **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018. p. 17.

¹³⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.); **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 31.

etapa pré-processual, ainda que de forma mitigada e insuficiente – já que, no panorama brasileiro, qualquer avanço neste sentido se faz significativo.

Vejam-se algumas destas possibilidades.

3.3.1 Súmula Vinculante 14: a tardia publicidade dos atos de investigação

O direito à publicidade é internacionalmente reconhecido em âmbito processual penal, como forma de trazer a sociedade para o âmbito do julgamento, de forma a se concretizar um maior controle de abusos e arbitrariedades por parte dos agentes estatais.

Não por outra razão, no Brasil, a regra constitucional prevê a publicidade plena dos atos através da redação dos art. 5º, inc. LX¹⁴⁰, e art. 93, inc. IX¹⁴¹, da Carta Magna. As exceções são fixadas pelo art. 792, § 1º, do Código de Processo Penal¹⁴². Na lição de Lopes Jr. e Gloeckner, devem ser considerados o direito à vida privada, à honra, à privacidade e à imagem do sujeito passivo, conforme a disposição do art. 5º, inc. X¹⁴³, da Constituição Federal, para exercer também a limitação à publicidade processual¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Redação do art. 5º, inc. LX, da Constituição da República Federativa do Brasil: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

¹⁴¹ Redação do art. 93, inc. IX, da Constituição da República Federativa do Brasil: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

¹⁴² Redação do art. 792, § 1º, do Código de Processo Penal Brasileiro: “As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados. Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.”

¹⁴³ Redação do art. 5º, inc. X, da Constituição da República Federativa do Brasil: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

¹⁴⁴ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 192.

O alcance da publicização é limitado justamente pelo sigilo, que, tratando-se de investigação preliminar, pode ser externo ou interno.

Como regra, até o ano de 2009, vigia a regra do sigilo interno total da fase preliminar, que essencialmente impede que o investigado e seu procurador tenham contato e tomem conhecimento dos atos e do conteúdo produzido no bojo do inquérito policial. Tal regramento, vale ressaltar, decorre não do impedimento do acesso do advogado ou do acusado aos atos investigativos pela legislação processual penal, mas da possibilidade de impor sigilo ao inquérito, ainda que a norma constitucional preze pela publicidade¹⁴⁵ – coisa que, como visto, quando em atenção ao art. 5º, inc. X, da Constituição, deve ser defendida.

Os prejuízos à ampla defesa e ao contraditório, nos moldes teóricos já apresentados, são evidentes: cuida-se de uma racionalidade inquisitorial, ensejando grave desigualdade entre sujeito ativo e sujeito passivo da investigação.

Naquele ano, porém, o Supremo Tribunal Federal elaborou a Súmula Vinculante 14:

Súmula Vinculante 14, STF – É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Inevitavelmente, houve a tentativa de preservar e implementar o texto constitucional na seara pré-processual, de forma a privilegiar os direitos de defesa do investigado e, assim, dar um pequeno passo em direção a um sistema acusatório.

Pode-se tecer uma série de críticas ao enunciado, decorrido o decênio de sua vigência – por exemplo, a menção a “elementos de prova” quando se trata de “procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária”, ou seja, de inquérito policial. O que deve ser observado, porém, é que o pretendido direito à defesa do investigado se mostra nestes moldes tardio:

¹⁴⁵ CUSTÓDIO, Rafael; FINGERMAN, Isadora; ZAPATER, Maíra. Análise por país. Brasil. In: BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo, 2016, p. 198.

Neste sentido, pode-se afirmar que no inquérito policial, em regra, a participação da defesa não se dá de forma contemporânea. Somente após a conclusão das diligências policiais e sua juntada nos autos do inquérito policial é que o defensor pode ter acesso aos documentos. Trata-se de sigilo interno parcial, que impede que o sujeito passivo atrapalhe a produção dos elementos probatórios e informativos. Nesse panorama, percebe-se que o contraditório incide de maneira mitigada.¹⁴⁶

3.3.2 Art. 7º do Estatuto da Advocacia: modificações trazidas pela Lei nº 13.245/2016

A Lei nº 13.245/2016 alterou significativamente a Lei nº 8.906/1994, o chamado Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, especificamente no que tange ao seu artigo sétimo, à medida que modificou o inciso XIV, incluiu o inciso XXI e seus parágrafos 10, 11 e 12:

Art. 7º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – São direitos do advogado:

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;

b) VETADO.

§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV.

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

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

¹⁴⁶ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial. In: **Revista Consultor Jurídico**. 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policial-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>>. Acesso em 24. setembro. 2019.

Na esteira da Súmula Vinculante 14, então, a alteração legislativa trata de prerrogativas dos defensores também em âmbito extra-processual – incluindo-se aqui os procedimentos administrativos criminais, inquéritos civis públicos, entre outros, mas tendo-se em mente que o foco é o inquérito conduzido pela polícia judiciária em âmbito penal – tomando por objetivo não só a autorização da assistência jurídica técnica, mas a concretização prática destas prerrogativas.

Importante frisar que a normativa não impõe a obrigatoriedade da presença de advogado na fase preliminar, mas baliza e fortalece o exercício para aqueles investigados que assim quiserem.

O novo diploma legal, portanto, reforça os direitos de defesa, estabelecendo que aos advogados é garantido o acesso aos autos da investigação e o acompanhamento de oitivas na fase investigativa, sob pena de nulidade absoluta do ato. A mudança paradigmática aqui é de grande valia, à medida que fixa, de uma vez por todas, a possibilidade de reconhecimento de nulidade de um ato investigativo e seus derivados quando violado o direito à defesa do sujeito passivo.

Mesmo assim, cumpre mencionar que não há perda da natureza essencialmente inquisitiva do inquérito policial, mas certo que se expande o seu viés garantista, priorizando os direitos fundamentais do investigado – tudo isso sem prejuízo das atividades sigilosas em curso, o que garante a eficácia do aparelho persecutório.

Por fim, não se pode ignorar a circunstância em que a nova norma se estabeleceu: a grande maioria das pessoas alvo da investigação preliminar não pode arcar com os custos de um procurador. E, considerando a ausência da Defensoria Pública nesta fase (claro, por insuficiência de recursos e de aporte financeiro necessário), o panorama é que pouco do que trouxe as alterações da Lei nº 13.245/2016 é de fato concretizado.

3.3.3 Provimento nº 188/2019 do Conselho Federal da OAB: Investigação Defensiva no Brasil

A esta altura, sabe-se que a paridade de armas entre as partes no processo penal é fundamentalmente uma preocupação constitucional, pouco levada a cabo na realidade prática do nosso sistema de justiça criminal.

Na esfera da investigação preliminar, constitui nítida expressão da busca por igualdade de oportunidades procedimentais a chamada investigação defensiva¹⁴⁷, reflexo de sistemas processuais penais que se pretendem acusatórios e, com isso, democráticos.

Nas palavras de Édson Luís Baldan, se entende por investigação defensiva:

O complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultante técnico e/ou investigador privado autorizado, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficiais.¹⁴⁸

Trata-se, em resumo, da possibilidade de o imputado produzir direta ou indiretamente atos de investigação, através de um agente constituído para tanto¹⁴⁹ e, posteriormente, a entrega das informações coletadas à autoridade competente, para que analise a pertinência da utilização dos dados durante a atividade persecutória.

Para Leonardo Marcondes Machado, cuida-se de, ao mesmo tempo, um direito e um dever do advogado dentro de um contexto acusatório, já que o processo penal de partes conta necessariamente com uma defesa criminal efetiva, que tem como “ponto de partida a operacionalização da investigação pelo defensor do imputado”¹⁵⁰.

¹⁴⁷ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 165.

¹⁴⁸ BALDAN, Édson Luís. Investigação Defensiva: o direito de defender-se provando. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan-fev. 2007.

¹⁴⁹ BULHÕES, Gabriel; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. A investigação defensiva como uma necessidade democrática. In: **Canal Ciências Criminais**. 2019. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/686479153/a-investigacao-defensiva-como-uma-necessidade-democratica>>. Acesso em 27. agosto. 2019

¹⁵⁰ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 166.

Tal prática encontra lastro, entre outros Tratados Internacionais, na Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁵¹, além dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da duração razoável da investigação, etc., trazidos pela Constituição Federal brasileira. O Código de Processo Penal¹⁵², por sua vez, trata da hipótese de a defesa requerer diligências à autoridade responsável pela investigação.

Neste ano de 2019, contudo, fora aprovado junto ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil o Provimento nº 188/2019, que, especificamente, “regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais”, atuando em prol da paridade de armas no processo penal e da efetivação do devido processo legal.

Os artigos 3º e 4º do Provimento são especialmente elucidativos:

Art. 3º A investigação defensiva, sem prejuízo de outras finalidades, orienta-se, especialmente, para a produção de prova para emprego em:

I – pedido de instauração ou trancamento de inquérito;

II – rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa;

III – resposta a acusação;

IV – pedido de medidas cautelares;

V – defesa em ação penal pública ou privada;

VI – razões de recurso;

VII – revisão criminal;

VIII – habeas corpus;

IX – proposta de acordo de colaboração premiada;

X – proposta de acordo de leniência;

XI – outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

Parágrafo único. A atividade de investigação defensiva do advogado inclui a realização de diligências investigatórias visando à obtenção de elementos destinados à produção de prova para o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária.

Art. 4º Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos

¹⁵¹ Redação do art. 8.2, alíneas ‘c’ e ‘f’, da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.”

¹⁵² Redação do art. 14 do Código de Processo Penal: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.”

públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição.

Parágrafo único. Na realização da investigação defensiva, o advogado poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo.

Tem-se, portanto, a conferência de maior autonomia ao exercício da atividade defensiva no arcabouço investigativo.

Saliente-se a possibilidade de a defesa contar com a figura do “consultor técnico”, prevista no art. 1º do Provimento, que é de suma importância: a normativa estende a estes profissionais o direito e o dever de sigilo, de forma que estes não têm o dever de informar à autoridade policial os fatos investigados, se maléficos aos interesses de seu cliente. Preserva-se, assim, a segurança dos sujeitos passivos alvo da investigação.

Claro que, tendo em vista sua natureza, o Provimento não detém caráter definitivo e é, ainda, altamente genérico. Mesmo assim, não há dúvidas de que introduz a temática no cotidiano da advocacia brasileira, conferindo maior segurança na atuação dos profissionais neste sentido.

4 DAS REFORMAS PROCESSUAIS PENAIS LATINO-AMERICANAS: UMA DISCUSSÃO COM OLHARES VOLTADOS AO BRASIL

Apresentada a grave problemática que vive o Brasil no que tange à defesa, sobretudo na fase pré-processual da persecução penal, propõe-se agora uma explanação das reformas processuais latino-americanas. Isto porque, como se verá, o movimento reformista propõe uma “crítica radical al modelo inquisitorial”¹⁵³, nas palavras de Alberto Binder.

Cumpre, então, fazer um breve apanhado acerca do contexto em que se deram tais transformações.

Em primeiro lugar, é preciso que se tenha em mente que estes movimentos alcançaram praticamente todos os países da América Latina – com exceção do Brasil – e se traduzem em uma grande mudança da racionalidade processual penal existente, trazendo ao sistema fundamentos para conciliação entre os interesses dos indivíduos submetidos à jurisdição penal e as necessidades e demandas do Estado em relação ao sistema penal¹⁵⁴.

Isto se deu em razão da mentalidade inquisitória conservada nestes locais até então, fruto principalmente da colonização europeia e do modelo napoleônico, que incutiu de fato uma *cultura inquisitorial*¹⁵⁵. Mais do que um sistema processual, portanto, a inquisitorialidade fora um sistema completo de administração da justiça penal¹⁵⁶; coisa que se reflete em consequências estruturais altamente prejudiciais a qualquer cenário que se pretenda democrático.

A primeira destas consequências é o raciocínio excessivamente formalista e burocrático que se delineia. Através de ritos superficiais, forja-se uma linguagem pouco acessível e uma lógica de processamento altamente

¹⁵³ BINDER, Alberto. **Elogio de la audiencia oral**. México: Coordinación Editorial, 2014, p. 16.

¹⁵⁴ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Por uma teoria da ação processual penal**: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 352.

¹⁵⁵ BINDER, Alberto. **VI Congresso Internacional do Observatório da Mentalidade Inquisitória**: Conferência de abertura. Palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Paraná. Curitiba, 14. outubro. 2019.

¹⁵⁶ HARTMANN, Érica de Oliveira. **Processo penal e rito democrático**: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa. Tese (Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 60.

conservadora – tudo condizente com a estrutura arcaica e ineficiente dos tribunais aos quais se nutre profundo apego¹⁵⁷.

