

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A HIPÓTESE CRIMINAL QUALIFICADA PELO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA¹

RICARDO CARRIEL DE OLIVEIRA

POLÍCIA FEDERAL - BRASÍLIA/DF



RESUMO

O artigo analisa o processo de conhecimento na persecução penal, notadamente na fase de investigação criminal desenvolvida pela Polícia Judiciária. Tem como objetivo identificar, sob a ótica da legislação vigente e projetada, além da comparação com elementos de sistemas processuais estrangeiros, aspectos que influenciam a justificação e a legitimação dos indícios na fase investigativa e no processo criminal *stricto sensu*, nos sistemas processuais criminais de matiz democrática. Dentre os principais aspectos analisados, são abordadas questões relativas aos modelos processuais inquisitivo e acusatório, o regime jurídico da polícia judiciária no Brasil, a conjectura por indícios na persecução penal e a importância do direito de defesa na busca por uma perspectiva intersubjetiva do conhecimento.

PALAVRAS-CHAVE: Investigação criminal. Polícia judiciária. Conjectura por indícios. Hipótese criminal. Direito de defesa. Democracia.

1. INTRODUÇÃO

A comprovação da autoria de um crime representa uma das questões mais relevantes para o processo penal, notadamente porque a demonstração da ocorrência de um fato depende da sua reconstrução histórica, o que, em uma perspectiva crítica, demanda a realização de uma investigação com vistas à estruturação dos raciocínios necessários para a construção de uma hipótese criminal, que possa ser considerada provável para o desencadeamento do evento investigado.

1 Artigo Científico apresentado à Academia Nacional de Polícia como exigência para a obtenção do título de Especialista em Direito de Polícia Judiciária

Ocorre que a busca por essa reconstrução histórica no Estado Democrático de Direito está sujeita a limites não só de ordem cognitiva, mas também de ordem potestativa, o que diferencia a metodologia dos procedimentos empregados na persecução penal da generalidade dos processos cognitivos realizados com base em critérios científicos, notadamente por demandar controles próprios, em todas as fases da persecução penal.

Esses controles no processo de conhecimento da persecução penal podem decorrer de opções políticas, representativas da necessária legitimação inerente ao sistema de justiça penal, que influenciam nos instrumentos e nos procedimentos necessários à seleção dos elementos de fato que poderão subsidiar as decisões das autoridades envolvidas na persecução criminal. De fato, a rigorosa observância a esses controles se mostra indispensável para a preservação dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos eventualmente submetidos ao processo penal.

Nesse aspecto, em se considerando que, além de disponibilizar subsídios para uma eventual fase judicial do processo penal - um dos objetivos precípuos do inquérito policial é o de proteger os inculpadados, evitando processos criminais desnecessários - seria desejável que a avaliação dos aspectos cognitivos e potestativos da fase investigativa se aproximasse, tanto quanto possível, daquela desenvolvida na fase judicial.

Todavia, em razão da necessidade de se garantir instrumentalidade ao inquérito policial, o contraditório, em regra, fica mitigado ou diferido para momento posterior ao da coleta dos vestígios e dos demais elementos informativos, circunstância que, em determinados casos, poderia dificultar a aferição da validade e da legitimação da hipótese adotada como provável para a ocorrência do fato escrutinado, eventualmente conduzindo o investigador a optar por hipóteses que, ao final, poderiam se mostrar precipitadas ou equivocadas.

Nesse sentido, em se considerando que, a priori, nenhuma evidência deveria ser reconhecida como uma “prova” plena, bem como que a grande generalidade das investigações criminais depende da avaliação de elementos de prova indiciários, exsurge identificar qual seria o esquema lógico adequado para que as autoridades incumbidas da investigação criminal possam subsidiar a construção de uma hipótese

criminal que, ao menos potencialmente, possa se aproximar daquela que seria atingível na fase judicial do processo criminal.

Dessa forma, a partir deste trabalho de pesquisa, pretende-se desenvolver uma análise sobre o processo de conhecimento na persecução penal, notadamente na fase de investigação desenvolvida pela Polícia Judiciária, com vistas a identificar, sob a ótica da legislação vigente e projetada, além da comparação com elementos de sistemas processuais estrangeiros, aspectos que influenciam a justificação e a legitimação dos indícios na fase investigativa e no processo criminal stricto sensu, sem olvidar das peculiaridades decorrentes do exercício da ampla defesa e do contraditório, evidentemente mais abrangentes neste último.

2. O PROCESSO DE CONHECIMENTO NA PERSECUÇÃO PENAL COMO UMA FORMA DE SABER-PODER

Apesar das reconhecidas limitações humanas para o alcance de uma verdade dita real ou absoluta, é certo que a verdade é um dos pilares da justiça penal. Não fosse assim, os erros judiciais decorrentes da condenação de inocentes não causariam tanto constrangimento à sociedade e não seriam passíveis de revisão a qualquer tempo, em sistemas processuais reconhecidos como democráticos. Como afirma Luigi Ferrajoli, “se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade” (2006, p. 38).

Eliomar da Silva Pereira sustenta que a investigação criminal deve ser entendida como “um conjunto de atividades probatórias que exigem não só a investigação, mas também a discussão dos elementos de prova em um processo que não pode ser cindido do poder que o legitima, a favor de uma verdade justificada apenas formalmente pelo procedimento” de tal sorte que, a partir do controle do poder a ser exercido no desenvolvimento da investigação, possam ser ponderados o conhecimento científico e a razão jurídica (PEREIRA, 2010, p. 30), necessários para a legitimação de uma condenação criminal.

Dessa forma, diante da importância que o processo de conhecimento representa para a validação de uma hipótese admitida como provável para a ocorrência de um fato, inicialmente propomos uma breve incursão filosófica nas teorias do conhecimento, para, em seguida, analisarmos as repercussões da legitimação potestativa na investigação criminal.

2.1 O PROCESSO COGNITIVO DE VALIDAÇÃO: DA EPISTEMOLOGIA À METODOLOGIA

Conforme leciona Lenio L. Streck, as concepções que fundamentam o processo de conhecimento foram se desenvolvendo ao longo dos últimos milênios, desde a procura por um alicerce firme para a verdade absoluta em Platão ou da “substância” em Aristóteles, passando pelo “*esse subsistens* do medievo [...], no *cogito* inaugurador da filosofia da consciência, no eu penso kantiano, no *absoluto* hegeliano, na *vontade do poder* nietzscheana e pelo *imperativo do dispositivo da era da técnica*”, em Heidegger (2011, p. 346).

Partindo de uma perspectiva dualista para o conhecimento, que reconhece a interdependência entre o sujeito e o objeto em sua construção, o filósofo alemão Johannes Hessen classificou cinco diferentes perspectivas para a “possibilidade do conhecimento”, são elas: o dogmatismo, o ceticismo, o subjetivismo/relativismo, o pragmatismo e o criticismo (2000, p. 47).

Para os dogmáticos, o conhecimento não se apresenta como uma relação entre o sujeito e o objeto, pois a percepção ou a razão é desconsiderada de uma forma que a verdade não seria questionável. Segundo Hessen o pensamento dogmático se ocupa tão somente do objeto e seria o primeiro e mais antigo dos pontos de vista da humanidade, sendo por ele rotulado de a “atitude do homem ingênuo” (2000, p. 30).

Do outro lado, em oposição ao dogmatismo, Hessen mencionou o pensamento ceticista, corrente perante a qual a aquisição de qualquer conhecimento seria impossível. Para Hessen, a atenção dos cétricos está de tal forma concentrada no sujeito ou, mais especificamente, em fatores subjetivos do conhecimento humano, que ele se mostra incapaz de enxergar o objeto (2000, p. 31).

Não obstante reconhecer uma contradição lógica no pensamento cético, pois até mesmo a admissão de que “o conhecimento é impossível” tornar-se-ia duvidosa para um cético, Hessen ressaltou a importância desse ponto de vista para a evolução do pensamento da humanidade, assinalando que:

Enquanto o dogmatismo enche o pensador e o pesquisador de exagerada confiança em face da capacidade da razão humana, o ceticismo mantém desperto o sentimento do problema. Crava o agulhão da dúvida no peito do filósofo, fazendo que este não se aquiete diante das soluções já dadas a um problema, mas continue lutando por soluções novas e mais profundas (HESSEN, 2000, p. 36).

O subjetivismo e o relativismo, por sua vez, admitem a existência da verdade, mas ela seria limitada em sua validade. Para os subjetivistas, a verdade seria restrita ao sujeito (ou grupo de sujeitos) que conhece e que julga, repelindo a possibilidade da existência de verdades universais. O subjetivismo também pode ter uma perspectiva individual, quando a verdade vale tão somente para o sujeito que a formula, ou genérico, quando se reconhece a possibilidade de validade perante um grupo ou uma espécie de indivíduos (HESSEN, 2000, p. 37).

Enquanto o subjetivismo reconhece a dependência do conhecimento humano de fatores intrínsecos ao “sujeito cognoscente”, o relativismo, como o próprio nome indica, destaca a influência de fatores externos, como p. ex. o meio ambiente, os círculos culturais ou o espírito da época no reconhecimento da verdade. Hessen conclui afirmando que o subjetivismo e o relativismo também padecem de contradição lógica, na medida em que um conhecimento não poderia ser verdadeiro e falso ao mesmo tempo, classificando-os como modalidades do pensamento cético, por refutarem a validade de uma verdade universal (2000, p. 38).

Para o pragmatismo, cuja origem foi atribuída por Hessen ao filósofo americano Willian James, é abandonado o conceito de verdade enquanto concordância entre o pensamento e o ser. No pragmatismo, a verdade do conhecimento consiste na concordância do pensamento com os objetivos práticos do homem, enquanto provedora de resultados úteis ou benéficos. De acordo com Hessen, o pensamento pragmático não leva em consideração a lógica e coloca em um segundo plano

a autonomia do pensamento humano, ante a inexistência de relação entre o aspecto de utilidade e o conceito de verdade (2000, p. 40).

Além disso, para Hessen, que também considera o pragmatismo uma modalidade do pensamento ceticista, a experiência já mostrou que esse conceito de verdade poderia validar situações com efeitos danosos, especialmente quando empregada em perspectivas que preconizam que a “verdade” deveria ser escondida (2000, p. 42). Como será analisado mais adiante, o pensamento pragmático influenciou de maneira significativa a ideologia adversarial, no modelo acusatório, atualmente empregado no sistema de persecução penal nos Estados Unidos da América.

Por fim, o criticismo, caracterizado como uma modalidade de pensamento intermediário entre o ceticismo e o dogmatismo, compartilha da confiança na razão humana, admitindo a existência de uma verdade, porém, nutrindo desconfiança por qualquer conhecimento pré-determinado, ao submeter a valoração de todas as afirmações à razão, sem aceitá-las inconscientemente, o que Hessen denominou de “criticamente inquisidor – um meio termo entre a temeridade dogmática e o desespero cético” (2000, p. 43).

Segundo Hessen, o verdadeiro fundador do criticismo teria sido Kant, após ter transitado tanto pelo dogmatismo quanto pelo ceticismo. Para Hessen, Kant superou as unilateralidades do dogmatismo e do ceticismo a partir do criticismo, que consiste em um “método da atividade de filosofar que investiga tanto a fonte de suas afirmações e objeções quanto os fundamentos sobre os quais repousam; um método que nos dá a esperança de atingir a certeza” (2000, p. 43).

Por fim, Hessen ainda relacionou outras correntes de pensamento, que seriam alusivas à origem do conhecimento, quais sejam: o racionalismo, o intelectualismo, o apriorismo e o empirismo (2000, p. 47), que se diferenciam na medida em que privilegiam a razão ou a percepção para a aquisição do conhecimento, cujo detalhamento entendemos desnecessária para os objetivos deste estudo, ressaltando, todavia, que cada uma dessas perspectivas do conhecimento revelam a diversidade dos modos de pensar, que, em determinados casos, podem se mostrar relevantes para a solução de problemas que, sob alguma ou algumas dessas perspectivas, poderiam se mostrar insolúveis.

