

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL ORIENTADA PELA TEORIA
DOS JOGOS E SUA RELAÇÃO COM A CLÁUSULA DO
DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL**

ANDRÉ LUIZ BERMUDEZ PEREIRA

Itajaí-SC, julho de 2018

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL ORIENTADA PELA TEORIA
DOS JOGOS E SUA RELAÇÃO COM A CLÁUSULA DO
DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL**

ANDRÉ LUIZ BERMUDEZ PEREIRA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa

Itajaí-SC, julho de 2018

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Manoel e Clarice, pelo exemplo;

Ao meu orientador Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa, por
acreditar no projeto;

À ADEPOL – Associação dos Delegados de Polícia de Santa Catarina – e
à Polícia Civil, pelo apoio;

Ao Professor Doutor Orlando Luiz Carlos Zanon Júnior, por me auxiliar na
escolha do tema;

Ao colega de Mestrado, Alan Pinheiro de Paula, pelo companheirismo
nessa jornada.

DEDICATÓRIA

À Carolina, pela paciência, companheirismo e amor incondicional.

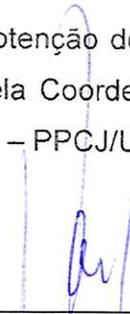
TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca dele.

Itajaí-SC, julho de 2018

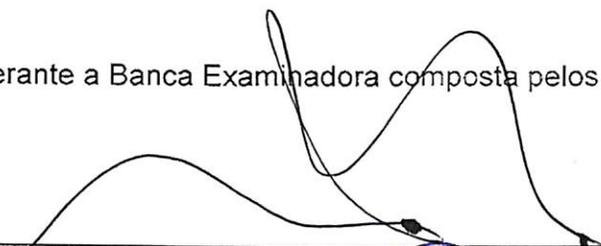
André Luiz Bermudez Pereira
Mestrando

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

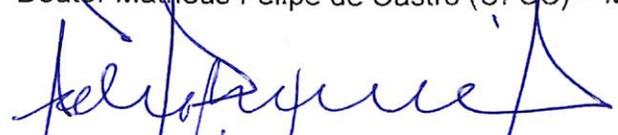
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Alexandre Morais da Rosa (UNIVALI) - Membro



Doutor Matheus Felipe de Castro (UFSC) – Membro



Doutor Pedro Manoel Abreu (UNIVALI) – Membro



Doutor Alceu de Oliveira Pinto Junior (UNIVALI) - Membro

Itajaí(SC), 12 de julho de 2018

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
CE	Constituição Estadual
CEIC	Ciclo do Esforço Investigativo Criminal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CR	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IP	Inquérito Policial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TC	Termo Circunstanciado
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina

ROL DE CATEGORIAS

Análise Econômica do Direito.

Análise Econômica do Direito é um movimento que estuda o Direito tendo por base principal a racionalidade do indivíduo e das instituições, levando em conta teorias econômicas e métodos na apreciação da formação da estrutura, dos processos e dos impactos do direito, assim como o impacto das instituições¹.

Ciclo do Esforço Investigativo.

O Ciclo do Esforço Investigativo conceitua-se como a metodologia utilizada para a definição dos atos de investigação, identificando-se o problema, a hipótese inicial e da eleição das diligências a serem realizadas para a coleta dos elementos probatórios. Em seguida, reunidos os dados, procede-se à análise e tratamento das informações com a confrontação da hipótese inicial. Havendo a confirmação da hipótese inicialmente indicada com a comprovação da materialidade delitiva e indícios de autoria, opera-se o indiciamento do investigado. Em não havendo, formula-se nova hipótese².

Delegado de Polícia.

Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal, por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais³.

Direitos Fundamentais.

Categoria jurídica também conhecida como direitos subjetivos públicos, direitos individuais, liberdades fundamentais ou liberdades públicas. Tais direitos têm por finalidade criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na

¹ PORTO, Antônio José Maristelo. **Análise Econômica do Direito**. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf. Acesso em: 23 jun. 2018.

² BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 156-188.

³ BRASIL. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Brasília, DF, 21 jun. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>. Acesso em: 12 maio 2018.

dignidade humana⁴.

Devido Processo Legal Substancial.

O Devido Processo Legal Substancial busca indicar a essência do postulado do Devido Processo Legal, em respeito às garantias individuais, qualificando-se como requisito legitimador da própria persecução criminal⁵.

Inquérito Policial.

O inquérito policial é o instrumento procedimental de natureza administrativa por meio do qual a Polícia Judiciária reunirá elementos informativos decorrentes da realização de diligências investigatórias previstas na legislação processual penal⁶.

Investigação Preliminar.

A investigação preliminar é o ato Estatal por meio do qual se angariam provas da materialidade e indícios de autoria delitiva, desvelando o fato oculto e subsidiando o sistema de justiça criminal na formação da *opinio delicti*. Ademais, tem por finalidade evitar acusações infundadas, servindo de filtro processual⁷.

Persecução Criminal.

A Persecução Criminal se conceitua tradicionalmente como sendo o procedimento pelo qual o Estado exerce seu Direito Penal Subjetivo em razão da prática delitiva. Em outra análise, serve como controle social na concepção da criminologia crítica (criminalização secundária)⁸. Ademais, para a teoria agnóstica da pena, inexistente sentido no direito de punir, pois “nada prova que a lei penal efetivamente tutele um bem jurídico: a única coisa suscetível de verificação é que ela confisca um conflito

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 560.

⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Habeas Corpus 94.016/SP – São Paulo**. Relator Min Celso de Mello. Segunda turma. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos, 14 abril 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3562036> . Acesso em 22 jul 201.

⁶ FEITOSA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 7ª Ed. Niterói/RJ: Impetus, 2010. p. 171.

⁷ LOPES JR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 44-62.

⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Crioca de Criminologia, 2002. p. 42.

que atinge ou coloca em perigo o bem jurídico”⁹. Já para a Análise Econômica do Direito, a pena é considerada tão somente o custo de uma conduta¹⁰.

Plot point.

*Plot Point*¹¹ é a trama inicial do jogo. É o marco de inaugural do Jogo da Ação Penal, oportunidade em que a acusação promove a descrição fatos imputados, estabelecendo-se, a partir de então, os limites da narrativa acusatória. A apresentação da trama inicial de maneira clara é primordial para o exercício da defesa, vez que não há meios de defender-se daquilo que não se conhece.

Teoria dos Jogos.

A Teoria dos Jogos, decorrente da matemática, funda-se em uma análise de raciocínio que busca da efetividade nas decisões. “A Teoria dos Jogos ajuda a entender teoricamente o processo de decisão de agentes que interagem entre si, a partir da compreensão da lógica da situação em que estão envolvidos”¹².

Teoria do Caso.

Levando em conta a influência do modelo da *Common Law* no direito brasileiro, de origem Continental, ganha destaque a análise da singularidade dos casos penais no sistema judicial pátrio, de modo que “a singularidade do evento é construída pela atividade probatória dos jogadores (acusação e defesa), com respeito ao modelo adversarial”¹³.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I: Teoria geral do direito penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 226-227.

¹⁰ OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. **Por que Prisão? Uma análise econômica do dilema pena de prisão versus pena de multa para os crimes de corrupção no Brasil**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, Julho/2017 (Texto para Discussão nº 237). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 12 jan de 2018.

¹¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 134-135.

¹² FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 22.

¹³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 133.

SUMÁRIO

RESUMO	p.13
ABSTRACT	p.14
INTRODUÇÃO	p.15
1 O SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR CRIMINAL NO BRASIL	p.19
1.1 A PRESIDÊNCIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E SEUS PROCEDIMENTOS.....	p.19
1.2 O INQUÉRITO POLICIAL COMO PRINCIPAL INSTRUMENTO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL, SEU OBJETO E LIMITES: O GRAU DE COGNIÇÃO NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR.....	p.48
1.3 SISTEMA INQUISITÓRIO E A VERDADE DA INVESTIGAÇÃO.....	p.60
1.4 A POSIÇÃO DO JULGADOR FRENTE À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: O JUIZ GARANTIDOR.....	p.68
2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL	p.82
2.1 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA: O MOVIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E AS SUAS ESCOLAS.....	p.82
2.2 OS PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	p.90
2.3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUA RELAÇÃO COM A TEORIA DOS JOGOS	p.98
2.4 CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DOS JOGOS APLICADA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	p.110
2.4.1 Crime e Economia na sociedade contemporânea: a criminalidade como realidade construída.....	p.110
2.4.2 Noções acerca da Teoria dos Jogos no Direito Processual Penal.....	p.123
3 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL ORIENTADA PELA TEORIA DOS JOGOS E SUA RELAÇÃO COM A CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL	p.135

3.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL E A REGRA DO JOGO CONSTITUCIONAL	p.135
3.2 DILIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS: METODOLOGIAS E ESTRATÉGIAS NO JOGO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL – A ÁRVORE DE DECISÃO COMO INSTRUMENTO DE ESCOLHA DE CAMINHOS.....	p.149
3.3 O DOPING NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E O EFEITO BORBOLETA.....	p.172
3.4 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL COMO FONTE PARA O PLOT POINT E TEORIA DO CASO – A INFLUÊNCIA DA FASE PRELIMINAR NO JOGO DA AÇÃO PENAL.....	p.183
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	p.194
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	p.200

RESUMO

A presente Dissertação, que se insere na linha de pesquisa Direito e Jurisdição – Fundamentos do Direito Positivo –, procura compreender o sistema de persecução criminal sob o enfoque da fase extrajudicial diante da multiplicidade de universos simultâneos na interpretação das normas processuais penais e sua consequência para ação penal, relacionando-o à Teoria dos Jogos. Para tanto, busca apresentar os instrumentos utilizados na fase preliminar brasileira, demonstrando ser o inquérito policial o principal procedimento de investigação no Brasil. Após, procura definir o objeto, finalidade e grau de cognição do referido procedimento, bem como situa a posição do julgador na fase extrajudicial. Em seguida, o presente estudo apresenta o movimento de Análise Econômica do Direito, demonstrando que as decisões do operador do direito pautam-se por escolhas racionais a fim de buscar a maximização dos interesses e a redução de perdas, estabelecendo relações de conflito. Nesse sentido, a Teoria dos Jogos se apresenta como uma ferramenta para auxiliar o tomador de decisão na busca da escolha mais eficiente. A relação entre a Teoria dos Jogos com o Processo Penal baseia-se no escólio do Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa, e serve de base para estabelecer a ponte da referida teoria com o inquérito policial, apresentando a aplicação das táticas de ação da Teoria dos Jogos nas estratégias desencadeadas no Ciclo do Esforço Investigativo. Ao final, conclui que as estratégias de atuação desencadeadas durante a investigação preliminar têm o condão de balizar a *opinio delicti* do acusador, influenciando no *plot point* da ação penal – o que orienta o caso penal. Desta feita, levando em conta a permeabilidade do processo penal, imprescindível entender a investigação criminal sob o filtro do devido processo legal substancial, conferindo maior conteúdo democrático à persecução criminal.

Palavras-chave: Persecução Criminal; Investigação Preliminar; Análise Econômica do Direito; Teoria dos Jogos.

ABSTRACT

This Dissertation, which is part of the line of research Law and Jurisdiction – Fundamentals of Positive Law, aims to understand the criminal prosecution system from the focus of the extrajudicial phase, in view of the diversity of simultaneous universes in the interpretation of criminal procedure, and their consequences for criminal prosecution, relating it to Game Theory. To this end, it presents the tools used in the Brazilian preliminary phase, showing that the police investigation is the main investigation procedure in Brazil. It then goes on to define the object, purpose and degree of cognition of this procedure, situating the position of the judge in the extrajudicial phase. Next, it presents the movement of Economic Analysis of Law, showing that the decisions of the judge follow rational choices in order to maximize interests and reduce losses, establishing relationships of conflict. Game Theory is presented as a tool to help the decision-maker in the search for the most efficient choice. The relationship between Game Theory and Criminal Procedure is based on the scholia of Professor Doctor Alexandre Morais da Rosa, and serves as a basis for establishing a bridge between the theory in question and the Police investigation, presenting the application of tactics of action of Game Theory in the strategies triggered in the Investigative Effort Cycle. Finally, it is concluded that the operating strategies triggered during the preliminary investigation have the condition of marking out the *opinio delicti* of the accuser, influencing the plot point of the criminal prosecution, which guides the criminal matter. Therefore, taking into consideration the permeability of criminal procedure, it is essential to understand criminal investigation in light of the due substantial legal process, giving criminal prosecution more democratic content.

Keywords: Criminal Prosecution; Preliminary Investigation; Economic Analysis of Law; Theory of Games.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale de Itajaí.

A presente pesquisa tem por objetivo científico averiguar as táticas adotadas no sistema preliminar investigatório criminal e suas influências no jogo da ação penal, relacionando-as à Teoria dos Jogos, bem como demonstrando a necessária reanálise do tema com fulcro na cláusula do devido processo legal substancial.

A pesquisa proposta passa, necessariamente, pela análise da forma de colheita dos elementos de informação em fase preliminar, calcada em um sistema processual penal da década de 40, eminentemente inquisitivo, que tem por fundamento a busca do fato oculto – crime –, tendo como discurso simbólico a missão estatal de afastamento da impunidade, além de servir como filtro processual para evitar acusações infundadas.

Nesse aspecto, pretende-se analisar a forma de atuação dos órgãos responsáveis pela investigação criminal, focando no principal instrumento de investigação brasileiro, qual seja, o inquérito policial, tratando não apenas dos conceitos ideológicos do processo penal, mas também da atuação dos protagonistas da fase pré-processual em face à Teoria dos Jogos.

Tal análise mostra-se fundamental frente a um sistema inquisitivo em que não há rito definido, ou seja, as unidades de investigação criminal apresentam, por vezes, variáveis inconciliáveis acerca do sentido compartilhado das regras do jogo processual, agindo, por vezes, de maneira antidemocrática, causando reflexos na ação penal, violando o princípio do devido processo substancial.

Nessa senda, diante da multiplicidade de universos processuais penais simultâneos, mostra-se imprescindível analisar a estratégia adotada na fase de investigação criminal, em especial no inquérito policial, e os reflexos dessa fase inquisitiva na ação penal, desencadeada, fundamentalmente, com base nos

elementos de informação colhidos segundo as regras do jogo adotadas pelo protagonista da investigação preliminar.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

O sistema de investigação criminal decorre da aplicação de táticas para se chegar ao desvelamento do fato oculto, cujas execuções devem observar o devido processo legal substancial, na medida em que vão influenciar, sobremaneira, a condução e o resultado da ação penal.

Desta forma, considerando os elementos da Teoria dos Jogos (jogo, jogadores, táticas e resultados), o direito processual penal é delimitado como um jogo de interação, cujos jogadores iniciais são os condutores da investigação criminal, os quais deverão adotar táticas, observando o devido processo legal substancial.

Portanto, a atuação dos protagonistas durante a fase pré-processual e as táticas de investigação criminal por eles adotadas, trazem consequências para ação penal, de modo que, devem ser orientadas pelas regras constitucionais, sobretudo, pelo devido processo penal substancial, sob pena de invalidade do procedimento.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com a apresentação do sistema de investigação preliminar no Brasil, procurando identificar os procedimentos investigatórios existentes no sistema normativo pátrio, bem como seus protagonistas, ou seja, os presidentes dos referidos instrumentos de investigação criminal. Após, identifica-se o inquérito policial como o principal instrumento procedimental utilizado para a apuração de infrações penais, analisando-se seus objetivos e limites, aprofundando-se a discussão quanto ao grau de cognição do protagonista da investigação criminal nos autos do inquérito. Nesse ponto, desde já, afixa-se que toda discussão deve ser norteada pela cláusula do devido processo legal substancial, referida nos autos do *Habeas Corpus* (HC) n. 94.016-SP, mormente diante de um sistema processual utilizado para a investigação criminal, o

que desloca a discussão para a identificação e aplicação dos sistemas processuais como modelos históricos. Na sequência, discute-se a posição do julgador frente à investigação preliminar, demonstrando seu papel fundamental na garantia dos direitos fundamentais do investigado.

O Capítulo 2 trata de apresentar a relação entre o Processo Penal e a Teoria dos Jogos e, para tanto, discute a base teórica que firmou o paralelo indicado. Destarte, a relação entre o Direito e a Economia inaugura as bases para o movimento de Análise Econômica do Direito, indicando suas estruturas de pensamento de acordo com suas escolas, bem como seus pressupostos metodológicos. Em seguida, demonstra-se a relação da Teoria dos Jogos com a Análise Econômica do Direito, e suas contribuições para o Direito Processual Penal.

O Capítulo 3 dedica-se a explicitar a investigação criminal orientada pela Teoria dos Jogos, mormente no que se refere às metodologias de investigação criminal e às táticas operacionais utilizadas em investigações policiais. Ademais, demonstra que as estratégias de atuação na investigação criminal influenciam o resultado final do procedimento investigatório, bem como servem de base para a deflagração da ação penal, conduzindo o caso penal em um verdadeiro efeito borboleta, o que se percebe quando da ocorrência de *doping* na investigação criminal. Para tanto, o capítulo se inicia fazendo destaque para a cláusula do devido processo legal, destacando a necessidade de revisão dos instrumentos de investigação via filtragem constitucional, vez que resta evidente a influência do pré-jogo na ação penal.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a aplicação da Teoria dos Jogos na investigação criminal, em especial, referente à discussão sobre a influência das estratégias adotadas durante a fase de investigação preliminar e como essas táticas podem acarretar reflexos na ação penal, merecendo revisão sob o crivo do devido processo legal substancial.

O método a ser utilizado na fase de Investigação será o indutivo; na fase

de tratamento dos dados será o cartesiano, e, dependendo do resultado das análises, no Relatório da Pesquisa será empregado o método indutivo. Salienta-se que durante a Pesquisa foram também tidas como base as Técnicas de Categoria da Pesquisa Bibliográfica e do Referente.

Nesta Dissertação as Categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus Conceitos Operacionais são apresentados no texto ou em rodapé quando mencionadas pela primeira vez, além de anteriormente apresentados no Rol de Abreviaturas e Categorias.¹⁴

¹⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018. p. 31-60.

CAPÍTULO 1

O SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR CRIMINAL NO BRASIL

1.1 A PRESIDÊNCIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E SEUS PROCEDIMENTOS

A persecução criminal se conceitua, tradicionalmente, como o procedimento pelo qual o Estado exerce o *jus puniendi*¹⁵ em face à transgressão na esfera penal, seguindo um rito predefinido por lei e em respeito aos direitos e garantias individuais do devido processo legal.

O exercício do direito de punir por parte do Estado é disciplinado pelo Código de Processo Penal, que divide o rito em duas fases distintas: a investigação preliminar e a ação penal.

Acerca do conceito de persecução criminal, disserta David Queiroz:

Trata-se de um juízo progressivo de formação de culpa que se afigura imprescindível para que a pena abstratamente prevista no preceito secundário do tipo penal seja aplicada a um caso concreto. Referido juízo progressivo nasce com um juízo de possibilidade (início das investigações), passa por um juízo de probabilidade (final das investigações pré-processuais e início do processo) e termina com o juízo de convencimento do julgador sobre fato histórico investigado (sentença)¹⁶.

Insta destacar que o início da persecução criminal se firma pelo levantamento de informações referentes à prova da materialidade do delito praticado e seus indícios de autoria. Portanto, nessa primeira fase o Estado tem por objetivo angariar elementos informativos de fato criminoso indicado em *notitia criminis* utilizando-se de técnicas específicas para tanto, com o objetivo de fundamentar futura ação penal ou excluir responsabilidade penal, bem como justificar a instauração da justiça negocial¹⁷. Configura-se em um triplo viés: acusatório,

¹⁵ O entendimento segundo o qual a função da persecução criminal é promover tão somente o exercício do direito de punir do Estado, que é criticado pela criminologia crítica – por entender que se trata de uma forma de controle social - e pela teoria agnóstica da pena, que indica a inexistência de sentido no direito de punir. Para a Análise Econômica do Direito, porém, a pena é considerada tão somente o custo de uma conduta.

¹⁶ QUEIROZ, David. **A permeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 19.