Transformam-se, assim, tanto o acusado quanto a vítima em folhas de papel, números, estatísticas engavetadas. Sua subjetividade é completamente ceifada.

O aparato judicial nestes moldes é dotado de um certo teor de sacralidade, facilmente explicada pelas origens medievais do modelo inquisitório de processo – ainda que desde então tenham se passado tantos anos e tantos movimentos dessacralizadores. A divindade se concretiza, sobretudo, na função do julgador.

Precisa, Érica de Oliveira Hartmann afirma:

A insistência nesse caráter sagrado da justiça penal é perigosa, dentre outras coisas porque pretende sempre legitimar a perseguição dos pecadores (uma autêntica “cruzada contra o mal”) e, mais do que isso, deixar sempre claro que com o mal não se negocia, devendo ser perseguido até o fim.¹⁵⁸

Saliente-se que a mentalidade inquisitória toma o delito e o “delinquente” e despreza a vítima, os interesses e as coletividades envolvidas também naquele fato; como se a desobediência da lei fosse uma questão que diz respeito tão somente ao poder central e ao indivíduo que perturbou a ordem por ele emanada.

É claro que ao longo do tempo, inclusive no Brasil, foram introduzidas aos ordenamentos jurídicos inquisitórios normas de cunho “menos inquisitivo”, sobretudo após o movimento de democratização dos países. Exemplo cristalino é a racionalidade impressa na Constituição Federal brasileira de 1988, que exprime bases que privilegiam o princípio dispositivo através de noções democráticas – ainda que o texto constitucional não opte de maneira expressa pelo modelo acusatório. Acontece que a conciliação do texto constitucional com a legislação penal e processual penal infraconstitucional é mínima, como tanto

¹⁵⁷ HARTMANN, Érica de Oliveira. **Processo penal e rito democrático**: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa. Tese (Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 61.

¹⁵⁸ HARTMANN, Érica de Oliveira. **Processo penal e rito democrático**: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa. Tese (Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 61.

já se abordou neste estudo. Nas palavras dos professores argentinos Eberhard Struensee e Julio B. J. Maier,

[...] basta observar los textos de las constituciones políticas posteriores a esa emancipación, todos republicanos y fundantes de un Estado de Derecho, inclinados hacia el liberalismo de cuño estadounidense, y, por el otro lado, los textos de los códigos antiguos con procedimientos por actas (escritos), jueces inquisidores con una organización judicial rígidamente verticalizada y escasa recepción de las garantías judiciales del Estado de Derecho: la falta de correspondencia entre la legislación constitucional y la legislación común, que debía instrumentar a la primera era apreciable a simple vista y, como lo indicó la doctrina más caracterizada, debía ser remediada.¹⁵⁹

Este contexto, somado com um processo de recuperação da cultura institucional democrática após longos períodos ditatoriais na América Latina, é o estopim para que entre em colapso o sistema inquisitorial, atacado por discursos de afirmação dos direitos fundamentais em face ao poder estatal persecutório e punitivo. Evidentemente, o regresso à vida democrática, ideologicamente tolerante e politicamente plural, não poderia suportar o atraso histórico destes países no que tange ao desenvolvimento de seu Direito processual penal e as divergências das regras judiciais vigentes com as disposições referidas ao sistema penal em suas Constituições democráticas¹⁶⁰.

Observe-se a imprescindibilidade do interesse político para viabilização de qualquer reforma processual penal, portanto.

Em termos internacionais havia ainda uma massiva difusão dos direitos humanos neste mesmo período, inclusive expressos pelas Cortes e Tratados Internacionais¹⁶¹; mais uma razão para que se repensasse a lógica processual penal a partir do paradigma do devido processo legal.

Tudo isso faz surgir, em meados dos anos 1980, um complexo e profundo processo de revisão dos sistemas de justiça criminal estabelecidos até então na América Latina.

¹⁵⁹ STRUENSEE, Eberhard; MAIER, Julio B. J. Introducción. In: AMBOS, Kai; MAIER Julio B. J.; WOISCHNIK, Jan (Org). **Las Reformas Procesales Penales en América Latina**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 18.

¹⁶⁰ STRUENSEE, Eberhard; MAIER, Julio B. J. Historia. In: AMBOS, Kai; MAIER Julio B. J.; WOISCHNIK, Jan (Org). **Las Reformas Procesales Penales en América Latina**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 18.

¹⁶¹ Sobre tudo as enunciações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como se tratou no subtópico “2.1” deste estudo.

Era preciso desvincular o sistema de justiça penal da equação processo/pena para começar a pensar em uma finalidade processual mais ligada à resolução do conflito penal e à instrumentalidade garantidora de direitos do acusado. A aplicação da pena deve feita em último caso, *quando* e se necessário.

Claro que a complexidade destes movimentos é tamanha que não se pode esquivar de pensar, antes da implementação de fato, as suas dimensões em termos de impactos para a população e para os próprios operadores do sistema; as transformações necessárias nas instituições já existentes e em sua cultura organizacional, além, claro, do estabelecimento de algum consenso político e técnico que permitisse e sustentasse a reforma, não sem algum esforço para tanto. Não por outro motivo, tem-se que tais reformas perduraram, e ainda têm perdurado, por vários anos.

Conforme ensina Marco Aurélio Nunes da Silveira, de modo geral a implementação das reformas teve de lidar com sérios desafios no que tange à cultura institucional e de articulação política dos mais variados interesses de classe em voga, justamente porque a transformação teria de ser enraizada na mentalidade vigente sob pena de se incorrer naquilo que Binder denominou “reconfiguração inquisitória dos sistemas adversariais” – quando os novos códigos acusatórios são apresentados e recebidos como mera mudança procedimental, sem que os seus operadores de fato compreendam a profunda mudança de significantes proposta¹⁶².

Exemplo disso é o Chile, que, muito além da mera modificação legislativa, promoveu alterações em todo o sistema de justiça por meio de investimentos elevados para criação e remodelamento de instituições essenciais, novos cargos no Judiciário e capacitação de servidores. A implementação da reforma foi gradativa, partindo de comarcas menores até a capital após mais de cinco anos, de forma que os problemas que surgiram puderam ser facilmente sanados. Ainda, interessante observar que neste país os planos de aposentadoria foram amplamente incentivados, então aqueles

¹⁶² SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Por uma teoria da ação processual penal**: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 356.

que não pretendiam aderir ao novo sistema teriam a possibilidade de aposentar-se antes do início de sua vigência¹⁶³.

Em suma, as reformas processuais latino-americanas pretendem efetivamente transformar o sistema criminal e a racionalidade persecutória, eliminando todos os resquícios de inquisitorialidade para fundar modelos verdadeiramente acusatórios de justiça penal; cada país com seu próprio método, mas todos com o mesmo objetivo: o incremento das garantias fundamentais em âmbito processual, de forma que se torne condizente com o modelo político vigente, visando a resolução dos conflitos primários.

Para Fauzi Hassan Choukr, cuida-se de um movimento de “refundação” das bases processuais penais; muito mais do que uma mera reforma legislativa, mas uma verdadeira transformação cultural¹⁶⁴.

Para tanto, em termos gerais, o movimento significou, segundo Binder, Cape e Namoradze, por intermédio de racionalização de recursos humanos e de componentes administrativos da justiça penal:

- a) a adoção definitiva do julgamento oral, público e contraditório como única forma válida de se chegar a uma condenação. [...] Paulatinamente, foi sendo ampliado o programa de oralidade para todas as etapas do processo (audiências sobre as fases prévias), o que gerou uma mudança muito mais profunda na dinâmica do sistema;
- b) a divisão de funções entre o juiz, o acusador e a defesa. [...] Essa divisão de funções, ainda que pareça algo óbvio, tem sido um dos pontos mais difíceis de encaminhar, dadas as tendências a voltar a entregar a um dos intervenientes uma função hegemônica dentro do processo ou a renúncia dos juízes a abandonar sua anterior posição de acusadores e julgadores ao mesmo tempo;
- c) a ampliação do sistema de garantias do acusado. Primeiramente, no reconhecimento formal na própria legislação processual penal que, nesse campo, era especialmente sucinta na hora de enumerar direitos de defesa do acusado, inclusive de textos constitucionais mais modernos que haviam avançado no reconhecimento desses direitos. Em segundo lugar, produzem-se o nascimento e o desenvolvimento de novos sistemas de defesa pública, que provocam um salto qualitativo na possibilidade real de contar com um advogado defensor, em particular para os setores mais pobres e vulneráveis da sociedade;

¹⁶³ MAYA, André Machado. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 23, nº 01, jan-abr. 2018, p. 80.

¹⁶⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **VI Congresso Internacional do Observatório da Mentalidade Inquisitória**: Os sujeitos processuais no processo adversarial. Palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Paraná. Curitiba, 14. outubro. 2019.

d) a ampliação dos modos de conclusão do processo, o que incorpora saídas conciliatórias que impliquem a reparação dos danos, a suspensão condicional do processo frente ao cumprimento de medidas de diversos tipos, a reparação do dano como causa de extinção do caso, a possibilidade de pactuar penas menores e outras saídas que geraram tanto vantagens como novos desafios para o exercício do direito de defesa ante os perigos de manipulação do processo, com o fenômeno chamado de punição indireta;

e) uma incorporação muito mais forte dos direitos das vítimas e de sua participação dentro do processo. Muito além da discussão acerca da conveniência político-criminal dessa medida no contexto latino-americano, o certo é que isso gerou novas exigências e desafios para o exercício da defesa, que se manifesta de um modo desigual segundo os tipos de casos e a intensidade da participação das vítimas, conforme o tipo de delito.

A reforma da justiça penal, portanto, não é simplesmente uma discussão acerca de mecanismos processuais. É, sim, uma discussão sobre o modelo de Poder Judiciário, subjacente a uma discussão sobre o sistema político e, assim, o de legalidade¹⁶⁵; configuradas, ao mesmo tempo, em bases garantistas e efficientistas.

4.1 A IMPLANTAÇÃO DE UM MODELO ACUSATÓRIO

Às reformas processuais penais latino-americanas é absolutamente inerente a implantação de um modelo processual penal acusatório¹⁶⁶, também chamado de adversarial.

Já se explanou anteriormente, no início deste trabalho, a relação entre modelos de sistemas de “justiça” e de poder. Decorre desta relação a afirmação de Alberto Binder de que o modelo inquisitorial não passa de um mecanismo político-legal organizacional e cultural a serviço da concentração do poder nos monarcas da época em que foi instaurado¹⁶⁷, ou seja, toda uma lógica voltada à perpetuação do *status quo* vigente – legitimando, para tanto, técnicas processuais abusivas e altamente violentas.

¹⁶⁵ BINDER, Alberto. **Elogio de la audiencia oral**. México: Coordinación Editorial, 2014, p. 18.

¹⁶⁶ Por modelo processual penal acusatório, tenha-se em mente a vigência de um sistema cujo princípio unificador é o chamado princípio dispositivo. Isso se concretiza através de um processo penal que tem como característica principal a gestão de provas pelas partes (nunca pelo julgador, que assume uma posição muito mais passiva neste sentido). Como características secundárias, derivadas da primeira, elenque-se a oralidade e a publicidade dos atos, o pleno contraditório, e a concepção do réu enquanto sujeito de direitos inafastáveis.

¹⁶⁷ BINDER, Alberto. **Elogio de la audiencia oral**. México: Coordinación Editorial, 2014, p. 44.

Trata-se, por si só, de um sistema amplamente incompatível com modelos de organização política e institucional minimamente democráticos. A tentativa reformista é de respeitar um modelo dialético de processamento, reservando ao juiz a tarefa de julgar e às partes a gestão das provas, em uma relação efetivamente triangulada, e não mais verticalizada.

A América Latina, então – e aqui se remete aos países que implementaram ou estão em vias de implementar reformas processuais efetivas; rol em que não se encontra o Brasil –, na ânsia reformista, tratou em primeiro lugar de afastar do sistema de justiça criminal as características essenciais do sistema inquisitório e do princípio inquisitivo.

Iniciaram com uma das mais centrais (quicá, a mais central): a escritura, que inevitavelmente dá azo para uma tramitação burocratizada, secreta, e um distanciamento do órgão jurisdicional do controle e do acesso popular.

Segundo Alberto Binder, o julgamento escrito sequer é um *verdadeiro* julgamento, já que não há, de fato, controvérsia. É um procedimento meramente sequencial em linha reta, que impede o verdadeiro diálogo, inclusive porque surgido “da desconfiança e da rotina”¹⁶⁸.