Já no século XX, as perspectivas dualistas foram impactadas por um novo prisma. A partir dos estudos realizados por Heidegger e Wittgenstein foi reconhecida a importância da linguagem enquanto mediadora entre o significado e o sentido das coisas, o que promoveu uma ampla mudança no pensamento filosófico, conhecido como o “linguistic turn” ou “virada linguística”. Para Lenio L. Streck, a “invasão” da linguística no campo da filosofia transferiu o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, “onde se dá a ação ou o sentido para as coisas”, sustentando que o sujeito surge na linguagem e pela linguagem (STRECK, 2017, p. 15).

A partir desse estágio de desenvolvimento, as denominadas teorias do conhecimento foram superadas pela metodologia, perspectiva filosófica que se ocupa da “análise das condições e dos limites de validade dos procedimentos de investigação e dos instrumentos linguísticos do saber científico” (ABBAGNANO, 2007, p. 183).

Nesse ponto, alcançamos o empirismo crítico de Karl Popper, que, ao propor a substituição da verdade pelo método, apontou a processualidade como estratégia para a validação do conhecimento. De acordo com Popper, as teorias científicas deveriam ser encaradas como conjecturas, que somente podem ser aceitas enquanto se mostrarem aptas a superar rigorosos testes de validade:

[...] a aceitação de uma lei ou teoria pela ciência é apenas tentativa; isso quer dizer que todas as leis e teorias são simples conjecturas, ou hipóteses (posição que chamo às vezes de ‘hipotetismo’); podemos rejeitar qualquer lei ou teoria com base em novas evidências, sem que isso implique o descarte da antiga evidência que nos levou originalmente a aceitá-la. [...] Enquanto uma teoria resiste aos testes mais rigorosos que podemos conceber, ela é aceita; quando isso deixa de acontecer, ela é rejeitada. (POPPER, 2008, p. 84)

Assim, mais do que se preocupar com a busca por uma “verdade real”, eventualmente inatingível, a metodologia passou a orientar a busca por critérios de aceitação e de validação do conhecimento, de forma que poderia ser admitida a validade de uma “verdade por correspondência”, tal como foi proposta por Alfred Tarski (*apud* POPPER, 2008, p. 55), sem contudo confundirmos seu significado com o sentido semântico do termo “verdadeiro”.

Nesse sentido, conforme sustenta Leonidas Hegenberg “se a ‘epistemologia’ se refere ao que podemos saber, ‘metodologia’ se reporta aos meios e modos usados para obter conhecimento” (2005, p. 10, apud PEREIRA, 2010, p. 91).

Da metodologia para a Teoria do Garantismo Penal, observa-se que Luigi Ferrajoli reconhece a importância da ideia de uma verdade aproximativa e não absoluta:

A verdade de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a "verdade" de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos [...] Para expressar esta relatividade da verdade, alcançada em cada ocasião, pode-se muito bem usar a noção sugerida por Popper de "aproximação" ou "acercamento" da verdade objetiva, entendida esta como um "modelo" ou uma "idéia reguladora" que "somos incapazes de igualar", mas da qual podemos nos aproximar, sob a condição, não obstante, de que não se associem a tal noção conotações desorientadoras de tipo ontológico ou espacial, mas apenas o papel de um princípio regulador que nos permita asseverar que uma tese ou uma teoria é mais plausível ou mais aproximativamente verdadeira e, portanto, preferível a outras por causa de seu maior "poder de explicação" e dos controles mais numerosos a que foi submetida com sucesso. (FERRAJOLI, 2002, p. 42).

Dessa forma, o reconhecimento da existência de limites à cognição pode nos auxiliar a manter um espírito crítico, que se mostra indispensável para a adequada validação lógica que deve ser empregada na construção de uma hipótese criminal, no âmbito da persecução penal.

2.2 A LEGITIMAÇÃO POTESTATIVA DA PERSECUÇÃO PENAL: DO PODER AO DEVER

Sob o ponto de vista potestativo, a investigação criminal se desenvolve em função de um sistema jurídico-penal, que outorga poderes aos sujeitos dela encarregados, mas também os sujeita a limites, decor-

rentes dos princípios, direitos e garantias, que são assegurados aos indivíduos submetidos a um determinado sistema processual.

De fato, o sistema de persecução penal não deixa de ser uma construção política, diretamente influenciada pelo contexto histórico-cultural, de onde extrai ou obtém sua legitimação, em face de um poder constituído, circunstância que pode explicar as diferenças entre os diversos sistemas processuais penais vigentes no mundo.

Essa modalidade de poder, que não se confunde com a opressão, pode ser reconhecida na “sociedade disciplinar” contemporânea, pois, conforme sustenta Michel Foucault, em qualquer sociedade existem diversas relações de poder, em diferentes níveis, umas se apoiando ou contestando as outras, muitas delas sutis, de forma que não se pode falar em um poder, mas sim em relações de poder (FOUCAULT, 2002, p. 86).

Para Foucault, o próprio modelo de inquérito, enquanto sistema de validação das provas na persecução penal (aqui entendido em seu sentido amplo, que não se limita à fase investigativa desenvolvida pela Polícia Judiciária), não deixa de ser um modelo político de autenticação da verdade:

O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder (FOUCAULT, 2002, p. 78).

O reconhecimento do sistema de persecução penal como uma manifestação do poder constituído nos auxilia a compreender as implicações ideológicas, políticas e das tradições culturais que correspondem aos critérios de verdade utilizados em um determinado sistema, ora privilegiando os aspectos cognitivos e/ou dialéticos, ao conferir direitos e garantias materiais aos sujeitos submetidos ao processo, ora desconsiderando-os, quando eventualmente se esgota no exercício de um poder autoritário ou absolutista, ocasiões em que, a partir de diversos episódios narrados pela história, foram identificados abusos de poder.

Nesse aspecto, diante da dicotomia entre o saber e o poder, vislumbramos que, em um Estado Democrático de Direito, os poderes atri-

buídos às autoridades incumbidas da persecução penal devem ser vistos como deveres institucionais, que legitimam o processo em que se desenvolve a persecução penal, consubstanciados na Constituição Federal, nos tratados internacionais e nas demais normas infraconstitucionais.

Conforme sustenta Norberto Bobbio, as bases para uma definição mínima de democracia podem ser caracterizadas como “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos” (BOBBIO, 2009, p. 30).

Entendendo as decisões coletivas mencionadas por Bobbio com a edição de normas processuais penais, nossa Constituição Federal estabeleceu a competência privativa da União para legislar sobre direito processual, de forma que, na ausência de um procedimento disciplinado em lei, nenhum ente estatal estaria autorizado a suprir uma pretensa lacuna, por outras espécies normativas, muito menos a partir da edição de resoluções ou de outros regulamentos de caráter meramente administrativo.

Ressalte-se que, as normas e resoluções editadas no âmbito de órgãos públicos tem efeitos apenas *interna corporis*, ou seja, são destinadas tão somente a regulamentar a aplicação da Lei no âmbito interno de um órgão e não poderiam estabelecer obrigações e responsabilidades para terceiros, sob pena de invasão das atribuições do Poder Legislativo Federal.

Nesse aspecto, à luz dos limites preconizados pelo Estado Democrático de Direito, observamos que o respeito aos direitos e garantias dos investigados reclama a existência de um procedimento que discipline as investigações criminais, o que, em nosso caso, foi estabelecido no Código de Processo Penal e em outras leis extravagantes, v.g. a Lei 12.830/13.

De fato, a observância aos direitos e garantias fundamentais não pode prescindir da prévia definição de um procedimento estabelecido em Lei, que regule as obrigações e os deveres daqueles que serão submetidos a uma determinada ação do Estado, notadamente daqueles que possam invadir a esfera de direitos fundamentais.

A importância de procedimentos estabelecidos em Lei para a consecução dos objetivos nas atividades desenvolvidas pelo Estado foi objeto de profundos estudos pelo professor alemão Robert Alexy, que citando Konrad Hesse, consignou que a “organização ou procedimento [revelam-se] com frequência o – provavelmente único – meio de se produzir um resultado conforme os direitos fundamentais e com isso assegurá-los de forma eficaz também em face dos problemas modernos” (ALEXY, 2008, p. 470).

Sustenta Alexy, que os procedimentos que asseguram direitos fundamentais pela limitação da atuação do Estado poderiam ser definidos como direitos procedimentais com status negativo, para os quais estaria assegurada, inclusive, a possibilidade de proteção específica em relação à manutenção da vigência das normas que estabeleceram esses procedimentos, de forma que, a esses direitos, também poderiam ser conferidos um status positivo (ALEXY, 2008, p. 479):

Não parece ser possível excluir a possibilidade de que como ação do legislador sejam considerados não apenas atos de criação e de revogação normativa, mas também a manutenção da vigência das normas. Se se adota esse ponto de vista, o problema do status resolve-se de uma maneira extremamente simples: em relação às posições procedimentais em nível infraconstitucional já existentes os direitos a procedimentos são direitos a que o legislador realize a ação positiva de manutenção de sua vigência.

Dessa forma, uma vez reconhecidos os fundamentos do Estado Democrático de Direito em um determinado sistema legal, a Constituição e as Leis devem ser admitidos como instrumentos de limitação do poder estatal, notadamente quando destinados a fixar as atribuições e condutas dos seus agentes.

Nesse aspecto, como decorrência da legitimação potestativa, podemos identificar limitações normativas destinadas a orientar a busca por elementos de prova, decorrentes de opções políticas, sem relação com o aspecto cognitivo do processo.

Conforme sustenta Michele Taruffo, em qualquer sistema processual podem ser identificadas normas que interferem na regulação das provas que, eventualmente, dificultam a obtenção da verdade, res-

tringindo procedimentos ou métodos que, por serem funcionais para a determinação da verdade, poderiam ser considerados epistemologicamente válidos (2010, p. 157).

Como veremos mais adiante, um típico exemplo de limitação potestativa em nosso sistema processual é o da necessidade de aferição da compatibilidade e da concordância da confissão do acusado com os demais elementos de prova em um processo, como condição para sua valoração como elemento de prova, situação que não é observada no modelo adversarial, tradicional nos EUA.

2.3 A VERDADE PROCESSUAL NA PERSECUÇÃO PENAL

Após essa breve introdução sobre o processo de validação cognitiva e de legitimação potestativa do conhecimento, observamos, conforme sustenta Luigi Ferrajoli, que o conceito de verdade processual é fundamental para a teoria do processo, não só pelo seu emprego na prática judicial, mas porque dele não podemos prescindir, sob pena de incompreensão da atividade jurisdicional e de renúncia à principal forma de controle racional no processo (FERRAJOLI, 2002, p. 40).

Sustenta Luigi Ferrajoli que se não dispormos de uma teoria da verdade adequada, que possibilite verificabilidade e verificação processual, toda construção teórica cognitiva ou garantista do Direito Penal, proveniente do iluminismo, terminaria apoiada na areia, resultaria “desqualificada, enquanto puramente ideológicas as funções civis e políticas a ela associadas [...] Disso decorre a já assinalada conotação epistemológica da validade na jurisdição penal: as sentenças penais são os únicos atos jurídicos cuja validade depende da sua verdade” (FERRAJOLI, 2002, p. 39, 484).

Nesse aspecto, independentemente do conceito que se atribua a essa “verdade” e tendo em conta que esse será sempre um ideal, do qual poderemos no máximo nos aproximar, no processo penal são impostos limites potestativos na busca pela verdade, dentre eles alguns que podem assumir uma especial natureza contra epistêmica, que representarão, em um determinado sistema legal, os critérios para admissão da verdade em seu sentido processual.

De fato, no Estado Democrático de Direito não poderia ser admitida uma busca pela “verdade” a qualquer custo, como, v.g. a que poderia ser obtida mediante a utilização de procedimentos que ofendam direitos ou garantias individuais, inclusive a coação moral ou física, como a prática da tortura.