¹⁷ “Chegamos a uma bifurcação de lógicas que operam com princípios informativos diversos. A noção de processo penal chega à encruzilhada: tradicional (duro/hard) ou ambivalente (flexível e duro). O

defensivo e negocial.

As diligências investigatórias iniciais como o exame de local de crime, oitiva de testemunhas e vítimas, apreensão de objetos relacionados com o crime, interrogatório do suspeito, reconhecimento de pessoas e coisas, dentre outras, conferem uma base mínima para que o Estado firme sua convicção acerca do evento criminoso, iniciando ou não o processo-crime. Trata-se de um “procedimento de instrução preliminar que, dentro de um sistema escalonado de formação da culpabilidade, justifica ou não o início do processo”¹⁸.

Assim, a investigação criminal é pressuposto lógico para a formação da ação penal, buscando elementos suficientes de informação para subsidiar a acusação no seu mister, evitando a proposição de lides temerárias – o que pode gerar instabilidade social –, ou mesmo servindo de mecanismo preliminar de sustentação de ações penais.

Aury Lopes Júnior assevera:

A investigação preliminar não só deve excluir as provas inúteis, filtrando e deixando em evidência aqueles elementos de convicção que interessem ao julgamento da causa e que as partes devem solicitar a produção no processo, como também deve servir de filtro processual, evitando que as acusações infundadas prosperem¹⁹.

No mesmo sentido, Leonardo Marcondes Machado argumenta:

A ideia de uma etapa instrutória prévia, isto é, de uma fase investigatória anterior à ação processual penal, encontra razão justamente nas complexas histórias de violência e dor que marcam os processos criminais. Afastar acusações desvairadas, sem elementos mínimos, em face das quais o único efeito concreto será aquele decorrente das “penas do processo” – eterna rotulação de acusado e todas as suas consequências nefastas à subjetividade – é a principal função da investigação criminal²⁰.

tradicional (duro) opera em uma lógica de institutos sem margem de negociação, enquanto no ambivalente em alguns casos abre-se a porta da negociação/barganha. A alteração de caminhos não é meramente operacional, justamente porque implica, daí em diante, a instauração de paradoxos”. MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: EModara, 2018, p. 102.

¹⁸ SANNINI NETO, Francisco. SANTOS CABETTE, Eduardo Luiz. **Estatuto do delegado de polícia comentado** – Lei 12.830 de 20 de junho de 2013. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 25.

¹⁹ LOPES JR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 60.

²⁰ MACHADO, Leonardo Marcondes. *Investigação Criminal: Tensão entre Limites e Dor*. In:

Nesse ponto, a investigação preliminar ganha destaque por seu caráter dúplice²¹ (ou mesmo tríplice²², conforme acima indicado), tendo por função viabilizar e, ao mesmo tempo, impedir o exercício da ação penal, servindo como procedimento importantíssimo para a democracia, desde que estudada sob os auspícios do devido processo legal substancial, a fim de garantir, de forma constitucional, a descoberta da prova da materialidade delitiva e indícios da autoria do crime.

O processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados da instrumentalidade garantista. Ela é uma peça fundamental para o processo penal e, no Brasil, provavelmente por culpa das deficiências do sistema adotado (inquérito policial), tem sido relegada a um segundo plano. Não se deve julgar de imediato, principalmente em um modelo como o nosso, que não contempla uma fase “intermediária” contraditória²³.

Isso posto, sendo a ação penal um constrangimento social ao réu, é fundamental o exercício da investigação criminal a fim de evitar erros na formulação de acusações, servindo como um filtro²⁴ democrático à atuação estatal.

A despeito da possibilidade da investigação defensiva, o que veremos adiante, é certo que a atividade investigatória é fundamentalmente estatal e dotada de oficialidade, não devendo ser delegada a particulares.

O artigo 144 da Constituição da República elenca os órgãos de segurança pública no Estado Democrático de Direito, indicando que cabe às Polícias Cíveis e Federal a apuração de infrações penais e sua autoria.

Assim, o constituinte estabelece órgãos estatais com a missão precípua de investigação criminal, tendo como orientação de atuação o Código de Processo

HOFFMANN, Henrique et al (Orgs). **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 125.

²¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crise, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 51.

²² VASCONSELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

²³ ANSELMO, Marcio. **É preciso discutir o inquérito policial sem preconceitos e rancores**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-mar-07/academia-policia-preciso-discutir-inquerito-policial-preconceitos-rancores#sdfnote4sym>. Acesso em: 08 jul 2017.

²⁴ FRANCO, Cordero. **Procedimiento penal**. Tomo II. Santa Fé de Bogota: Temis, 2000. p 212; ROXIN, Claus. **Derecho processual penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000. p. 326; GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crise, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 50; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 124.

Penal, os tratados internacionais de direitos humanos e, evidentemente, a própria Constituição da República. Nesse diapasão, “a Polícia judiciária, como corpo estatal inicial da persecução penal, deve pautar estritamente nas diretrizes de um direito constitucional, democrático e humanitário”²⁵.

Compete, então, às Polícias Judiciárias a busca por provas da materialidade delitiva e indícios de autoria do crime praticado. Nesse ponto, o artigo 4º do Código de Processo Penal e o §4º do art. 144 da Constituição da República, alinhados com os artigos 2º e 5º, ambos da Lei 12.830/13, indicam que tal atribuição cabe ao presidente do inquérito policial, ou seja, ao Delegado de Polícia.

O exercício da função investigatória demanda generosas doses de imparcialidade, serenidade e respeito à dignidade da pessoa humana. Nessa vereda, a Polícia Federal e as polícias civis têm a importante missão de assegurar que as investigações criminais se mantenham em sintonia com um país democrático e republicano, projetando-se o Delegado de Polícia como a primeira autoridade estatal a preservar os direitos fundamentais, não só das vítimas, mas também dos próprios investigados²⁶.

O inquérito policial é, pois, o instrumento procedimental por meio do qual o Delegado de Polícia irá reunir elementos informativos decorrentes da realização de diligências investigatórias previstas na legislação processual penal, seja no Código de Processo Penal ou nas leis esparsas que regulam o tema, como a lei de interceptação telefônica, lei de lavagem de dinheiro, lei de combate às organizações criminosas ou outras tantas.

O Delegado de Polícia, na sua missão investigativa, deve avaliar os fatos conhecidos com critérios técnico-jurídicos, visando se valer de meios menos gravosos e que afetem com menos intensidade direitos fundamentais do investigado. Por essa razão, toda a investigação que atenda esses preceitos se converte em inquérito policial como procedimento investigatório legítimo, necessário, correto e justo²⁷.

Não se pretende aqui estabelecer uma visão romântica da investigação

²⁵ CORDEIRO, Isaías. O Direito Penal e a Polícia Judiciária no Estado Democrático de Direito. In: ZOUZA, David Tarciso Queiroz de; GUSSO, Rodrigo Bueno (Org.). **Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um estado democrático de direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 157.

²⁶ HOFFMAN, Henrique. **Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e garantir direitos fundamentais**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais#_ftn4. Acesso em: 03 set 2017.

²⁷ CORDEIRO, Isaías. O Direito Penal e a Polícia Judiciária no Estado Democrático de Direito. In: GUSSO, Rodrigo Bueno; QUEIROZ, David. (Orgs) **Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um estado democrático de direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 155.

criminal desenvolvida pela Polícia Judiciária. De certo que estamos tratando de uma escolha realizada em 1937, ratificada pelo legislador de 1941, e mantida pelo constituinte de 1988, muito justificada pela necessidade de prestação do referido serviço público nos mais distantes rincões do país, de modo que outro modelo como o do juizado de instrução ou do promotor investigador não teria sucesso²⁸.

Da mesma forma, não se pretende aqui esquecer o passado (e presente) antidemocrático e violento das polícias brasileiras, e como as polícias civis e federal tiveram (ainda têm) participação em um sistema de repressão criminal arbitrário e fulcrado em uma visão inquisitória e repressiva. O fato é que se pretende caminhar para a frente; e a transformação dos modelos passa por uma análise crítica²⁹, mas também pela demonstração de uma nova visão das metodologias de investigação criminal e pela democratização do procedimento policial.

A concepção de que as Polícias Judiciárias, por integrarem o rol taxativo do art. 144 da Constituição da República, têm por escopo a defesa da segurança pública como objetivo principal, reforça a percepção míope do senso comum teórico³⁰. Em verdade, as polícias judiciárias “exercem funções que, primariamente, afetam a Justiça e apenas secundariamente repercutem na segurança pública”.³¹ Nessa senda, a atividade de investigar se relaciona diretamente com a prestação de justiça e reflexamente sua atuação repercute na segurança pública.

Portanto, deve-se fomentar a guinada democrática da investigação criminal conduzida pelas polícias judiciárias e sublimar (sem esquecer) o passado autoritário

²⁸ LOPES JR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 65.

²⁹ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Procura-se: uma teoria (crítica) no campo da Justiça criminal!** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-set-19/academia-policia-procura-teoria-critica-campo-justica-criminal>. Acesso em: 28 out 2017.

³⁰ “Os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte canonizam-se certas imagens e crenças, para preservar o segredo que esconde as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar secreto. As representações que integram e pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder”. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995, p. 15.

³¹ SANNINI NETO, Francisco; SANTOS CABETTE, Eduardo Luiz. **Estatuto do delegado de polícia comentado** – Lei 12.830 de 20 de junho de 2013. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 44.

do procedimento policial³². Tal medida ganha perspectiva positiva com a necessidade que o constituinte trouxe de que a condução dessas instituições e a presidência dos procedimentos investigatórios por elas desenvolvidos sejam realizadas por profissional bacharel em Direito - com formação jurídica e humanística.

Assim, pretende-se com o passar do tempo romper os grilhões da repressão, segundo a qual a investigação serve principalmente à segurança pública – portanto merecendo uma atuação autoritária de defesa social³³ – em detrimento da colheita de elementos probatórios técnicos e seguros que, efetivamente, auxiliem o Estado-Juiz no seu mister constitucional.

O inquérito policial, sem dúvida alguma, necessita modernizar-se, aproximando-se cada vez mais do desenvolvimento técnico e científico da produção probatória, afastando-se do amadorismo³⁴ e do improvisado. Tal medida encontra barreiras na distribuição de recursos pelo Governo do Estado à Segurança Pública e na destinação desses recursos à Polícia Judiciária, em especial às Polícias Cíveis. Estados como São Paulo sofrem corte severo de investimentos³⁵ na área de investigação criminal, causando grave prejuízo a toda a persecução criminal, o que não é diferente em outras regiões do país³⁶.

Em verdade, enquanto as Polícias Cíveis e Federal não possuem autonomia administrativa e financeira, ficarão reféns de escolhas políticas que, em alguns casos, não possuem interesse no fortalecimento de instituições de controle.

³² PRADO, Caio Fernando Ponczek. Processo Penal e Mentalidade Inquisitória: a um passo da tortura institucionalizada. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; DE PAULA, Leonardo Costa; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. (Org.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**: Diálogos Sobre Processo Penal entre Brasil e Itália. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, v. 2., p. 245-260.

³³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3ªEd. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 162.

³⁴ MACHADO, Leonardo Marcondes. **O amadorismo na investigação criminal cobra seu preço no jogo processual**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jan-26/academia-policia-amadorismo-investigacao-cobra-preco-jogo-processual>. Acesso em: 2 fev 2017.

³⁵ REPORTAGEM REVISTA VEJA. **Sucateada, Polícia Civil tem o menor efetivo em doze anos**. Disponível em <https://vejasp.abril.com.br/cidades/policia-civil-crise-queda-orcamento/>. Acesso em: 24 set 2017.

³⁶ REPORTAGEM GLOBO. **Retrato da Polícia Civil no Brasil é preocupante**. Disponível em <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2017/10/brasil-enfrenta-falta-de-delegados-e-tem-delegacias-caindo-aos-pedacos.html>. Acesso em: 28 out 2017.

As diversas atribuições, por fim, deveriam estar destinadas a corpos separáveis entre eles e organizados de forma independente não apenas funcional, mas, também, hierárquica e administrativamente dos diversos poderes aos quais auxiliam. Em particular, a polícia judiciária, destinada à investigação dos crimes e a execução dos provimentos jurisdicionais, deveria ser separada rigidamente dos outros corpos da polícia e dotada, em relação ao Executivo, das mesmas garantias de independência que são asseguradas ao Poder Judiciário do qual deveria, exclusivamente, depender³⁷.

Portanto, o inquérito policial sofre grave atraso em função de política pública escolhida pelo Poder Executivo que não dispense os recursos financeiros suficientes³⁸ para o fomento de pesquisa de novas metodologias de trabalho ou de inovação tecnológica para auxiliar na gestão o procedimento policial.

Não bastasse, há constantes crises de recursos humanos na polícia investigativa e judiciária, com carência de efetivo, muito relacionadas ao fato de que tais instituições, por não possuírem natureza ostensiva, deixam de ser percebidas pela população³⁹ – o que ocasiona a falsa percepção de ausência de investimento em segurança pública. Assim, o gestor do Poder Executivo privilegia o ramo de segurança que desenvolve atuação de preservação da ordem pública, o que gera maior sensação de segurança entre os cidadãos.

A despeito da carência de investimentos tanto em recursos humanos como em recursos materiais, as Polícias Judiciárias devem manter seu foco de atuação nos atos de investigação criminal, cumprindo (ou procurando cumprir) seu mister constitucional.

Isso posto, na medida em que as diligências vão se realizando pelos Agentes da Autoridade Policial ou diretamente pelo próprio Delegado de Polícia, formaliza-se o ato de investigação de maneira documental, juntando as informações produzidas

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 709.

³⁸ CARDOSO, Vanessa de Assis. **O caso foi parar na Delegacia**: estudo sobre o trabalho de delegados de Polícia Civil. 2012. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia, UNB, Brasília, 2012.

³⁹ “O presidente do Fórum Brasileiro de Segurança, Renato Sérgio de Lima, tem razão quando, em artigo publicado no Estado, chama a atenção para a importância da Polícia Civil, embora sua ação seja menos visível e cause menos impacto que a da Polícia Militar, sempre presente nas ruas. É ela que cuida da investigação e do esclarecimento dos crimes. E crime não resolvido é na prática um incentivo à impunidade”. ESTADÃO. **As Carências da Polícia Civil**. Opinião. São Paulo/SP. 03 mar 2017. Disponível em <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,as-carencias-da-policia-civil,70001684962>. Acesso em 29 out 2017.

aos autos do inquérito policial.

A metodologia de investigação segue critérios definidos pelo presidente do inquérito policial que, baseado em estratégia de atuação previamente definida, determina a ordem das diligências a serem cumpridas, o momento e a forma de atuação da Polícia Judiciária na apuração da infração penal.

A Lei 12.830/13 em seu art. 2º bem assevera que as funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo Delegado de Polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado. Assim, cabe ao Delegado de Polícia, na condução da investigação criminal, conferir os primeiros contornos jurídicos ao caso e determinar as diligências iniciais para o levantamento de provas. Para tanto, a referida autoridade pública deve pautar sua atuação de forma técnico-jurídica a fim de evitar a produção de provas ilícitas que, acaso fossem produzidas, contaminariam toda a ação penal futura em razão do princípio decorrente do inciso LVI do art. 5º da Constituição da República c/c §1º do art. 157 do CPP.

Pedra de toque do princípio do devido processo legal substancial é o direito à observância do juiz natural, que corresponde ao preceito constitucional disposto nos incisos XXXVII e LIII, ambos do art. 5º da Constituição da República, indicando, respectivamente, que não haverá juízo ou tribunal de exceção e que não há possibilidade de alguém ser processado ou sentenciado por autoridade incompetente.

Nessa toada, levando em conta que estamos tratando de investigação preliminar, questiona-se a necessidade de predefinição da autoridade policial competente para investigar determinado caso, ou seja, a dúvida recai acerca da existência ou inexistência do princípio do delegado natural. Tal questionamento é respondido pelo disposto no §5º do art. 2º da Lei 12.830/13, segundo o qual a remoção do Delegado de Polícia dar-se-á somente por ato fundamentado.

A conotação meramente formal de que a investigação não seja "processo" não pode ser um óbice à caracterização de um procedimento de ideologia democrática, em razão da máxima efetividade da dignidade da pessoa humana. A interpretação literal do artigo 5º, LV da CR/88 já passou da hora

de ser superada⁴⁰.

Tal dispositivo é complementado pelo disposto no §4º do art. 2º da Lei 12.830/13, constituindo uma garantia para o Delegado de Polícia e para a sociedade. Conforme o referido dispositivo, o inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, 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.

A partir dessa inovação legislativa, a avocação ou redistribuição discricionária, sem qualquer justificativa, não pode ser levada a efeito pela hierarquia superior da Polícia Civil ou Federal, o que, sem dúvida, representa um avanço em busca da consolidação da independência funcional do delegado de polícia, fomentando, ainda, o princípio da imparcialidade do Estado-Investigador⁴¹.

Nesse sentido, com “tais medidas, a investigação ganha agilidade, qualidade e imparcialidade, pois o Delegado de Polícia não sofrerá interferências escusas na condução do inquérito policial ou termo circunstanciado”⁴².

Assim, afigura-se clara a relação entre o preceito indicado pela jurisprudência do STF (HC n 94.016-SP com relatoria do Exmo. Ministro Celso de Mello⁴³) com a garantia de autonomia funcional do presidente da investigação criminal, o que demonstra que o respeito ao princípio do delegado natural é consectário lógico do devido processo legal substancial em fase de investigação preliminar.

Ademais, destaca-se a função de garantias de direitos por parte do Delegado de Polícia na presidência da investigação criminal, mormente diante do

⁴⁰ BARBOSA, Ruchester Marreiros. Delegado natural é princípio basilar da devida investigação criminal. *In*: HOFFMANN, Henrique et al (Org.). **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 29.

⁴¹ SANNINI NETO, Francisco; SANTOS CABETTE, Eduardo Luiz. **Estatuto do delegado de polícia comentado** – Lei 12.830 de 20 de junho de 2013. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 143.

⁴² RODRIGUES DA SILVA, Marcelo. **Lei nº 12.830/2013 – comentários – investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia**. Disponível em: <https://marcelorodriguesdasilva56.jusbrasil.com.br/artigos/121942326/lei-12830-2013-comentarios-investigacao-criminal-pelo-delegado-de-policia>. Acesso em 20 jul 2017.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no *Habeas Corpus* nº 94.016. Relator: Ministro Celso de Mello. São Paulo, SP, 14 de abril de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3562036>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

atendimento a conduções coercitivas em autuações flagranciais. Nesse ponto, a autoridade policial, ao tomar conhecimento dos fatos formará sua convicção jurídica acerca dos elementos apresentados, pautando sua atuação nos limites da Constituição da República, dos tratados internacionais de direitos humanos e do Código de Processo Penal, atuando como primeiro garantidor da legalidade e da justiça⁴⁴.

Necessário mencionar que o inquérito policial não é o único procedimento previsto em lei de presidência do Delegado de Polícia. Ao tratar de infrações de menor potencial ofensivo, aquelas cuja pena máxima não excedem dois anos e as contravenções penais, o art. 69 da Lei 9099/95 indica que à autoridade policial que tomar conhecimento da infração caberá a lavratura do termo circunstanciado.

Destarte, o termo circunstanciado é procedimento policial próprio para apuração de condutas de menor potencial ofensivo, de presidência, também, da autoridade policial, ou seja, do Delegado de Polícia.

A conceituação de Autoridade Policial é de fácil compreensão, bastando para tanto o exercício de interpretação sistemática do disposto no § 4º do art. 144 da Constituição da República, que conferiu às Polícias Civas, dirigidas por Delegados de Polícia, a função de Polícia Judiciária, aliado ao disciplinado no art. 4º do Código de Processo Penal – indicando que Polícia Judiciária será exercida pelas autoridades policiais. Soma-se aos preceitos indicados o disposto no §1º do art. 2º da Lei 12.830/13, asseverando que ao Delegado de Polícia, na qualidade de Autoridade Policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

Destarte, não há razão para interpretação diversa do termo “autoridade policial” para o disposto no art. 69 da Lei 9099/95. Contudo, a despeito de a interpretação se mostrar bastante singela, não é o que vislumbramos na atuação de

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.548. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. São Paulo, SP. Julgado em 21/06/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3562036>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

outros órgãos que compõe o sistema de segurança pública e persecução criminal.