Para Érica Hartmann, a implantação de um juízo oral e público é a única solução para que sejam cortadas as raízes ainda inquisitoriais da racionalidade moderna, porque somente assim é possível assegurar o pleno exercício das garantias individuais democraticamente fixadas.¹⁶⁹

A oralidade, então, se faz “signo da democraticidade processual” porque traduz as noções de imparcialidade, contraditório e publicidade. É uma maneira sintética de se referir a um modelo processual ao redor do qual se organiza todo um sistema de garantias, baseado principalmente em novas concepções de “juízo” e de “verdade”.

¹⁶⁸ BINDER, Alberto. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 80. Apud SCHINDLER FILHO, Renato Sigisfries Sigismund. A necessária revitalização da fase intermediária do processo: pela implementação de uma audiência de controle da acusação. In: POSTIGO, Leonel González. **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018. p. 71.

¹⁶⁹ HARTMANN, Érica de Oliveira. **VI Congresso Internacional do Observatório da Mentalidade Inquisitória: Os sujeitos processuais no processo adversarial**. Palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Paraná. Curitiba, 14. outubro. 2019.

Assim o é porque, na lição de Binder, o juízo é um jogo de narrativas em que as partes debatem e litigam para impor sua versão dos fatos, sendo o julgador aquele que decide por uma ou outra. O procedimento de decomposição e de reconstrução dos relatos é balizado por regras, então, para que se evite abusos e superficialidades¹⁷⁰.

A verdade, por sua vez, também é redesenhada em suas funções práticas e políticas. Agora, é tida como um mero signo de verificação dos fatos narrados pelas partes em suas proposições – do que decorre uma “verdade” de maior qualidade, à medida que resistente às tentativas da parte contrária de desconstituí-la¹⁷¹. Isto significa que, desvelando o mito, exige-se a verdade dos acusadores, vedando a busca desta pelo juiz.

O paradoxo é retratado com precisão por Binder quando afirma que “debe ser tan fuerte el compromiso del juez con la verdad que jamás debe buscarla”¹⁷². Para o autor, então, tal concepção do papel da verdade (e o compromisso do julgador com ela) é o que funda a lógica do sistema de garantias – este enquanto conjunto de princípios cujo objetivo é proteger os cidadãos contra abusos de poder.

Neste contexto, a imparcialidade do juízo se garante não porque o julgador não detém ideologia ou concepções próprias, mas porque não gere os interesses em debate – nem mesmo os coletivos. Ele assume um papel supra-partes, terceiro, a quem incumbe a análise exclusivamente processual do caso que lhe fora trazido, salvaguardando os direitos fundamentais daqueles envolvidos enquanto partes.

Refundar o sistema é, destarte, repensar os papéis adotados pelos sujeitos processuais.

Quanto à função do julgador, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho traz uma visão bastante realista quando aduz que não se pode nutrir uma pretensão de neutralidade, imparcialidade ou desinteresse em relação a esta figura; como inclusive já ensinara Francesco Carnelutti. Em que pese seja o

¹⁷⁰ BINDER, Alberto. **Elogio de la audiencia oral**. México: Coordinación Editorial, 2014, p. 16.

¹⁷¹ SAMPAIO, André Rocha; SILVA, Joane Marcelle de Oliveira e. Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: a oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitório. In: POSTIGO, Leonel González. **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018. p. 20.

¹⁷² BINDER, Alberto. **Elogio de la audiencia oral**. México: Coordinación Editorial, 2014, p. 21.

juiz um sujeito compositor da realidade – como todos nós, e por isso expostos aos seus desdobramentos –, lhe sobra pouco espaço para alguma manifestação do quadro mental paranóico de Franco Cordero, tão corriqueira na *inquisitio*¹⁷³.

A oralidade processual detém, ainda, função de pacificação dos conflitos sociais. Claro, é intrínseco às sociedades que tenham conflitos das mais diversas ordens; alguns cabe ao poder estatal sanar, outros não. Para os primeiros, é preciso que se estabeleça, segundo Binder, sistemas completos de gestão da conflitividade, para que não se perpetue “a lei do mais forte”, mas o “Império da lei”. Um destes sistemas é justamente o judicial¹⁷⁴.

A ideia, então, é a partir das reformas acusatórias estabelecer um *Direito penal do conflito*, no qual o embaraço será, em último caso, formalizado pelas vias judiciais para que possa ser resolvido. Para tanto, a identificação do sistema com o conflito primário deve ser perfeita – e isso só se dá quando se promove um modelo permeado por audiências orais:

Cuando a un conflicto se le formaliza bajo la lógica del expediente escrito, no se identifica nada del originario: no se encuentra al agresor, ni a la víctima, ni la comunidad participa; todos quedan convertidos en hojas de papel, en actas redactadas con un lenguaje uniforme y artificial (nadie habla ya en el español forense y antiguo de nuestras actas). En la audiencia todo es distinto. Juan, el agresor, que ahora será acusado, se encuentra allí, en presencia física, de carne y hueso; la víctima también con su lenguaje y perspectiva. Los funcionarios estatales no son una “firma” sino una presencia real, y la comunidad (afectada también por el conflicto) tiene la posibilidad de hacerse presente en la sala. Las formas cumplen en esta audiencia una función de pacificación porque no ocultan a los protagonistas, no desplazan los conflictos, solo logran que la violencia se traduzca en palabras, argumentaciones, debates, presencia controlada y admitida. De esa manera, a través de la generación de un ámbito de comunicación se logra un lugar de pacificación y tolerancia.¹⁷⁵

A audiência oral, portanto, é tida como a principal ferramenta da administração da justiça acusatória por criar e estimular uma “cultura de tolerância e de legalidade” através de três fases: *preliminar* (de investigação), *intermediária* e de *juízo oral*.

¹⁷³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.); **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 32.

¹⁷⁴ BINDER, Alberto. **Elogio de la audiencia oral**. México: Coordinación Editorial, 2014, p. 35.

¹⁷⁵ BINDER, Alberto. **Elogio de la audiencia oral**. México: Coordinación Editorial, 2014, p. 37.

Vale mencionar que as reformas latino-americanas de forma geral tendem a estabelecer métodos de resolução do conflito primário diversos da judicialização, de forma a trazer a vítima e, por que não, a própria comunidade para composição da tentativa de apaziguamento. São soluções democráticas, à medida que a participação de todos é muito mais qualificada e eficiente. Como exemplo, cite-se os acordos reparatórios e suspensões condicionais do processo descritos no ordenamento argentino.¹⁷⁶

Leonel González Postigo e Marco Fandiño, estabelecendo três marcos que pautam a evolução regional do sistema adversarial, colocam justamente a vigência do Código Processual Penal guatemalteco de 1994, que instaura a preocupação acerca da oralidade dos procedimentos judiciais, em primeiro lugar. Ademais, a organização e a gestão interna das instituições de cada país (a exemplo do México, que a partir de 2008 instituiu um “Conselho de Coordenação para Implantação do Sistema de Justiça Penal”, ou da Bolívia, onde se criou a “Comissão Nacional de Implantação” como órgão de decisão e fiscalização) e o debate acerca dos desafios propostos na atualidade figuram como o segundo e o terceiro momentos deste processo segundo os autores¹⁷⁷.

É preciso ter em mente, todavia, que aqui se trata da oralidade “de fato”, e não da “falsa” oralidade – como aquela que nutrimos no Brasil. Esta última, para André Rocha Sampaio e Joane Marcelle de Oliveira, é mera verbalização, da qual decorre uma “teatralização da oralidade” pretendida. Isto, claro, instrumentaliza uma fraude processual porque o ato de investigação, como já explanado, é integralmente transportado para os autos sem que haja de fato a sua reprodução em uma audiência oral, com todas as salvaguardas a ela inerentes¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Este tipo de solução negociada enseja uma série de discussões que, neste momento, não convém tratar – ainda estão em análise seus resultados, entre malefícios e virtudes. Fato é que tal concepção de resolução dos conflitos além da esfera judicial só é possibilitada em um sistema verdadeiramente adversarial, sobretudo oral e público.

¹⁷⁷ POSTIGO, Leonel González; FANDIÑO, Marco. Balance y propuestas para la consolidación de la justicia penal adversarial em América Latina. In: BOGANI, Laura Cora (Org.). **La Justicia penal adversarial em América Latina**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018, p. 577.

¹⁷⁸ SAMPAIO, André Rocha; SILVA, Joane Marcelle de Oliveira e. Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: a oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitório. In: POSTIGO, Leonel González. **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018. p. 19.

Ao contrário, a oralidade real se resume em um procedimento que, para Leonel González Postigo, admite o controle da contraparte, gera informação de alta qualidade e, por isso, permite tomar decisões de alta qualidade¹⁷⁹, preservando a função dos atores processuais.

E, sem dúvidas, é este último que se promove na América Latina após as reformas processuais penais: a passagem de um modelo administrativo da justiça baseado em peticionamento escrito, altamente depende de atuações burocráticas e teatralizado em uma sala de audiência “não laica”, para um modelo baseado no litígio e na adversalidade entre as partes, permeado pela oralidade.¹⁸⁰

Tome-se como exemplo o caso chileno, no bojo do qual houve de fato uma mudança de mentalidade em todo o sistema de justiça criminal. Através da implantação gradual e regional, com início em 2000 – conforme já mencionado –, foi estabelecido um modelo que conta com três audiências: a primeira equivalente à nossa de custódia, a segunda destinada ao recebimento ou não da denúncia e a terceira e última designada à instrução processual e ao sentenciamento¹⁸¹. Tudo, por evidência, voltado à vedação da contaminação do julgador pelo conteúdo da investigação preliminar, além de permitir um julgamento público e oral, baseado em provas produzidas inteiramente pelas partes.

Não se trata aqui de modelos processuais vazios de formalismos; mas ordenamentos com poucas regras, claras, e que sejam respeitadas em absolutamente todos os casos, para que se convertam em “condición de

¹⁷⁹ POSTIGO, Leonel González. Bases da Reforma Processual Penal no Brasil: lições a partir da América Latina. In: Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (Org). **Mentalidade inquisitória e Processo Penal no Brasil: o sistema acusatório e a reforma do CPP do Brasil e na América Latina**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. Apud SAMPAIO, André Rocha; SILVA, Joane Marcelle de Oliveira e. Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: a oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitório. In: POSTIGO, Leonel González. **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018. p. 19.

¹⁸⁰ CABRERA, Michelle Giranda. **VI Congresso Internacional do Observatório da Mentalidade Inquisitória: A oralidade como princípio fundamental do processo adversarial**. Palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Paraná. Curitiba, 15. outubro. 2019.

¹⁸¹ SAMPAIO, André Rocha; SILVA, Joane Marcelle de Oliveira e. Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: a oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitório. In: POSTIGO, Leonel González. **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018. p. 10.

confianza y no de rechazo”¹⁸². Isso, segundo Binder, faz parte do *giro copernicano* que se deve realizar nos sistemas judiciais.

Outro dos pontos centrais aos quais se deve atenção – e que interessa especialmente ao presente estudo – é a separação rígida entre as fases preliminar e judicial da persecução penal que ocorre nos sistemas adversariais de forma geral, à qual é inerente a criação de uma etapa intermediária e do juiz de garantias.

Isto se dá justamente para que seja viabilizado o modelo de audiências orais e, sobretudo, a imparcialidade do magistrado que decidirá o caso penal em questão, uma vez que afastado da atividade investigativa e instrutória; como se discutirá no tópico adiante.

Por fim, cabe rápida menção ao panorama brasileiro neste cenário. Nas palavras de Marco Aurélio Nunes da Silveira, nunca houve em nossa história qualquer reforma processual pretensamente acusatória:

Após a proclamação da República, a única reforma global realizada teve raiz autoritária e natureza inquisitória. Trata-se do ainda vigente Código de Processo Penal de 1941, inspirado no modelo fascista italiano (*Codice Rocco*, de 1930), que, de maneira geral, reproduz o sistema napoleônico, ainda que contenha traços próprios do contexto histórico-político brasileiro, como a investigação preliminar presidida pela autoridade policial (subordinada ao chefe do Poder Executivo). Desde então, empreendeu-se várias tentativas frustradas de reforma global (nenhuma em sentido estritamente acusatório), embora várias alterações parciais e pontuais tenham sido realizadas sem, porém, retirar o caráter inquisitorial do CPP.¹⁸³

Em trâmite há o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, atualmente na Câmara dos Deputados enquanto Projeto de Lei nº 8.045/2010, com bases acusatórias dentro do que permite o nosso contexto político e cultural processual – ou seja, ainda deficitário naquilo se espera de uma reforma global, mas uma “reforma possível”, nas palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.¹⁸⁴

¹⁸² BINDER, Alberto. **Elogio de la audiencia oral**. México: Coordinación Editorial, 2014, p. 38.