Além disso, outras normas podem refletir opções ideológicas que se contrapõem à exigência de esclarecimento da verdade, a partir da limitação de acesso aos aspectos cognitivos, que podem resultar no desprezo da busca pela “verdade”. Conforme sustenta Michelle Taruffo:

“se a função primordial de um determinado sistema processual se esgota na realização de um ritual orientado para a solução dos conflitos, ou em uma competição entre as partes, isso poderia implicar no desprezo pela função cognitiva do processo, tornando a busca da verdade formalmente irrelevante ou, até mesmo, contraproducente” (TARUFFO, 2010, p. 58, tradução nossa).

Não obstante, mesmo para aqueles que consideram que o processo penal se destina mais a resolver conflitos e à pacificação ou controle social, “a identificação da justiça ou correção da decisão passa pelo reconhecimento da determinação da verdade” (BARBOSA, 2018, p. 85), sem a qual concluímos que o exercício do poder punitivo não poderia ser legitimado pela função jurisdicional, num Estado Democrático de Direito.

Assim, de forma diversa daquela estabelecida para o processo civil, perante o qual prevalece o princípio da disponibilidade do direito das partes e de onde se manifesta por função preponderante a solução dos conflitos, no processo penal, notadamente nos sistemas oriundos da *Civil Law*, de tradição europeia continental, a possível aplicação de uma pena, seja ela de natureza pessoal ou pecuniária, incluindo a própria existência do processo, impõe um juízo de validação cognitiva.

Por esse motivo, no sistema processual vigente no Brasil, o início do processo criminal depende, em regra, da apresentação de elementos de fato suficientes a caracterizar a confirmação da materialidade delitiva, além de indícios suficientes de autoria, sem os quais o processo não poderia ser, sequer, iniciado.

Da mesma forma, a instauração do inquérito policial, em nosso sistema processual, também não prescinde da necessária constatação da procedência das informações, o que demanda um juízo de conformidade entre uma narrativa (a notícia do crime) e a realidade fática.

Relevante consignar, como nos lembra Ferrajoli, que a verdade processual comporta dois aspectos. O primeiro diz respeito à verdade factual e o segundo à verdade jurídica, sendo que esta última se caracteriza pela verificação da correspondência entre o fato e uma norma jurídica. Portanto, uma proposição somente poderá ser admitida como verdade processual se, e somente se, for válida tanto fática, quanto juridicamente (FERRAJOLI, 2002, p. 41).

Assim, para que qualquer juízo de conformidade entre um fato e o tipo penal escrutinado possa ser realizado, dentre outros aspectos, necessário é estabelecer a metodologia por meio da qual será exigida a demonstração de que o “fato histórico” efetivamente ocorreu, o que determinará, por sua vez, os critérios de validação da hipótese criminal, em um determinado sistema processual.

Dessa forma, a depender do modelo de obtenção das provas adotado em um determinado sistema, os critérios para o reconhecimento da verdade poderão diferir, como resultante da predominância do aspecto cognitivo ou potestativo desse sistema.

3. ASPECTOS RELEVANTES DA PROVA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Feita essa breve introdução acerca do processo de conhecimento e suas possíveis imbricações na persecução penal, propomos analisar as repercussões dessa perspectiva metodológica no desenvolvimento da investigação criminal, avaliando as potenciais diferenças cognitivas e potestativas de uma hipótese criminal proposta por ocasião da conclusão das investigações levadas a efeito pela Polícia Judiciária, em face daquelas potencialmente atingíveis na fase judicial do processo penal.

Para tanto, propomos uma abordagem introdutória sobre o regime jurídico da Polícia Judiciária no Brasil, assim como uma avalia-

ção do potencial probatório dos elementos informativos coletados no curso do inquérito policial.

Em seguida, será realizada uma análise sobre as diferenças entre os modelos de obtenção de provas, diretamente influenciados pelas características inquisitivas ou acusatórias, predominantes, respectivamente, na fase investigativa e judicial do processo penal vigente no Brasil, na tentativa de estabelecer os potenciais déficits cognitivos de cada uma das mencionadas fases, para, ao final, avaliar de que forma a adoção de uma metodologia crítica poderia aproximar a investigação criminal dos aspectos cognitivos e potestativos da fase judicial.

3.1 O REGIME JURÍDICO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA DA UNIÃO NO BRASIL

A fim de possibilitar uma adequada abordagem do regime jurídico do Delegado de Polícia, assim como das atividades de Polícia Judiciária, relevante identificar o conceito de regime jurídico, que pode ser entendido como um conjunto de regras que disciplinam a atuação de uma autoridade ou de um órgão investidos de um múnus público. Para Justen Filho, regime jurídico pode ser entendido como sendo o:

Conjunto de normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, vinculadas direta ou indiretamente à realização dos direitos fundamentais, caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins (JUSTEN FILHO, 2005, p. 48).

Nessa linha, necessário também identificar de que forma os princípios gerais de Direito Administrativo influenciam o exercício das funções de polícia judiciária, destacando-a das atividades de polícia administrativa, cujos poderes compreendem, conforme definido no artigo 78 da Lei 5.172/66 (CTN), na redação dada pelo Ato Complementar nº. 31, de 1966:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado,

ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Inicialmente, observamos que a doutrina administrativista tradicional não incluía, ordinariamente, as funções de polícia judiciária e, nem mesmo as atividades de garantia da ordem pública, como atividades afetas ao poder de polícia administrativo, stricto sensu.

Nesse sentido, para Hely Lopes Meireles, as atividades de polícia administrativa poderiam ser entendidas nos seguintes termos:

Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional. Desde já convém distinguir a polícia administrativa, que nos interessa neste estudo, da polícia judiciária e da polícia de manutenção da ordem pública, estranhas às nossas cogitações. Advirta-se, porém, que a polícia administrativa incide sobre os bens, direitos e atividades, ao passo que as outras atuam sobre as pessoas, individualmente ou indiscriminadamente. A polícia administrativa é inerente e se difunde por toda a Administração Pública, enquanto as demais são específicas e privativas de determinados órgãos (Polícias Cíveis) ou corporações (Polícias Militares e Guardas Municipais). (MEIRELES; BURLE FILHO, 2016, p. 153)

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citando julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, observou que a ocorrência de ilícito penal seria o principal aspecto distintivo, consignando que as específicas funções de polícia judiciária não estariam regidas pelo Direito Administrativo:

Conforme Álvaro Lazzarini (in RJTJ-SP, v. 98: 20-25), a linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age. A primeira se rege pelo Direito Administrativo, incidindo sobre bens, direitos ou atividades; a segunda, pelo direito processual penal, incidindo sobre pessoas. Ou-

tra diferença: a polícia judiciária é privativa de corporações especializadas (polícia civil e militar), enquanto a polícia administrativa se reparte entre diversos órgãos da Administração, incluindo, além da própria polícia militar, os vários órgãos de fiscalização aos quais a lei atribua esse mister, como os que atuam nas áreas da saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social. (PIETRO, 2006, p. 125/126)

Entretanto, as atividades de polícia judiciária estão afetas não só aos institutos do direito processual penal, mas também a alguns princípios do direito administrativo, o que proporciona e reveste a função de polícia judiciária de uma natureza híbrida, na medida em que ela estaria sujeita a princípios de ambos os institutos.

Nesse aspecto, observamos que a Constituição Federal de 1988, a despeito de incluir as funções de polícia judiciária no capítulo referente à segurança pública, Título V – “Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas”, quando, por sua natureza peculiar, a Polícia Judiciária estaria melhor conformada entre as funções essenciais à Justiça (COUTINHO, 2017), temos que o artigo 144, inciso IV, estabeleceu que compete à Polícia Federal exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

Estabelecida, assim, a exclusividade da Polícia Federal para o exercício das funções de polícia judiciária da União, com status constitucional, contemplamos que o cerne dessa atividade é a realização do inquérito policial (SILVA, 2011, p. 88), cuja presidência foi incumbida aos delegados de polícia, cargo privativo de bacharéis em Direito, aos quais deve ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os demais membros da Justiça e das outras funções a ela consideradas essenciais, nos termos da Lei 12.830/13.

Em âmbito infraconstitucional, o parágrafo único do artigo 2º-A, da Lei 9.266/96, na redação dada pela Lei 13.047/14, estabeleceu que os ocupantes do cargo de Delegado de Polícia Federal, autoridades policiais no âmbito da Polícia Judiciária da União, são os responsáveis pela direção das atividades do órgão e exercem função de natureza jurídica e policial, essencial e exclusiva de Estado.

Por sua vez, o *caput* do mencionado artigo estabeleceu que a Polícia Federal, órgão permanente de Estado, organizado e mantido pela União, é fundado na hierarquia e disciplina, de forma que os poderes e deveres dos integrantes do órgão devem ser escalonados de maneira ascendente entre os agentes públicos, em observância ao princípio da eficiência no atendimento e na prestação dos serviços (DEZAN, 2017, p. 154).

Além disso, restou estabelecido no referido diploma legal que o provimento no cargo de Delegado de Polícia Federal depende da aprovação em concurso público de provas e de títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, privativo de bacharéis em Direito, com pelo menos três anos de atividade jurídica ou policial.

Aos delegados de polícia, responsáveis pelo exercício das atividades de Polícia Judiciária, legítimas autoridades policiais referidas no artigo 4º do Código de Processo Penal, foi também assegurada a prerrogativa de inamovibilidade, além do poder de requisição de perícias, informações, documentos ou outros dados que interessem à apuração dos fatos.

Foi, ainda, estabelecida a impossibilidade de avocação, por superiores hierárquicos, de procedimentos formais de investigação sob a presidência de um Delegado de Polícia, ressalvada a hipótese de redistribuição do procedimento “mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação”, conforme estabelece o parágrafo 4º, do artigo 2º, da Lei 12.830/13.

Os atos decisórios das autoridades de polícia judiciária são revestidos de conteúdo jurídico-administrativo, sob a égide do princípio da juridicidade, que, conciliado com o inciso I, artigo 2º, da Lei 9.784/99, legítima, nas decisões adotadas pelas autoridades policiais, a interpretação dos contornos jurídicos das normas, no aspecto substantivo, ou seja, material, e também no aspecto formal, seja ele processual ou procedimental (DEZAN; BRASIL JÚNIOR, 2016, p. 220).

Eventual insurgência da parte prejudicada em face de decisão adotada pelo Delegado de Polícia em inquérito policial não está sujeita a recurso hierárquico, devendo o interessado propor uma ação de mandado de segurança ou um habeas corpus, a depender da natureza da medida questionada.

Em relação às vedações, na Lei 4.878/65 e, subsidiariamente, na Lei 8.112/90, foram disciplinadas proibições e normas gerais de comportamento a que estão submetidas as autoridades policiais, de forma que os delegados de polícia não estão submetidos à legislação trabalhista, mas sim a um regime especial de sujeição para com o Estado, em vista das peculiares relações jurídicas e da relevância dessa função para o interesse público (DEZAN, 2017).

A exoneração do cargo, quando considerado efetivo, ou seja, após o término do período de estágio probatório, somente poderá se dar a partir de pedido do servidor, ressalvada a hipótese de demissão, aplicável em caso de sanção disciplinar por falta grave, mediante regular processo disciplinar, no qual tenha sido assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Por fim, podemos concluir que os delegados de polícia federal, enquanto autoridades de polícia judiciária, distinguem-se dos demais agentes públicos, na medida em que assumem a responsabilidade de dirigir as ações orgânicas da Polícia Federal, o que lhes atribui a qualidade de representantes do órgão, especialmente no âmbito dos processos investigativos consubstanciados pelo inquérito policial, de forma que, além de autoridades policiais, também podem ser identificados como “membros” do órgão Polícia Federal.

Trata-se, assim, de um regime jurídico caracterizado por uma peculiar opção potestativa, que constituiu uma polícia judiciária qualificada, dirigida e conduzida por profissionais com a mesma formação dos juízes e dos promotores públicos, que tradicionalmente propugna por uma atuação não só impessoal, no aspecto administrativo, mas também “imparcial”, aqui entendido no sentido processual que pode ser assimilado para o termo.