O art. 144, §5º, da Constituição da República bem assevera que às Polícias Militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública, sendo responsáveis pelo policiamento preventivo, evitando a prática de infrações penais e, acaso se deparem com situação flagrancial, deverão conduzir à presença da autoridade policial para os procedimentos policiais pertinentes.

Inobstante ao indicado, em 2007, o Governador do Estado de Santa Catarina editou o Decreto 660 permitindo que qualquer policial militar ou policial civil proceda à lavratura do referido procedimento.

O art. 1º, *caput*, do referido Decreto indica:

O Termo Circunstanciado deverá ser lavrado na delegacia de polícia, caso o cidadão a esta recorra, ou no próprio local da ocorrência pelo policial militar ou policial civil que a atender, devendo ser encaminhado ao Juizado Especial, nos termos do art. 69 da Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995⁴⁵.

Contudo, a inconstitucionalidade da referida espécie normativa é patente tanto na esfera material quanto na formal. Materialmente, o referido Decreto é inconstitucional, pois desloca a atribuição prevista constitucionalmente para o exercício de polícia judiciária e investigativa para instituição que tem por função o patrulhamento ostensivo e garantia da ordem pública. Tal deslocamento de atribuição afronta o princípio da conformidade funcional⁴⁶, segundo o qual, cada órgão previsto constitucionalmente deve pautar sua atuação nos limites originalmente estabelecidos pela Carta Magna. Formalmente, a espécie se mostra inconstitucional por violação ao devido processo legislativo, pois trata de matéria processual penal, o que contravém, frontalmente, o disposto no inciso I do art. 22 da Constituição da República. O Decreto 660/07 alarga o conceito de autoridade policial, alterando o disposto no art. 69 da Lei 9099/95, o que contraria o dispositivo constitucional indicado e, conseqüentemente, o pacto federativo.

⁴⁵ SANTA CATARINA. Decreto 660, de 26 de setembro de 2007. Estabelece diretriz para a integração dos procedimentos a serem adotados pelos órgãos da Segurança Pública, na lavratura do Termo Circunstanciado, conforme previsto no art. 69 da Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <<http://www.ssp.sc.gov.br/files/Decreto-n.-660-2007---Integracao-Termo-Circunstaciado.pdf>>. Acesso em: 12 out 2017.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1996.

Ainda que se entenda se tratar de dispositivo não pertinente a processo, mas a procedimento policial, o art. 24, XI, da Constituição da República, disciplina que estaremos diante de competência legislativa concorrente, podendo o estado-membro legislar de forma complementar à norma geral editada pela União. Contudo, tal complementação deverá ser realizada por lei editada pela Assembleia Legislativa, e nunca por Decreto do Governador do Estado.

Todavia, a despeito do acima referido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina confere interpretação extensiva ao termo "autoridade policial", viabilizando o procedimento.

APELAÇÃO CRIMINAL. PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL. TERMO CIRCUNSTANCIADO LAVRADO PELA POLÍCIA MILITAR. POSSIBILIDADE. ATO AMPARADO PELO DECRETO ESTADUAL N. 660/07. PREFACIAL AFASTADA. "Para a persecução penal dos crimes de menor potencial ofensivo, em face do sistema previsto na Lei dos Juizados Especiais Criminais, e dando-se adequada interpretação sistemática à expressão "autoridade policial" contida no art. 69 da Lei n. 9.099/95, admite-se lavratura de termo circunstanciado por policial militar, sem exclusão de idêntica atividade do Delegado de Polícia" (Recurso Criminal n. 2012.023969-1, j. em 22/5/2012). DIREÇÃO SEM HABILITAÇÃO (ART 309 DA LEI N. 9.503/97). CONTEXTO PROBATÓRIO QUE NÃO DEIXA DÚVIDAS DA CONDUTA ILÍCITA PRATICADA. PERIGO DE DANO EVIDENCIADO. CONDENAÇÃO PRESERVADA. Perfeitamente configurada a conduta delituosa de condução de veículo automotor sem a devida habilitação, bem como o efetivo perigo de dano, a condenação pelo crime descrito no art. 309 do CTB é medida imperativa. DESOBEDIÊNCIA (ART. 330 DO CÓDIGO PENAL). PLEITO ABSOLUTÓRIO CALCADO NA ATIPICIDADE DA CONDUTA. RÉU QUE NÃO ACATOU ORDEM DE PARADA DE AGENTES POLICIAIS. FUGA A FIM DE EVITAR PRISÃO EM FLAGRANTE E PRESERVAR O STATUS LIBERTATIS. ABSOLVIÇÃO DEVIDA. O crime de desobediência não se configura quando a rebeldia se dá em razão da preservação da própria liberdade. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NÃO SUPERIOR A UM ANO. SUBSTITUIÇÃO POR APENAS UMA MEDIDA RESTRITIVA DE DIREITOS. ADEQUAÇÃO DE OFÍCIO. Aplicada pena corporal não superior a 1 (um) ano, "a substituição pode ser feita por multa ou por uma restritiva de direitos", nos moldes do § 2º do art. 44 do Código Penal⁴⁷.

De forma equivalente, no Estado do Rio Grande do Sul, a Polícia Militar possui a prerrogativa de lavratura de termo circunstanciado com base em uma Portaria do Secretário de Segurança Pública, o que foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade em face à Constituição do Estado Gaúcho, tendo o Tribunal de

⁴⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação nº. 0006801-11.2013.8.24.0008, de Blumenau. Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, julgado em 01-03-2016. Disponível em www.tjsc.jus.br. Acesso em 15 out 2017.

Justiça daquele Estado se manifestado pela possibilidade de a instituição castrense lavrar o referido procedimento.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PORTARIA DA SECRETARIA DE ESTADO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA. ART. 69 DA LEI Nº 9.099-95. ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA À POLÍCIA MILITAR COM ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 129 E 133 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. ATO REGULAMENTAR. HIPÓTESE SUJEITA À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. LAVRATURA DE TERMO CIRCUNSTANCIADO POR QUALQUER AUTORIDADE INVESTIDA EM FUNÇÃO POLICIAL. COMPETÊNCIA DO SECRETÁRIO DE ESTADO PARA O ATO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Legitimidade ad causam da ASDEP-RS afirmada, porquanto preenchido o requisito da relação de pertinência entre o interesse específico da classe " Delegados de Polícia ", para cuja defesa a entidade proponente foi constituída, e o ato normativo que é argüido como inconstitucional. A Portaria SJS nº 172, de 16-11-2000, que atribui competência à polícia militar para lavratura de termos circunstanciados, tem fim interpretativo da legislação infraconstitucional (art. 69 da Lei nº 9.099-95). Ato regulamentar que mesmo indo além do conteúdo ou dos limites da lei, estaria a praticar mera ilegalidade, não inconstitucionalidade. Hipótese não-sujeita ao controle concentrado da constitucionalidade. Precedentes do STF. MÉRITO. Não verifica afronta à repartição constitucional das competências entre as polícias civil e militar. Expressão autoridade policial referida no art. 69 da Lei nº 9.099-95 compreende quem se encontra investido em função policial, ou seja, a qualquer autoridade. Ato que insere nas atribuições específicas do titular da Secretaria da Justiça e da Segurança, a quem é assegurada a competência sobre serviço policial militar e serviço policial civil (art. 8º, I, da Lei Estadual nº 10.356-95). Prévio acordo entre o Ministério Público e a Polícia E estadual é decorrência do limitado alcance regulamentar do ato, de modo a programar paulatinamente sua observância nas comarcas que estiverem preparadas para o cumprimento das ações concretas do órgão da Administração responsável pelos serviços policiais. Hipótese de improcedência do pedido. À UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DA PROPONENTE. POR MAIORIA, VENCIDA A RELATORA, CONHECERAM DA AÇÃO DIRETA E, NO MÉRITO, JULGARAM IMPROCEDENTE O PEDIDO⁴⁸.

Para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não há qualquer violação às atribuições disciplinadas pelo art. 144 da Constituição da República haja vista que, segundo os desembargadores, a lavratura do termo circunstanciado não reflete qualquer ato investigatório, mas tão somente de coleta de informações iniciais.

Ementa: HABEAS CORPUS PARA TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. VALIDADE DE TERMO CIRCUNSTANCIADO LAVRADO PELA POLÍCIA MILITAR RODOVIÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE DA PORTARIA Nº172 DA SJS. Não se realiza investigação ou instrução em termo circunstanciado, que tem o objetivo de coletar dados na ocasião dos fatos. A expressão autoridade policial referida no art. 69 da Lei nº 9.099/95 compreende quem

⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70014426563, Tribunal Pleno, Relatora: Maria Berenice Dias, Julgado em 12/03/2007. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em 15 out 2017.

se encontra investido em função policial, ou seja, a qualquer autoridade. Não configurada coação ilegal. ORDEM DENEGADA⁴⁹.

O Tribunal de Justiça do Paraná em julgamento junto à 1ª turma recursal analisou a matéria, oportunidade em que o relator Fernando Swain Ganem asseverou ser o “Termo Circunstanciado procedimento meramente administrativo que não enseja em nenhum tipo de investigação”.

APELAÇÃO CRIMINAL. TERMO CIRCUNSTANCIADO LAVRADO PELA POLÍCIA MILITAR. ATO MERAMENTE ADMINISTRATIVO. NULIDADE ABSOLUTA NÃO CONFIGURADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 69 DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. O TERMO UTILIZADO EM REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL COMPREENDE AQUELE INVESTIDO EM FUNÇÃO POLICIAL, NÃO CONFERINDO EXCLUSIVIDADE À POLÍCIA CIVIL. SIMPLIFICAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A apelante foi denunciada pelo delito tipificado no art. 331 do Código Penal, qual seja, “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”. Audiência preliminar realizada, sendo que a apelante não aceitou a proposta de transação penal oferecida pelo Ministério Público. Oferecida a denúncia, foi designada audiência de instrução e julgamento, não tendo a apelante comparecido. Sobreveio Sentença que julgou procedente o pedido contido na denúncia a fim de condenar a apelante pela prática do delito previsto no art. 331 do CP à pena de 10 dias-multa. Apelante, em sede recursal, sustenta a existência de nulidade *ab initio* da ação penal, vez que o Termo Circunstanciado foi lavrado pela Polícia Militar. O Ministério Público manifestou-se pelo conhecido e desprovimento do recurso. É, em síntese, o relatório. Passo a decidir. Não assiste razão a apelante⁵⁰.

Importante frisar que a despeito do entendimento indicado por turmas dos Tribunais de Justiça dos Estados do sul, não é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – matéria discutida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3614-9⁵¹ originária do Estado do Paraná, em que se debate a constitucionalidade de Decreto do Poder Executivo que concede a sargentos e subtenentes da Polícia Militar a atribuição de lavratura de termo circunstanciado.

Fundamental a referência à manifestação do Ministro Cesar Peluzo quando

⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *Habeas Corpus* nº 71002724094, Turma Recursal Criminal, Relatora Laís Ethel Corrêa Pias, Julgado em 30 de ago de 2010. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em 15 out 2017.

⁵⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná - 1ª Turma Recursal – Apelação Criminal nº. 0000328-42.2015.8.16.0014 - Londrina – PR. Relator: Fernando Swain Ganem - Julgado em 04 de dez de 2015. Disponível em <http://www.tjpr.jus.br>. Acesso em 17 out 2017.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 3.614-9 – Paraná. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 20 set 2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495516> Acesso em 20 out 2017.

da abertura de divergência capitaneada pela Ministra Carmen Lúcia no julgamento da referida ADIN. No debate, o eminente ministro indica a gravidade do problema ocorre porque “antes da lavratura do termo circunstanciado, o policial militar tem que fazer um juízo jurídico de avaliação dos fatos que lhe são expostos. É isso o mais importante do caso, não a atividade material de lavratura”⁵².

No mesmo sentido foi o posicionamento do Ministro Luiz Fux, no Agravo Regimental do Recurso Extraordinário 702617, em 26 de fevereiro de 2013.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 3.614, que teve como redatora para o acórdão a Ministra Cármen Lúcia, pacificou o entendimento segundo o qual a atribuição de polícia judiciária compete à Polícia Civil, devendo o Termo Circunstanciado ser por ela lavrado, sob pena de usurpação de função pela Polícia Militar⁵³.

Alexandre Morais da Rosa e Salah H. Khaled Júnior acerca desse ponto bem asseveram:

A Polícia Militar, cada vez mais, arvora-se numa função que não é sua: lavrar Termos Circunstanciados e protagonizar investigações. A situação potencializa-se no caso do Estatuto do Torcedor e do Policiamento Ambiental. A Polícia Militar é instituição reconhecida pela Constituição da República e, embora possamos ter divergências quanto à militarização do cotidiano, merece o respeito por suas funções, dentro dos limites legais. No Estado Democrático de Direito o exercício do poder estatal está limitado pela lei. Quando transborda é ilegal⁵⁴.

Desta feita, cumpre indicar que além dos problemas de ordem jurídica a serem discutidos quando da presidência de termo circunstanciado pela Polícia Militar, também é fundamental entendermos os problemas estruturais advindos de tal procedimento. Como bem asseverado pelo Ministro Cezar Peluso, a tipificação inicial da ocorrência será fundamental para a decisão acerca de qual procedimento de investigação necessitará ser instaurado. Ou seja, dependendo da tipificação

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade. ADI nº 3.614-9. Paraná. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 20 set 2009. p. 18. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495516>. Acesso em 20 out 2017.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 702.617. Amazonas. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 26 fev 2013. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3523021>. Acesso em 20 out 2017.

⁵⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. KHALED JR. Salah H. **Polícia Militar não pode lavrar Termo Circunstanciado:** cada um no seu quadrado. Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2014/07/01/policia-militar-nao-pode-lavrar-termo-circunstanciado-cada-um-seu-quadrado/>. Acesso em: 07 out 2017.

inicial, deverá ser instaurado o devido inquérito policial para apuração das circunstâncias do fato. Da mesma forma, adotando-se o modelo segundo o qual a tipificação inicial passa a ser realizada por policiais militares, há a transferência de análise quanto às circunstâncias da situação flagrancial – atividade típica de Polícia Judiciária. Ora, a atuação do policial militar no momento da tipificação subtrai do Delegado de Polícia a possibilidade de análise do fato criminoso e, por vezes, da decretação de prisão em flagrante por delito diverso daquele inicialmente indicado pelo militar.

Assim, referir-se ao termo circunstanciado de ocorrência por meio de eufemismos como “mero registro de fatos” ou “boletim de ocorrência mais robusto” consiste em discurso enganoso para tentar legitimar usurpação de função pública. Ainda que o TCO não seja complexo, sua lavratura não consiste em simples atividade mecânica, mas jurídica e investigativa, na qual o delegado de polícia decide sobre uma série de questões, tais como tipificação formal e material da infração penal, concurso de crimes, qualificadoras e causas e aumento de pena, nexos de causalidade, tentativa, desistência voluntária, arrependimento eficaz e arrependimento posterior, crime impossível, justificantes e dirimentes, conflito aparente de leis penais, incidência ou não de imunidade, erro de tipo, apreensão dos objetos arrecadados, restituição de objetos apreendidos, requisição de perícia, requisição de documentos e dados cadastrais, representação por medidas assecuratórias, representação por busca e apreensão domiciliar, reprodução simulada dos fatos, entre outras atribuições de polícia judiciária e de apuração de infrações penais comuns. Ademais, caso se constate delito envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, lesão corporal culposa de trânsito em circunstâncias específicas ou concurso de crimes de menor potencial ofensivo em que se supere o patamar do Juizado Especial Criminal, além de todas as análises já mencionadas, a autoridade de polícia judiciária deve deliberar acerca da existência do estado de flagrância, da concessão da liberdade provisória mediante fiança, da presença de requisitos da prisão temporária ou preventiva ou de outras medidas cautelares, do indiciamento, dentre outras medidas restritivas da liberdade do cidadão⁵⁵.

As consequências práticas da lavratura do procedimento pela Polícia Militar afetam a persecução criminal, pois retira da Polícia Judiciária a possibilidade de realização de diligências necessárias para o esclarecimento completo dos fatos, o que terá consequência nefasta para futura ação penal. Ademais, havendo diligências complementares necessárias para a deflagração da ação penal, o Ministério Público irá requerer o encaminhamento dos autos do procedimento à delegacia de polícia para a apuração dos fatos e, dependendo do tempo de tramitação do procedimento

⁵⁵ HOFFMAN, Henrique. **Termo circunstanciado deve ser lavrado pelo delegado, e não pela PM ou PRF.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-29/academia-policia-termo-circunstanciado-lavrado-delegado>. Acesso em: 08 out 2017.

em sede judicial, o prejuízo à investigação é patente.

Tudo isso demanda além de um enorme conhecimento jurídico, a confecção de atos procedimentais próprios de polícia judiciária, como por exemplo, oitiva dos envolvidos, encaminhamento pericial e atos investigatórios, ainda que sumários. No caso de crimes de menor potencial ofensivo, a lavratura do Termo Circunstanciado sem acompanhamento dos elementos essenciais para subsidiar a atuação do Ministério Público e da Justiça enseja no encaminhamento das peças à Delegacia de Polícia para a complementação das diligências, o que acontece, diga-se de passagem, em grande parte dos Termos Circunstanciados lavrados equivocadamente pela Polícia Militar de Santa Catarina (Dec. Est. 660/07), ensejando um retrabalho para o sistema de segurança pública e dispêndio de tempo e de recursos públicos para o ato⁵⁶.

A despeito da discussão, em 25 de outubro de 2017, o Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca da Edição do Dec 660/2007, não conhecendo da Ação Direita de Inconstitucionalidade proposta em razão de as ações de controle concentrado de constitucionalidade não se prestarem à impugnação de atos regulamentares ou de cunho interno dos órgãos da Administração, indicando que a referida espécie normativa impugnada não constitui norma jurídica autônoma apta a autorizar a atuação do referido Tribunal Constitucional⁵⁷.

Não bastasse o avanço nas atribuições no que tange à apuração de infrações de menor potencial ofensivo, a Polícia Militar também procura avançar nas investigações de crimes de média e alta gravidade.

A Constituição da República é clara ao conferir a possibilidade de investigação de crimes militares aos próprios militares, o que se extrai da inteligência do § 4º do art. 144, ao excetuar a atuação da Polícia Civil nos crimes dessa natureza.

Note-se, outrossim, que a atribuição investigativa se dá por razão da matéria, e não *ratione personae*. Nesse sentido, não basta que o crime tenha sido praticado por um policial militar, mas é necessário que o delito esteja previsto no rol de crimes militares, indicados nos artigos 9º e 10 do Decreto-Lei 1.001/69, com alteração

⁵⁶ GUSSO, Rodrigo Bueno; BERMUDEZ PEREIRA, André Luiz. “Prisão é coisa séria”: a falácia (militarizada) do ciclo completo de polícia. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/43161/prisao-e-coisa-seria>. Acesso em: 13 out 2017.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.982. Santa Catarina. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 26 out 2017. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2572535>. Acesso em: 09 mar 2018.

conferida pela Lei 13.491/2017⁵⁸.

No ano de 1996 sobreveio a Lei 9299, incluindo no referido Decreto-Lei dispositivo acerca da competência de julgamento da justiça comum para casos de crimes dolosos contra a vida praticados por policial militar, ainda que em razão do serviço, com alteração apenas em 2011 dada pela Lei 12.342, conferindo à justiça castrense o julgamento quando o fato decorrer de ação militar aeronáutica, nos termos do artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/1986).

Ademais, em 2004, deu-se importante alteração constitucional com a aprovação da EC45, que modificou o disposto no §4º do art. 125 da Constituição da República, ressaltando a competência do júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares contra civis.