¹⁸³ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Por uma teoria da ação processual penal**: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 359.

¹⁸⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **VI Congresso Internacional do Observatório da Mentalidade Inquisitória**: As fases do processo por audiências na América Latina. Palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Paraná. Curitiba, 15. outubro. 2019.

É claro que de nada adianta realizar uma reforma para implantar um processo penal de feições acusatórias se a mentalidade e as engrenagens do sistema ainda permanecerem inquisitórias. Não se pode tolerar uma postura de “*mudar para deixar tudo como está*”, à medida que assim se legitima práticas autoritárias em pleno Estado Democrático de Direito¹⁸⁵.

No Brasil atual, portanto, não nutrimos um discurso político adequado para que seja realizada uma verdadeira refundação sistemática, apesar de ser exatamente disto que aqui precisemos.

Apesar disso, não se pode fechar os olhos para as brilhantes soluções implementadas pelas reformas latino-americanas para os problemas inerentes à etapa investigativa – ou, em outras palavras, o problema da contaminação do arcabouço investigativo prévio à fase processual, sobretudo a de mérito.

4.2 A ETAPA INTERMEDIÁRIA DA PERSECUÇÃO PENAL E A FIGURA DO JUIZ DE GARANTIAS: SOLUCIONANDO O PROBLEMA DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Antes das reformas processuais ora retratadas, naturalmente pela vigência de sistemas ainda inquisitoriais, a atividade persecutória dos Estados latino-americanos era muito parecida com a atual brasileira. Novamente, toma-se o Chile como exemplo para a realidade da América Latina de forma geral:

[...] el sistema inquisitivo chileno estaba caracterizado por la concentración de poder en un juez individual que poseía diversas facultades que contradecían completamente la idea de imparcialidad del tribunal. Era el juez el que recogía las pruebas durante el período de investigación o sumario y, al menos en teoría, dirigía la investigación realizada por la Policía. Cuando decidía que la investigación estaba concluida, él mismo formulaba la acusación y otorgaba al acusado la oportunidad de responderla y de presentar sus pruebas. Finalmente, el juez decidía sobre la culpabilidad o absolución del acusado y en caso de ser pertinente determinaba la pena que debía aplicársele¹⁸⁶.

¹⁸⁵ LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. In: **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 8, nº 16, set-dez. 2016, p. 84.

¹⁸⁶ RIEGO, Cristián. El proceso de reforma del procedimiento penal chileno. In: **La Reforma del Proceso Penal Peruano**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2004, p. 376.

Para implantação de um processo verdadeiramente acusatório, no entanto, absolutamente imprescindível que sejam separadas rigidamente as duas fases – preliminar e processual – da persecução penal através de uma nova etapa entre ambas.

Isto porque, sob a mentalidade acusatorial, a gestão das provas é confiada exclusivamente às partes. É preciso então que se afaste o julgador das atividades investigativas e instrutórias para tornar possível a sua imparcialidade e a condução processual livre de prejulgamentos formados antes da disputa processual¹⁸⁷. Assegura-se, assim, a verdadeira prática do princípio da presunção de inocência.

Para Nunes da Silveira:

A instrução processual está seriamente ameaçada de se tornar um simulacro quando o juiz aprende sobre o caso, não a partir do diálogo entre as partes, mas a partir da visão fisiologicamente parcial presente no inquérito policial. A rígida separação entre a investigação e o processo é, pois, uma das principais condições de possibilidade de um processo penal acusatório.¹⁸⁸

Esta é uma das principais inovações trazidas pelo movimento reformista, portanto. A separação das fases persecutórias é de inexorável contribuição para que o magistrado, ou o conjunto de magistrados, seja autônomo e imparcial na tomada de decisões à medida que atua não mais como um terceiro manipulado no processo, mas como um terceiro alheio aos interesses das partes envolvidas, já que não tem contato com os elementos probatórios colhidos na investigação preliminar (salvo aqueles irrepetíveis e que tenham sido obtidos sob o crivo do contraditório).

A figura do juiz de garantias, assim, é concebida essencialmente para que este objetivo – a imparcialidade no julgamento penal – seja alcançado, firmando-se como outra entre as várias garantias do acusado e do investigado, inclusive como forma de salvaguarda das demais.

¹⁸⁷ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Por uma teoria da ação processual penal**: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 367.

¹⁸⁸ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Por uma teoria da ação processual penal**: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 368.

Esta é a autoridade judiciária responsável sobretudo pelo controle de legalidade da fase investigativa e pela tutela dos direitos individuais quando tencionados nesta etapa preliminar¹⁸⁹, além de, na maioria dos nossos países vizinhos, realizar também o juízo de admissibilidade da acusação formal.

Como supramencionado, nos procedimentos acusatórios latino-americanos, vê-se a separação do procedimento em três partes, portanto: preliminar, intermediária e juízo oral.

A fase preliminar é caracterizada por uma ou mais audiências orais que visam a formalização da investigação pelo órgão de acusação e o estabelecimento de limites materiais e temporais acerca dos procedimentos investigativos. É o momento em que serão, se necessário, tomadas as medidas cautelares e produzidas as provas antecipadas sob a presidência do juiz de garantias¹⁹⁰.

É preciso ressaltar que a aplicação da lógica oral também à fase pré-processual materializou, nos ordenamentos reformados, o direito do sujeito passivo da atividade punitiva de ser apresentado e ouvido pela autoridade jurisdicional em um prazo razoável, além de instaurar a ampla defesa e o contraditório antes mesmo do início do processo penal em si, observando ainda limites inerentes à investigação prévia.¹⁹¹

Por sua vez, a etapa do juízo oral serve à instrução e ao julgamento do caso por um colegiado de magistrados (não coincidentes com o juiz de garantias), sendo fundamentalmente caracterizada, de acordo com Nunes da Silveira, por sua oralidade, pela paridade de armas entre as partes, a predominância destas no que toca à dinâmica do ato em si, além de ampla defesa e contraditório irrestritos.

Há entre ambas a fase intermediária, que, também presidida pelo juiz de garantias, serve ao controle da acusação e à preparação da última etapa

¹⁸⁹ LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. In: **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 8, nº 16, set-dez. 2016, p. 78.

¹⁹⁰ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Por uma teoria da ação processual penal**: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 355.

¹⁹¹ MAYA, André Machado. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 23, nº 01, jan-abr. 2018, p. 84

processual. Os filtros de análise, então, são de controle formal e substancial da pretensão acusatória. É este o momento em que se fará a exclusão das provas ilícitas e a análise das demais questões preliminares anteriores ao julgamento de fato, evitando a remessa ao juízo de um caso inapto, impedindo as lesões aos direitos fundamentais do acusado causadas pelo processamento indevido¹⁹².

O juiz de garantias será incumbido, portanto, de intervir até a conclusão desta fase intermediária, restando ao colegiado do *juicio oral* tão somente o julgamento do caso na etapa final¹⁹³.

Mister frisar que este estágio intermedial é o que materializa e viabiliza a hermética separação entre as etapas preliminar e processual, tanto prezada na racionalidade adversarial. Os julgadores do caso não decidem sobre quaisquer questões investigativas (por exemplo, prisão cautelar ou interceptação telefônica), e sequer têm acesso a este material enquanto não submetido oralmente ao contraditório.

Da mesma forma, não têm sua cognição comprometida – em prejuízo do réu, diga-se – com eventuais provas ilícitas apresentadas (como um reconhecimento pessoal realizado em desconformidade com a legislação processual), uma vez que desde logo retiradas do escopo processual pelo juiz de garantias.

Tudo isso assegura que a convicção do órgão jurisdicional da última etapa seja formada exclusivamente durante a respectiva audiência, com base na reconstituição dialógica dos fatos executada pelas partes¹⁹⁴; o que possibilita, saliente-se, a funcionalização do sistema acusatório de processo penal.

¹⁹² SCHINDLER FILHO, Renato Sigisfries Sigismund. A necessária revitalização da fase intermediária do processo: pela implementação de uma audiência de controle da acusação. In: POSTIGO, Leonel González. **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018. p. 73.

¹⁹³ A título de exemplificação, o artigo 266 e seus seguintes do Código Procesal Penal chileno, estabelecem, entre outros, a oralidade e a imediação da “audiência de preparación del juicio oral” (referindo-se à audiência da etapa intermediária) e a exclusão de provas impertinentes, nulas e as que tiverem sido obtidas com “inobservancia de garantías fundamentales” pelo juiz de garantias; além da promoção de debates sobre as provas oferecidas pelas partes.

¹⁹⁴ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 372.

Sabendo-se que a investigação preliminar muitas vezes submete o sujeito passivo a sérias violações de direitos – e aqui se trata tão somente daquelas legalmente previstas, tais quais buscas e apreensões, prisões cautelares, quebras de sigilo bancário e fiscal, interceptação telefônica, entre outras, para não mencionar aquelas “penas da investigação” de teor punitivista conferidas pela própria sociedade –, a existência de um juizado de garantias facilita a adoção destas medidas de forma muito mais rápida, eficiente e democrática.

Do mesmo modo, a adoção de um sistema investigativo conduzido pelo Ministério Público, como acontece agora em grande parte dos países latino-americanos, favorece uma investigação mais limitada e conforme as balizas constitucionais.

Esta divisão procedimental já fora proposta por Francesco Carnelutti, quando arguia a necessidade de um “diafragma” entre a investigação e o julgamento propriamente dito – que, em suas palavras, estavam ligados por um “cordão umbilical”¹⁹⁵.

No Brasil, inexiste fase intermediária e juiz de garantias porque ausente uma audiência contraditória de pré-admissibilidade da acusação e, conseqüentemente, uma autoridade que intermedie as fases pré-processual e processual neste sentido.

É bem verdade que na reforma do ordenamento processual penal ocorrida em 2008 havia alguma projeção de fase intermediária. Ainda que se pudessem tecer algumas críticas (tal qual o fato de ser um procedimento escrito, tolhendo-se assim importante característica de um sistema que se pretenda acusatorial), a ideia era estabelecer um momento em que seria permitida à defesa a resistência ao exercício da pretensão acusatória¹⁹⁶.

Ocorre que, às vésperas da promulgação da lei, a redação do artigo 396¹⁹⁷ foi alterada, de forma que mediante a análise dos artigos seguintes,

¹⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Principi del proceso penale**. Nápoles: Morano, 1960, p. 109.

¹⁹⁶ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 265.

¹⁹⁷ Redação atual do artigo 396 do Código de Processo Penal, conferido pela Reforma Processual Penal de 2008 (Lei nº 11.719/2008): “Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.”

acima de tudo o 399¹⁹⁸, nota-se uma clara incongruência procedimental: são previstos dois momentos de recebimento da denúncia, sendo um deles justamente antes da resposta à acusação. Suprimiu-se, assim, a etapa intermediária no procedimento ordinário brasileiro.

Para Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner,

A surpresa do processo imediato limita a defesa, gera o desequilíbrio entre as partes e pode prestar-se a fins espúrios, em que o processo penal é utilizado como instrumento de pressão e constrangimento. Além disso, os riscos de prosperar uma acusação infundada são elevados. O processo penal possui um altíssimo custo para o sujeito passivo e não podemos aceitar que prospere de uma acusação *inaudita et altera pars*.¹⁹⁹

Agrava o prejuízo no cenário brasileiro o fato de inexistir distinção entre o magistrado que analisa medidas cautelares na fase preliminar investigativa, aquele que efetua o juízo de admissibilidade e aquele que efetivamente decide o caso penal. É, como ensina Fauzi Hassan Choukr, um sério fator de complicação para aplicação de ideais de imparcialidade, já que, como amplamente abordado neste estudo, a formação de convencimento deste último juiz já está comprometida com o desenrolar dos fatos desde antes do início da ação penal²⁰⁰.

Na verdade, um dos critérios de competência estabelecidos no Código de Processo Penal Brasileiro²⁰¹ é justamente o primeiro contato com o caso penal em discussão – evidentemente, ainda na fase pré-processual, quando necessária alguma medida judicial interventiva nos atos do inquérito policial. Ou seja, será *prevento* aquele julgador que primeiro praticar atos jurisdicionais em relação a outro igualmente competente, adquirindo então a competência para julgar a ação decorrente daqueles fatos (caso esta venha a existir).

¹⁹⁸ Redação atual do artigo 399, *caput*, do Código de Processo Penal, conferido pela Reforma Processual Penal de 2008 (Lei nº 11.719/2008): “Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.”

¹⁹⁹ LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 268.

²⁰⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal à luz da Constituição**. Bauru: Edipro, 1999, p. 23.