3.2 O VALOR DOS ELEMENTOS INFORMATIVOS OBTIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL PARA A FORMAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Muito se discute na doutrina sobre o valor dos elementos de prova obtidos por meio do inquérito policial, sendo corriqueiras as manifestações das mais variadas correntes doutrinárias que, ora não reconhecem, ora relativizam a importância do potencial probatório do inquérito policial para a fase judicial da persecução penal.

Inicialmente, considerando as diversas acepções que podem ser assimiladas pelo vocábulo prova, necessário delimitar a terminologia que será empregada neste trabalho, de forma a possibilitar uma melhor compreensão do tema. Para tanto, neste trabalho, o vocábulo prova será empregado na acepção de demonstração, enquanto resultado de um procedimento racional que admite ou nega a ocorrência de um fato, sendo que a locução, “elementos de prova”, será utilizada para caracterizar “cada um dos dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa” (GOMES FILHO, 2005, p. 305).

Superada essa questão terminológica, observamos que o artigo 155 do Código de Processo Penal vigente, na redação dada pela Lei 11.690/08, estabelece que “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.

Ocorre que, não obstante o caráter de excepcionalidade da norma, observa-se que a maior parte dos elementos de prova coletados durante a investigação policial não foram produzidos nessa fase, mas sim constituem-se de elementos pré-constituídos, os quais foram cautelarmente reunidos a partir de diligências determinadas em um procedimento investigativo oficial, de forma que não se pode afastar o potencial cognitivo desses elementos de prova para o esclarecimento do fato investigado.

Sobre o valor das provas previamente constituídas, sustenta Luigi Ferrajoli:

Os documentos interpretados pelo historiador, da mesma forma que as provas "documentais" em sentido estrito, utilizadas também no processo, são, contudo, como se disse, preexistentes à investigação e não já constituídas no curso dessa investigação. Está claro que a circunstância de que a maior parte das fontes judiciais, ao revés, seja produzida para a investigação dos fatos a que alude, e não antes e independentemente dessa investigação, aumenta os condicionamentos subjetivos, seja pela maior implicação emocional dos sujeitos dos quais provêm, seja pelo maior interesse no êxito da investigação que sobre elas pode pesar (FERRAJOLI, 2002, p. 48).

Destarte, a opção do legislador pátrio pela admissão, no processo penal, de elementos de prova obtidos nas fases anteriores à fase judicial não diverge, em linhas gerais, da posição legal e jurisprudencial adotada nos principais países de tradição civilista. De fato, mesmo nos sistemas onde é vedada essa possibilidade, a excepcional introdução de elementos de prova obtidos em fases preliminares é normalmente admitida, quando se tratar da coleta antecipada de elementos de prova, quando o procedimento de coleta não puder ser repetido, quando não forem produzidas de forma oral ou, ainda, quando não se mostrarem em contradição com os elementos de prova produzidos em audiência de julgamento (FERNANDES, 2011, p. 42).

Assim, apesar de grande parte da doutrina sustentar que não se produz "prova" durante a fase investigatória, na prática, os elementos informativos reunidos por meio do inquérito policial poderão constituir elementos de prova para a fase judicial, quando forem não repetíveis, sendo que a mera exclusão dessas informações na fase judicial poderia esvaziar uma potencial responsabilização penal, notadamente nos casos que envolvem crimes mais complexos.

Isso porque, não obstante a apuração dos fatos no âmbito das atividades de polícia judiciária ostente um caráter preparatório, as diligências desenvolvidas nesse mister revestem-se de natureza eminentemente cautelar e antecipada, cuja repetição em sede judicial nem sempre é possível.

De fato, à exceção dos depoimentos testemunhais colhidos no inquérito, que em regra são repetíveis na fase processual, os demais elementos de prova obtidos por meio do inquérito policial, na maioria

dos casos, não poderão ser refeitos durante a instrução da fase judicial do processo penal.

É o que ocorre com os elementos de prova que resultam das interceptações telefônicas e telemáticas, das buscas e apreensões, da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos, da ação controlada, do afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, da reprodução simulada dos fatos, da infiltração policial e dos exames de corpo de delito, entre outros.

Nesses casos, os elementos de prova produzidos no inquérito podem ser regularmente aproveitados como fundamento para as decisões judiciais proferidas durante o processo ou, ainda, como fundamento para a sentença, desde que submetidos, ainda que de maneira diferida, ao contraditório.

Além disso, ainda que os elementos de prova coletados no inquérito tenham sido realizados sem a participação das partes, a submissão a um contraditório diferido ou “sobre a prova” é plenamente admissível (DEZEM, 2008, p. 91), notadamente no caso dos elementos de provas ditos “materiais”, como os corpos de delito, os instrumentos do crime, além dos materiais obtidos como resultado de intervenções, como a busca e apreensão ou as gravações em via pública (GUZMÁN FLUJA apud DEZEM, 2008, p. 91).

A título de exemplo, em se tratando de um local de crime ou de uma busca e apreensão, seria impensável a preservação do estado de coisas até que o local pudesse ser submetido a uma inspeção judicial (ou mesmo por um júri), a fim de que os vestígios e demais elementos de prova pudessem ser objeto de observação direta pelo julgador, em um ambiente contraditório. Assim, a inspeção direta é substituída por um laudo pericial ou por um auto circunstanciado, normalmente realizado no âmbito do inquérito, que, por sua vez, não deixa de ser um testemunho, apresentado no processo sob a forma documental.

Até mesmo o depoimento testemunhal prestado perante a Polícia Judiciária, quando se mostrar em desacordo com o prestado pela testemunha na fase judicial, também poderá ser eventualmente utilizado como elemento de informação na fundamentação da sentença,

notadamente quando forem apresentadas versões divergentes ou contraditórias por uma mesma testemunha, circunstância que, na maioria dos casos, poderia recomendar a desqualificação de um depoimento.

De outro lado, o mero descarte dos elementos de prova obtidos por meio do inquérito na fase judicial, conforme recomendam alguns processualistas (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 232), poderia ser ainda mais prejudicial, pois o órgão de acusação simplesmente desentranharia os elementos de prova do inquérito policial, juntando-os ou apenas aqueles que a ele interessam a outro procedimento destinado a instruir a denúncia, eventualmente dificultando a análise da origem e da cadeia de custódia da prova, em prejuízo da defesa.

Com efeito, a Corte Constitucional da Itália, país que em muito inspirou a legislação processual penal brasileira (tanto o código processual penal vigente, como o anteprojeto de reforma em tramitação no legislativo), decidiu pela inconstitucionalidade dos dispositivos do Código de Processo Penal italiano que dificultavam a possibilidade de acesso ao *fascicolo* pela defesa, notadamente durante os debates em julgamento, reconhecendo a possibilidade de utilização das declarações obtidas no curso da *indagine preliminari*, superando, com isso, a rígida separação entre a fase de investigação e a fase judicial da prova na persecução penal, passando a admitir o que poderia ser qualificado como o “princípio da não dispersão dos meios de prova” (ZAMBUTO, 2016, p. 8, 9).

Destarte, a mera exclusão dos elementos informativos obtidos no inquérito pode, em determinados casos, ocorrer em prejuízo da defesa, notadamente quando esses elementos de prova poderiam a ela ser favoráveis, circunstância que recomenda a admissão, em sistemas processuais reconhecidos como democráticos, do princípio da não dispersão dos meios de prova.

De fato, no Brasil, nos casos de processo dos crimes submetidos ao Tribunal do Júri, é expressamente prevista a possibilidade de leitura, leia-se, aproveitamento dos elementos de prova, na fase de instrução em plenário, das peças que se refiram às provas cautelares ou não repetíveis, conforme estabelece o artigo 473, §3º, do CPP, disposição que foi, inclusive, mantida no anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, conforme proposto no artigo 375, §4º.

Além disso, parece evidente que um processo penal que não aproveite os elementos de prova coletados no inquérito policial tornar-se-ia extremamente dispendioso e moroso, em muitos casos até inviabilizado, ante o reduzido espectro de provas reproduzíveis ou originariamente acessíveis na fase judicial da persecução penal, o que recomenda o aproveitamento dos elementos informativos obtidos no inquérito policial, sejam eles em benefício da acusação ou da defesa.

Esse aspecto destaca a importância do inquérito policial para o desenvolvimento do processo cognitivo, necessário para a reconstrução histórica do fato que interessa à causa, podendo, essencialmente a partir dos elementos de prova não repetíveis, subsidiar a fundamentação das sentenças, enquanto devidamente legitimado pelo ordenamento jurídico.

3.3 A OBTENÇÃO DOS ELEMENTOS DE PROVA NA PERSECUÇÃO PENAL: DO MODELO INQUISITIVO AO ACUSATÓRIO

Partindo do pressuposto de que as diferenças normativas de cada ordenamento jurídico resultam em sistemas específicos, normalmente sujeitos a princípios próprios, bem como que, em tese, atualmente não existem sistemas de persecução penal vigentes que poderiam ser identificados como modelos puros, mas sim a predominância das características de um determinado modelo em cada fase do sistema penal, propomos analisar as diferenças entre os modelos de obtenção das prova nas fases investigativa e judicial da persecução penal a partir da comparação entre os modelos inquisitivo e acusatório, cujas principais características podem ser observadas atualmente, em maior ou menor grau, na maioria dos sistemas vigentes.

Do ponto de vista metodológico, a análise comparativa será realizada a partir do sistema vigente em território nacional, onde se observa que, após recentes alterações legislativas, foram incorporadas significativas alterações em nosso modelo processual, ao incorporar algumas características próprias dos sistemas acusatórios na fase judicial da persecução penal, não obstante a investigação criminal realizada pela Polícia Judiciária ainda mantenha características eminentemente inquisitivas.

No plano metodológico, também se justifica a opção pela avaliação comparativa de um sistema vigente, a partir das características pertencentes aos modelos inquisitivo e acusatório, pois, conforme leciona Ferrajoli, além de “manter distinta a noção teórica e convencional dos dois modelos das suas características empíricas nas diferentes experiências históricas”, a comparação entre sistemas teóricos que, na prática, nunca aparecem em estado puro, poderia restar influenciada por operações ideológicas de desvirtuamento histórico ou por construções teóricas “logicamente inconsistentes e axiologicamente inúteis” (FERRAJOLI, 2002, p. 452).

Feitos esses breves esclarecimentos, observamos que o modelo inquisitivo pode ser caracterizado por um processo de análise, por meio do qual o próprio responsável pela pesquisa se encarrega da busca pelas respostas para as indagações, enquanto o acusatório se baseia em um processo de síntese, fundado na dialética do contraditório (PEREIRA, 2010, p. 174).

Para Ferrajoli, a separação rígida entre o juiz e a acusação, a paridade entre a acusação e a defesa, além da publicidade e oralidade do julgamento, compõem o modelo teórico e histórico do processo acusatório. O modelo inquisitivo, por sua vez, caracteriza-se pela iniciativa do juiz no campo probatório, na disparidade de poderes entre a acusação e a defesa, além do caráter escrito e secreto da instrução (FERRAJOLI, 2002, p. 451).

Não obstante alguns autores atribuam a origem do modelo inquisitivo ao período da inquisição promovida pela Igreja Católica (COUTINHO, 2009, p. 104), para Michel Foucault o modelo de investigação a partir do inquérito já era conhecido da humanidade desde os historiadores gregos, como Heródoto, ou mesmo nas práticas judiciárias da Grécia antiga, como retratado em *Édipo Rei*, de Sófocles; que “os naturalistas, os botânicos, os geógrafos e os viajantes gregos desenvolveram e que Aristóteles tornou enciclopédico” (FOUCAULT, 2002, p. 54,55).