Destarte, natural, pois, que a investigação de crimes dolosos contra a vida praticados por policial militar contra civil, ainda que em razão da função, seja de atribuição da Polícia Civil, sob presidência do Delegado de Polícia, como bem indicado pelo Ministro Gilson Dipp do Superior Tribunal de Justiça nos autos do *Habeas Corpus* nº47.168/PR.

Os crimes de homicídio imputados ao paciente foram todos praticados, em tese, contra vítimas civis, sem exceção, sendo pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que os crimes previstos no art. 9º, do Código Penal Militar, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, são da competência da Justiça comum e, em consequência, da Polícia Civil a atribuição de investigar⁵⁹.

Ainda que possa parecer bastante sedimentado o entendimento, em 2017 abriu-se novamente a discussão dos fatos em razão da atuação de policiais militares recolhendo vestígios de crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis.

⁵⁸ GALVÃO, Fernando. **Natureza material do dispositivo que amplia o conceito de crime militar e o deslocamento dos inquéritos e processos em curso na justiça comum para a justiça militar.** Disponível em <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/23/Natureza-material-do-dispositivo-que-amplia-o-conceito-de-crime-militar-e-o-deslocamento-dos-inqu%C3%A9ritos-e-processos-em-curso-na-Justi%C3%A7a-Comum-para-a-Justi%C3%A7a-Militar>. Acesso em 11 abr 2018.

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. *Habeas Corpus* nº 47.168/PR. Relator Ministro Gilson Dipp. Julgado em 16 fev 2006. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7174038/habeas-corpus-hc-47168-pr-2005-0139233-5-stj/relatorio-e-voto-12907117>. Acesso em 11 out 2017.

Segundo o entendimento⁶⁰ que permite à Polícia Militar presidir investigações de crimes dolosos contra a vida praticados por militares no exercício de suas atividades, o parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar, assim como o artigo 125, §4º, da Constituição Federal, menciona apenas a “competência para julgamento”, não se referindo sobre a atribuição investigativa. Ainda, sustenta que a inteligência do disposto o artigo 82, §2º, do Código de Processo Penal Militar, segundo o qual “nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum”, permite a atuação dos militares estaduais.

Nesse raciocínio, a Polícia Militar deveria apurar o crime doloso contra a vida praticado por policial militar contra civil, encaminhando os autos da investigação à justiça comum para o devido julgamento junto ao Tribunal do Júri. Tal interpretação não se coaduna com o espírito do legislador, que procurou com a Emenda Constitucional nº45/2004 justamente alterar o foro de julgamento dos referidos crimes, tendo como consequência lógica o deslocamento da investigação para a Polícia Civil.

Ademais, buscando também uma interpretação teleológica da norma, temos que carece de todo sentido a manutenção da investigação de tais crimes na esfera militar. Se a intenção do legislador era alterar o foro de julgamento de referidos crimes, com o fim de evitar a impunidade destes, a permanência da atribuição de investigação à própria Polícia Militar revela-se totalmente contraproducente, pois deixa nas mãos da instituição elemento importantíssimo de formação de material probatório, que é o inquérito policial. Na realidade processual penal brasileira, em que não raro condenações são fundamentadas (embora pouco se admita) tão somente em material produzido nessa fase pré-processual, vemos como avulta sua importância⁶¹.

A investigação criminal dos referidos delitos, protagonizada pela Polícia Militar, mostra-se prejudicial, pois transfere para os militares estaduais a gestão dos elementos de informação que serão colhidos e servirão de base para a futura

⁶⁰ WIGGERS, Alan Pereira; SILVA JÚNIOR, Aldo Nunes da. **Homicídio doloso contra a vida de civil praticado por policial militar em serviço ou atuando em razão de sua função**: natureza jurídica e atribuição apuratória. Disponível em <http://www.feneme.org.br/pagina/1350/homicidiodoloso-contra-a-vida-de-civil-praticado-por-policial-militar-em-serviccedilo-ou-atuando-em-razatildeo-de-sua-funccedilatildeo-natureza-juriacutedica-e-atribuiccedilatildeo-apuratoacuter>. Acesso em: 25 set 2017.

⁶¹ SODRÉ, Filipe Knaak. Crime doloso contra a vida praticado por policial militar contra civil: quem investiga? **Boletim IBCCrim**, nº 268, março 2015. p. 5-7.

propositura da ação penal.

Não é apenas inconstitucional e ilegal, mas ilógico que a investigação de crime comum julgado no Tribunal do Júri persista militarizada. Portanto, eventual inquérito policial militar instaurado para esse fim é natimorto e anencéfalo, fadado ao fracasso, especialmente ao se considerar a nulidade de qualquer prova decorrente de medida cautelar solicitada em seu curso perante a Justiça Militar, juízo sobre cuja incompetência não paira controvérsia⁶².

No ano de 2017 sobreveio a Lei 13.491, indicando nos §§1º e 2º, ambos do art. 9º, que os crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civil serão de competência do Tribunal do Júri, ressalvado os casos de crimes dolos contra a vida praticados por militares da União no contexto do cumprimento de atribuições que lhes foram estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa, ou ainda em ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, que não beligerante, ou mesmo quando de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem quando, então, tais delitos serão julgados pela Justiça Militar da União.

A despeito do acima exposto, há tendência de atuação das polícias militares na atuação de investigação de crimes dessa natureza, inclusive com recolhimento de vestígios de crime e apreensão de objetos, vinculando-os a procedimentos administrativos investigatórios castrenses. Tamanho assanho de atribuição ensejou a elaboração da Portaria n.195/GAB/SSP, de 23 de junho de 2017⁶³, por parte da Secretaria de Segurança Pública de Santa Catarina, vedando a atuação investigatória da Polícia Militar nos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares contra civis e reafirmando a atribuição da Polícia Civil para tanto, o

⁶² HOFFMAN, Henrique. **PM homicida deve ser investigado pela polícia judiciária**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2016-jan-05/academia-policia-pm-homicida-investigado-policia-judiciaria#_ftn2. Acesso em: 13 out 2017.

⁶³ O SECRETÁRIO DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA, no uso de suas atribuições e de acordo com o disposto no art. 7º da Lei Complementar Estadual 381/2007. CONSIDERANDO a necessidade de padronização dos procedimentos a serem adotados por ocasião de mortes de civis provocadas por militares estaduais em serviço, CONSIDERANDO o disposto no art. 125, §4º, da Constituição Federal, no Código Penal Militar (art. 9º, II, “c”), no Código de Processo Penal Militar (art. 82, § 2º), bem como na jurisprudência dominante, CONSIDERANDO o teor da Recomendação contida no Ofício 033/2017/05PJ/CAP (Notícia de fato nº 01.2017.00011682-2), RESOLVE: 1. Ocorrendo a morte de civil provocada por militar estadual em serviço, deve ser cumprido o disposto na Recomendação contida no Ofício 033/2017/05PJ/CAP (Notícia de fato nº 01.2017.00011682-2). 2. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação. CÉSAR AUGUSTO GRUBBA.

que foi ratificado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina⁶⁴.

No fundo, para além de mais uma inconstitucionalidade flagrante e de um perigoso incentivo à fraude processual, o que se tem é a manifestação clara da vontade de poder, típica de uma ideologia militarizada e autoritária, incompatível, por óbvio, com o Estado Democrático de Direito⁶⁵.

Desta feita, mostra-se claramente inconstitucional qualquer atuação da Polícia Militar na apuração de crimes comuns, sob pena de grave violação ao princípio da conformidade funcional⁶⁶. Nesse diapasão, qualquer medida cautelar solicitada pela Polícia Militar, tais como interceptação telefônica, requerimento de busca e apreensão ou prisão, mostra-se ato ilegal, ensejando nulidade da prova produzida em decorrência dessa atuação.

Decorre disso que não podem requerer medidas cautelares (interceptação telefônica, mandado de busca e apreensão etc.) A Polícia Militar possui uma função específica e quem deseja investigar está no lugar errado. E não raro se equivoca, contaminando os elementos probatórios, cheios de boas intenções, claro⁶⁷.

A despeito disso, há jurisprudência⁶⁸ permitindo a atuação da Polícia Militar em atos de coleta de provas cautelares e elementos de informação em crimes comuns.

A nulidade, por ausência de atribuição legal, depende do juiz que “apita” a violação das regras e, no caso de a Polícia Militar realizar investigações, há certa leniência pelo resultado. De qualquer forma o argumento da nulidade pode ser relevante⁶⁹.

⁶⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Habeas Corpus* nº 4021559-09.2017.8.24.0000. Florianópolis, Relator Desembargador Getúlio Corrêa, Julgado em 20 mar 2018, Segunda Câmara Criminal. Disponível em <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/503114355/habeas-corpus-criminal-hc-40215590920178240000-capital-4021559-0920178240000/inteiro-teor-503114449#>. Acesso em 5 abr 2018.

⁶⁵ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Investigação pela PM dos próprios homicídios dolosos revela autoritarismo**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2017-ago-29/academia-policia-investigacao-pm-proprios-homicidios-revela-autoritarismo#_ftn13. Acesso em: 13 out 2017.

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1996.

⁶⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 227.

⁶⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Criminal (Réu Preso) nº. 2015.035392-1, de Itajaí. Relator Desembargador Roberto Lucas Pacheco, julgado em 10 dez 2015; Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Criminal (Réu Preso) nº. 2015.049198-4, de Rio do Sul, Relator Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann, julgado em 15 dez 2015; Tribunal de Justiça de Santa Catarina, *Habeas Corpus* nº 2015.036068-9, de Lages, Relator Desembargador Carlos Alberto Civinski, julgado em 07 jul 2015; Disponíveis em www.tjsc.jus.br. Acesso em 15 dez 2017; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70073572117, Primeira Câmara Criminal, Relator Jayme Weingartner Neto, Julgado em 27 set 2017. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 15 dez 2017.

⁶⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos**

Assim, percebe-se a importância da atuação do Poder Judiciário no esclarecimento e estabelecimento de limites ao assanho punitivo que justifica, sob um manto de boas práticas e num discurso utilitarista, o avanço da atuação de órgãos que não possuem atribuição investigativa para o exercício dessa função. Tudo para promover o “combate à criminalidade” e a preservação da ordem pública.

O aumento da criminalidade brasileira tende a levar a sociedade e, conseqüentemente, o sistema de justiça criminal à adoção de medidas que afrontam os limites democráticos⁷⁰. As reiteradas decisões judiciais que permitem à Polícia Militar promover investigações, ao arrepio da lei e da carta constitucional, são reflexos de uma crescente onda de medo frente à ineficiência do Estado na solução de problemas sociais e na busca de uma sociedade mais igualitária. A fim de reduzir os índices de criminalidade violenta, a justiça muitas vezes fecha os olhos à arbitrariedade e ao descumprimento dos preceitos constitucionais, tudo calcado em um discurso utilitarista em busca da garantia da “ordem pública”.

No mesmo sentido, mas diante da criminalidade *White collar*, a sociedade passou a exigir maior atuação dos órgãos que compõe o sistema de justiça criminal, ensejando o fortalecimento da ideia de investigação criminal conduzida pelo Ministério Público, o que restou sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal⁷¹.

Assim, ao se tratar da presidência da investigação criminal e seus procedimentos, necessariamente deve-se indicar a atribuição ministerial para promover atos de investigação por intermédio do chamado PIC (Procedimento Investigatório Criminal⁷²).

Os argumentos que subsidiam a atuação do Ministério Público na fase

jogos. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 227.

⁷⁰ PASTANA, Débora Regina. Cultura o Medo e Democracia: um paradoxo brasileiro. **Revista Medições**. Londrina, V.10, n.2, p. 183-198, Jul/Dez. 2005.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.727/Minas Gerais. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 14 mai 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233> Acesso em 19 dez 2017; Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 91.661/Pernambuco. Relatora Ministra Ellen Gracie. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC91661votoEG.pdf> Acesso em 18 dez 2017.

⁷² BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resoluções nº 181 e 183. Disponíveis em <http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5586/>. Acesso em 10 set 2017.

investigatória baseiam-se, fundamentalmente, na ausência de exclusividade das policiais judiciárias para o exercício dessa atividade, na inexistência de vedação Constitucional para atuação do *parquet* em fase de investigação preliminar, bem como na chamada teoria dos poderes implícitos – teoria de origem na Suprema Corte dos EUA, em 1919, no precedente *Mc Culloch vs. Maryland*, segundo a qual ao conceder determinada função a um órgão ou instituição, implicitamente também lhe confere os meios necessários para o exercício dessa atividade⁷³.

Além dos argumentos jurídicos indicados, há argumento político bastante forte, baseado no fato de que o Ministério Público possui autonomia funcional para o exercício da atividade investigatória, não sofrendo interferências políticas decorrentes disso – o que pode ocorrer nas investigações protagonizadas pelas Polícias Judiciárias – órgãos integrantes do Poder Executivo. Ainda que não venham a sofrer interferências diretas, as Polícias Judiciárias podem sofrê-las de maneira indireta, com a redução do orçamento para a gestão institucional, causando grave prejuízo ao exercício da investigação criminal. Não havendo possibilidade de proposta orçamentária, as Polícias Cíveis e Federal navegam a mercê da boa vontade do chefe do Poder Executivo, muitas vezes recuando em processos de modernização e de estímulo a grandes operações (que são custosas, envolvendo diárias, compra de equipamento especializado, etc.) frente à carência de verba para o desenvolvimento qualificado de seu mister.

A nosso ver, as atividades perpetradas pela Polícia Civil, sejam de natureza investigativa ou não, devem ser desvinculadas de qualquer influência político partidária, seja de forma interna ou externa. Esta autonomia funcional, frise-se, não se restringe apenas as atividades policiais de natureza meramente investigativas, mas também as atividades administrativas, pois são elas que dão suporte a nossa atividade fim: a investigação. Certamente, em uma hipótese não tão rara, podemos pensar que um dos mecanismos de eventual agente político mal intencionado em barrar ou dificultar uma investigação policial é cortando ou restringindo os recursos da Polícia Civil. Como por exemplo, o boicote aos meios materiais utilizados: a existência de viaturas sucateadas, armamento deficitário, tecnologia retrógrada, etc. E também, direta ao próprio policial: como a transferência de policiais de forma arbitrária, a manutenção do quadro

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 87610, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 27 out 2009, DJE-228 divulg 03-12-2009 public 04-12-2009 ement vol-02385-02, pp-00387. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000163845&base=baseAcordaos>. Acesso em 15 set 2017.

funcional reduzido, o não oferecimento de qualificação profissional, etc.⁷⁴

Em razão dos argumentos indicados, o Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que compete ao Ministério Público, por autoridade própria, o exercício da investigação criminal, desde que cumpridos alguns requisitos. O pleno do referido Tribunal Constitucional, nos autos do Recurso Extraordinário nº 593727⁷⁵ originário de Minas Gerais, manifestou-se no sentido de que não há óbice à investigação criminal conduzida pelo *parquet*, desde que haja respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado, observadas as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição, bem como respeito às prerrogativas dos advogados, sem prejuízo do devido controle jurisdicional dos atos.

A resolução 181 de 17 de agosto de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, alterada pela Resolução 183⁷⁶, disciplina a forma de investigação criminal conduzida pelo Ministério Público, definindo o procedimento investigatório criminal como instrumento sumário e desburocratizado de natureza administrativa e investigatória, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal. A referida resolução, desta feita, regulamenta a forma de investigação presidida pelo Promotor de Justiça ou Procurador da República, disciplinando a forma de requisição ministerial, prazos e outras medidas.

Insta destacar que o art. 13 da resolução concede prazo de 90 dias para a conclusão das investigações, sem necessidade de requerimento ao juízo por prorrogações sucessivas, mas tão somente de decisão fundamentada do próprio

⁷⁴ GUSSO, Rodrigo Bueno. Do que eu falo quando falo de polícia: uma breve (auto) análise da instituição policial civil por meio de um operador nativo. In: ZOUZA, David Tarciso Queiroz de; GUSSO, Rodrigo Bueno (Org.). **Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um estado democrático de direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 168.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593727, Relator Ministro César Peluso, Relator p/acórdão Ministro. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, Acórdão eletrônico repercussão geral – mérito dje-175 divulg 04-09-2015, public 08-09-2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000283774&base=baseAcordaos>. Acesso em 25 set 2017.

⁷⁶ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resoluções nº 181 e 183. Disponíveis em <http://www.cntp.br/portal/atos-e-normas/norma/5586/>. Acesso em 10 set 2017.

membro do ministério público que estiver presidindo o feito.

Ainda, o art. 18 da resolução nº 181 do CNMP inova de maneira bastante audaciosa, criando o “Acordo de não Persecução Penal” para crimes cometidos sem violência ou grave ameaça e que não seja caso de arquivamento⁷⁷.

Nessa toada, assim como acima explanado no que se refere às normas que disciplinam o termo circunstanciado lavrado pela Polícia Militar, nos parece que há inconstitucionalidade formal muito clara, pois não pode querer o Ministério Público, por intermédio do seu Conselho Nacional, substituir o legislador em esfera processual penal, disciplinando prazos de forma diversa do Código de Processo Penal e, ainda, criando institutos processuais com graves reflexos no sistema de persecução criminal, na nítida intenção de instituir no Brasil, de maneira forçada, o sistema da *plea bargaining*⁷⁸.

Entendendo que compete ao Ministério Público a investigação criminal, deve tal exercício ser disciplinado por lei processual penal, com participação do povo na formulação da vontade por intermédio de seus representantes legais. Qualquer outra forma de disciplina dos atos de investigação praticados por membros do Ministério Público por autoridade própria parece um exercício do poder investigatório fora das balizas constitucionais. “Em resumo, a investigação pelo Ministério Público só terá validade quando houver lei, em sentido formal, que autoriza expressamente a investigação”⁷⁹.

⁷⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LOPES JR, Aury. **Saldão penal e a popularização da lógica da colaboração premiada pelo CNMP**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-set-22/limite-penal-saldao-penal-popularizacao-logica-colaboracao-premiada-cnmp>. Acesso em 10 dez 2017. MOREIRA, Rômulo de Andrade. **No país das Resoluções e Enunciados, quem precisa de lei?**. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/leitura/no-pais-das-resolucoes-e-dos-enunciados-quem-precisa-de-lei-1508416553>. Acesso em 11 dez 2017.

⁷⁸ “A *Plea bargaining* corresponde a instituto bastante rico e multifacetado, desde seu surgimento. Instiga ao seu exame a forma pela qual ele praticamente se impôs no cenário processual Norte-Americano, nascendo já no século XIX, da implementação velada de acordos, em ações penais, entre acusação e defesa. Esse surgimento, pode-se dizer, natural do instituto, lhe investe de legitimidade e contribui, em razão, principalmente, da participação mais ativa do acusado, para a obtenção de finalidades incessantemente perquiridas pelo processo penal, quais sejam, a individualização da pena e o favorecimento da reabilitação do condenado.” HILL, Flávia Pereira. *Plea Bargaining: Uma incursão no Sistema Processual Penal Norte-Americano*. In PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). **Temas contemporâneos de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 491.

⁷⁹ NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016,

Ponto bastante discutível, também, é o procedimento seletivo por parte do Ministério Público, o que afronta a obrigatoriedade da investigação criminal. Atualmente restam para o Ministério Público duas opções, ou investiga por conta própria sempre que houver interesse institucional ou midiático ou, não havendo, requisita à Polícia Judiciária a instauração do procedimento referente a tais delitos.

Desta feita, a fim de garantir o exercício pleno da investigação criminal, deve o Ministério Público articular junto ao Congresso Nacional a edição de lei referente à sua atividade de investigação criminal, definido prazos e controles, bem como disciplinando sua atribuição para o exercício desse mister, afastando-se da mera vontade do promotor de investigar esse ou aquele crime, requisitando à polícia aqueles sobre os quais não tem interesse.

O fato é que há no nosso sistema normativo várias possibilidades do exercício da investigação criminal, desde a investigação criminal protagonizada pelas Polícias Judiciárias, passando por procedimentos presididos pela Polícia Militar, Juízes, Comissões Parlamentares de Inquérito e Ministério Público. Além das possibilidades indicadas, é cabível também a discussão acerca da investigação defensiva⁸⁰.