²⁰¹ Redação do artigo 83 do Código de Processo Penal: “Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa.”

No novo Projeto de reforma da legislação processual penal, ainda em trâmite no Legislativo, é prevista a implantação de um juiz de garantias restrito ao “controle de legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais”²⁰², ausente qualquer competência relacionada a alguma etapa processual intermediária, à medida que, pelo texto do Projeto, o juízo de admissibilidade da acusação continuará na esfera de competência do julgador da causa²⁰³. As consequências danosas deste procedimento são conhecidas.

A conclusão é essencialmente a de que a figura do juiz de garantias como desenhada pelo Projeto de Lei nº 8.045/2010, apesar de significar algum avanço contra-inquisitório, não detém caráter efetivamente acusatório, já que não retrata mudança significativa na dinâmica atual do processo penal brasileiro em termos de garantia da imparcialidade do julgador.

Permanecendo inertes aos proclames acusatórios, estamos cada vez mais longe de um sistema democrático e constitucionalmente adequado.

²⁰² Redação do artigo 14 do Projeto de Lei nº 8.045/2010: “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555; III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal; 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 vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI – decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado. XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º; XIV – arquivar o inquérito policial; XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37; XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo. Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

²⁰³ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 366.

4.2.1 A importância da aplicação da “Teoria do Caso”

Muito já se discorreu sobre a premente necessidade de adoção de um sistema processual penal acusatório, que tenha como eixo central a oralidade e a publicidade dos atos, e que detenha uma etapa intermediária, um diafragma, entre as fases preliminar e processual.

Mister pensar, então, na chamada teoria do caso: um modelo procedimental para a ação do processo penal plenamente adequada (e, assim, indissociável) à racionalidade adversarial que ora se propõe²⁰⁴, uma vez que permite a construção dialógica do conhecimento sobre o fato por parte dos julgadores.

Cuida-se de uma abordagem que a acusação e/ou a defesa fazem sobre os fatos jurídica e penalmente pertinentes ao caso em questão na fase processual intermediária. É a narrativa de cada parte; o roteiro daquilo que será exposto ao juízo oral por meio de elementos probatórios específicos.

São, em suma, afirmações de fato relevantes, o direito aplicável e os meios probatórios que sustentam tais afirmações, segundo Jose Antonio Neyra Flores²⁰⁵.

Importa lembrar que, em um panorama processual regido pelo princípio dispositivo, a gestão das provas é exclusiva das partes. São elas, portanto, e a partir da aplicação da teoria do caso, que estruturarão o caso penal em si, de forma que a elas cabe evitar incongruências e inconsistências em suas próprias narrativas.

Até porque, considerando a existência, nos processos penais latino-americanos, da hermética separação entre as fases, a instrução probatória será desenvolvida exclusivamente dentro deste quadro fático-jurídico-probatório definido pela acusação e pela defesa, que anteriormente já estabeleceram pontos de partida específicos – garantindo-se assim inclusive maior segurança e celeridade processual – à medida que o juízo, por si, sequer tem conhecimento do conflito a ser dirimido antes da discussão do mérito.

²⁰⁴ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Por uma teoria da ação processual penal**: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 375.

²⁰⁵ NEYRA FLORES, Jose Antonio. **Manual Del Nuevo Proceso Penal & de Litigacion Oral**. Lima: Idemsa, 2010, p. 734.

Para Andrés Baytelman e Mauricio Duce J., acertadamente, sendo o júízo penal uma questão de “versões concorrentes”, tudo o que importa é o ponto de vista do qual se parte, a cor do vidro através do qual se olha. A teoria do caso, nas palavras dos autores, é uma “poltrona” a partir de onde se aprecia a informação apresentada a julgamento: se o tribunal contempla o caso daquela poltrona que a parte indica, chegará às conclusões que esta oferece²⁰⁶.

E, ainda que por séculos durante a tradição inquisitória se tenha ignorado a necessidade de existência deste marco inicial, certo é:

Ou damos ao tribunal um ponto de vista convincente, ou nossa contraparte o fará, ou, finalmente, os juízes irão adquiri-lo por conta própria, de uma maneira e com resultados imprevisíveis para nós.²⁰⁷

Discordando dos professores chilenos, a maneira e os resultados não são “imprevisíveis” à racionalidade inquisitória: ausentes as “poltronas” oferecidas oficialmente pelas partes, inevitável ao julgador que escolha a sua própria, que (por todos os motivos pelos quais se caminhou neste estudo) invariavelmente coincide com a posição da acusação.

A escolha é quase sempre previsível e maléfica ao acusado.

4.3 A DEFESA NO NOVO PROCESSO PENAL LATINO-AMERICANO

A partir do momento em que se começa a cogitar um movimento de refundação do sistema de justiça criminal para colocar em prática noções democráticas, mais eficiente e mais protetor de direitos individuais, olhar para o papel da defesa no novo modelo é fundamental.

Mais uma vez utilizando-se o Chile como grande exemplo, na lição de Cristián Riego, antes das reformas o sistema inquisitivo chileno contava com

²⁰⁶ BAYTELMAN, Andrés; DUCE J., Mauricio. **Litigación penal**: juicio oral y prueba. Santiago: Universidad Diego Portales, 2004, p. 57. Apud SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Por uma teoria da ação processual penal**: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 382.

²⁰⁷ BAYTELMAN, Andrés; DUCE J., Mauricio. **Litigación penal**: juicio oral y prueba. Santiago: Universidad Diego Portales, 2004, p. 57. Apud SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Por uma teoria da ação processual penal**: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 382.

uma severa debilidade no que tange às defesas; sobretudo aquelas executadas por prepostos pagos pelo Estado nos casos em que o próprio acusado ou investigado não tivesse condições de arcar com o pagamento²⁰⁸. E isto, segundo o autor, era absolutamente coerente com a estrutura do processo, já que a própria atuação defensiva era muito limitada pelo ordenamento.

Nas suas palavras:

Durante el sumario el defensor podia intervenir para pedir que su cliente fuera posto em libertad o para pedir que se realizaran ciertas diligencias de investigación que pudieran favorecerlo, todo sin tener acceso al expediente que por regla general era secreto. La actividad más importante del defensor consistía en responder a la acusación, esta respuesta en general se limitaba a comentar las pruebas acumuladas durante el sumario y solo en algunos casos se pedía confrontar las pruebas ya acumuladas o se presentaban nuevas pruebas.²⁰⁹

Da mesma forma, a autodefesa exercida pelo imputado era bastante precária, restando-lhe poucos e específicos momentos de manifestação. As consequências deste modelo eram vistas até mesmo na situação carcerária do país à época – muito mais inflado e populoso.

Observa-se, claro, um sistema muito parecido com o atual brasileiro, que detinha grande parte dos problemas a ele inerentes.

Contemplada a crise inquisitorial e o colapso de um sistema há muito insustentável, os ideais políticos (muito antes dos processuais penais) voltados ao exercício democrático do poder de punir somaram-se à influência internacional sobre a questão.

Sendo o sujeito passivo da atuação persecutória estatal içado à posição de *sujeito* de direitos humanos – e não mais de simples objeto de análise processual –, o direito à defesa em todos os seus aspectos é concebido e praticado com muito mais seriedade. Segundo Alex Caroca:

²⁰⁸ RIEGO, Cristián. El proceso de reforma del procedimiento penal chileno. In: **La Reforma del Proceso Penal Peruano**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2004, p. 377.

²⁰⁹ RIEGO, Cristián. El proceso de reforma del procedimiento penal chileno. In: **La Reforma del Proceso Penal Peruano**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2004, p. 378.

Reconocido al imputado el derecho fundamental a no ser condenado sin un proceso, surge inmediatamente su garantía, en cuanto principal interesado en los resultados del juicio, esto es, aquel que se verá afectado por el contenido de la resolución que se adopte, a poder intervenir en la formación de la decisión jurisdiccional. En el fondo esta exigencia se traduce en su derecho a ser oído y a que lo que diga, si decide a hacerlo, sea tomado en cuenta por el juez al adoptar su resolución, aunque estas alegaciones sean completamente rechazadas.²¹⁰

Retomando brevemente o tema já discorrido neste trabalho²¹¹, tome-se a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)²¹², consagrada em 1969, que estabelece garantias judiciais mínimas como a concessão de tempo e meios adequados ao acusado para que prepare a sua defesa, assim como a prerrogativa de comunicar-se privadamente com seu defensor²¹³.

Anteriormente, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), de 1948, já previa a prática de um júízo oral e público para todos aqueles acusados do cometimento de um delito ou em razão dele investigados, que seriam considerados inocentes até que sua culpa seja legalmente determinada²¹⁴.

As prerrogativas internacionais ainda versam sobre o dever de atuação positiva estatal para oferecimento de defesa técnica qualificada e eficiente àqueles que não tenham meios financeiros para contratação de um advogado particular²¹⁵.

²¹⁰ CAROCA, Alex. La defensa em el nuevo Proceso Penal. In: **Revista Chilena de Derecho**, v. 29, nº 02, 2002, p. 283.

²¹¹ Sobretudo no tópico “2.1 Histórico da Defesa no Processo Penal”.

²¹² Vale lembrar que com a Convenção Americana de Direitos Humanos foram também criadas a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que juntas firmam um sistema de supervisão e controle internacional dos países signatários da Convenção.

²¹³ Redação do art. 8.2, alíneas ‘b’ e ‘c’, da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada e concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa.”

²¹⁴ Redação do art. 11.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos: “Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.”

²¹⁵ Redação do art. 8.2, alínea ‘e’, da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.”

Na lógica dos modelos reformados, então, para a defensora pública argentina María Fernanda López Puleio, o reconhecimento do direito a um advogado não resolve por si só toda a problemática inerente ao acesso à justiça. É preciso fundamentalmente que se proporcione meios adequados para tanto – e somente assim é possível visualizar a relação ínsita e necessária entre as premissas que fundamentam o Estado de Direito, a regulação e a imposição de limites à persecução penal, a maneira como se organiza a justiça e o desenho de mecanismos estabelecidos para assegurar, em condições de igualdade, o direito a um defensor em matéria penal.²¹⁶

Tais normas internacionais sobre direitos humanos foram aos poucos sendo incorporadas às legislações nacionais, sobretudo aquelas que tomavam modelos processuais penais acusatórios, de forma a se fazerem obrigatórias aos Estados que a elas estivessem submetidos.

As reformas processuais latino-americanas ainda incorporaram *meios* de atuação defensiva na fase investigativa pré-processual que os antigos sistemas desconheciam, direcionados também pela irradiação dos direitos humanos em âmbito internacional.

Por evidente, garantias que servem para salvaguardar princípios caros ao Estado Democrático de Direito, acima de tudo o contraditório e a ampla defesa – com eles, o direito ao silêncio, a não auto-incriminação e a própria integridade física e psíquica do investigado na etapa prévia ao processo.

A defesa técnica se faz então responsável, ao lado do imputado e do acusado, por tais prerrogativas desde o primeiro movimento estatal, sendo o defensor (público ou privado) figura absolutamente essencial à administração da justiça acusatória pelo papel que nela desempenha.

Trata-se a ausência do advogado, agora, não somente como uma falha operacional, mas como uma impossibilidade, uma trava processual em si, para além de formalidades vazias meramente burocráticas – como se insiste em fazer no Brasil. O suporte técnico deve ser invariavelmente útil, proativo e eficaz; bem preparado e capacitado desde os primeiros momentos de sua

²¹⁶ PULEIO, María Fernanda López. El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos. In: **Revista Das Defensorias Públicas do Mercosul**. Brasília, nº 03, jun. 2013, p. 18.

formação acadêmica (que deve cultivar principalmente a capacidade oratória destes profissionais)²¹⁷.

Tomando o modelo processual argentino, seu Código Procesal Penal determina que o direito à defesa do indivíduo pode e deve ser exercido desde o primeiro ato procedimental realizado em seu desfavor por qualquer autoridade competente para desenvolvimento da atividade persecutória, justamente porque desde este momento seus direitos individuais estão em perigo em face da aplicação do poder penal estatal. Pode, então, o investigado, desde logo exercer todas as faculdades a ele disponíveis para resistir a tal poder²¹⁸.

Para tanto, o ordenamento processual argentino dispõe, por exemplo, que anteriormente a qualquer oitiva (inclusive e sobretudo em sede policial), o juiz responsável pela etapa preliminar chamará o imputado para que eleja um defensor²¹⁹, ou nomeará por si assistência jurídica pública em prol dos interesses daquele. O advogado, então, tendo a premissa de poder contatar o seu cliente a qualquer momento (até mesmo quando estiver “incomunicável”), deverá acompanhar todos os atos investigativos sob pena de nulidade²²⁰.