Assim, a despeito das severas críticas que normalmente são atribuídas ao modelo inquisitivo de investigação criminal em sua forma pura (COUTINHO, 2009, p. 104), quando a atuação do investigador, do acusador e do julgador se confundem em uma mes-

ma pessoa, observa-se que esse modelo ainda se mostra indispensável para a persecução penal, ao menos na fase inicial de investigação criminal, notadamente quando o autor do fato investigado é desconhecido (PEREIRA, 2010, p. 183), pois, nesse momento, a defesa dos potenciais investigados sequer poderia ser cientificada do início da apuração.

Além disso, o modelo inquisitivo também se mostra indispensável para a generalidade dos casos nos quais observa-se a necessidade de acautelar vestígios que, de outra forma, poderiam desaparecer. Nesses casos, a observância a um contraditório amplo ou, ainda, o conhecimento prévio da realização de eventual diligência por parte do investigado, poderiam inviabilizar a obtenção de elementos de fato indispensáveis para o esclarecimento de um crime.

Evidentemente, à exceção dos casos de prisão em flagrante delito, a coleta dos vestígios somente é iniciada tempos depois da ocorrência do fato, após amplo lapso temporal decorrente do recebimento da notícia pelas autoridades policiais, circunstância que, em muitos casos, pode ocasionar um desequilíbrio inicial em desfavor do interesse público no esclarecimento do fato, especialmente quando houver a possibilidade de desaparecimento ou ocultação deliberada de vestígios.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro César Peluzo, consignou que:

Com o decurso inexorável do tempo, os vestígios do delito tendem a desaparecer, reclamando, assim, a existência de mecanismo que acautele meios de prova, às vezes inadiáveis ou intransponíveis, levando-os ao conhecimento do juiz e, depois, ao bojo de eventual ação penal. Por isso, no mais das vezes, são necessárias distinção e sucessão de duas fases no procedimento da persecução penal. A primeira, que aqui nos interessa, dita persecução ou instrução, preliminar ou prévia, a qual apresenta, como se viu, dupla função ou objetivo: um propósito preservador, tendente a evitar, diminuir ou atenuar o risco de acusações infundadas, temerárias e, até, caluniosas, bem como o custo de imputações inúteis; e outro, preparatório, ordenado a acautelar eventuais meios de prova (BRASIL, 2015).

Dessa forma, o restabelecimento de um possível equilíbrio entre as futuras partes processuais, ao menos em tese, somente pode ser

alcançado por meio da prévia coleta dos vestígios, independentemente da participação ou do acompanhamento por eventuais investigados.

A opção por modelos de investigação com características predominantemente inquisitivas na fase de Polícia Judiciária, em linhas gerais, não difere no mundo civilizado, podendo ser citados como exemplos a Espanha, Itália, Alemanha, Portugal, E.U.A., Reino Unido (Inglaterra e País de Gales), Bélgica, Holanda, entre outros (CNMP, 2011; LOPES JÚNIOR; GLOECKNER, 2015).

Já o modelo acusatório, conforme leciona Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, teve suas origens no *trial by jury*, da Inglaterra, onde as regras processuais (*Common Law*), tinham aplicação geral, enquanto o direito material era local e expresso mais pelos costumes do que pela Lei. Naquele modelo, os jurados, que atualmente poderiam ser considerados “pares” do acusado, decidem com base nas provas aportadas pelas partes, como em um “jogo dialético entre os argumentos”. (COUTINHO, 2009, p. 107).

Para Michele Taruffo, no *trial by jury* as decisões tomadas são inescrutáveis, ou seja, não possibilitam a compreensão dos motivos pelos quais um determinado fato foi considerado provado ou não, de forma que a noção de verdade, de acordo com a consciência do jurado, poderia ser suficientemente ampla para acobertar eventuais erros na valoração das provas (2010, p. 37).

Além disso, como uma variante desse modelo processual, destaca-se ideologia adversarial, predominante no sistema processual dos EUA, que se funda na ideia de que a melhor maneira de resolver questões jurídicas seria deixar um campo livre para que as partes persigam seus próprios interesses no processo, na busca por um “equilíbrio ideal” entre os interesses em conflito (TARUFFO, 2010, p. 125). Nesse arquetipo, a atuação do juiz se assemelharia à de um árbitro em uma competição desportiva, que não poderia interferir no comportamento das partes, salvo para sancionar eventuais infrações às regras do jogo, sendo que o juiz não poderia influenciar, de nenhuma maneira, o resultado da contenda (2010, p. 126).

Dessa forma, observa-se que, nos modelos acusatórios decididos pelo júri, destaca-se a perspectiva pragmática para o conhecimento, decorrente da função retórico-argumentativa da prova, o que, em alguns casos, pode reduzir o processo à mera admissão de uma hipótese que, no caso, tenha se mostrado mais persuasiva para a reconstrução para os fatos.

A título ilustrativo, acerca da correção das decisões proporcionadas por esse modelo, identifica-se que, de acordo com estudos realizados a partir de relatório divulgado pela *University of California et al*, no período de 1989 a 2017, foram catalogadas 2.161 liberações de presos, cujas condenações foram consideradas erros judiciários, dentre eles alguns condenados que haviam sido sentenciados à morte (NEWKIRK CENTER FOR SCIENCE AND SOCIETY et al., 2018, p. 2).

Não obstante a prova da inocência de parte desses condenados somente tenha sido possível após o acesso a exames que em tempos mais recentes se tornaram disponíveis, como a identificação pelo exame de DNA, destacaram-se como os principais motivos para os erros judiciais as falhas de conduta de oficiais do governo (incluindo policiais, promotores de justiça ou ambos), acordos de culpa em troca de uma punição menos severa (*guilty pleas*), erros de identificação por testemunhas, falsas confissões, além de falso testemunho ou acusações falsas.

Foram identificados, ainda, casos de condenação onde posteriormente foi constatada a inexistência de crime, a evidência forense falsa ou enganosa, além da defesa legal deficiente.

Nesse aspecto, em recente artigo elaborado em colaboração com o *The Marshall Project*, publicado em conceituado periódico norte americano, foram tecidas severas críticas à possibilidade de os promotores manterem ocultas, até o momento do julgamento, evidências que suportam uma acusação criminal, como uma vantagem estratégica para propor acordos de assunção de culpa (SCHWARTZAPFEL, 2017).

Outrossim, relevante destacar do mencionado artigo, que, de acordo com o *State Division of Criminal Justice Services* de Nova York, em mais de noventa e oito por cento das detenções por crimes que terminam em condenações, as responsabilidades foram estabelecidas por

acordos de confissão de culpa e não por julgamentos (SCHWARTZAPFEL, 2017), o que evidencia o caráter pragmático desse sistema.

Dessa forma, não obstante a ausência de dados estatísticos consolidados acerca do erro judiciário no sistema brasileiro, a opção por modelos com baixa carga epistêmica pode representar riscos não só para a credibilidade, mas também para a legitimidade do sistema de persecução penal.

Nesse sentido, para Taruffo, no *trial by jury* não está em jogo a determinação da verdade, mas sim a cena de uma peça teatral, que permite ao público pensar que a verdade está sendo buscada (2010, p. 121).

Todavia, observamos que, a partir da adaptação do modelo acusatório para os sistemas decididos por juízes especializados, típicos dos países de tradição da Civil Law, a exigência da exposição dos fundamentos da decisão na sentença permite a manutenção de uma carga epistêmica maior para o processo, na medida em que o magistrado precisa detalhar e expor os motivos de fato e de direito que fundamentaram a condenação, que está sujeita, ainda, a revisão por uma instância superior, desde que manejado o competente recurso pela defesa.

Não obstante, consideradas as limitações ao poder instrutório no modelo acusatório decidido pelo juiz singular, eventuais deficiências na instrução processual promovida pelas partes poderão redundar em um indesejável déficit cognitivo para o processo, com maior potencial para a absolvição por insuficiência de provas, prevalecendo, assim, uma condição limitadora da decisão, de caráter meramente potestativo, o que pretendemos analisar com maior profundidade na seção seguinte.

3.4 DOS PODERES INSTRUTÓRIOS NA PERSECUÇÃO PENAL

Em relação à autoridade incumbida de instruir a fase investigativa desenvolvida pela Polícia Judiciária, observa-se que, em nosso sistema, o Delegado de Polícia é investido de poderes instrutórios para dirigir a investigação, determinando as diligências que julgar necessárias para a coleta dos vestígios, informações e depoimentos indispensáveis para o esclarecimento do fato.

Na conclusão das investigações, ocasião em que será apresentado o relatório conclusivo, o Delegado de Polícia poderá formalizar o indiciamento do investigado, quando restar convencido da existência de prova da materialidade delitiva e da presença de indícios de autoria, o que deve ser formalizado por ato fundamentado, mediante a análise técnico-jurídica, momento em que fica exteriorizada a hipótese criminal para o fato.

Considerando que não se encontra entre os objetivos deste trabalho a análise da natureza jurídica do indiciamento, importa ressaltar que a exigência de um ato fundamentado possibilita que essa decisão seja submetida a controle, bem como exige que todas os aspectos considerados pela autoridade e utilizados na formação da sua convicção, estejam acessíveis aos interessados.

Em relação aos poderes instrutórios do juiz, observamos que, no sistema processual vigente, é permitido ao juiz determinar a realização de diligências, antes de iniciada a ação penal, para a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, assim como no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, para dirimir dúvida sobre ponto relevante, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Todavia, a título de comparação, observa-se que, no Anteprojeto de Código de Processo Penal, atualmente em tramitação na Câmara Federal, está prevista a vedação à iniciativa do juiz na fase de investigação, assim como vedada a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (art. 4º). Outrossim, a proposição de provas na fase judicial passaria a ser atribuição exclusiva das partes, sendo permitido ao juiz tão somente esclarecer dúvida sobre a prova produzida, circunstância que pressupõe uma maior restrição à atuação do magistrado, quando tendente ao esclarecimento de fatos (art. 162).

Dessa forma, no sistema processual vigente, constata-se uma relativa identidade em relação aos poderes instrutórios conferidos aos sujeitos encarregados da valoração do conhecimento, nas duas fases da persecução penal. Se ao presidente do inquérito é permitida uma maior amplitude na opção pela realização de diligências tendentes à busca pelos elementos de fato, essa amplitude não sofre uma substancial redução em face do magistrado no sistema vigente, não obstante seja sensivelmente limitada no sistema projetado.

Para Taruffo, “a atribuição de poderes de instrução adequados ao juiz, assim como o seu efetivo exercício, parecem constituir um aspecto importante do devido processo, na medida em que se trata de instrumentos necessários, ainda que acessórios, para a busca da verdade” (2010, p. 140, tradução nossa), o que, não obstante aproximar o modelo vigente, nas duas fases da persecução penal, possibilita a preservação da importância da validação cognitiva em nosso sistema processual.

Nesse aspecto, relevante ainda destacar, como sustenta Taruffo, que mesmo no sistema adversarial norte americano, onde a passividade do juiz é a regra, desde a reforma processual promovida pelo no *Federal Rules of Evidence*, de 1975, foi enunciado um princípio geral, a partir do qual o conjunto de normas probatórias deveria ser interpretado com o objetivo de assegurar a validação cognitiva para assegurar uma decisão justa, perspectiva a partir da qual teriam sido introduzidos significativos poderes de iniciativa instrutória ao juiz, ainda que, na prática, a ideologia adversarial tenha limitado a atuação instrutória do juiz naquele sistema (TARUFFO, 2010, p. 130).

Além disso, observa-se que, no sistema projetado, foram reduzidas as possibilidades de valoração, pelo juiz, das provas não repetíveis e antecipadas, de forma que a decisão judicial somente poderia considerar as provas eventualmente selecionadas pelas partes, o que reduz a carga cognitiva do sistema projetado, diferenciando-o da fase investigativa.

Como alerta Michele Taruffo, o objetivo da parte pode não ser o de alcançar a verdade, mas sim lograr-se vencedor no processo, de forma que, em geral, somente apresentará as provas que considera favoráveis (2010, p. 194), o que, de certa forma, pode também representar um risco para a defesa, na medida em que a acusação também poderia deixar de apresentar elementos de prova que entendesse desfavoráveis à acusação.