Importante diferenciar investigação privada de investigação defensiva. É certo que a investigação criminal deve ser exercida pelo Estado, sendo vedada a delegação dessa atividade para o particular. Apesar disso, há entendimento de viabilidade de investigação criminal privada quando há inércia do Estado-investigador para apuração de um fato determinado, a exemplo do que ocorre com a ação penal privada subsidiária da pública⁸¹. Ao se tratar de investigação criminal defensiva, discutem-se as possibilidades e limites da atuação da defesa em fase de investigação preliminar protagonizada pelo Estado. Trata-se, pois, de abertura democrática do procedimento investigatório a fim de contribuir com a eficiência da

p. 183.

⁸⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação Criminal Defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; HOLANDA DIAS, Gustavo Henrique. **PL que altera Código de Processo Penal prevê investigação criminal defensiva**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jan-12/gustavo-holanda-pl-permite-investigacao-criminal-defensiva>. Acesso em 15 dez 2017.

⁸¹ ANSELMO, Márcio Adriano. *Investigação Criminal Privada*. HOFFMANN, Henrique et al (Org.). **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 238-242.

investigação e a aproximação de um ideal de justiça.

Não é de hoje que parte qualificada dos juristas defende a abertura democrática das investigações criminais, exigindo a participação direta e indireta dos envolvidos e dos interessados no processo investigatório, de forma a influenciar em suas conclusões e conferir uma legitimidade democrática ao procedimento investigativo⁸².

Sendo o procedimento inquisitorial, parte-se da premissa que inexistente direito à defesa em fase de investigação preliminar. Tal assertiva mostra-se equivocada, ao menos em parte. É certo que por não haver acusação formal ou mesmo relação processual instaurada, não há a efetiva citação do suspeito. Em verdade, enquanto não advir o ato de indiciamento (nos casos de investigação pela Polícia Judiciária), não há de se falar em pretensão de defesa, pois carece de indicativo de autoria. Contudo, a partir do ato de indiciamento por parte do Delegado de Polícia, ato através do qual o Estado formalmente aponta o suspeito do crime, surge ao indiciado uma gama de possibilidades de exercício de defesa, seja exercício endógeno do direito de defesa, seja o exercício exógeno do direito de defesa⁸³.

Entende-se por exercício endógeno do direito de defesa a possibilidade conferida ao indiciado de exercício de defesa nos autos do procedimento investigatório, sendo-lhe possível permanecer em silêncio durante seu interrogatório policial, bem como não produzir provas contra si (*nemo tenetur se detegere*); ambos preceitos constitucionais, conforme art. 5º, LXIII, da Constituição da República.

Da mesma forma, recentes alterações no estatuto da advocacia promoveram ampliação da participação da defesa nos autos da investigação preliminar. O art. 7º, XIV, da Lei 8906/94, alterado pela Lei 13.245/2016, disciplina que é direito do advogado examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital. Tal direito já vinha preconizado pelo Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula Vinculante nº14,

⁸² SOUSA, Pedro Ivo de. Investigação criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma investigatório. *In*. ZANOTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 60.

⁸³ TÁVORA, Nestor. **Curso de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 116-117.

segundo a qual é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão de competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Insta destacar que a limitação desarrazoada do direito de defesa por parte da autoridade que preside a investigação preliminar possui consequências severas para o deslinde da causa. O inciso XXI do art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil bem indica que o impedimento à assistência do advogado a seus clientes investigados ocasiona a nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente.

O referido dispositivo assegura ao advogado, ademais, a possibilidade de apresentar razões e quesitos durante o ato de interrogatório ou mesmo quando da requisição, por parte do presidente da investigação preliminar, de exame pericial.

A inobservância dos referidos direitos do advogado por parte da autoridade presidente da investigação ensejará sua responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade, mormente no que se refere à autoridade que tenha por intuito prejudicar o exercício do direito de defesa, conforme se depreende do §12 do art. 7º da Lei 8906/94.

Nesse aspecto, o exercício exógeno do direito de defesa ganha relevante destaque. Diante de eventual arbitrariedade protagonizada pelo titular da investigação criminal, pode o indiciado fazer uso do seu direito exógeno de defesa na investigação preliminar, impetrando *habeas corpus* ao juiz competente com o intuito de fazer jus ao seu direito endógeno de defesa e, em situações limítrofes, requerer o trancamento da investigação preliminar – principalmente quando restar clara a inexistência de materialidade delitiva ou indícios de autoria.

Ainda, havendo a limitação ao exercício da atuação do advogado, poderá este impetrar Mandado de Segurança junto ao juiz competente para que se faça garantir as prerrogativas da advocacia no exercício de defesa durante a investigação

criminal.

Assim, pode-se afirmar, com segurança, que o investigado possui direito de defesa em aspecto positivo – podendo se utilizar de todos os meios que lhe permitam confrontar os elementos de prova que apontem a autoria delitiva ou materialidade do crime -, e em aspecto negativo, não sendo obrigado a produzir provas contra si⁸⁴.

Ainda, nada obsta que a defesa, embora não possua prerrogativa de requisição de dados e outros instrumentos jurídicos para o exercício de busca de informação qualificada, diligencie na coleta de elementos de informação lícitos para a defesa do imputado⁸⁵, utilizando-se para tanto a lei de acesso à informação ou mesmo requerendo busca e apreensão, conforme preceitua o art. 242 do Código de Processo Penal⁸⁶. Com o resultado das pesquisas, poderá apresentar o produto ao titular da investigação criminal para a devida juntada no procedimento investigatório, seja ele qual for.

Por derradeiro, importante observar que, a despeito da existência de várias possibilidades de presidência de investigação preliminar, deve-se tomar cautela para evitar que o mesmo fato seja investigado simultaneamente por vários órgãos distintos.

Nesse ponto, importante a lição de Nereu José Giacomolli⁸⁷ ao afirmar que o sistema de dupla investigação expõe a risco de violação os direitos e liberdades do investigado. Assim, imprescindível que o Estado regule, de maneira clara, quais as hipóteses e procedimentos de atuação de outros órgãos, que não a Polícia Judiciária, no mister investigativo, garantindo uma investigação constitucional democrática.

⁸⁴ SANNINI NETO, Francisco. **Inquérito Policial e prisões provisórias**: teoria e prática de polícia judiciária. São Paulo: Ideias & Letras, 2014, p. 82.

⁸⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação Criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010, p. 48.

⁸⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p 231.

⁸⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**: Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. p. 97-98.

1.2 O INQUÉRITO POLICIAL COMO PRINCIPAL INSTRUMENTO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL, SEU OBJETO E LIMITES: O GRAU DE COGNIÇÃO NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

A natureza jurídica da investigação, conforme já indicado, consubstancia-se em um levantamento preliminar de informações, sendo presidido, via de regra, por órgão de natureza administrativa por intermédio de procedimento próprio.

Conforme já bem asseverado, a despeito de várias possibilidades de investigação criminal no Brasil, o presente estudo tem por finalidade analisar o principal instrumento de investigação criminal brasileiro, qual seja, o inquérito policial, via Teoria dos Jogos e sua relação com a cláusula do devido processo legal substancial, motivo pelo qual se passa a tratar, neste estudo, apenas do referido instrumento de investigação criminal.

O inquérito policial tem, pois, dupla natureza, sendo a primeira de filtro democrático, vez que procura evitar acusações injustas, e a segunda utilitária – pretendendo preservar os meios de prova, como preparação para possível ação penal.⁸⁸

Desta forma, podemos conceituar o inquérito policial como procedimento administrativo investigatório que busca reunir indícios de autoria e materialidade das infrações penais, com o objetivo de evitar acusação injusta e fornecer elementos ao Ministério Público ou ao querelante, possibilitando o seguimento da persecução penal através da propositura da ação penal⁸⁹.

Interessante indicar que a despeito de o inquérito policial se relacionar ao processo criminal, há autonomia quanto à ação penal futuramente proposta. O que se pretende demonstrar com tal assertiva é a possibilidade de existência de investigação preliminar sem o processo criminal futuro, seja por carência de elementos de informação seguros para subsidiar a propositura da ação penal, seja pela comprovação de que o evento não constituía fato típico ou pela comprovação de que o autor agiu abarcado por alguma descriminante ou dirimente.

⁸⁸ Não esquecendo da natureza negocial para alguns delitos, conforme já asseverado.

⁸⁹ NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 193.

Quanto aos sujeitos, é fundamental esclarecer que não há a indicação de partes nos autos do inquérito policial, mesmo porque não há, *a priori*, investigado, mas, fato a ser apurado.

Também a situação do sujeito passivo é distinta, não só porque a investigação pode nascer e se desenvolver quase que totalmente sem a sua presença (ao contrário do que sucede no processo), mas também porque seu *status* jurídico é distinto (ademais de ser um mero sujeito, existe uma forte tendência em tratá-lo de fato como um mero objeto que deve suportar os atos da investigação)⁹⁰.

Inobstante, havendo a indicação de autoria por intermédio do indiciamento, há possibilidade do exercício do direito de defesa, em uma verdadeira investigação criminal defensiva, conforme acima estudado. Portanto, a alegação de que por não haver acusação formal, não há viabilidade de exercício de defesa, é postura claramente autoritária guardando respaldo em um modelo inquisitivo já em declínio (ou não⁹¹).

O inquérito policial tem início a partir do conhecimento da notícia do crime pelo Delegado de Polícia. De posse das informações e de um mínimo de elementos informativos, a autoridade policial desenvolverá uma portaria inaugural, indicando os fatos a serem investigados, o local provável da ocorrência do crime, os indivíduos envolvidos, a tipificação inicial e a determinação de uma série de diligências a serem cumpridas pela equipe da Polícia Judiciária.

Diferentemente do que ocorre na ação penal, em que o objeto do processo se afigura como uma pretensão acusatória que se perfectibiliza em uma denúncia ou queixa, a fase preliminar tem início com a notícia de um fato criminoso e a decisão da autoridade policial em proceder à apuração do delito indicado.

A notícia do crime pode chegar ao conhecimento do Delegado de Polícia por rotina ordinária do trabalho policial (*notitia criminis* de cognição imediata), por requerimento da vítima ou por requisição ministerial ou judicial (*notitia criminis* de cognição mediata), ou por condução flagrantial (*notitia criminis* de cognição coercitiva).

⁹⁰ LOPES JR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 41.

⁹¹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ªed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 47.

Dessa forma, o objeto do inquérito policial é o fato oculto narrado em uma *notitia criminis*, ou seja, trata-se de “um pedaço de história”⁹² a ser remontado em um sistema retrospectivo. Nesse aspecto, o objeto, fundamentalmente, “é o crime no seu estado consumado ou em fase de execução”⁹³ a ser apurado, de modo que a investigação criminal se debruce em esclarecer a existência e as circunstâncias do fato criminoso - é o *fumus commissi delicti* que motiva a instauração de procedimento apuratório.

A investigação criminal define-se como um método de levantamento de informações e produção de provas a fim de demonstrar a existência de fato criminoso, onde o fato ocorreu, quando se deu o crime, como a infração foi praticada, quem a praticou e por qual motivo. Considera-se, pois, a investigação criminal como “um processo de reconstrução histórica do fato criminoso, pelo qual o investigador busca responder a essas quatro perguntas básicas, guardando, portanto, estreita semelhança com as investigações científicas”.⁹⁴ Tal assertiva será aprofundada no Capítulo 3 do presente estudo, demonstrando o heptâmetro de Quintiliano.

Assim, por intermédio das diligências de investigação se reúnem elementos que comprovam a materialidade delitativa, descortinada pelas provas periciais, elementos técnicos de investigação e depoimentos. Pitombo⁹⁵ define a investigação como uma “pesquisa sistemática e sequente do objeto, utilizando os meios e apoios técnicos disponíveis”.

Nessa toada, o presidente da investigação partirá do fato para o autor e nunca da autoria para o fato praticado. Trata-se de uma medida relacionada à política criminal adotada, ou seja, o direito penal brasileiro relaciona-se com o fazer ou deixar de fazer algo que se reputa evento criminoso, afastando-se do direito penal

⁹² CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Editora Pillares, 2009, p. 61.

⁹³ BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 78.

⁹⁴ PERAZZONI, Franco. Da investigação e dos meios de obtenção de prova. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; BARBOSA, Emerson Silva (Org.). **Organizações Criminosas: Teoria e Hermenêutica da Lei 12.850/13**. Porto Alegre: Fabris, 2015. p. 141.

⁹⁵ PITOMBO, Sérgio Marcos Moraes. **Princípios e Regras Orientadoras do Processo**. Disponível em: www.sergio.pitombo.nom.br. Acesso em: 10 novembro 2017.

do autor, em que o cidadão é punido não pelo que fez ou deixou de fazer, mas pelo que é ou representa.

O direito penal do autor simula um “moralístico direito penal da vontade ou da atitude interior, ou do autoritário direito penal baseado na infidelidade ao estado ou à comunidade”⁹⁶, o que deve ser afastado em um modelo democrático de investigação criminal, sob pena de aproximação ao sistema de direito penal do inimigo.

Quando no presente texto se faz referência ao Direito penal do cidadão e ao Direito penal do inimigo, isso no sentido de dois tipos ideais que dificilmente aparecerão transladados à realidade de modo puro: inclusive no processamento de um fato delitivo cotidiano que provoca um pouco mais que tédio - Direito penal do cidadão - se misturará ao menos uma leve defesa frente a riscos futuros - Direito penal do inimigo -, e inclusive o terrorista mais afastado da esfera cidadã é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, ao lhe ser concedido no processo penal os direitos de um acusado cidadão. Por conseguinte, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois polos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar aos demais⁹⁷.

É certo que todo o fato típico praticado tem autoria. Porém, nem todo fato típico irá constituir um crime – o que deve ser devidamente apurado nos autos do inquérito. Assim, indicar que o objeto do inquérito policial é descortinar o evento criminoso tão só para subsidiar a ação penal futura é entendimento restritivo, mesmo porque não se deve confundir o objeto com a finalidade do procedimento. O objeto do qual se ocupa a investigação preliminar é a notícia do delito (fato criminoso) e a produção de elementos que confirmem a materialidade do crime e os indícios de autoria.

Nesse ponto, deve o Delegado de Polícia gerenciar as informações atinentes à investigação, liderando⁹⁸ a equipe da Polícia Judiciária e produzindo um caderno investigatório com elementos suficientes para esclarecer o objeto.

⁹⁶ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, v4, n.2, Coimbra: Aequitas, abr-jun. 1994, p. 151-198.

⁹⁷ JAKOBS, Günther; Meliá, Manuel Cancio. **Direito Penal no inimigo**: noções e críticas. Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21.

⁹⁸ ANSENI, Felipe. Delegados-líderes e a necessidade de pensar contra o cérebro. In. ZANOTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 103-112.

O debate ganha força ao se tratar do limite de cognição do objeto investigado. Tal discussão necessariamente passa pela análise da finalidade da investigação preliminar. Assim, entendendo que a investigação criminal tem por finalidade conferir à acusação elementos mínimos de informação para subsidiar a ação penal, estaremos diante de uma apuração de caráter perfunctório, com grau de cognição sumária, conferindo à acusação, em juízo, a necessidade de aprofundamento do apurado e a responsabilidade de produção probatória no exercício da ação penal.

Nesse sentido é o entendimento de Ricardo Jacobsen Gloeckener:

Verifica-se que sendo o inquérito policial uma espécie de investigação preliminar, de natureza administrativa, sua tarefa não é outra senão a de reunir informações acerca do *fumus commissi delicti* e de sua autoria. Todavia, o nível de cognição do inquérito policial não deve sobrepor ou mesmo antecipar aquele próprio do debate judicial. Seria possível dizer, juntamente com Carnelutti, que a cognição, no inquérito policial não permite mais do que uma mera probabilidade. O inquérito policial tem, portanto, uma função de justificar o processamento ou o arquivamento, esgotando-se nesta finalidade⁹⁹.

Ainda, José Frederico Marques leciona:

A investigação é atividade estatal da *persecutio criminis* destinada a ação penal. Daí apresentar caráter *preparatório e informativo*, visto que seu objetivo é o de levar aos órgãos da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo: *inquisitio nihil est quam informatio delicti*¹⁰⁰.

Assim, em tese, há limitação qualitativa do inquérito policial, devendo a apuração dos fatos não ser exaustiva, trazendo aos autos tão somente elementos mínimos que possam subsidiar uma pretensão punitiva. Tal limitação se justifica pela natureza preparatória e informativa do procedimento, não se pretendendo, nesta fase, trazer à discussão elementos colhidos a partir de uma análise profunda dos fatos.

Desta feita, o campo de cognição nos autos do inquérito policial resta limitado horizontalmente quanto à demonstração da probabilidade da existência de fato

⁹⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Sumarização da investigação preliminar brasileira: notas sobre a disfuncionalidade do inquérito policial à luz do direito fundamental a um juiz imparcial. In ZANOTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 80.

¹⁰⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2 ed. Campinas: Millennium, 2000, p.152.

aparentemente criminoso e sua autoria e recai, pois, sobre o campo probatório da análise do objeto. Já verticalmente, a cognição do inquérito recai sobre os substratos jurídicos do crime, ou seja, deverá a investigação demonstrar a existência aparente de um fato típico, ilícito e culpável¹⁰¹.

Ocorre que se mostra fundamental diferenciar uma apuração exauriente do objeto da investigação da possibilidade de discussão da prova produzida. É certo que a submissão dos elementos a contraditório, com a devida dialética e confrontação de teses, é o fator que garante força probante à informação gerada nos autos de um processo penal; bem como é certo que deve o Magistrado conferir valor probatório ao que foi realizado em sua presença, no rito adequado. Contudo, tal fator não impede que o inquérito policial busque elementos informativos de maneira profunda e não de forma sumária e superficial.

Para compreender a necessidade ou não de aprofundamento da investigação é primordial discutir o que se entende por finalidade do inquérito policial. Enquanto definirmos que o inquérito policial serve à acusação sendo apto, tão somente, a subsidiar ou não a ação do órgão acusador no deslinde do processo crime, é certo que a cognição na investigação deverá ser sumária. Contudo, é imprescindível entendermos, por um juízo democrático, que o inquérito policial serve à justiça e, portanto, tem uma finalidade maior do que ofertar à acusação elementos para propor ou não a peça inaugural do processo criminal.

A característica de unidirecionalidade do procedimento deve necessariamente ser revista¹⁰², pois não é o inquérito policial destinado unicamente ao Ministério Público. Da mesma forma, compete ao Delegado de Polícia a análise valorativa dos atos apurados em fase de investigação criminal. Entender de forma contrária é inviabilizar a decisão de lavratura ou não de auto de prisão em flagrante, representação por cautelares penais ou mesmo o ato de indiciamento.

Reunidos pela Polícia Judiciária elementos claros que comprovem a existência do crime e indícios suficientes que apontem, de maneira segura, a autoria

¹⁰¹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ªed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.125.

¹⁰² NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 201-202.

delitiva, compete ao Delegado de Polícia promover o indiciamento do investigado.

Assim, o indiciamento é o ato fundamentado da autoridade policial que irá, mediante análise técnico-jurídica, apontar o autor do delito segundo apurado pela Polícia Judiciária, apresentando as provas do crime e os elementos que o levaram ao convencimento da autoria delitiva.

O ato de indiciamento tem origem na necessidade de formação de culpa pelo Estado-Administração, surgindo com essa denominação no Código de Processo Penal, em 1941, porém, sem qualquer conceituação, estabelecimento de limites ou regramentos – o que foi corrigido apenas em 2013 com a edição da Lei 12.830.

Tendo atravessado todo este tempo e sido incorporado pela nossa cultura jurídica genuinamente bacharelesca, a indicição vem sendo aceita até hoje como uma *diligência regular*, encerrada como um juízo administrativo prévio de culpabilidade assinado por um agente estatal frente a uma investigação administrativa. Conquanto não fosse anteriormente previsto ou sequer definido em nossos compêndios legais, o indiciamento representa, em suma, um ato positivo escrito de culpa do Estado-Administração contra o suspeito da prática de um ilícito punível¹⁰³.