Ensina María Fernanda López Puleio:

¿Y cómo hacer uso de una prerrogativa que no se conoce? Según se observa, la puesta en conocimiento del imputado de su derecho a designar defensor “en la primera oportunidad” constituye una exigencia para el juez, y también para los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad. En efecto en el artículo 184 (hoy inciso.10) CPP Nación, se dispone que éstos últimos no podrán recibir declaración al imputado, y que sólo podrán dirigirles preguntas para constatar su identidad “previa lectura que en ese caso se le dará

²¹⁷ HARTMANN, Érica de Oliveira. **VI Congresso Internacional do Observatório da Mentalidade Inquisitória**: Os sujeitos processuais no processo adversarial. Palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Paraná. Curitiba, 14. outubro. 2019.

²¹⁸ MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 1996, p. 548. Apud PULEIO, María Fernanda López. El acceso a um defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos. In: **Revista Das Defensorias Públicas do Mercosul**. Brasília, nº 03, jun. 2013, p. 14.

²¹⁹ Redação do art. 197 do Código Procesal Penal argentino: “En la primera oportunidad, inclusive durante la prevención policial pero, en todo caso, antes de la indagatoria, el juez invitará al imputado a elegir defensor; si no lo hiciere o el abogado no aceptare inmediatamente el cargo, procederá conforme al artículo 107. El defensor podrá entrevistarse con su asistido inmediatamente antes de practicarse los actos aludidos en los artículos 184, penúltimo párrafo, y 294 bajo pena de nulidad de los mismos.”

²²⁰ Redação do art. 205 do Código Procesal Penal argentino: “El juez podrá decretar la incomunicación del detenido por un término no mayor de cuarenta y ocho (48) horas, prorrogable por otras veinticuatro (24) mediante auto fundado, cuando existan motivos para temer que se pondrá de acuerdo con terceros u obstaculizará de otro modo la investigación. [...] En ningún caso la incomunicación del detenido impedirá que éste se comunique con su defensor inmediatamente antes de comenzar su declaración o antes de cualquier acto que requiera su intervención personal.”

en alta voz de los derechos y garantías contenidos en los artículos 104 párrafo 1° y último, 197, 295, 296 y 298 de este Código, de aplicación analógica al caso, todo ello bajo pena de nulidad...". Y justamente, el artículo 295 CPP Nación, en tanto señala que a la declaración del imputado podrá asistir su defensor, expresamente indica que el imputado será informado de este derecho antes de comenzar la misma.²²¹

Voltando ao Chile, Alex Caroca afirma que o direito à defesa pós-reformas se traduz em uma garantia que se opera durante todo o procedimento penal, tendo o imputado a prerrogativa de nele intervir verdadeiramente desde os atos iniciais de investigação contra si até a completa extinção do processo, pessoalmente ou através de seu defensor, seja no *juicio oral* ou na *etapa de preparación* daquele²²².

Inicialmente, perante a reformada legislação processual penal chilena o imputado tem direito a conhecer integralmente o conteúdo da imputação contra ele proposta²²³. Mais do que isso, o Código prevê expressamente a garantia do contraditório oral em todas as fases do processo, inclusive na intermediária, na qual se privilegia a mais ampla forma de dialeticidade possível²²⁴.

No que tange à matéria probatória, sabe-se que deve ser produzida especificamente na etapa processual oral, não sendo válida para fins de valoração de mérito o conteúdo investigativo preliminar²²⁵.

²²¹ PULEIO, María Fernanda López. El acceso a um defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos. In: **Revista Das Defensorias Públicas do Mercosul**. Brasília, nº 03, jun. 2013, p. 23.

²²² CAROCA, Alex. La defensa em el nuevo Proceso Penal. In: **Revista Chilena de Derecho**, v. 29, nº 02, 2002, p. 284.

²²³ Redação do art. 93, alíneas 'a' e 'b', do Código Procesal Penal chileno: "Derechos y garantías del imputado. Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes. En especial, tendrá derecho a: Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que Le otorgan la Constitución y las leyes; Ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación."

²²⁴ Redação do art. 260 do Código Procesal Penal chileno: "Citación a la audiencia [de preparación]. Presentada la acusación, el juez de garantía ordenará su notificación a todos los intervinientes y citará, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la audiencia de preparación del juicio oral, la que deberá tener lugar en un plazo no inferior a veinticinco ni superior a treinta y cinco días. Al acusado se le entregará la copia de la acusación, en la que se dejará constancia, además, del hecho de encontrarse a su disposición, en el tribunal, los antecedentes acumulados durante la investigación."

²²⁵ Redação do art. 340 do Código Procesal Penal chileno: "Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración."

Caroca apresenta, neste sentido, um rol de garantias nas quais se traduz o direito à defesa no Chile no que concerne ao arcabouço probatório: (i) a existência de um juízo que receba a prova, sempre que houver controvérsia entre as partes; (ii) a possibilidade de que as partes proponham validamente todos os meios de provas que dispuserem; (iii) a admissão da prova proposta validamente; (iv) a “prática” da prova admitida, e que nisso possam intervir todas as partes; e (v) a valoração pelo Tribunal da prova praticada, ou seja, que seja esta objeto de apreciação, assinalados quais os fatos e por quais meios fundamentou sua decisão²²⁶.

Vale dizer, ainda, que ao juiz da respectiva fase preparatória é constitucionalmente vedada qualquer limitação a elementos de prova, devendo permitir a sua produção por qualquer meio idôneo, à medida que serão utilizados para produção de seu convencimento²²⁷.

Tudo isso, evidentemente, se faz possível tão somente com a adoção de um modelo processual oral e adversarial.

Imperioso salientar que no novo sistema processual chileno a presença do defensor técnico em todas as audiências orais – e aqui se inclui aquela realizada ainda na fase prévia ao processo em si – é para estas um requisito de validade²²⁸.

Segundo Alex Caroca:

Muy importante es tener presente que en el nuevo Código se considera que el imputado carece de defensa no solo cuando

²²⁶ CAROCA, Alex. La defensa em el nuevo Proceso Penal. In: **Revista Chilena de Derecho**, v. 29, nº 02, 2002, p. 286.

²²⁷ Redação do art. 295 do Código Procesal Penal chileno: “Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley.”

²²⁸ Redação do art. 103 do Código Procesal Penal chileno: “Efectos de la ausencia del defensor. La ausencia del defensor en cualquier actuación en que la ley exigiere expresamente su participación acarreará la nulidad de la misma, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 286.”

Redação do art. 286 do Código Procesal Penal chileno: “Presencia del defensor en el juicio oral. La presencia del defensor del acusado durante toda la audiencia del juicio oral será un requisito de validez del mismo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 103. La no comparecencia del defensor a la audiencia constituirá abandono de la defensa y obligará al tribunal a la designación de un defensor penal público, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 106. No se podrá suspender la audiencia por la falta de comparecencia del defensor elegido por el acusado. En tal caso, se designará de inmediato un defensor penal público al que se concederá un período prudente para interiorizarse del caso.”

efectivamente no dispone de abogado, sino que también se estima que se produce esta situación cuando el defensor designado no cumple su función o lo hace de manera muy ineficiente. En estos supuestos se estima que el imputado queda en indefensión y más de un precepto obliga al juez respectivo, especialmente al juez de garantía, a subsanar la infracción a la garantía que se produce en estos casos mediante la designación de un defensor penal público. Es lo que sucede, por ejemplo, en la etapa intermedia o de preparación del juicio oral, en que la inasistencia del defensor obliga a tener por producido el abandono de la defensa y hace surgir la obligación del juez de designar un defensor penal público que asista a ese imputado.²²⁹

Vale discorrer, por fim, sobre o sistema policial chileno no âmbito das reformas. Segundo Cristián Riego, o problema da falta de controles adequados sobre a atividade da Polícia era tido como uma das mais importantes questões a serem tratadas pelas reformas processuais: durante a vigência do sistema inquisitorial, as intervenções policiais nas etapas investigativas eram as mais problemáticas para os Direitos Humanos, especificamente, claro, no que concerne a práticas de tortura e outros abusos nas investigações relacionadas a delitos mais graves²³⁰.

Com a transformação do modelo processual no Chile, as violações aos direitos individuais se tornaram mais raras e menos graves:

El hecho de existir una audiencia, oral y pública, en presencia del juez, del Fiscal y del defensor, en un plazo que no puede ser superior a las 24 horas de haber sido detenido el sujeto, representa un fuerte estímulo para desincentivar las prácticas abusivas del aparato policial. En el mismo sentido, la presencia del Fiscal a las horas de la detención, la intervención del defensor que, normativamente, puede comenzar desde el mismo momento de la detención, y el control que el juez realiza en la audiencia antes citada, son herramientas que han resultado muy útiles para el sistema a fin de asegurar el respeto a la integridad física de los imputados.²³¹

Evidentemente, a solução encontrada foi a aproximação do imputado ao defensor técnico e a ampliação de seu escopo autodefensivo através de uma audiência pública e oral (denominada “audiência de control de detención”,

²²⁹ CAROCA, Alex. La defensa em el nuevo Proceso Penal. In: **Revista Chilena de Derecho**, v. 29, nº 02, 2002, p. 291.

²³⁰ RIEGO, Cristián. El proceso de reforma del procedimiento penal chileno. In: **La Reforma del Proceso Penal Peruano**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2004, p. 393.

²³¹ RIEGO, Cristián. El proceso de reforma del procedimiento penal chileno. In: **La Reforma del Proceso Penal Peruano**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2004, p. 394.

a primeira de várias que ocorrerão durante o processamento) perante autoridade judiciária competente; neste caso, o juiz de garantias. É possível, assim, que se exerça maior controle sobre a atividade policial, salvaguardando direitos inerentes ao sujeito passivo da investigação – sobretudo sua integridade física e psíquica.

A própria lógica do sistema adversarial, concluindo, exige uma atuação defensiva muito mais engajada – e, não por outro motivo, melhor preparada e remunerada – pelo fato de que cabe às partes gerir o conteúdo probatório e estruturar o caso penal, como mais cedo se tratou neste estudo. A paridade de armas entre acusação (essencial e inevitavelmente técnica) e defesa é indispensável para que o réu tenha condições de praticar seus direitos face à atividade punitiva estatal, portanto, validando assim a racionalidade acusatória pretendida.

4.4 A (IM)POSSÍVEL REFORMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA

Não há dúvidas de que no Brasil se faz necessária também uma *refundação* processual penal; um movimento reformista profundo e efetivo, pensado por nós e para nós, capaz de transformar a cultura inquisitorial e punitivista que nos envolve, implementando inevitavelmente um modelo processual acusatório e democrático.

Inevitável, assim, deixar de lado tudo o que construímos em termos de persecução penal para recomeçar da estaca zero, repensando sobretudo os papéis adotados pelos sujeitos processuais.

Como se extrai do exemplo latino-americano, porém, a transformação do sistema requer a vigência prévia de um discurso político democraticamente adequado, que preze pelas garantias individuais e pelos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Ou seja, é preciso que, antes de processualistas penais pensarem em transformações democráticas, a sociedade, seus governantes e representantes assim o façam em todas as esferas da vida comum. As mudanças partidas exclusivamente da legislação penal e processual penal não surtem efeitos na cultura de um povo – e é exatamente disso que aqui se trata.

Certo é que não nutrimos tal discurso no Brasil de hoje. A nossa metamorfose democrática tarda, e muito, porque não passamos por um período de verdadeira justiça de transição pós-ditatorial, por exemplo, como passaram todos os vizinhos da América Latina. Ao contrário, aqui não atribuímos responsabilidades nem desvelamos a nossa própria história, não demos *nomes aos bois*; nossa democracia vive às sombras.

Nos cabe, então, militar por uma *reforma processual possível*, tendo em mente que de algumas questões não se pode abrir mão para que haja algum mínimo avanço democrático urgente e imediato, e, assim, caminharmos até o ponto de maturação necessária à refundação de todo o sistema de justiça criminal.

Restritos ao tema ora abordado, qual seja, a defesa criminal efetiva no âmbito da investigação preliminar, vamos a alguns destes pontos essenciais.

Inicialmente, para buscar saídas efetivas e garantistas, imprescindível que se entenda *como* funciona o nosso atual sistema penal e *por que* assim o é; desde a atividade policiaesca das ruas até a brutalidade da execução da pena.

Não se olvide, portanto, que vivemos uma inversão da lógica estrutural básica consistente no fato de que a polícia, ou as polícias, deveriam ser órgãos *auxiliares* da justiça criminal. Na prática, à medida que a reconstrução do fato probando é a espinha dorsal do processo penal, e o inquérito policial é o que produz o conteúdo probatório hábil a ensejar a condenação criminal, é a autoridade policial, porém, quem essencialmente dita todas as fases da persecução penal.