Nesse aspecto, mencionamos novamente os casos de erros judiciários identificados no sistema de justiça criminal dos EUA, noticiados no relatório “The National Registry of EXONERATIONS - Exonerations in 2017”, que indicam a ocorrência de diversos casos de condenações indevidas, decorrentes da ocultação de provas que beneficiavam a

defesa, principalmente em casos de crime de homicídio (NEWKIRK CENTER FOR SCIENCE AND SOCIETY et al., 2018).

Conforme sustenta Michele Taruffo, somente poderiam ser reconhecidas virtudes epistêmicas a processos dialéticos nos quais as partes contrapostas tivessem interesse real na busca pela verdade (TARUFFO, 2010, p. 181).

Assim, a despeito da controvérsia acerca da possibilidade de manutenção dos poderes instrutórios ao juiz criminal no modelo acusatório, temos que a garantia da paridade de armas entre a acusação e a defesa, aliada a uma Polícia Judiciária regida pela impessoalidade no aspecto administrativo e pela “imparcialidade” no aspecto processual, pode proporcionar o equilíbrio indispensável à relação processual entre a acusação e a defesa, ainda que mantida a faculdade de atuação residual do magistrado, quando entender necessária a complementação da instrução probatória, notadamente nos casos em que a prova for fundada por indícios, tema que será objeto de estudo mais detalhado na próxima seção deste trabalho.

3.5 A CONJECTURA POR INDÍCIOS NA PERSECUÇÃO PENAL

Sob um ponto de vista jurídico, os indícios podem ser definidos como sendo “todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido e provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de operação de raciocínio” (MOURA, 1994, p. 33).

Luigi Ferrajoli, com apoio em Lewis, sustenta que, excluídas as teses absolutamente céticas que não admitem a possibilidade de verificação de discursos sobre o passado, é perfeitamente admissível a confirmação de uma proposição que descreve um evento passado, a partir dos efeitos ou dos “sinais” deixados no presente (2002, p. 44). Prossegue Ferrajoli propondo denominar como “prova o fato probatório experimentado no presente, do qual se infere o delito ou outro fato do passado, e de indício o fato provado do passado, do qual se infere o delito ou outro fato do passado” (FERRAJOLI, 2002, p. 106).

Destarte, o Código de Processo Penal vigente, no artigo 239, estabelece que: “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

Nesse aspecto, não obstante a legislação processual penal vigente tenha expressamente autorizado a utilização do raciocínio indutivo para se concluir pela existência de outras circunstâncias, a questão é controvertida no âmbito da doutrina (BADARÓ, 2012, p. 336), sendo que, para alguns, somente o raciocínio dedutivo poderia ser admitido.

No entanto, conforme sustenta Sílvia Battaglio, na medida em que nenhum elemento de prova dispensa verificação, a questão seria identificar quais seriam as regras de experiência que legitimam a inferência, uma vez que o indício envolve uma operação mental não qualitativamente diferente, mas certamente mais complexa do elemento de prova (1995, p. 395).

Nesse sentido, Sílvia Battaglio indica duas diferentes possibilidades de tratamento para as regras de experiência. Uma regra de experiência poderia ser considerada forte se segue regras lógicas ou científicas, como por exemplo um alibi em conformidade com o princípio da não-ubiquidade, uma impressão digital que possibilita a comprovação de que uma pessoa tocou um objeto, além de fotografias ou gravações em vídeo obtidas de câmeras de monitoramento, que representam uma realidade histórica ou em conformidade com as leis da física; ou uma regra de experiência fraca, se tratar de regras empíricas ou obtidas a partir de uma opinião, como por exemplo a fuga de um suspeito, que autoriza assumir a possível responsabilidade pela prática anterior de um crime ou a posse de valores sem justificativa, a sugerir uma aquisição ilegal que permitiria considerá-lo como o possível autor de um crime (BATTAGLIO, 1995, p. 398, tradução nossa).

Por seu turno, para Paolo Tonini, as regras de experiência expressam o que acontece na maioria dos casos, o que permite a verificação da existência de um fato histórico, todavia com grau de probabilidade que afasta a certeza do raciocínio (2010, p. 218), a demandar a observância de critérios lógicos e científicos para a valoração de indícios a partir das regras de experiência.

Segundo Battaglio, o raciocínio utilizado na prova indiciária seria do tipo “abduativo”, na medida em que “conhecendo o resultado e a regra, podemos identificar o fenômeno que produziu o resultado”, mantidas as características probabilísticas do resultado, no seguinte esquema lógico: dado o evento X, resulta Y, mas raramente seria possível considerar X como a única causa para o evento Y (1995, p. 401).

Propondo alterações no tratamento da prova indiciária, os autores do anteprojeto de Código de Processo Penal, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, sugeriram um conjunto de mudanças no capítulo das provas, consubstanciada na proposta de redação para o §1º, do Artigo 165, sugerindo que a existência de um fato não possa ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes.

Inicialmente, observa-se que a redação do mencionado dispositivo proposto é uma reprodução literal do Artigo 192, *comma 2*, do Código de Processo Penal italiano, resultado de abundantes estudos da doutrina daquele país, que se preocupou em orientar, a partir da Lei, as limitações lógicas ou científicas utilizadas para o raciocínio indiciário do juiz, o que, de fato, se mostrou muito difícil de resolver pelo controle em concreto (BATTAGLIO, 1995, p. 435).

De início, aliado ao fato de não ter sido reproduzida a definição legal de indício no anteprojeto de código de processo penal, observa-se uma preocupação em restringir a utilização dessa modalidade de elemento de prova, tratando-o como uma exceção, cujo aproveitamento somente poderia restar viabilizado quando atendidos os requisitos de gravidade, precisão e concordância.

Para Paolo Tonini, a gravidade de um indício impõe que a regra de experiência deve possuir elevado grau de persuasão ou de probabilidade. A precisão impõe que o indício não suscite interpretações diferentes. A concordância, por sua vez, impõe que os indícios devem convergir para a mesma conclusão, o que, necessariamente, impõe a identificação de mais de um elemento de prova para a valoração, ressalvados os casos em que o indício se mostrar em benefício do réu, ocasião em que poderia ser aproveitado para afastar a autoria, como, por exemplo, no caso do álibi (TONINI, 2010).

De fato, a exigência dos requisitos de gravidade, precisão e concordância impõe restrições para a utilização dos indícios na persecução penal, o que deve ser analisado com reservas, a fim de não esvaziar a possibilidade de responsabilização em inúmeros casos complexos e de extrema gravidade. No limite, um processo que restringisse demais a possibilidade de responsabilização criminal poderia esvaziar a função precípua da Justiça, de manter os conflitos sociais em padrões aceitáveis.

Nesse sentido, segundo Paolo Tonini, essa orientação, originalmente concebida pela doutrina italiana para o processo penal, tem sido abandonada em face do extremo rigor (apud KNIJNIK, 2007, p. 50) de forma que a mera importação de institutos do direito estrangeiro deve ser realizada com as devidas reservas.

Como alerta Silvia Battaglio, quanto mais grave o crime, mais ele tende a permanecer oculto, sendo certo que aqueles que cometem crimes não convocam um “notário” e nem mesmo testemunhas para presenciá-lo, de forma que, na maior parte dos casos, os indícios podem ser os únicos elementos de fato a possibilitar a identificação da autoria (BATTAGLIO, 1995, p. 407, tradução nossa).

Feitos esses esclarecimentos e considerando os problemas inerentes ao raciocínio inferencial, observamos que a lógica e a metodologia podem auxiliar na valoração dos indícios, de forma a possibilitar uma melhor fundamentação ou demonstração do acerto de uma decisão.

Nesse aspecto, observa-se que Karl Popper recusa a possibilidade de uso da indução, seja ela psicológica ou lógica, para a comprovação de uma teoria, pois, para o mencionado filósofo, somente a falsidade de uma hipótese poderia ser inferida da evidência empírica, o que deve ser realizado a partir de um raciocínio puramente dedutivo (POPPER, 2008).

Ocorre que a metodologia proposta por Karl Popper se ocupou especificamente da importância da refutação, mas não do processo de conjectura. Sustentou o mencionado filósofo que “a questão da origem, de como se chegou à teoria – seja por ‘procedimento indutivo’, como dizem alguns, ou pela intuição – pode ser extremamente inte-

ressante para um biógrafo ou para quem inventou a teoria, mas pouco tem a ver com seu padrão ou caráter científico” (POPPER, 2008).

De fato, a construção de uma teoria, assim como a elaboração de uma hipótese criminal, não deixa de ser um processo criativo, cujo reconhecimento somente pode ser avaliado a partir da sua capacidade explicativa e de enfrentamento à crítica ou a testes de refutação.

Para o professor Newton Carneiro Affonso da Costa, não obstante a ausência de uma teoria da probabilidade que possa servir de base à lógica indutiva, poderíamos admitir, a partir de uma interpretação pragmática, que a probabilidade de uma proposição expressaria o grau com que ela merece ser aceita como hipótese para ser testada e considerada criticamente, como uma probabilização do método hipotético-dedutivo, que poderia ser expressa pela fórmula “se p, logo provavelmente q” (COSTA, 1993, p. 60).

Segundo o mencionado professor, a importância da adoção de uma “lógica indutiva” poderia tornar explícitos os critérios de plausibilidade das proposições e hipóteses, de forma a auxiliar o investigador na estruturação das suas crenças ou tomada de decisões. Assim, para Newton C. A. Costa, a fórmula: “Se p, logo provavelmente q” tem a seguinte interpretação pragmática: sendo p uma proposição já aceita, vale a pena aceitar também q, como hipótese para ser testada e debatida. (COSTA, 1993).

Assim, vertendo esse modelo de probabilidade pragmática para a inferência indiciária na investigação criminal, poderíamos deduzir que, dadas as circunstâncias c1, c2, c3, ... e cn, logo provavelmente o fato investigado ocorreu conforme uma determinada hipótese criminal “F”, que representa a provável reconstrução histórica para o fato.

Ainda, podemos deduzir que essa conclusão estaria sujeita aos seguintes critérios (teoremas), se e somente se: (i) as circunstâncias c1, c2, c3, ... e cn estiverem suportadas por provas da sua ocorrência, (ii) as circunstâncias c1, c2, c3, ... e cn possam, segundo regras de experiência, induzirem a ocorrência do fato de acordo com uma representação “F”, e que (iii) a versão veiculada pelo suspeito, quando conhecida, for infirmada ou considerada incompatível com c1, c2, c3, ... ou cn. Note-se

que, de acordo com Popper, a falsidade da versão veiculada pelo suspeito, quando conhecida, deve ser demonstrada a partir de raciocínios puramente dedutivos.

Outrossim, a partir do mencionado diagrama lógico e na medida em que se exige a concordância entre as circunstâncias, vislumbra-se a importância de admissão do princípio da “não dispersão dos meios de prova” e também da indispensabilidade de concordância entre as circunstâncias indiciárias, o que reputamos indispensável para possibilitar o reconhecimento de validade de uma hipótese criminal adotada, ainda que reconhecido o seu caráter precário.

Nesse sentido, para a validade do raciocínio indutivo, impõe-se que nenhuma circunstância relacionada a “F” possa ser descartada, principalmente quando mostrar algum grau de incompatibilidade, caso em que poderá demonstrar a falácia da hipótese, pela via dedutiva.

Por fim, considerando que os atos de investigação tenham sido realizados com observância às limitações potestativas, a hipótese criminal poderá ser considerada válida e legitimada para a formalização do indiciamento, no tradicional modelo de investigação inquisitivo.

Da análise da fórmula proposta, observamos que o resultado da avaliação dos indícios proporciona uma valoração qualitativa, todavia não quantificável, ou seja, quanto maior o número de indícios maior poderá ser a carga epistêmico-valorativa, sem que isso possa significar a possibilidade de atribuição de notas que possam expressar um valor numérico ou comparativo para o resultado.