A decisão de indiciamento foi explanada em recente artigo da lavra do presente subscritor juntamente com Alan Pinheiro de Paula, também mestrando da UNIVALI, e publicado na obra *Investigação Preliminar e Processo Penal*, aqui referido para tratar do tema¹⁰⁴.

O indiciamento, pois, embora seja ato tradicionalmente realizado nos autos do inquérito policial, só foi disciplinado legalmente com o implemento da Lei 12.830/13, indicando como ato privativo do Delegado de Polícia em que apontará o provável autor do crime, fundamentando sua decisão, apontando a prova da materialidade e os indícios de autoria.

O indiciamento, por sua vez, é o ato formal pelo qual o sujeito passa a ocupar o lugar de indiciado, ou seja, é a declaração do Estado de que há indicativos convergentes (probabilidade e não possibilidade) sobre sua responsabilidade penal, com ônus daí decorrentes. A presunção de

¹⁰³ BRANCO, Rilke Rithcliff Pierre. **Justiça Policial**: a constitucionalização do indiciamento ante os direitos fundamentais e o processo administrativo policial. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 30.

¹⁰⁴ PAULA, Alan Pinheiro de; BERMUDEZ PEREIRA, André Luiz. As diligências investigatórias no Estado Democrático de Direito. In GOSTINSKI, Aline; QUEIROZ, David (Org.). **Investigação Preliminar e Processo Penal**: novos desafios e perspectivas. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 17-32.

inocência veda o indiciamento arbitrário. Não pode ser considerado como mero ato automático, devendo ser fundamentado (Lei 12830/13, art. 2º, § 6º). Pressupõe a apuração da materialidade da infração e informação convergente de autoria. Diferencia-se o averiguado/suspeito do indicado¹⁰⁵.

Isso posto, após as diligências investigatórias realizadas pela Polícia Judiciária (não se restringindo às hipóteses previstas nos artigos 6º e 7º, ambos do CPP, por se tratar de rol meramente exemplificativo), cabe à autoridade policial, analisando os elementos de informação colhidos, externar seu juízo de valor acerca do crime praticado e da provável autoria delitiva. Esse é o momento em que o presidente da investigação deixa de tratar o investigado como “suspeito”, passando a tratá-lo como “indiciado”.

A despeito da novel legislação ter exigido a fundamentação para o ato, não houve previsão de qual seria o momento para o Delegado de Polícia formalizar o indiciamento, e não podia ser diferente. Ora, a investigação criminal não possui rito próprio, seguindo uma cronologia de acordo com as linhas investigatórias e a estratégia do presidente da investigação, sob pena de proceder ao engessamento do levantamento de informações. Assim, o indiciamento poderá ocorrer durante a investigação criminal, desde a portaria até o relatório final do procedimento.

A despeito de a portaria de instauração do inquérito policial se restringir, via de regra, à indicação dos fatos, capitulação criminal preliminar e rol de diligências iniciais, acaso a *notitia criminis* já venha acompanhada de fortes elementos de autoria e materialidade delitiva, é viável que o Delegado de Polícia proceda de imediato ao ato de indiciamento.

Ademais, nada impede que, ao longo da investigação criminal e, havendo outros elementos de informação que venham a desconstruir a hipótese inicial que tenha fundamentado o indiciamento, a autoridade policial que preside as investigações promova o chamado “desindiciamento”.

A súmula 473 do STF bem indica que cabe à administração pública anular os atos administrativos quando eivados de ilegalidade ou revogá-los quando

¹⁰⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 251-252.

inconvenientes ou inoportunos. Assim, tratando-se o inquérito policial de procedimento administrativo, plausível que, descaracterizados os fundamentos de indiciamento em razão de novas informações juntadas aos autos do inquérito, o presidente da investigação revogue o ato de indiciamento ou o modifique com capitulação legal diversa da anteriormente proposta, reconhecendo, inclusive, a desclassificação do crime.

Importante destacar, outrossim, o caráter democrático da medida de indiciamento, pois possibilita à defesa conhecer os elementos de convicção e os fundamentos do ato, estipulando estratégia de defesa no jogo pré-processual¹⁰⁶, o que confere dialética ao procedimento e qualifica a prova produzida. Assim, acaso o indiciamento tenha ocorrido antes do interrogatório do investigado ou no momento do interrogatório, tal medida confere ao Advogado do indiciado o conhecimento dos fundamentos do indiciamento e a provável linha de investigação seguida pela Polícia Judiciária, qualificando sua participação no ato, por meio de perguntas ou contraditando as perguntas realizadas pelo Delegado de Polícia, conforme dispõe o artigo 7º, XXI, a, da lei 8906/94, alterada pela lei nº 13.245, de 2016. Nesse aspecto, o que antes era mera complacência do Delegado de Polícia em possibilitar a participação do Advogado no interrogatório do investigado (agora indiciado), passou a ser direito assegurado à defesa, sob pena de responsabilização administrativa e criminal da autoridade policial que obstaculizar tal prerrogativa, bem como nulidade do respectivo interrogatório.

O ato de indiciamento possui consequências não só jurídicas. Além de um viés garantista já explanado – inclusive possibilitando o manejo de *habeas corpus*, trancando o inquérito policial e antecipando o mérito da ação penal –, há uma gama de consequências sociais e psicológicas decorrentes do ato. Percebe-se, pois, que o indiciamento no âmbito da investigação criminal gera pecha social e reforça a cultura do etiquetamento (*labeling approach*¹⁰⁷), ocasionando ao investigado inúmeros prejuízos relacionados à sua imagem, intimidade e etc. Não são raras as vezes que

¹⁰⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 47.

¹⁰⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed., Rio de Janeiro: Renavan, 2002, p. 86.

o ato de indiciamento é exaustivamente explorado pela imprensa, causando estigmatização social e jurídica ao sujeito passivo.

E o que dizer do estigma moral que o indiciamento ocasiona quando revelado pela mídia, por exemplo? O indiciamento, muitas vezes desprezado por juristas e pelo próprio delegado de polícia, pode gerar consequências negativas de proporções avassaladoras na vida de uma pessoa, quiçá fadando-a ao fracasso profissional e a extirpação de um projeto de vida. Ao indiciar um suspeito o delegado de polícia impõe-lhe uma mácula perene (perene porque sequer existe mecanismo legal específico para expurgá-lo), isto é, o rótulo de “fichado na polícia”, que o acompanhará para o resto de sua vida, sendo por vezes seu algoz¹⁰⁸.

Ademais, o indiciamento confere contornos jurídicos ao evento criminoso, pois indica, pormenorizadamente, quais os fatos foram investigados, a tipificação formal com suas causas de aumento ou diminuição de pena, qualificadoras ou privilegiadoras, e quais foram os autores do delito, segundo a convicção da autoridade policial. Assim, a despeito de ser evidente que a posição do Delegado de Polícia não se vincula aos mesmos termos do titular da ação penal, é certo que o indiciamento atrela o titular da ação penal a se manifestar especificamente acerca de todos os fatos e autores indicados no indiciamento, haja vista a impossibilidade de arquivamento implícito no âmbito do processo penal.

Dessa forma, ainda que o titular da ação penal discorde da posição do Delegado de Polícia sobre a ocorrência ou não de determinado fato criminoso ou acerca da participação ou não de determinado sujeito do crime, deverá se manifestar, seja mediante requerimento de arquivamento ou mediante apresentação da peça inicial da ação penal, não sendo possível ficar silente acerca de um fato ou autor indiciado.

Concluído o procedimento policial, deverá o Delegado de Polícia confeccionar relatório minucioso de tudo que foi apurado, submetendo o inquérito policial à análise do juiz competente que, ponderando a legalidade dos atos praticados, dará vista à parte.

O inquérito policial tem por escopo angariar provas da materialidade e indícios

¹⁰⁸ QUEIROZ, David; Gabriel, Anderson Paiva. Um indiciamento para quê? *In*: GUSSO, Rodrigo Bueno; QUEIROZ, David. (Org.). **Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um estado democrático de direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 44.

de autoria, bem como proceder a um filtro democrático, evitando lides temerárias, além de produzir elementos de informação que auxiliem no exercício do direito de defesa, considerando-se um procedimento de atribuição de um órgão imparcial.

O grande problema envolvendo essa questão reside no fato de que, quando pensamos em inquérito policial, logo nos vem a cabeça um procedimento inquisitivo, que tem unicamente como objetivo encontrar um culpado pela prática de uma infração penal. Todavia, esse entendimento não está correto. A investigação preliminar tem o objetivo de fornecer elementos informativos tanto para a acusação, como para a defesa.¹⁰⁹

O destaque social conferido às investigações mostra a importância dessa fase da persecução criminal. Casos graves de grande repercussão são, insistentemente, lembrados pela imprensa e pela sociedade, que cobra do Estado uma postura profissional e uma resposta às infrações penais cometidas. Assim, falar em sumarização de investigação de casos complexos e graves é reduzir de sobremaneira o papel da Polícia Judiciária no Estado Democrático de Direito, possibilitando equívocos na investigação criminal por uma coleta de informações açodada e malconduzida. A investigação com cognição sumária pode ensejar o risco de errar o caminho: “e o dano é grave quando se erra o caminho”¹¹⁰.

A cognição profunda nos autos do inquérito policial confere segurança, até mesmo, ao órgão acusatório quando da sua *opinio delicti*, evitando equívocos no momento da formulação da peça inaugural ou mesmo conferindo segurança para a manifestação de arquivamento do inquérito policial.

Parece não haver dúvidas de que a instauração do inquérito policial é a principal forma de evitar acusações precipitadas. E por isso mesmo é comum que o Ministério Público, ao receber a notícia de um crime, ainda que já disponha de elementos suficientes para dar suporte à denúncia, prefira encaminhar os documentos à polícia judiciária, requisitando a instauração de inquérito policial. Essa providência nada mais é do que o reconhecimento da instauração preliminar como freio aos excessos da perseguição estatal, para que a persecução penal tenha início perante órgão imparcial antes que o órgão acusador tome frente. É bastante raro encontrar ações penais não precedidas de inquérito policial¹¹¹.

Ademais, tal comportamento de aprofundamento das investigações da Polícia

¹⁰⁹ SANNINI NETO, Francisco. **Inquérito Policial e Prisões Provisórias**: teoria e prática de polícia judiciária. São Paulo: Ideias & Letras, 2014, p. 55.

¹¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. São Paulo: Editora Pillares, 2009, p. 63.

¹¹¹ HOFFMANN, Henrique. Indispensabilidade do Inquérito Policial *In*. HOFFMANN, Henrique et al (Org.). **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 19.

Judiciária é cada vez mais frequente, mostrando-se salutar, inclusive para o direito de defesa. Ocorre que o procedimento policial precisa se modernizar a fim de evitar a burocracia exacerbada, o que promove a demora considerável na conclusão do feito, prejudicando todo o sistema de persecução criminal.

Como exemplo de modernização do procedimento policial pode-se indicar a tomada de depoimentos em formato audiovisual¹¹², afastando-se da velha fórmula de transcrição da fala. Essa metodologia ultrapassada, além de ser extremamente demorada, causa grave problema prático, ocasionando, muitas vezes, a formalização de uma interpretação feita pelo Delegado de Polícia do que a testemunha asseverou em depoimento, contaminando a prova produzida.

Outrossim, a tomada de depoimentos da maneira tradicional escrita (diga-se de passagem, realizada dessa forma desde a década de 40) não subsidia os autos com elementos que transcendem o que foi verbalizado. Ora, se perdem características emocionais e comportamentais do depoente, declarante ou interrogando. Da mesma forma, o modelo tradicional de tomada de declarações impede a aplicação de técnicas de entrevista e interrogatório, vez que a cada pergunta deve o Delegado de Polícia ditar ao Escrivão de Polícia o que entendeu da resposta à indagação feita, quebrando a cadência dos questionamentos, dificultando o *rapport*¹¹³ e prejudicando o raciocínio do entrevistador.

Isso posto, a lógica dos argumentos apresentados conduz para a conclusão de que, possuindo o inquérito policial finalidade de filtro democrático – impendidos lides temerárias – salutar que haja cognição exauriente, a fim de rechaçar eventual dúvida quanto ao crime praticado ou erro no desenrolar das investigações, devendo o Delegado de Polícia firmar seu juízo de valor mediante ato devidamente

¹¹² GHISI, Fernando Benedit; GHISI, Ana Silvia Serrano; SAMUEL, Tatiana Klein. O emprego das tecnologias da informação e comunicação para tomada de depoimentos na fase policial: a implantação do APF audiovisual pela Polícia Civil de Santa Catarina. In DE PAULA, Giovani (Org.). **Sociedade, segurança e cidadania**: Livro I Paz Social. Palhoça: UnisulVirtual, 2017, p. 109-118.

¹¹³ “*Rapport* é um conceito originário da psicologia que remete à técnica de criar uma ligação de empatia com outra pessoa. O termo vem do francês *rapporter*, cujo significado remete à sincronização que permite estabelecer uma relação harmônica. A técnica objetiva gerar a confiança no processo de comunicação para que a pessoa fique mais aberta e receptiva. Isso faz com que ela interaja, troque e receba informações com mais facilidade”. MARQUE, Roberto. **O que é Rapport**. Disponível em www.ibccoaching.com.br/portal/coaching-e-psicologia/o-que-e-rapport/. Acesso em 21 fev 2018.

fundamentado, qual seja, o indiciamento ou não indiciamento.

1.3 SISTEMA INQUISITÓRIO E A VERDADE DA INVESTIGAÇÃO

A compreensão de um processo penal democrático passa, necessariamente, pela análise da contrariedade entre o princípio acusatório e o princípio inquisitivo. A evolução histórica do processo penal apresenta, fundamentalmente, três sistemas, quais sejam, o acusatório, o inquisitivo e o misto.

As características dos sistemas indicados estão estritamente relacionadas ao grau de autoritarismo do estado, se entendendo, como bem assevera J. Goldschmidt¹¹⁴, que a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição. Tal posição pode ser vista em paralelo no pensamento de Carnelutti, para quem o processo penal se afigura como a mais alta experiência de civilização¹¹⁵.

Nesse aspecto, cumpre analisar a quem compete o exercício da jurisdição, qual o órgão responsável pela deflagração do processo penal, a quem incumbe o dever de produção probatória, a existência de divisão de funções entre os protagonistas do processo penal (acusar, defender e julgar), a sigilosidade ou publicidade do feito, a estrutura do procedimento e possibilidade de contraditório e ampla defesa, bem como a possibilidade de recursos.

Insta destacar que os modelos existentes são considerados modelos históricos, dificilmente encontrados em sua estrutura pura em um sistema normativo. Assim, podemos entender que o chamado sistema misto mereça ser revisitado, pois, em verdade, devemos considerar a existência de uma base principiológica - acusatória ou inquisitória - com características pontuais do sistema contrário.

O Processo Penal estaria situado numa estrutura que possui características diversas e se divide, historicamente, nos sistemas Inquisitório e Acusatório, surgindo contemporaneamente modelos que guardam características de ambos sem que, todavia, possam ser indicados, no que se refere à estrutura, como sistemas mistos. São mistos ou sincréticos por acolherem características de ambos, sendo incongruência lógica eventual denominação de terceiro gênero¹¹⁶.

¹¹⁴GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos Del processo penal**. Barcelona: Bosch, 1935, p. 67.

¹¹⁵CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Editora Pillares, 2009, p. 22.

¹¹⁶MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos**

O sistema acusatório teve origem no direito grego, conferindo ao povo o exercício da acusação e, posteriormente, remontado na república romana, dessa vez conferindo a função a um representante voluntário da coletividade, distinto da figura do julgador¹¹⁷.

O sistema acusatório surgiu tão logo a reação a uma ofensa grave da ordem jurídica deixou de ser exercício do arbítrio do príncipe ou da vingança privada do ofendido ou de sua tribo. Dominou durante toda a antiguidade (na Grécia e Roma) e foi até a idade média (século XIII), quando foi substituído pela inquisição. O sistema acusatório com acusação popular foi criado pelos gregos, desenvolvido pela república romana e conservado, até hoje, na Inglaterra¹¹⁸.

Os principais pontos de destaque se dão pela separação das prerrogativas de acusar, defender e julgar, conferindo tais atuações a diferentes personagens, bem como pela gestão da prova, que fica adstrita às partes, reforçando o princípio da inércia do julgador. Ademais, o sistema acusatório apresenta como características a prerrogativa de a acusação dar início ao processo, o estabelecimento de debate entre acusação e defesa, o tratamento do acusado como sujeito de direitos e não objeto do processo, a publicidade dos atos processuais praticados, a necessidade de fundamentação das decisões proferidas pelo judiciário, bem como a possibilidade de recursos.

Nesse sentido, assevera Baumann:

La división de los roles de los organos estatales de persecucion penal (el ministerio publico averigua y acusa; el juez juzga) es un fruto del derecho procesal frances. Esta division de los roles no impide tan sólo la parcialidad del juez, sino que tambien suprime la necesaria posicion de objeto del acusado en el derecho procesal comun. La circunstancia de que el acusado enfrente a alguien que se le opondrá (el ministerio publico) da mayor libertad a su posicion juridica. Ya no es simple objeto de una *inquisitio* por el juez omnipotente a quien debe guardarse de atacar, sino un sujeto procesal y un contrincante del fiscal, contra el cual puede arremeter energicamente, sin temer los inconvenientes y la parcialidad del juez. Asi, el rol del juez se aproxima nuevamente, mas o menos, al del "arbitro" del antiguo derecho procesal aleman (jpero solamente mas o menos! El mismo juez esta sometido de nuevo al principio de instruction)¹¹⁹.

jogos. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.148-149.

¹¹⁷ LOPES JR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 152.

¹¹⁸ FEITOSA, Denilson. **Direito Processual Penal. Teria, Crítica e Práxis**. Niteroi: Editora Impetus, 2010, p. 60.

¹¹⁹ BAUMANN, Jurgen. **Derecho Procesal Penal**: Conceptos Fundamentales y principios procesales.

Além das principais características citadas, o sistema acusatório fundamenta-se na atuação passiva do Judiciário. Assim, ao juiz não é conferida a possibilidade de produção probatória, tampouco de desencadear o processo crime *ex officio*.

Ocorre que, diante de uma crescente necessidade de repressão de delitos no Império Romano e levando em conta a ausência de um órgão de estado promovendo a acusação (que era, via de regra, realizada por um cidadão do povo com boa oratória e que se utilizava dessa função para galgar espaço no meio político¹²⁰), os juízes passaram a invadir as atribuições dos órgãos acusadores, angariando provas e agindo de ofício e, posteriormente, dando a sentença.

O nascimento do sistema inquisitório se deu no período de decadência romana, conforme visto acima. Contudo, ganhou destaque no direito canônico no transcurso do século XIII, atrelando-se à Igreja Católica¹²¹.

O paradigma inquisitório nasce com a transformação da persecução criminal privada em persecução pública, sendo expressão direta do interesse do soberano, uma vez que a persecução era entregue ao soberano para resolver certo conflito instalado, o que na época era feito principalmente sob a influência do Direito Canônico¹²².

O sistema inquisitivo tem como característica principal o protagonismo do juiz¹²³, atuando como investigador, acusador e julgador do criminoso. Ademais, o sistema é pautado pelas prisões provisórias, adotando como principal meio de prova a confissão¹²⁴ que, via de regra, era extraída por meio de tortura. Nessa senda, o interrogatório não constituía meio de defesa do acusado, mas meio de prova, vez que o réu não era considerado sujeito de direitos, mas objeto do direito – tudo isso na busca da chamada “verdade real”.

A incorporação da ideia de verdade no processo penal consolidou a figura do inquisidor. Isso foi feito não por motivo de virtude, mas sim por uma

Introducción sobre la base de casos. Buenos Aires: Editora Depalma, 1986, p. 49-50.

¹²⁰ SANNINI NETO, Francisco. **Inquérito policial e prisões provisórias**: teoria e prática de polícia judiciária. São Paulo: Ideias & Letras, 2014, p. 26-27.

¹²¹ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 43

¹²² SOUSA, Pedro Ivo de. Investigação Criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma. In ZANOTTI, Bruno Taufner. SANTOS, Cleopas Isaías. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 09.