A etapa processual, assim, não passa de uma teatralização supostamente “formalizadora” daquele conteúdo investigativo, que como mágica transmuta-se em elemento de prova – pouco importando se houve contraditório, ampla defesa, garantia ao silêncio, à intimidade, à inviolabilidade do domicílio... Afinal, cuida-se de uma lógica na qual se projeta tanto a polícia quanto o processo penal enquanto componentes da segurança pública.

Em vigor um inquérito policial secreto, escrito e isento de contraditório e de ampla defesa, a oralidade se perde enquanto a busca pela verdade absoluta se reacende.

Evidente que urge, portanto, a racionalização do inquérito policial para que os atos investigativos dele decorrentes sejam corretamente valorados na etapa judicial. Só então a investigação preliminar terá seu objetivo cumprido, qual seja, indicar obstáculos à formalização de uma acusação perante o Judiciário, evitando processamentos indevidos e inadequados, e assim salvaguardar direitos individuais em diversas esferas.

Isto porque, claro, a investigação preliminar é tão propensa a causar danos ao indivíduo quanto o processo penal em si. Da estigmatizante e seletiva atividade da polícia administrativa até a investigação do suposto fato delituoso pela polícia judiciária, a voz do investigado é pouco ouvida, ainda que desde logo recaia sobre ele a pretensão punitiva do Estado – e com ela as mais diversas formas de restrição de direitos fundamentais em prol do sucesso da investigação policial. Liberdade, intimidade, privacidade, domicílio e integridade física são alguns destes, além de alguns casos serem ainda mais gravosos por chamarem atenção da mídia e serem grandiosamente espetacularizados.

Vê-se cristalina a necessidade de que os ditames constitucionais incidam sobre a etapa preliminar sem qualquer embaraço ou restrição, portanto. No rol de garantias aplicáveis sobressaem o devido processo legal e o exercício do direito à defesa, tanto técnica quanto pessoal, desde o primeiro momento da atividade persecutória.

Observa-se até aqui, repita-se, formas de adequação do inquérito policial a um sistema de justiça criminal brasileiro que se pretenda mais democrático, na medida do possível. A mais importante medida a ser tomada, no entanto – mirando já em uma transformação um tanto mais aprofundada –, é precisamente a exclusão dos atos investigativos da etapa processual, de forma que o julgador do caso penal não seja contaminado pelos elementos de investigação.

Claro que se trata de uma proposta um tanto mais pretensiosa, e que para seu pleno funcionamento imprescinde de uma reformulação sistemática para a adoção de um modelo oral, por exemplo. Não deixa de ser a mais importante e, por isso, o foco dos presentes esforços.

Isto porque os elementos da investigação não são (ou não deveriam ser) reunidos para fazer *prova* contra o investigado, mas para que o órgão acusador saiba se é plausível ou não que contra ele se proponha a acusação

formal, e para que o magistrado saiba se é plausível ou não que este mesmo indivíduo seja processado.

O conteúdo probatório de fato deve ser produzido já na seara processual, diante de um julgador imparcial, suportado por todas as salvaguardas constitucionais cabíveis. Não se pode permitir que um ato investigativo – por exemplo, um reconhecimento facial realizado pela vítima através de fotografias, em procedimento que viola os ditames legais processuais – seja utilizado como prova para condenação de um sujeito.

Mais do que isso, é preciso deixar mais uma vez esclarecido que o julgador, tendo o mínimo contato com o inquérito policial, é severamente contaminado por seu conteúdo. Levando em conta que muitas vezes este mesmo magistrado será o responsável por deferir medidas cautelares ainda na etapa investigativa, o pré-julgamento é absolutamente inevitável.

Assim, emprestando a exitosa solução latino-americana, propõe-se a implantação de uma fase intermediária entre a preliminar e a processual no Brasil, de modo que, presidida por um juiz de garantias, seja preparado o juízo de mérito. Neste momento, após admitida a acusação, são apresentadas todas as provas que serão produzidas pelas partes no momento do julgamento, já sendo excluídas aquelas inadequadas ou ilícitas, e analisadas as produzidas antecipadamente.

O conteúdo investigativo, portanto, não será direcionado àquele que for de fato julgar o caso, porque as provas lícitas e necessárias serão perante ele re-produzidas.

Neste sistema, a defesa do acusado se faz muito mais necessária e participativa; conseqüentemente melhor preparada e remunerada. A presença de um defensor técnico nos trâmites é absolutamente imprescindível, sendo inclusive um requisito de validade dos atos processuais. Aumenta-se o espectro defensivo inclusive no que tange à autodefesa do acusado e do investigado.

Tudo isso para garantir os direitos individuais do acusado e do investigado, fazendo prevalecerem os preceitos constitucionais neste sentido.

5 CONCLUSÕES

A par de todo o exposto, a conclusão do presente trabalho não é singular, mas plural: se quisermos, de fato, consolidar um sistema de justiça criminal brasileiro voltado a ideais democráticos e garantistas, é preciso que se pense em uma série de soluções – muitas já experimentadas, com sucesso, pelos modelos processuais penais latino-americanos – e não uma única. O desenvolvimento do direito à defesa, por si só, é uma delas.

Este trabalho pretendeu, então, inicialmente percorrer o caminho da defesa no processo penal ao longo dos séculos, a fim de demonstrar que a atuação defensiva é limitada ou estimulada de acordo com a racionalidade do sistema em vigor e, conseqüentemente, o nível de respeito às garantias individuais e ao *status* de sujeito de direitos que adquire (ou não) o indivíduo alvo da atividade persecutória.

Mostrou-se, ainda, que conceder ao acusado ou ao investigado os direitos de contar com um defensor técnico e com a sua própria autodefesa não mais é suficiente no cenário internacional atual. É preciso que o Estado atribua aos cidadãos a possibilidade de uma defesa criminal *efetiva*, ou seja, que detenha meios para que a atuação defensiva seja idônea, célere, disponível, qualificada mas que, sobretudo, se tenha suporte suficiente para que o acusado de fato participe dos atos processuais aos quais será submetido, fazendo com que os julgadores dos casos penais sejam receptivos ao réu em suas teses e narrativas.

A análise do “dever-ser” da defesa no processo penal faz com que inevitavelmente os olhares se voltem, descontentes, ao Brasil atual. É fato que a nossa legislação penal e processual penal parou no tempo; a inquisitorialidade é expressa e os direitos individuais mitigados em prol, ainda, da busca pela verdade que se faz presente desde o primeiro ato da investigação policial. O processo penal brasileiro é escrito, altamente burocrático, despreza a vítima e pouco se importa com contraditório e ampla defesa em favor do réu.

Nosso sistema de justiça penal não passa de um ato de violência contra o indivíduo.

A situação em muito se agrava quando consideramos que, além de os direitos de defesa no Brasil serem formal e materialmente insuficientes, aqueles que não têm condições de pagar por um profissional qualificado estão ainda mais sujeitos aos males do processamento penal.

Feitas estas considerações, passa-se, então, à tratativa específica tangente ao inquérito policial. A questão é precisamente que a investigação preliminar, na seara da persecução penal, tem como objetivo formal não mais do que a produção de atos investigativos, para que o órgão responsável pela acusação decida se dará ou não ensejo à ação penal. É, idealmente, um filtro racionalizador do poder de punir estatal no escopo processual penal, a fim de que não sejam propostas denúncias inadequadas ou infundadas.

Adquire, assim, importante fundamento democrático.

O inquérito policial brasileiro – modalidade de investigação preliminar majoritariamente utilizada no Brasil, conduzida pela polícia judiciária –, no entanto, subverte esta lógica e inverte os papéis: sem qualquer dialeticidade ou possibilidade real de intervenção do investigado, o arcabouço investigativo produzido é transportado automaticamente à seara processual, muitas vezes formando a convicção do magistrado para condenação do réu. E assim o é porque o artigo 156 do Código de Processo Penal, em suas entrelinhas, o permite. A ampla defesa e o devido processo legal sequer são cogitados, bem como a presunção de inocência, tamanha a violação.

Além disso, outras nuances que permeiam o inquérito policial são essencialmente a busca pela verdade real, a racionalidade de combate ao inimigo, a enorme burocracia e, em alguns casos, a espetacularização do fato e do “delinquente”. Tudo isso enseja, sem dúvidas, grande sofrimento ao sujeito passivo da investigação, que a essa altura sequer é acusado em um processo penal de fato. Sem meios para se defender, resta a ele que sofra as consequências sociais e jurídicas de uma investigação plenamente inquisitorial, abandonado pelas garantias da Constituição Federal. Fala-se, por isso, em “penas da investigação”.

Toda essa conjuntura, e sobretudo a inexistência de uma etapa intermediária, contamina a convicção do magistrado responsável pelo julgamento da ação penal – até porque, não raro é ele mesmo quem fará a

análise pelo deferimento de medidas cautelares quando ainda em trâmite o inquérito policial.

Ao juiz, então, resta exercer uma conduta evidentemente inquisitória, buscando a verdade real dos fatos (coisa que inclusive se corrobora pela disposição do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal), corrompido por seu próprio quadro mental paranoico e sendo absolutamente compelido a formular pré-julgamentos acerca do investigado.

Discorre-se sobre o tema, então, a partir da chamada Teoria da Dissonância Cognitiva aplicada ao Efeito Primazia, para concluir que – partindo da premissa de que o ser humano está sempre tentado manter seus pensamentos e concepções em harmonia entre si, e que a primeira impressão sobre algo ou alguém é aquela que prevalece – é inviável falar em imparcialidade do juízo naqueles casos em que o magistrado atuou ou teve contato com os elementos investigativos antes do início da ação penal; ou seja, precisamente todos os casos penais cujos fatos em discussão foram investigados pela polícia judiciária.

O papel da defesa no inquérito policial, neste contexto, é fundamental para que as “penas da investigação” – em que se inclui, agora, a parcialidade do futuro juízo da ação penal, caso venha a se consolidar – sejam ao máximo minoradas, já que as garantias constitucionais, como se viu, jamais poderiam ser restritas. Deve ser conferida assistência plena ao investigado para que possa exercer algum mínimo controle, uma possibilidade de participação nos atos da investigação. Por exemplo, para decidir se quer se submeter a um reconhecimento pessoal ou a um teste de DNA, e, se sim, para que possa impugnar o resultado caso assim considere necessário.

É claro que na prática, ainda que haja base constitucional e convencional para tanto, os direitos defensivos não são suficientemente irradiados à fase preliminar, sobretudo através do deficitário aparato legal infraconstitucional.

A conclusão, aqui, é a de que urge, em primeiro lugar, a valoração correta dos atos investigativos na seara judicial, e, em segundo, a exclusão do teor do resultado da investigação preliminar dos autos processuais.

As reformas processuais latino-americanas, então, se apresentam como forma de possível modelo ao Brasil – ainda que politicamente estejamos longe do alinhamento necessário para tanto.

Estes movimentos representam uma completa refundação do sistema de justiça criminal de quase todos os países da América Latina (com exceção, claro, do Brasil) no sentido de colocar em prática ideais de processo penal mais compatíveis com o contexto democrático que se delineava após os anos 1980.

Isto, claro, porque a racionalidade inquisitória ainda era a que balizava toda a administração da justiça penal, e, portanto, o que se tinha era uma persecução penal secreta, altamente burocratizada, escrita e pouco preocupada com a satisfação de direitos individuais tanto do réu quanto da vítima. Todas as consequências deste modelo já são sabidas, porque muito parecidas com as que vivemos ainda hoje no Brasil.

O sistema inquisitório, então, entra em colapso quando estes países se dão conta de que em nada se adequa à mentalidade democrática e garantista que agora se necessita privilegiar.

Graças a um discurso político interessado, coerente e adequado, pois, e seguindo a esteira internacional sobre o assunto, os latino-americanos começaram a realizar profundos processos de revisão em seus sistemas de justiça, com vistas à promoção de meios para resolução dos conflitos primários da sociedade – tendo por *uma das* soluções (a mais excepcional delas) a atribuição de uma pena privativa de liberdade.

Para colocar tudo isso em prática, as reformas significaram, de forma geral, a adoção de julgamentos orais, públicos e contraditórios, divisão das funções de juiz, acusador e defesa, ampliação do sistema de garantias do acusado, incorporação de saídas processuais conciliatórias e efetivamente reparadoras de danos, e maior importância à vítima do processo.

Trata-se, basicamente, da implantação de um modelo acusatório de processo penal.