Nesse aspecto, destacamos que a probabilidade lógica, conforme analisada neste capítulo, não pode ser confundida com a probabilidade estatística, pois a probabilidade lógica na investigação criminal é diretamente dependente da presunção de inocência, ante a necessidade de se espelhar na certeza processual, o que exige a confirmação além da dúvida razoável (TONINI, 2010, p. 224), e que entende-se indispensável para a análise da atribuição de responsabilidade em relação a um fato com repercussão na esfera criminal.

Outrossim, pode-se destacar que, nas situações em que o investigado opta por deixar de apresentar sua versão para os fatos, mantendo-se calado durante o interrogatório ou nas oportunidades que lhe são ofertadas a se manifestar, observa-se uma nítida redução na carga cognitiva da hipótese criminal, devido à ausência da amostra preliminar de refutação, o que somente poderia ser proporcionado a partir da apresentação da versão do próprio investigado para a ocorrência do fato.

Nesse aspecto, adotada uma postura crítica, dado o reduzido espaço para o contraditório no tradicional inquérito policial, não podemos afastar a possibilidade de a convicção formada pelo Delegado de Polícia ter sido precipitada pela ausência de refutação consistente.

Nesse aspecto, mesmo para Michele Taruffo, que sustenta com apoio em Enrico Tullio Liebman, que é carente de fundamento a afirmação de que a pessoa que procura obter as informações sobre um fato perde a capacidade de valorar corretamente as informações que adquire, não se pode afastar a possibilidade de ocorrência de um viés de confirmação, ou *confirmation bias*, que consiste em uma tendência a interpretar novas evidências como uma confirmação das crenças ou das teorias anteriormente adotadas (TARUFFO, 2010, p. 201).

Além disso, para Popper, além da possibilidade de uma assertiva factual ou uma proposição, em relação a sua origem, poder ser falsa no momento em que foi produzida ou compreendida pela primeira vez, qualquer pessoa poderia cometer um erro de fato, “mesmo em assuntos sobre os quais deveria ser uma autoridade, como a própria idade, ou a cor de um objeto que acabou de ser visto, clara e distintamente” (POPPER, 2008), o que nos leva a reconhecer que seria um erro acreditar em uma certeza solitária, antes da sua submissão a testes de refutação.

De fato, em se considerando os prejuízos que uma tendência à interpretação de elementos de fato como confirmatórios de uma hipótese equivocada, ou ainda, o que poderia ser pior, a eventual desconsideração dos elementos informativos que, eventualmente, poderiam contribuir para a refutação da hipótese adotada para a reconstrução do fato, recomendável é a promoção de medidas que, sob o ponto de vista me-

tológico, possam afastar uma possível interpretação equivocada das evidências. Análise esta que pretendemos desenvolver adiante, a partir da avaliação dos aspectos relativos à seletividade e à intersubjetividade.

3.6 DA SELETIVIDADE À INTERSUBJETIVIDADE NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: A IMPORTÂNCIA DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA

Como mencionado na seção anterior, a eventual desconsideração de elementos informativos decorrente de uma percepção seletiva poderia ocasionar a opção precipitada por uma hipótese criminal que, depois do custoso desenvolvimento de um processo, poderia se mostrar inadequada à reconstrução do fato.

De fato, como sustenta Karl Popper, ao investigarmos qualquer fato, podemos deixar de levar em consideração alguns aspectos que, posteriormente, podem se mostrar relevantes:

Se desejamos estudar uma coisa, somos obrigados a selecionar certos aspectos dela. Não é possível para nós observar ou descrever uma parte inteira do mundo, ou uma parte inteira da natureza; Na verdade, nem mesmo a menor peça inteira pode ser assim descrita, uma vez que toda a descrição é necessariamente seletiva. (POPPER, 1964, p. 77).

No processo judicial sujeito ao juiz singular, tradicional nos países que adotam a *Civil Law*, a reconstrução de um fato também pode resultar de uma visão seletiva, influenciada por preconceitos, como reconhece Luigi Ferrajoli:

Toda reconstrução judicial minimamente complexa dos fatos passados equivale, em todo caso, à sua interpretação, que é obtida pelo juiz a partir de hipóteses de trabalho, que, ainda quando precisadas ou modificadas no curso da investigação, o levam a valorizar algumas provas e a descuidar-se de outras, e o impedem, às vezes, não apenas de compreender, mas inclusive de ver dados disponíveis em contraste com elas. Em todo juízo, em suma, sempre está presente uma certa dose de preconceito” (FERRAJOLI, 2002, p. 47).

Dessa forma, com vistas a reduzir os efeitos prejudiciais da seletividade na persecução penal, propomos uma análise dos benefícios da

incorporação de um maior grau de intersubjetividade na investigação criminal, a partir da busca por aspectos cognitivos que, de certa forma, somente estariam disponíveis na fase judicial do processo criminal.

Na realidade, a intersubjetividade, entendida como um atributo do conhecimento que decorre da combinação entre as opiniões de dois ou mais sujeitos, pode ser identificada, ainda que de maneira reduzida no tradicional inquérito policial, na medida em que o representante do Ministério Público e, eventualmente, o juiz, interagem com o Delegado de Polícia na instrução do inquérito policial.

De fato, quando o representante do Ministério Público requisa eventuais diligências complementares, ou quando o juiz aprecia as representações pela adoção de medidas acautelatórias, ambos se manifestam sobre as hipóteses criminais apresentadas no inquérito, todavia, ante a ausência de manifestação da parte controversa, não se pode dizer que a posição ocupada pelo representante do Ministério Público, ou mesmo pelo juiz, qualificaria as opiniões desses sujeitos como suficientemente aptas a propiciar uma perspectiva intersubjetiva ao conhecimento produzido no inquérito policial.

Nesse aspecto, como sustenta Pereira, com apoio nos estudos de Blackburn, quando a opinião de diferentes sujeitos tende a coincidir, essa propriedade tende a ter seu efeito reduzido, ante a natureza comum dos sujeitos, razão pela qual tratar-se-ia de uma “intrassubjetividade”, na medida em que o conhecimento não é submetido em face daquele a respeito de quem se discute o fato (apud PEREIRA, 2010, p. 175).

Com efeito, a intersubjetividade qualificada somente poderia ser esperada da participação de sujeitos representantes de interesses antagônicos ou divergentes, dos quais, em tese, seria esperada uma opinião contraposta.

A atuação contraposta, quando adequadamente exercitada, ou seja, a partir da sustentação de pontos de vista diferentes, seria uma efetiva contribuição para a refutação de eventuais hipóteses até então admitidas por válidas, o que, em muitos casos, poderia afastar eventuais equívocos que poderiam decorrer de uma visão seletiva por parte das autoridades incumbidas das investigações.

Por outro lado, no processo acusatório, ainda que possa ser observada uma maior intersubjetividade do conhecimento, é necessário, para tanto, que a defesa refute qualificadamente os fatos que considere contrários aos seus interesses, pois de nada adiantaria a garantia da ampla defesa e do contraditório, se a defesa fosse exercida de maneira inconsistente.

Destarte, a apresentação das versões da defesa no inquérito deve ser uma faculdade assegurada ao investigado, de forma que, em optando por deixar de fazê-lo, por permanecer calado durante o interrogatório para atender a uma eventual estratégia defensiva, o investigado abre mão da oportunidade de submeter as suas versões a testes na fase investigativa, circunstância inevitável que, todavia, poderá se repetir durante a fase judicial da persecução penal, sem que esse fato possa ser interpretado em detrimento da defesa.

Nesse caso, mesmo que o resultado das investigações ainda seja submetido ao Ministério Público para o oferecimento de denúncia, proposta de arquivamento ou para a eventual requisição de diligências complementares, essa nova perspectiva proporcionada pelo representante do *parquet* sobre o caso não pode ser considerada suficientemente apta a caracterizar a intersubjetividade qualificada.

Assim, considerando a importância da manifestação do investigado para possibilitar a refutação da hipótese criminal, seria recomendável às autoridades policiais que, após a formalização do indiciamento, notifiquem a defesa do indiciado, indicando os fundamentos de fato e de direito que subsidiaram a decisão, para que, se assim desejar, o indiciado possa se manifestar sobre o indiciamento, bem como para que, eventualmente, apresente novos elementos informativos de prova que possam confirmar sua versão.

Nesse aspecto, no âmbito da Polícia Federal, temos como uma relevante inovação a disposição estabelecida no Art. 85, da Instrução Normativa nº. 108/2016- DG/PF, ao estabelecer que: “Após o indiciamento, o Delegado de Polícia Federal poderá oferecer a oportunidade de o indiciado requerer ou apresentar novos elementos de prova a respeito dos fatos investigados, no prazo que assinalar”.

A manifestação do indiciado, quando corretamente manejada, pode propiciar uma perspectiva intersubjetiva para o conhecimento, eventualmente indicando a necessidade de realização de diligência indispensável para a refutação da hipótese ou, ainda, seu indeferimento, caso a nova versão apresentada pela defesa possa ser infirmada por alguma ou algumas das circunstâncias (c1, c2, c3, ... ou cn), já identificadas no inquérito.

Essa condição poderia possibilitar, tanto quanto possível, a aproximação dos aspectos cognitivos que serão objeto de uma eventual fase judicial do processo criminal, eventualmente evitando a instauração prematura de um processo criminal que, posteriormente, poderia se mostrar desnecessário, o que se pretende analisar mais detidamente na próxima seção.

3.7 A CONTRIBUIÇÃO DO ACUSADO

Uma das críticas mais relevantes aos diversos modelos de persecução penal é a eventual opção pela busca do conhecimento a partir do acusado, transformando-o em objeto da prova.

Segundo Gabriela E. Córdoba, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* constitui-se em um dos limites à averiguação da verdade e uma das conquistas mais relevantes para o processo penal (BAIGUN; CÓRDOBA, 2005, p. 279), na medida em recusa a adoção de qualquer medida que seja tendente a arrancar ou extrair a “verdade” diretamente do acusado.

Todavia, atualmente já pode ser reconhecida uma lenta evolução em direção à admissão da utilização do conhecimento do acusado no processo penal, à semelhança do conhecimento adquirido a partir dos depoimentos testemunhais, a recomendar o aproveitamento das declarações espontâneas do acusado, como uma alternativa para a valoração probatória, mesmo nos sistemas processuais com características eminentemente acusatórias (AVANZINI; BUZZELLI, 1992, p. 84).

Para Buzzelli, “o acusado, certamente, tem um conhecimento preciso da verdade ou não da reconstrução factual, uma vez que seria, se culpado, o protagonista direto; mas, ao mesmo tempo, pode desviar

a representação da história em direção ao seu próprio interesse” (1992, p. 79, tradução nossa).

De fato, não se espera que a defesa labore em busca da verdade, quando esta não lhe favoreça ou não lhe seja conveniente, todavia isso não significa que suas declarações devem ser descartadas e que não possam, sob o aspecto cognitivo, ser aproveitadas, notadamente quando proporcionarem refutação à hipótese criminal proposta ou provável.

Além disso, sob o aspecto potestativo, não se pode descartar a importância da defesa técnica desenvolvida pelo advogado ou pelo defensor público, para a legitimação das medidas adotadas na fase investigativa, sendo certo que a efetiva participação da defesa no interrogatório do indiciado, formulando perguntas ou, ainda, a partir do requerimento de diligências nos termos do art. 14 do CPP, que demonstrem verossimilhança e efetividade para o esclarecimento dos fatos, podem ser reconhecidos como verdadeiros aspectos acusatórios do inquérito policial, que, ao final, propiciarão uma maior legitimidade para o elemento de prova alcançado.

Destaque-se que, na Bélgica, país onde é predominantemente adotado o sistema do juizado de instrução, a edição de leis que passaram a assegurar uma maior participação das partes na “fase preparatória do processo penal”, como a possibilidade de solicitação de atos de instrução (diligências), a possibilidade de recurso quando a instrução não se encerrar no prazo de um ano, além da introdução de um “recurso penal provisório”, para defesa dos interesses da pessoa lesada por um ato de informação ou de instrução relativa a bens, foi considerado um incontestável avanço acusatório (CARTUYVELS, 2011, p. 105).