¹²³ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões. 20ªed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 33.

¹²⁴ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 51

questão de poder. A tecnologia judicial dos séculos passados não estava apta a “buscar” a verdade, devido a sua incapacidade operativa de citar testemunhas, de reconstruir os fatos sem auxílio de peritos, etc. Nessa senda, o sistema inquisitivo procurou resolver essa brecha tecnológica entregando a indagação da verdade a uma única pessoa, supostamente mais capacitada, supostamente mais imune aos interesses, imbuída de uma alta moral e de uma função quase ou totalmente sacerdotal. Essa pessoa era o inquisidor, isto é, alguém com compromisso pessoal com a verdade. Elementar que no modelo inquisitivo a indagação da verdade era unilateral, carente de diálogo e confiada à decisão do inquisidor¹²⁵.

No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior indica:

A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de “verdade real ou absoluta”. Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema¹²⁶.

É característica também do sistema inquisitivo a atuação de ofício por parte do julgador, tanto na iniciativa do procedimento quanto na iniciativa probatória, de modo que a gestão da prova fica adstrita ao juiz¹²⁷.

Nesse diapasão, insta analisarmos o sistema adotado pelo direito pátrio.

O arcabouço processual criminal brasileiro guarda marcas inquisitoriais decorrentes de um Código de Processo Penal, da década de 40, inspirado, fundamentalmente, na fascista legislação processual penal italiana – Código Rocco, da década de 30.

A ideologia totalitária pretendia construir um homem novo, segundo paradigmas do partido, do Estado, do líder, ou seja, um ser solidário, obediente, disciplinado, sem possibilidade de discutir. O reflexo disso é a concepção de que o processo penal construirá esse homem novo, e com o encarceramento, sempre livre do pecado do crime. A lavagem das impurezas do crime e a purificação do mal ocorreriam no interior do cárcere. Essa ideologia fascista estruturou o CPP italiano da década de 30, refletiu no Brasil e na organização do sistema processual criminal brasileiro. Isso se

¹²⁵ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.30.

¹²⁶ LOPES JR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 161.

¹²⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 30, n.30, p. 163-198, 1998.p. 165

pode observar na estrutura do CPP, nas modificações posteriores, na doutrina, na jurisprudência e na atuação dos sujeitos oficiais. Essa engrenagem político-ideológica traçou profundos sulcos no processo penal, produzindo um modelo inquisitorial, cujas marcas são visíveis, profundas e ainda persistem nas práticas judiciárias¹²⁸.

A despeito de o sistema acusatório ter sido adotado pela Constituição da República, de 1988, o processo penal brasileiro conta com resquícios do sistema inquisitivo, conforme acima indicado, a exemplo da fase extraprocessual, que ainda é analisada sob a ótica inquisitória.

Nessa toada, sendo a investigação preliminar eminentemente inquisitiva, o titular da investigação tende a repetir o mantra da “verdade real” a fim de justificar a ofensa a direitos fundamentais do cidadão. Para além desse fator, a concepção de investigação policial como instrumento de segurança pública e não de justiça criminal reforça o argumento de que a proteção do “cidadão de bem” permite atropelar garantias fundamentais previstas na Carta Magna, justificando práticas autoritárias, tudo para se chegar à “verdade real” dos fatos, acalmando a opinião pública.

[...] Afinal, em um mundo em que cresce dia a dia a indústria da cultura simplificador, falar de algo mais sofisticado sempre pode parecer chatice ou pedantismo. Quero dizer que esse problema estrutural decorre de outro problema paradigmático: o atrelamento da concepção de direito (ainda dominante) aos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência (na verdade, de sua vulgata, o voluntarismo). Assim, se, de um lado, acredita-se na possibilidade da busca da verdade real (sic) – como se existissem essências (sim, existem ainda juristas das mais variadas espécies que acreditam nisso!); ao mesmo tempo, tomam para si a condução da prova no processo, como se a produção da prova pudesse ser gerida a partir de sua consciência (falo em sentido de paradigma filosófico, embora o que ocorra na prática cotidiana seja mesmo uma vulgata da filosofia da consciência). Nem vou falar, aqui, do discricionarismo... (reмето o leitor ao meu Verdade e Consenso). Por tudo isso, o sistema processual penal é (ainda muito) autoritário¹²⁹.

Nesse raciocínio, o investigado deixa de ser sujeito de direitos, passando a ser objeto da investigação. José Frederico Marques, acerca do ponto, sustenta que “em face da polícia, o indiciado é apenas objeto de pesquisa e de investigações,

¹²⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e Pacto San José da Costa Rica. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 89-90.

¹²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Como assim "cada um analisa de acordo com seu convencimento"?** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-assim-cada-analisa-acordo-convencimento> Acesso em: 03 nov 2017.

porquanto ela representa o Estado como titular do direito de punir, e não o Estado como juiz”¹³⁰.

Ocorre que, alcançar a verdade a partir da reconstrução dos fatos, calcado em elementos de informação, tem se mostrado ilusório, mesmo porque a verdade não passa do reflexo de convergência de ideias acerca do que aconteceu.

En los afios de lo que se ha definido eficazmente como “embriaguez pós-moderna” I y como deconstructionist vortex, el concepto de verdad, junto a muchos otros conceptos, como los de razón, historia y conocimiento, fue dejado de lado como un instrumento superado en el que ya no era posible confiar. Se dijo, por ejemplo, con LYOTARD, que la condición postmoderna se fundaba en el rechazo de las Grand Narratives, entre las cuales se incluía la Verdad (con mayúscula). La tesis que defendía la proscripción de la verdad en el discurso filosófico y en cualquier discurso, fue sostenida con máxima decisión por Richard RORTY, según quien hablar de verdad sería un sinsentido, dado que la verdad no sería otra cosa que aquello sobre que un grupo de razonables amigos dialogantes está de acuerdo. La idea de verdad, como ocurrió con muchas otras ideas, fue deconstruida hasta volverla inservible para cualquier uso: en el postmodernismo terminó por dominar una actitud cínica hacia la verdad. como hacia la objetividad y el conocimiento. [...] Al mismo tiempo, se afianzó también la tendencia a sostener la existencia de múltiples verdades. según los puntos de vista y los grupos sociales de pertenencia, así como la noción de que es la aceptación por un número suficiente de personas lo que hace verdadera a una narración¹³¹.

A verdade, pois, pode ser construída a partir do interesse ou mesmo da percepção de um grupo que exerce a força e o controle do Estado, haja vista que a investigação criminal, protagonizada por agentes públicos, procura desvelar o fato oculto por intermédio de um processo de reconhecimento do crime.

Assim, inegável que haja subjetividade por parte do presidente da investigação na interpretação dos elementos que surgem durante a investigação criminal, bem como que haja o emprego de percepções, emoções e interesses na produção da prova oral. A vítima de um delito certamente terá determinada interpretação do ocorrido, o que pode ser diferente de um observador externo – que também sofre influência da memória ou de experiências pessoais anteriores, o que pode acontecer até mesmo com o perito oficial no momento do levantamento do local dos fatos, ao interpretar a cena do crime de acordo com sua experiência e sua

¹³⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2ªed. Campinas: Millennium, 2000, p.164.

¹³¹ TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdade**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Ed Marcial Pons, 2010, p. 89.

expertise.

Assim, a investigação criminal se perfectibiliza pela técnica de coleta de informações qualificadas que visam analisar um fato passado sob a ótica de uma série de personagens que compõem a dinâmica investigatória. A produção dos elementos de informação possui momentos distintos e metodologia própria para cada ato, sofrendo as interferências da ação do tempo – como na memória dos depoentes ou mesmo no desaparecimento de eventual vestígio –, da estrutura material empregada, da condução dos atos e da relação entre os sujeitos que compõem o quadro.

Todos os elementos indicados se reúnem em um só documento oficial de apuração delitiva – via de regra, o inquérito policial – que pretende reconstruir, de forma mais próxima, o fato objeto de investigação, culminando em relatório com a síntese do apurado. Contudo, o direito não é ciência exata¹³², assim como não o é a ciência da investigação criminal, não se podendo afirmar que o apurado remonta a “verdade real”.

Devemos considerar que o processo penal tem por finalidade – através da prova – fazer a reconstituição de um fato histórico (crime) e que a reconstrução de um fato histórico é sempre minimalista e imperfeita. Não se trata de construir, mas de reconstruir um tempo passado no presente. Ora, basta isso para afirmar que não existe um dado de realidade para falar em verdade real. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário, esquecendo que o passado só existe no imaginário, na memória, e que, por isso, jamais será real. Sem falar que a flecha do tempo é irreversível, de modo que o que foi real, num fugaz presente, nunca mais voltará a sê-lo¹³³.

Aliás, como veremos mais adiante, a verdade (apurada) dos fatos se liga diretamente à estratégia de investigação adotada pelo presidente do procedimento extraprocessual. Os caminhos escolhidos para a investigação são capazes de alterar toda a dinâmica da apuração do evento. A título de exemplo, técnicas de entrevista e interrogatório policial mal-empregadas podem estimular falsas memórias¹³⁴ e conduzir depoimentos de acordo com os interesses do investigador.

¹³² DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 89.

¹³³ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 262.

¹³⁴ LOFTUS, Elizabeth. As falsas lembranças. **Revista Viver Mente & Cérebro**. São Paulo, ano 2, n 162, jul. 2006, p. 90.

A desconstrução do mito da verdade como escopo do processo é de grande valia para nosso estudo, centrado eminentemente nas provas históricas e críticas, também denominadas funções narrativas. Os depoimentos das vítimas e testemunhas de um fato delituoso estão sujeitas a contaminações de várias ordens, como adiante se verá. Além disso, suas recordações não são fidedignas à realidade devido ao próprio processo mnemônico em si. Inviável, portanto, continuar falando em verdade no processo, diante da impossibilidade de reconstrução do fato tal qual ele aconteceu¹³⁵.

Isso posto, a ideia de que o provável autor do fato no contexto da investigação policial é tão só objeto de investigação e não sujeito de direitos perde a razão de ser, não sendo mais tolerável “de forma alguma a objetificação do acusado, tão característica da epistemologia inquisitória, que justificava toda espécie de violação em nome da sagrada obtenção da verdade”¹³⁶. Ora, sendo o procedimento investigatório sujeito às mesmas intempéries da ação penal, mormente no que se refere à reconstrução do evento criminoso, nos parece bastante necessário, à luz do devido processo substancial, entender o investigado como sujeito de direitos, garantindo ao suspeito os direitos fundamentais previstos na Carta Magna desde a fase extraprocessual.

Tal fator assegura a participação do indiciado, já na fase de investigação criminal, apresentando provas e contraditando os elementos colhidos, corrigindo eventual visão de túnel¹³⁷ por parte do investigador, evitando atalhos cognitivos e erros sistemáticos na tomada de decisão¹³⁸.

Entendendo que o sistema puramente inquisitório estaria superado no que tange à investigação criminal pelas razões acima expostas, surge um problema conceitual, haja vista que o sistema acusatório possui características que não se amoldam às necessidades da fase extraprocessual. Nesse sentido, acredita-se que

¹³⁵ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 92.

¹³⁶ KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013, p. 170.

¹³⁷ “Nas ciências policiais (e também na medicina e na aeronáutica) denomina-se visão de túnel (ou visão em túnel) o foco obsessivo do agente em um único ponto, como se olhasse por meio de um tubo estreito que lhe impede de alargar o campo de visão e perceber a realidade periférica que o cerca”. LOPES, Alessandro Maciel. A competência em Sede de Investigação Preliminar. *In*: GIACOMOLLI, Nereu José; AZAMBUJA, Maria. (Org.). **Processo Penal contemporâneo em perspectiva**. Curitiba: iEA Academia, 2015, p. 25.

¹³⁸ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Vieses da justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018, p. 36-46.

a fase preliminar deva se adequar ao que Alexandre Morais da Rosa chama de Sistema Constitucional. O autor propõe o abandono da antiga conceituação de sistema misto, face ao equívoco de invocar conceitos do passado para dar sentido ao presente, realinhando a noção a partir do documento constitucional e dos direitos humanos¹³⁹.

A Constituição da república embora se apresente como um documento único, materializa-se como fusão de horizontes diversos. É o resultado histórico. Na Constituição estão representados os direitos reciprocamente reconhecidos e os procedimentos eleitos para justificar a intervenção na esfera privada por imposição pública. Assim é que a função do Direito de estabilizar expectativas de comportamento somente acontece mediante o devido processo substancial – essa é, em suma, a regra do jogo¹⁴⁰.

No mesmo sentido, Nereu José Giacomolli sustenta que o modelo processual penal brasileiro não reflete a essência dos modelos históricos, identificando o “choque doutrinário e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro entre a normatividade ordinária, sufragada pelas práticas forenses de perspectiva inquisitorial, e a normatividade constitucional e convencional”¹⁴¹.

Sendo assim, a investigação criminal em um Estado Democrático de Direito não pode ficar adstrita a conceitos que subsidiam práticas autoritárias atreladas à ideia de repressão e controle social. A visão constitucional da investigação preliminar é fundamental para que possamos desenvolver a persecução criminal alicerçada em bases que refletem a dignidade e o respeito ao cidadão, limitando a violência estatal.

1.4 A POSIÇÃO DO JULGADOR FRENTE À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: O JUIZ GARANTIDOR

A despeito da clara função de controle exercida pelo Poder Judiciário, que lhe exige posição imparcial e equidistante na fase preliminar da persecução criminal, estamos vivendo tempos em que juízes, cada vez mais, participam da investigação criminal. Diante de megaoperações policiais e delírio midiático com a consolidação

¹³⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 151.

¹⁴⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 152.

¹⁴¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e Pacto San José da Costa Rica**. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 97.

do direito penal do espetáculo¹⁴², o Poder Judiciário cobra sua participação mais ativa nos acontecimentos pré-processuais, mormente nos que apresentam maior expressão política. Nem mesmo a Suprema Corte brasileira fica incólume aos holofotes de um interesse, por vezes sádico, da sociedade que acompanha como em um seriado de televisão o desenrolar da mais nova investigação criminal em destaque.

Cabe, portanto, entender qual o papel do Poder Judiciário frente a um meio de investigação preliminar que possui, por base fundante, o sistema inquisitório e que necessita, por vezes, avançar sobre direitos fundamentais do investigado a fim de buscar elementos de informação para atingir seu objetivo de descortinar o fato oculto.

Da mesma forma, necessário avaliar a relação do juiz com os elementos indiciários colhidos durante a investigação criminal, restringindo-se tal análise à função de controle de atos relacionados às demandas de produção probatória e cautelares penais, decorrentes da fase preliminar. A força probante do inquérito policial e sua permeabilidade¹⁴³ no processo será objeto de estudo no capítulo 3 do presente trabalho.

O inquérito policial é procedimento administrativo, não dotado de jurisdicionalidade. Dessa forma, a investigação criminal tem por escopo a “procura de indícios e vestígios que indiquem e expliquem e nos façam compreender *quem, como, quando, onde e por que* foi cometido o crime”¹⁴⁴, merecendo intervenção judicial apenas para fins de controle de atos praticados em sede investigatória que afrontem garantias fundamentais previstas na Constituição da República.

Assim, como já visto, o inquérito policial é dotado de autonomia em relação ao processo, embora com ele se relacione, de modo que o Poder Judiciário não pode se imiscuir nas funções de investigador, possuindo intervenção limitada quando provocado.

O inquérito policial pode ser visto como um elo entre a *notitia criminis* e o exercício da jurisdição processual penal que firma sua autonomia essencialmente

¹⁴² CASARA, Rubens. **Processo Penal do Espetáculo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015; DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 13.

¹⁴³ QUEIROZ, David. **A permeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

¹⁴⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo Penal – Tomo I**, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 34.

em três pontos. O primeiro diz respeito ao sujeito, haja vista que a investigação preliminar não constitui relação processual por não haver acusação formal ou dicotomia entre acusação e defesa mediada pelo Estado-Juiz. Ademais, o objeto do processo penal se substancia por uma pretensão acusatória resistida, o que não ocorre na fase preliminar, e, por fim, os atos praticados em fase de investigação não são dotados de contraditório ou ampla defesa, da mesma forma que não há rito definido a ser necessariamente seguido pelo presidente do procedimento.

Nesse aspecto, cabe ao magistrado a função de garantidor dos direitos fundamentais do investigado e controlador da legalidade dos atos da investigação, sendo fundamental que não permaneça inerte diante de eventual afronta ou violação de tais direitos consagrados na Constituição da República, fazendo valer a aplicação dos princípios constitucionais que regem o Estado Democrático de Direito.

Importante destacar que a relação da aplicação principiológica no âmbito do Direito Penal e Direito Processo Penal reafirma a necessidade básica de proteção dos direitos individuais em face ao arbítrio estatal. Nessa senda, levando em conta que os Direitos Penal e Processual Penal refletem a maior violência estatal em face aos direitos individuais, pois são o ramo do direito que pode subtrair a liberdade de ir e vir do indivíduo; é inegável que a interpretação das regras penais e processuais penais devem ser calcadas em princípios e preceitos constitucionais.

Nesse contexto, é imprescindível que o sistema de persecução criminal seja objeto de uma filtragem constitucional, com o implemento de garantias mínimas, conforme preceitua Alexandre Morais da Rosa:

O modelo de Direito preconizado pela Teoria Geral do Garantismo está baseado no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais, aqui trabalhados dissociados de uma visão essencialista. Isto porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os direitos fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais. Dito de outra forma, em face da supremacia Constitucional dos direitos positivados no corpo de Constituições rígidas ou nelas referidos (CR, art. 5º, §2º), como a brasileira de 1988, e do princípio da legalidade, a que todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos, principalmente os processados criminalmente, pela peculiar

situação que ocupam (mais fracos ante o poder Estatal)¹⁴⁵.

Nesse sentido também são os ensinamentos de Luigi Ferrajoli:

Los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos substanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar satisfacer¹⁴⁶.

Assim, busca-se, pois, a máxima efetividade dos direitos fundamentais, vedando-se o excesso de poder, respeitando o Estado Democrático de Direito, mormente no que tange ao sistema acusatório adotado pela Constituição da República, nos termos do art. 129, I.

Dessa forma, imprescindível que o magistrado mantenha, de forma muito clara, o seu papel imparcial no que tange aos atos praticados em fase investigatória.

O juiz não orienta a investigação policial e tampouco presencia seus atos, mantendo uma postura totalmente suprapartes e alheia à atividade policial. No sistema brasileiro, o juiz não investiga nada, não existe a figura do juiz instrutor e por isso mesmo não existe a distinção entre instrutor e julgador¹⁴⁷.

Firmada a ideia de imparcialidade e levando em conta um sistema judicial acusatório, resta evidente que fica o magistrado adstrito às provas produzidas durante a instrução, não devendo se imiscuir na função de órgão acusador, muito menos, no exercício da investigação criminal.

Contudo, a exemplo do já ocorrido na antiguidade, quando o sistema acusatório passou a ser substituído pelo sistema inquisitivo, passo a passo, o judiciário tem se aproximado da produção probatória, mesmo em fase de investigação preliminar, sob o argumento de buscar a “verdade real” dos fatos. Em verdade, face à inércia ou ineficiência dos demais poderes constituídos, tende o Poder Judiciário a ocupar espaços de exercício de poder em nítida resposta às demandas sociais, baseando suas decisões na utilização de base principiológica.

¹⁴⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de constitucionalidade** **Material:** Aportes Hermenêuticos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 05.

¹⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías:** la Ley del más Débil. Madrid España: Ed. Trotta, 1999, p. 23-24.

¹⁴⁷ LOPES JR. Aury. **Sistema de Investigação Preliminar no Processo Penal.** 3ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 164.