Um dos pontos centrais desta nova racionalidade consiste na etapa intermediária entre as fases da persecução penal, além da introdução da figura do juiz de garantias, a fim ensejar maiores condições de imparcialidade do juízo.

A fase intermedial serve essencialmente para que sejam rigidamente separadas as etapas de investigação e de julgamento de um determinado caso penal. Isto porque, de acordo com a lógica adversarial, a gestão das provas é confiada exclusivamente às partes, excluindo a participação do julgador em quaisquer atividades instrutórias ou investigativas para que não se “contamine” com elementos que não condizem com verdadeiros elementos de prova, ou seja, aqueles produzidos a partir do caso narrado por cada uma das partes, de forma oral, garantindo todos os direitos – ampla defesa, contraditório, devido processo, entre tantos outros – ao acusado.

Assim, evita-se a remessa ao júízo de um caso inapto ou inadequado ao julgamento de mérito, filtrando as provas que serão futuramente produzidas para desde já excluir aquelas ilegais, assim como os atos da investigação. Os julgadores do caso penal não exercem função decisiva sobre nenhuma medida cautelar ou outra questão atinente à investigação.

A defesa, neste novo processo penal, é sobretudo privilegiada e valorizada, já que agora o sujeito passivo da persecução estatal é tido pelo sistema como um sujeito de direitos. A ele, então, é conferida uma série de prerrogativas defensivas que contam com maiores oportunidades de autodefesa, efetiva participação em todos os atos da investigação – desde o primeiro momento – e do processo, além de uma defesa técnica muito mais participativa e séria, também em todos os momentos em que a pretensão punitiva recai sobre o assistido.

Retornando ao Brasil, repita-se: não temos, ainda, a adequação política necessária para refundar o sistema penal brasileiro; mesmo que tal adequação se faça absolutamente urgente e essencial se quisermos abraçar ideais de justiça mais democráticos, à medida que vivemos em um modelo cujas raízes são absolutamente inquisitórias.

Ainda que nos seja especialmente dificultoso, por isso, insistir neste momento em uma separação hermética entre investigação e julgamento, para excluir dos autos processuais o inquérito policial e afastar o julgador da atividade instrutória, é certo que de algumas questões não podemos abrir mão.

A primeira delas, como aqui já se mencionou, é a adequação do valor probatório conferido aos atos provenientes da investigação. Hoje em dia, temos que o conteúdo da atividade investigativa policial adentram ao processo sem

qualquer obstáculo, transformando-se em arcabouço probatório, ainda que produzidos sem qualquer cuidado constitucional em relação aos direitos individuais do réu.

Necessário, portanto, valorá-los como atos *investigativos* que são, para proteger e dar ao acusado maiores condições de participação e produção de provas.

Em segundo lugar, a necessidade premente de fazer com que incidam na fase preliminar ao processo os direitos previstos constitucionalmente, sobretudo a ampla defesa, sem qualquer limitação.

Desta maneira, o inquérito policial poderia começar a exercer a função que teoricamente lhe cabe: ser filtro racionalizador democrático do poder punitivo estatal, para conferir ao órgão acusador instrumentos suficientes apenas para decidir se oferecerá ao juízo uma acusação formal. O que no escopo desta investigação eventualmente se tenha produzido, terá que passar por uma re-produção judicial, invariavelmente.

Por fim, tenha-se em mente que a solução ideal para o contexto brasileiro seria, sim, a adoção de um sistema processual penal inteiramente acusatório, em que fossem rigorosamente separados investigação e processo. Na falta de estrutura para tanto, resta-nos buscar soluções possíveis e viáveis no contexto atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai; MAIER Julio B. J.; WOISCHNIK, Jan (Org). **Las Reformas Procesales Penales en América Latina**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BAYTELMAN, Andrés; DUCE J., Mauricio. **Litigación penal: juicio oral y prueba**. Santiago: Universidad Diego Portales, 2004,

BALDAN, Édson Luís. Investigação Defensiva: o direito de defender-se provando. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan-fev. 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BELLING, Ernst. **Derecho Procesal Penal**, 1943, Barcelona.

BINDER, Alberto. **Elogio de la audiencia oral**. México: Coordinación Editorial, 2014.

BINDER, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Ad hoc, 1999.

BINDER, Alberto. **VI Congresso Internacional do Observatório da Mentalidade Inquisitória: Conferência de abertura**. Palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Paraná. Curitiba, 14. outubro. 2019.

BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo, 2016.

BOGANI, Laura Cora (Org.). **La Justicia penal adversarial em América Latina**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018.

BRUM, Nilo Barrios de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BULHÕES, Gabriel; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. A investigação defensiva como uma necessidade democrática. In: **Canal Ciências Criminais**. 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/686479153/a-investigacao-defensiva-como-uma-necessidade-democratica>. Acesso em 27. agosto. 2019

CABRERA, Michelle Giranda. **VI Congresso Internacional do Observatório da Mentalidade Inquisitória: A oralidade como princípio fundamental do**

processo adversarial. Palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Paraná. Curitiba, 15. outubro. 2019.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democrazia**. Padova: Cedam, 1954.

CAMARGO, Daniel Marques de. A defesa no processo penal. In: **Sessão Artigos**, Jusbrasil. Disponível em <https://danieldecamargo.jusbrasil.com.br/artigos/121942803/a-defesa-no-processo-penal>. Acesso em 05. setembro. 2019.

CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. Juízo oral e recebimento da denúncia: audiência preliminar para efetivação do contraditório e do controle de insuficiências e excessos na acusação. In: POSTIGO, Leonel González. **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018. p. 85-100.

CARDOSO, Helena Schiessl. O inquérito policial no Anteprojeto do Código de Processo Penal: Será possível abrir mão do defensor no inquérito policial? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de (Org.). **O Novo Processo Penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 59-68.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de: MILLAN, Carlos Eduardo Trevelin. 2. ed. São Paulo: Editora Pillares, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Principi del proceso penale**. Nápoles: Morano, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. In: **Rivista di diritto processuale**, v. XX. Pádua: CEDAM, 1965.

CAROCA, Alex. La defensa em el nuevo Proceso Penal. In: **Revista Chilena de Derecho**, v. 29, nº 02, p. 283-301, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança do Direito Penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial. In: **Revista Consultor Jurídico**. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policia-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>. Acesso em 24. setembro. 2019.

CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. O juiz das garantias na investigação preliminar criminal. In: **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. Santiago: Centro de de Estudios de Justicia de las Américas.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Análise por país: Brasil. In: AMBOS, Kai; MAIER Julio B. J.; WOISCHNIK, Jan (Org). **Las Reformas Procesales Penales en América Latina**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal à luz da Constituição**. Bauru: Edipro, 1999.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **VI Congresso Internacional do Observatório da Mentalidade Inquisitória**: Os sujeitos processuais no processo adversarial. Palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Paraná. Curitiba, 14. outubro. 2019.

CHRISTIR, Nils. Elementos de Geografia Penal. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: ano 07, n. 11, 2000.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedure penale**. Torino: UTET, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 70, p. 49-58, abril-junho, 1993.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 30, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul-set. 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **VI Congresso Internacional do Observatório da Mentalidade Inquisitória**: As fases do processo por audiências na América Latina. Palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Paraná. Curitiba, 15. outubro. 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de (Org.). **O Novo Processo Penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de (Org.). **O Novo Processo Penal à luz da Constituição**. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas; BALTAZAR, Shalom Moreira. Do projeto de reforma do CPP ao projeto de lei "anticrime": mirando a Constituição. In: **Revista Consultor Jurídico**. 2019.

Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limite-penal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime>>. Acesso em 01. setembro. 2019.

CUSTÓDIO, Rafael; FINGERMAN, Isadora; ZAPATER, Maíra. Análise por país. Brasil. In: BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo, 2016, p. 181-240.

DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1977.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974.

DIETER, Maurício Stegemann. O sistema de investigação criminal brasileiro e o Novo Código de Processo penal que se anuncia. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de (Org.). **O Novo Processo Penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 47-57.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 04 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRAGOSO, Heleno Cláudio, **Jurisprudência Criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

GIANNITI, Francesco, **prospettive criminologiche e processo penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1984.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **Processo penal e rito democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa**. Tese (Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24904/ERICA%20DE%20LIVEIRA%20HARTMANN%20Tese%20doutorado.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02. setembro. 2019.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **VI Congresso Internacional do Observatório da Mentalidade Inquisitória: Os sujeitos processuais no processo adversarial**. Palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Paraná. Curitiba, 14. outubro. 2019.

HOFFMANN, Henrique. Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial. In: **Revista Consultor Jurídico**. 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policial-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>>. Acesso em 20. setembro. 2019.

LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES Jr., Aury. A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. In: **Revista de Direito Penal**, nº 4, out-nov. 2000.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. In: **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 8, nº 16, set-dez. 2016.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

MACHADO, Leonardo Marcondes. O inquérito policial goza de contraditório (mitigado) e defesa (mitigada). In: **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-set-04/academia-policial-inquerito-policial-goza-contraditorio-mitigado-defesa-limitada>> Acesso em: 10. julho. 2019.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 1996

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 89

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. II. Campinas: Bookseller, 1997, p. 74.

MARRAFON, Marco Aurélio. Quadro mental paranoico não pode imperar na solução de casos jurídicos. In: **Revista Consultor Jurídico**. 2014. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-14/constituicao-poder-quadro-mental-paranoico-nao-imperar>>. Acesso em 20. agosto. 2019.

MARTÍNEZ, Santiago; YOMHA, Diego García. **La etapa preparatoria em el sistema adversarial**: de la instrucción a la investigación penal. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2014.

MAYA, André Machado. O Juizado de Garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas

processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 23, nº 01, jan-abr. 2018.

MAYA, André Machado. O processo penal na sociedade de risco: a persecução penal entre os ideais de liberdade e segurança. In: **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, v. 3, nº 1, jan-jun. 2017, p. 97-117.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

NEYRA FLORES, Jose Antonio. **Manual Del Nuevo Proceso Penal & de Litigacion Oral**. Lima: Idemsa, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

POLI, Camilin Marcie de. **O Inquérito policial e sua utilização na fase processual penal: (des)conformidade com o devido processo legal**. Dissertação (Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/48456>. Acesso em 03. novembro. 2019.

POSTIGO, Leonal González. La Reforma Procesal Penal em Latinoamérica. In: **Evaluación de la implementación del Sistema Penal Acusatorio em Panamá**. UNODC-CEJA. 2015.

POSTIGO, Leonel González. **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018.

POSTIGO, Leonel González. Bases da Reforma Processual Penal no Brasil: lições a partir da América Latina. In: Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (Org). **Mentalidade inquisitória e Processo Penal no Brasil: o sistema acusatório e a reforma do CPP do Brasil e na América Latina**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

POSTIGO, Leonel González; FANDIÑO, Marco. Balance y propuestas para la consolidación de la justicia penal adversarial em América Latina. In: BOGANI, Laura Cora (Org.). **La Justicia penal adversarial em América Latina**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais**. 04. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

PULEIO, María Fernanda López. El acceso a um defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos. In: **Revista Das Defensorias Públicas do Mercosul**. Brasília, nº 03, p. 7-50, jun. 2013.

RIEGO, Cristián. El proceso de reforma del procedimiento penal chileno. In: **La Reforma del Proceso Penal Peruano**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2004.

RIEGO, Cristián; VARGAS, Juan Enrique. **Reforma a la Justicia Criminal em Latinoamérica**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. Você conhece a Teoria do Caso no processo penal? In: **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-22/voce-conhece-teoria-processo-penal>>. Acesso em 07. outubro. 2019.

SAMPAIO, André Rocha; SILVA, Joane Marcelle de Oliveira e. Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: a oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitório. In: POSTIGO, Leonel González. **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018. p. 13-23.

SCHINDLER FILHO, Renato Sigisfries Sigismund. A necessária revitalização da fase intermediária do processo: pela implementação de uma audiência de controle da acusação. In: POSTIGO, Leonel González. **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018. p. 67-84.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Notas sobre o Inquérito Policial no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de (Org.). **O Novo Processo Penal à luz da Constituição**. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

STRUENSEE, Eberhard; MAIER, Julio B. J. Introducción. In: AMBOS, Kai; MAIER Julio B. J.; WOISCHNIK, Jan (Org). **Las Reformas Procesales Penales en América Latina**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale: principi fondamentali**. Milano: Giuffrè, 1975.

VI Congresso Internacional do Observatório da Mentalidade Inquisitória: Os sujeitos processuais no processo adversarial. Palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Paraná. Curitiba, 14. outubro. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGAIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal**. V.1. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.