Assim, não se vislumbra justificativa para afastar a carga valorativa que pode ser atribuída a um elemento de prova que tenha sido colhido com a participação da defesa do investigado, no caso as declarações do indiciado, a recomendar o mais amplo aproveitamento desses elementos de prova, inclusive na fase judicial do processo criminal.

Por fim, observa-se que a efetiva participação da defesa na investigação criminal possibilita a submissão da hipótese criminal a testes de validade e de legitimidade, seja ela do ponto de vista cogni-

tivo, desenvolvida principalmente a partir da defesa pessoal, seja ela do ponto de vista potestativo, a partir da defesa técnica, com vistas ao atendimento dos princípios do devido processo legal ou, mais ainda, a uma “devida investigação criminal” (PEREIRA, 2018, p. 9), atenta aos anseios do Estado Democrático de Direito.

4. CONCLUSÃO

Ao analisar a evolução histórica da busca pela “verdade”, foram avaliadas as influências da adoção de diferentes perspectivas ou de formas de pensar na busca pelo conhecimento, propondo, a partir de uma metodologia crítica, que a reconstrução histórica de um fato no interesse da persecução penal seja desenvolvida a partir da conjectura de uma hipótese criminal, considerada válida do ponto de vista cognitivo e legitimada no aspecto potestativo, capaz de superar eventual refutação até então apresentada pelas partes, de forma a possibilitar que, depois do regular desenvolvimento de um processo criminal, possa ser admitida como uma verdade processual.

Outrossim, considerando a hipótese criminal como o resultado de um processo criativo e, diante da ausência de uma teoria da probabilidade que possa servir de base à lógica indutiva, sugerimos, a partir de uma interpretação pragmática, que a probabilidade de uma proposição deve ser expressa pelo grau com que ela merece ser aceita como hipótese para ser testada e considerada criticamente, como uma probabilização do método hipotético-dedutivo.

Avaliou-se, também, o modelo inquisitivo de investigação criminal, tentando nos afastar do desvirtuamento histórico e do preconceito ideológico comumente apontado em face desse modelo, reconhecendo sua importância em face do atual estado de desenvolvimento metodológico, como a única alternativa que se mostra apta a propiciar uma atuação cautelar e *ex-officio* das autoridades de Polícia Judiciária, no sentido da preservação dos vestígios que, pelo transcurso do tempo ou pela possibilidade de destruição, poderiam inviabilizar o potencial esclarecimento de um fato com repercussão na esfera criminal.

Na realidade, somente a partir do reconhecimento dos limites cognitivos desse modelo será possível minorar suas eventuais deficiências, motivo pelo qual sugerimos a orientação dos procedimentos investigatórios na busca por uma maior intersubjetividade para a hipótese criminal, o que, potencialmente, poderia ser proporcionado pela refutação qualificada a partir do efetivo exercício do direito de defesa.

Destarte, o efetivo exercício do direito de defesa no curso da investigação criminal, ainda que de maneira diferida ou mitigada, se considerada em relação ao momento da coleta dos elementos informativos, pode proporcionar ao Delegado de Polícia subsídios adicionais para a refutação de uma hipótese criminal, eventualmente fundamentando a decisão pelo indiciamento ou, ainda, a conclusão das investigações sem a formalização desse ato, quando verificada a inexistência do fato ou a inviabilidade de confirmação da autoria.

A observância a esses pressupostos, em linhas gerais, poderia aproximar o processo cognitivo realizado no inquérito daquele desenvolvido no processo judicial, propiciando um resultado mais qualificado à investigação policial, ainda que se admita a hipótese do acusado, durante a fase judicial, apresentar uma nova versão para o fato contra ele imputado.

Dessa forma, inclinamo-nos no sentido de que a análise das alegações da defesa, quando adequadamente efetuadas por ocasião da conjectura da hipótese criminal, pode ser um caminho para auxiliar no alcance a aspectos cognitivos que, eventualmente, somente seriam considerados na fase judicial da persecução criminal, possibilitando que, a despeito das suas eventuais limitações, o resultado do inquérito não seja, ao menos em tese, diferente daquele potencialmente atingível no processo judicial.

Não se espera, nessa linha de raciocínio, concluir que o resultado do processo judicial deveria ser sempre o mesmo do inquérito, hipótese que tampouco poderíamos admitir, diante do atual sistema processual, em que o exercício do direito de defesa dificilmente poderia ser exercido no inquérito com a mesma amplitude da que é admissível na fase judicial do processo criminal.

Contudo, deve ser reconhecido que a submissão das versões apresentadas pela defesa a testes de validade pelo Delegado de Polícia, seja por meio da realização de diligências, ou pela efetiva submissão a raciocínios lógicos, devidamente fundamentados, poderia contribuir sobremaneira para o resultado das investigações.

Dessa forma, a valorização do exercício do direito de defesa no inquérito seria uma forma de superar algumas das limitações intrínsecas ao processo cognitivo desenvolvido durante a investigação criminal desenvolvida pela Polícia Judiciária, sendo um dos principais aspectos que poderiam possibilitar a aproximação do standard probatório do inquérito ao do processo judicial.

Por fim, observamos que os princípios do Estado Democrático de Direito impõem balizas ao processo de conhecimento na persecução penal, com especial relevância para o exercício do poder-dever atribuído às autoridades encarregadas das investigações criminais, ditando, assim, um procedimento legal consubstanciado em uma “devida investigação criminal”, sem a qual não poderia ser reconhecida a validade e a legitimidade dos elementos de prova obtidos por meio do inquérito.

RICARDO CARRIEL DE OLIVEIRA

DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL
ESPECIALISTA EM DIREITO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

CRIMINAL INVESTIGATION IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: THE CRIMINAL HYPOTHESIS QUALIFIED BY THE EXERCISE OF THE RIGHT OF DEFENSE

ABSTRACT

The article analyzes the process of knowledge in the criminal prosecution, notably in the phase of criminal investigation developed by the judiciary police. It aims to identify, from the perspective of current and projected legislation, in addition to the comparison with elements of foreign procedural systems, aspects that influence the justification and legitimation of the evidences in the investigative phase and in the criminal process strict

sense, in the criminal procedural systems of democratic hue. Among the main aspects analyzed, there are questions related to the inquisitive and accusatory procedural models, the legal regime of the judiciary police in Brazil, the conjecture for evidence in criminal prosecution and the importance of the defense's right in the research for an intersubjective perspective of knowledge.

KEYWORDS: Criminal investigation. judiciary police. evidence conjecture. criminal hypothesis. right of defense. democracy.

INVESTIGACIÓN PENAL EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO: LA HIPÓTESIS PENAL POR EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA

RESUMEN:

El artículo analiza el proceso de conocimiento en el enjuiciamiento penal, especialmente en la fase de investigación criminal desarrollada por la Policía Judicial. Su objetivo es identificar, desde la perspectiva de la legislación actual y proyectada, además de la comparación con elementos de sistemas procesales extranjeros, aspectos que influyen en la justificación y legitimación de las indicaciones en la fase de investigación y el proceso penal stricto sensu, en los sistemas procesales penales de tono democrático. Entre los principales aspectos analizados se encuentran las cuestiones relacionadas con los modelos procesales inquisitivos y acusatorios, el régimen legal de la policía judicial en Brasil, la conjetura de evidencia en el enjuiciamiento penal y la importancia del derecho de defensa en la búsqueda de una perspectiva de conocimiento intersubjetiva.

PALABRAS-CLAVE: Investigación criminal. policía judicial conjetura por evidencia. Hipótesis criminal. derecho de defensa, democracia.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. 5. ed. rev. trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 5a ed. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AVANZINI, Alfredo; BUZZELLI, Silvia. Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto. In: La conoscenza del fatto nel processo penale. Milano: Giuffrè Editore, 1992.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. Processo Penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- BAIGUN, David; CÓRDOBA, Gabriela E. Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad? In: Estudios sobre justicia penal: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier. Bueno Aires: Del Puerto, 2005.
- BARBOSA, Emerson Silva. Alguns Problemas da Verdade no Processo Penal. Revista de Direito de Polícia Judiciária, v. 3, p. 75–111, 2018.
- BATTAGLIO, Silvia. “Indizio” e “prova indiziaria” nel processo penale. Milano: Giuffrè, 1995.
- BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. 11a Edição ed. trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 593.727/MG. Repercussão geral. Constitucional. Poderes de investigação do Ministério Público. Relator do acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 14/05/2015. Disponível em www.stf.jus.br, 2015.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. O Ministério Público e as Polícias em uma perspectiva comparada. Revista do CNMP, v. 1, n. 2, 2011.
- CARTUYVELS, Yves. A Polícia e o Ministério Público na Bélgica: em direção a uma reconfiguração dos poderes? Revista do CNMP. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. v.1, n.2. Brasília, 2011.

- COSTA, Newton Carneiro Affonso da. *Lógica indutiva e probabilidade*. 2. ed. São Paulo: EDUSP, 1993.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 183, p. 103–115, 2009.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Da Autonomia Funcional e Institucional da Polícia Judiciária. *Revista de Direito de Polícia Judiciária*, n. 1, 2017.
- DEZAN, Sandro Lúcio. O Regime Jurídico-Administrativo da Polícia Federal e do Cargo de Delegado de Polícia Federal à Luz da Nova Redação da Lei no. 9266/96. *Revista de Direito de Polícia Judiciária*, n. 1, 2017.
- DEZAN, Sandro Lúcio; BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. A Juridicidade do Estado-administração na concretização de políticas públicas de saúde - Um método para a justificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 63, 2016.
- DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal*. Campinas: Millennium, 2008.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos da prova. In: FERNANDES, A. S.; ALMEIDA, J. R. G. DE; MORAIS, M. Z. DE (Eds.). *Provas no Processo Penal - Estudo Comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. trad. Ana Paula Zomer et alli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: *O Estado de Direito: História, teoria e crítica*. trad. Carlos Alberto Astoli. São paulo: [s.n.], p. 417–464.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In:

- YARSHELL, F. L.; MORAES, M. Z. (Eds.). In: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005.
- HESSEN, Johannes. Teoria do conhecimento. 1. ed. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. A investigação preliminar no processo penal. 6, 2 Tirag. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MEIRELES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito Administrativo Brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MOURA, Maria Tereza Rocha de Assis. A prova por indícios no processo penal. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NEWKIRK CENTER FOR SCIENCE AND SOCIETY et al. The National Registry of EXONERATIONS - Exonerations in 2017. California: [s.n.]. Disponível em: <<https://www.law.umich.edu/special/exoneration/documents/exonerationsin2017.pdf>>.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. Teoria da Investigação Criminal - uma introdução jurídico-científica. Coimbra: Almedina, 2010.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. A investigação criminal na reforma do processo penal: a divisão intraprocessual de funções como condição de possibilidade da devida investigação. Boletim IBCCRIM, n. 312, 2018.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 19. ed. [s.l.] Atlas, 2006.
- POPPER, Karl R. The Poverty of Historicism. Reimpr. 3a ed. New York: Harper & Row, 1964.

- POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações*. 5. ed. trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 2008.
- SCHWARTZAPFEL, Beth. Defendants kept in the dark about evidence, until it's too late. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/08/07/nyregion/defendants-kept-in-the-dark-about-evidence-until-its-too-late.html>>. Acesso em: 24 nov. 2018.
- SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? *Revista Criminal - Ensaios sobre a Atividade Policial*, v. 15, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 6a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Trad. de Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. 11. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2010.
- ZAMBUTO, Fabio. *L'utopia della verità nel processo penale: il binomio tra verità sostanziale e verità processuale*. Disponível em: <https://www.camminodiritto.it/public/pdfarticoli/1098_1-2016.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2018.