Mutatis, mutandis, era a instrumentalização da ontologia clássica no processo penal, pelo qual a verdade do processo penal se revelaria pelo juiz (*adequatio intellectus et rei*). A verdade estaria “nas coisas”, que, por terem uma essência, iluminariam o intelecto do juiz. Ocorre que, por desconhecimento filosófico ou uma corruptela metodológica, o aludido “princípio” foi transformado em *modus interpretandi* do paradigma que superou o objetivismo realista: o paradigma da filosofia da consciência. Desse modo, ao invés da “coisa” “assujeitar” o juiz – circunstância que asseguraria o exurgimento da verdade “dada” no âmbito do processo penal -, foi o juiz que passou a “assujeitar” a coisa (a prova processual). E a “verdade real” passou a ser aquela “extraída inquisitorialmente pelo juiz”. É dizer, a prova passou a ser aquilo que a consciência do juiz “determina”. Por alguma razão – que é de todos conhecida – a “verdade real” *cambiou de paradigma...*¹⁴⁸

O movimento de protagonismo da magistratura procura se justificar diante do ativismo judicial¹⁴⁹. Tal concepção tem por argumento fundante a evolução do Poder Judiciário para a criação normativa, da hermenêutica jurídica, tendo como ponto de partida o Estado Democrático de Direito.

Acerca desse ponto, importante destacar o ensinamento de Ronald Dworkin:

A interrupção do ativismo jurídico só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas sobretudo uma transformação da democracia¹⁵⁰.

Nesse aspecto, os juízes, calcados na aplicação da norma baseada em valores, se afastaram da aplicação do direito positivo, retornando à ideia jusnaturalista para aplicação do direito no caso concreto.

Toscano dos Santos Júnior, assevera:

[...] com a constitucionalização dos Direitos Fundamentais, fenômeno que no Brasil efetivamente só ocorreu com o advento da Carta de 1988 – uma vez que reconheceu tais direitos como de aplicação imediata –, abriu-se um fosso entre a normatividade e a realidade social. Os Direitos Fundamentais, que nos países centrais foram fruto de um processo histórico de décadas a séculos, aqui foram reconhecidos em um único ato, no que Boaventura de Sousa Santos chamou de ‘curto-circuito histórico’. Direitos reconhecidos sem o respaldo das políticas públicas pertinentes e da vontade política que

¹⁴⁸ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 49-50.

¹⁴⁹ “O ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma ‘corrupção’ na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos”. STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 87.

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 09-15.

os implementassem. Resultado: o Judiciário virou a pretensa ponte tentando ligar esses dois espaços: o jurídico-programático e o pragmático-econômico. E na figura do magistrado, a aposta no novo redentor que resgataria as promessas perdidas de uma modernidade que só ocorreu nos Estados centrais. Seria a toga o manto mágico do “salvador da pátria”, do guardião da moralidade. É o Messias. Mas fundamentado em quê? Eis o grande problema¹⁵¹.

Os defensores do ativismo judicial sustentam que, em face da crise de legitimidade dos demais poderes constituídos, o Poder Judiciário surge como tábua de salvação para a implementação de direitos e garantias previstas na Carta Magna, vez que estamos diante de constituição dinâmica, dirigente, conforme preceitua Canotilho¹⁵².

Nesse aspecto, com base em princípios de interpretação aberta, tais como princípio da proporcionalidade, razoabilidade e dignidade da pessoa humana e, por que não, o “princípio da verdade real”, os magistrados passam a desconstruir o sistema democrático calcado na vontade popular.

Formalmente, na linha de pensamento de Norberto Bobbio, podemos dizer que democracia é um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Ou seja, a democracia significa, nessa perspectiva, a montagem de um arcabouço de normas que definem antecipadamente os atores e a forma do jogo, identificando-se, de regra com as questões relativas a quem vota?, onde se vota? e quais os procedimentos?, sendo que, para cada pergunta, devemos adotar respostas compatíveis¹⁵³.

Ainda, insta destacar o entendimento de Alexandre Morais da Rosa, indicando que não cabe ao julgador, como agente estatal que é, decidir o direito baseado exclusivamente em suas convicções.

Por mais que pessoalmente o sujeito pense de uma maneira, no lugar do exercício do poder estatal, o agente jurídico não deveria se sentir um “rei coroadado” e que pode decidir como quiser. O Direito não é o que você ou eu pensamos. Entretanto, para que os constrangimentos normativos possam fazer questão, é necessário compreender o seu lugar e função democráticos, ou seja, que o Direito está para além da subjetividade

¹⁵¹ TOSCANO DOS SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo; STRECK, Lenio Luiz. Vontade de poder versus normatividade: o que o nazismo nos ensina?. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 21, n. 2, p. 393-420, ago. 2016. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9090>>. Acesso em: 15 out. 2016.

¹⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 1982.

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 112-113.

individual¹⁵⁴.

Eros Roberto Grau, que critica o uso desmedido de princípios pelos magistrados, a fim de embasar seus entendimentos, afastando-se dos preceitos legais, assevera:

aí a destruição da positividade do direito moderno pelos valores. Os juízes despedaçaram a segurança jurídica quando abusam do uso de 'princípios' e praticam – fazem-no cotidianamente! – os controles da proporcionalidade e razoabilidade das leis¹⁵⁵.

O que se percebe é o afastamento da magistratura de balizas claras quanto à aplicação do direito, substituindo a vontade da lei pela vontade do intérprete.

Assim, não se nega que o controle dos atos deva ser realizado pelo Poder Judiciário baseando suas decisões em princípios constitucionais. Contudo, é necessário destacar que o exercício de filtragem constitucional deve seguir as balizas disciplinadas pelo direito posto.

Mas, embora seja possível visualizar os princípios constitucionais como verdadeiras garantias fundamentais dos indivíduos, seja em face do Estado, seja em face de si mesmos, deve-se assinalar, ao menos como referência distintiva em relação às regras jurídicas, uma certa amplitude de suas vinculações normativas. E isso ocorre pela maior abstração de seus comandos, o que torna necessário o estabelecimento de critérios minimamente seguros que possam resolver possíveis e inevitáveis conflitos entre direitos fundamentais. E não há como negar: em tema de Direito Processual Penal, a realização de um direito individual nem sempre se faz sem o tangenciamento de direito alheio¹⁵⁶.

Desta feita, ainda que o juiz possa muito, não o pode tudo, tendo seus atos restringidos pelo princípio do “*ne procedat iudex ex officio*”, segundo o qual não cabe ao juiz agir de ofício, necessitando de provocação de uma das partes, ou mesmo do presidente da investigação criminal. O art. 156, *caput*, do Código de Processo Penal bem assevera que a carga probatória incumbe ao órgão acusador, não cabendo ao magistrado a gestão probatória mas, tão somente, o zelo pela regularidade e desenvolvimento¹⁵⁷ do processo.

¹⁵⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 81.

¹⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7ªed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 24.

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16ªed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 36.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16ªed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 456.

Contudo, conforme já estudado, a cultura inquisitória foi a marca fundante do Código de Processo Penal Brasileiro, sendo tal mentalidade mantida ao longo do tempo, mesmo em 2008, com a alteração do dispositivo acima referido pela Lei 11.690.

Os incisos I e II do art. 156, do Código de Processo Penal, atribuem ao Juiz poderes instrutórios, o que fulmina o princípio acusatório e propõe a retomada (ou manutenção?) do sistema inquisitório no direito processual penal brasileiro.

Note-se, pois, que a possibilidade de produção probatória não fica adstrita à fase judicial da persecução criminal, mas viabiliza a atuação do magistrado ainda em fase de investigação preliminar, podendo ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Assim, não se restringe a discussão à atuação do Juiz frente às atribuições do órgão de acusação, mas também diante das atribuições da Polícia Judiciária. Ora, sendo o presidente da investigação policial o Delegado de Polícia, a ele compete a análise das diligências a serem realizadas para o bom deslinde da investigação criminal e descoberta do fato oculto, de acordo com um juízo de eleição das linhas de investigação e diligências factíveis, considerando o contexto e as possibilidades materiais.

A atuação do magistrado durante a fase de investigação preliminar, além de afrontar atribuições previstas constitucionalmente e desmoralizar o sistema acusatório previsto na carta constitucional, pode influenciar de sobremaneira a estratégia de atuação dos órgãos de Polícia Judiciária, e até mesmo tumultuar a coleta de informações a respeito de determinado crime. A título de exemplo, procedendo o magistrado à oitiva de determinada testemunha, por entender urgente e relevante, e agindo em total descompasso com a presidência do procedimento extraprocessual, as consequências para a estratégia de atuação podem ser graves.

Destaca-se que a investigação criminal possui metodologia própria e agentes estatais treinados para tanto. As ações criminosas estão cada vez mais complexas, articuladas e predatórias, de modo que a investigação criminal deve se desenvolver a partir de uma estratégia pré definida, com a indicação de fases e passos a serem seguidos, de maneira coordenada. Assim, a atuação do Juiz em descompasso com

a Polícia Judiciária pode ensejar a perda de elementos importantes para o desenrolar do processo investigatório, ou mesmo, a necessidade de reanálise e reestrutura de todo o planejamento da atividade de investigação.

Exige-se para se ter uma ação investigativa exitosa uma abordagem planejada, de dimensões estratégicas, com emprego de táticas e meios hábeis a bem orientar o esforço investigativo criminal para alcançar os objetivos relacionados com o fim mor da investigação em curso que é o estabelecimento da verdade material acerca do crime (materialidade), do criminoso (autoria) e as circunstâncias que os tocam¹⁵⁸.

Não fosse apenas o aspecto prático da influência na rotina da investigação criminal, o protagonismo do magistrado na produção da prova viola, de sobremaneira, o princípio da imparcialidade, antecipando a formação do juízo acerca da matéria que será novamente discutida durante a ação penal. Assim, o prejuízo para o futuro processo é flagrante, vez que a atribuição de poderes instrutórios ao juiz “destrói a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade (enquanto *terzietà* = alheamento). É um imenso prejuízo gerado pelos diversos pré-juízos que o julgador faz”¹⁵⁹.

Nessa toada, deve o magistrado em sede investigatória voltar sua atuação tão somente para o controle da legalidade dos atos praticados durante o inquérito policial, bem como para a análise dos elementos de informação apresentados quando da representação por medidas cautelares aos investigados.

No curso da investigação preliminar podem surgir inúmeras possibilidades de demanda ao judiciário, sempre que houver a necessidade de restrição de direitos fundamentais do indiciado. Assim, diante de um autor de fato que tende a ameaçar testemunhas, ou mesmo diante de risco de fuga, demonstrado nos autos a imperiosa necessidade de segregação cautelar do indiciado, tal medida deverá ser analisada pelo Juiz da causa. Da mesma forma, acaso haja a necessidade de ingresso em determinada residência a fim de providenciar a coleta de provas do crime, tal demanda deverá ser apresentada pelo presidente da investigação ao

¹⁵⁸ BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de investigação criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 125.

¹⁵⁹ LOPES JR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.173.

magistrado, com competência, para julgamento de eventual futura ação penal – tudo para que o autor não tenha seus direitos constitucionais violados, sem o devido controle judicial.

Ademais, compete ao Poder Judiciário o controle acerca do ato de lavratura do auto de prisão em flagrante do indiciado. Diante de uma das hipóteses que autorizam a prisão em flagrante (art. 302 do CPP), deve a autoridade policial proceder à lavratura do auto, ouvindo o condutor, testemunhas, juntada de provas periciais, interrogatório do investigado (seguindo os preceitos constitucionais e convencionais previstos nos art. 5º, LXIII, CR e art. 8º, 2, g, do Decreto nº678/92), expedição de nota de culpa (art. 306, §2º, do CPP, indicando a motivação do ato prisional, bem como o nome do condutor, das testemunhas e da autoridade policial que determinou a lavratura do ato, consoante disposição constitucional prevista no art. 5º, LXIV, CR) e o devido indiciamento (art. 2º, §6º, da Lei 12830/2013). Após, deve o Delegado de Polícia proceder à comunicação da prisão em flagrante, encaminhando cópia dos autos à autoridade judiciária competente para que avalie a legalidade do ato, homologando ou relaxando a prisão, conforme preceitua o §1º do art. 306 do CPP.

Destaca-se, pois, que o auto de prisão em flagrante formaliza a prisão e marca o início da investigação criminal. Assim, diante de uma *notitia criminis* de cognição coercitiva deve o Delegado de Polícia, de ofício, determinar a instauração do devido inquérito policial que terá início pelo auto de prisão em flagrante¹⁶⁰. Nesse aspecto, a comunicação ao juízo acerca da prisão com as peças que fundamentaram o ato da autoridade policial não perfectibiliza a investigação criminal por completo, que terá sua sequência nos autos do inquérito policial instaurado a partir da autuação em flagrante, tendo a Polícia Judiciária o prazo legal (via de regra, conforme o art. 10 do CPP) para a conclusão do feito e encaminhamento ao juiz competente. Assim, o prazo para oferecimento da denúncia por parte do órgão acusador (art. 46, *caput*, do CPP) não se inicia a partir da comunicação do auto de

¹⁶⁰ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. p. 129-130; FEITOSA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. p.180; LOPES JR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 180; LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013. p. 90

prisão em flagrante, mas sim do recebimento do procedimento policial, qual seja, o inquérito policial.

A comunicação do auto de prisão em flagrante e a remessa de suas peças têm por objetivo, repita-se, possibilitar ao Juiz tão só o exercício de controle formal da prisão em flagrante¹⁶¹, oportunidade em que, uma vez homologado, irá converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ou conceder liberdade provisória, com ou sem cautelares penais (art. 310 do CPP). A partir daí, o auto de prisão em flagrante cumpriu sua finalidade, restando ao Poder Judiciário aguardar o aporte do inquérito policial para, então, proceder a remessa ao órgão acusador para manifestação quanto à propositura ou não da ação penal. Entender diferente é subtrair da Polícia Judiciária sua atuação constitucional, no prazo estabelecido pela legislação processual penal, causando prejuízo ao processo investigativo.

A título de exemplo, podemos citar a lavratura de auto de prisão em flagrante pelo delito de tráfico de drogas. Realizada a comunicação da prisão com a remessa de cópia do auto de prisão em flagrante e, uma vez homologada, com a decretação da prisão preventiva, a Polícia Judiciária terá o prazo de 30 (trinta) dias para a conclusão do feito (art. 51, *caput*, da Lei 11.343/06): prazo razoável para o término de uma investigação subsidiada, com a identificação de outros envolvidos, levantamento do local do crime, oitiva de testemunhas que não foram conduzidas, possibilidade de interceptação telefônica, entre outras diligências.

Todavia, acaso entenda-se que o auto de prisão em flagrante é um fim em si mesmo, a partir de sua comunicação, já se iniciaria o prazo de 10 (dez) dias (art. 54, *caput*, da Lei 11.343/06) para manifestação ministerial, privando a Polícia Judiciária do desenvolvimento da investigação criminal no competente inquérito policial.

Em síntese, além de não aparentar ser esse o espírito da lei, a consequência prática acarretará prejuízo muito grave para a investigação criminal, que não conseguirá desenvolver, com qualidade, seu mister. no prazo exíguo de 24 horas.

Reforçando a tese de que o recebimento do auto de prisão em flagrante não se confunde com o recebimento do procedimento policial, a Resolução nº 213, de 15/12/2015, do Conselho Nacional de Justiça, disciplinou o rito nas audiências de custódia e permite em seu Art. 8º, § 1º, à defesa e à acusação requerer, tão

¹⁶¹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 123.

somente, o relaxamento da prisão em flagrante, a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão, a decretação de prisão preventiva e a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa. Desta feita, a citada Resolução não prevê a possibilidade de oferecimento da denúncia no ato, mesmo porque, descaracterizaria o espírito da audiência de custódia, qual seja, o controle da legalidade, convencionalidade e constitucionalidade da autuação em flagrante.

Na mesma esteira de raciocínio, o art. 12 da citada Resolução, bem indica que, o termo da audiência de custódia será apensado ao inquérito ou à ação penal. Nessa senda, há a necessidade de encaminhamento do devido inquérito policial no prazo legal assegurado à investigação criminal (art. 10 do CPP), e não no prazo de 24 horas – prazo esse indicado para o encaminhamento das peças do auto de prisão em flagrante (art. 306, §1º, do CPP).

A audiência de custódia, realizada pelo Poder Judiciário, foi introduzida no sistema normativo por meio da resolução do CNJ acima citada, tendo como principais fundamentos o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), além da decisão nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal, consignando a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente, e, a decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 do Supremo Tribunal Federal, declarando a constitucionalidade da disciplina pelos Tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente.

A principal finalidade da audiência de custódia é justamente garantir a regularidade da prisão e identificar eventual prática de tortura, bem como analisar a necessidade de medidas cautelares diversas da prisão preventiva e promover o encaminhamento para providências sociais. Assim, resta evidente a função garantidora do Juiz de Direito, durante a fase de investigação preliminar, devendo a ela se restringir, evitando a participação em investigações preliminares por intermédio de produção de provas, mesmo que urgentes e relevantes.

Ainda no que se refere às audiências de custódia, há entendimento¹⁶² de que no ato há um duplo filtro de constitucionalidade e legalidade, haja vista tratar-se de função do Delegado de Polícia a análise do fato criminoso apresentado em estado de flagrância e a garantia ao conduzido de todos os direitos constitucionais previstos no ordenamento jurídico.

Ora, o Delegado de Polícia exerce “função essencial à justiça, como garantia implícita da Constituição”¹⁶³, sendo o responsável pelo primeiro filtro de legalidade, com competência plena para proteção dos direitos fundamentais do conduzido.

A possibilidade de o delegado de polícia realizar contenção de poder punitivo não advém do cargo somente, mas da sua função essencial e exclusiva “de”/”ao” Estado de Direito como microcosmo político do processo penal, afastando a aplicabilidade de normas inconstitucionais, podemos afirmar que isso já é realizado na prática, já que os tratados estão acima dos Códigos, mas a doutrina ou não se deu conta ou não se interessa de produzir conhecimento a respeito¹⁶⁴.

Nesse diapasão, Henrique Hoffman e Francisco Sannini Neto¹⁶⁵ entendem que a audiência de custódia já era realizada pelo Delegado de Polícia, em respeito ao disposto no artigo 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual disciplina que toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um Juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. Assim, embora o Delegado de Polícia não integre o Poder Judiciário, seria esta autoridade autorizada¹⁶⁶ pelo Código de Processo Penal a atuar no controle dos atos flagranciais tendo, por obrigação, tomar providências penais e administrativas quando diante de violação aos direitos e garantias fundamentais do conduzido.

¹⁶² BARBOSA, Ruchester Marreiros. Função materialmente judicial do Delegado de Polícia na Audiência de Custódia. In. HOFFMANN, Henrique et al (Org.). **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 168.

¹⁶³ NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 172.

¹⁶⁴ BARBOSA, Ruchester Marreiros. Função materialmente judicial do Delegado de Polícia na Audiência de Custódia. In. HOFFMANN, Henrique et al (Org.). **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.168.

¹⁶⁵ HOFFMAN, Henrique; SANNINI NETO, Franciso. **Audiência de custódia deve ser feita por delegado de polícia**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-dez-20/audiencia-custodia-feita-delegado-policia#sdfootnote7sym>. Acesso em: 05 nov 2017.

¹⁶⁶ SÃO PAULO.Tribunal de Justiça de São Paulo, *Habeas Corpus* nº 2016152-70.2015.8.26.0000, Relator Desembargador Guilherme de Souza Nucci, DJ 12/05/2015. No mesmo sentido: Tribunal de Justiça de São Paulo, *Habeas Corpus* nº 2198503-45.2014.8.26.000, Relator Desembargador Diniz Fernando, DJ 26/01/2015.Disponíveis em www.tjsp.jus.br. Acesso em 20 jan 2018.

De toda a sorte, a atuação do magistrado em fase de investigação preliminar deve ser adstrita à análise de representações por medidas cautelares que tenham por intuito restringir direitos do indiciado, bem como exercer o controle de legalidade dos atos praticados, garantindo os direitos constitucionais do suspeito do crime. A mais disso, estar-se-ia diante de “quadros mentais paranoicos”¹⁶⁷ em que o Juiz primeiro decide, e depois sai em busca da prova, a fim de justificar sua decisão (já tomada).

¹⁶⁷ LOPES JR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 172.

CAPÍTULO 2

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

2.1 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA: O MOVIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E AS SUAS ESCOLAS

As relações sociais e econômicas se modificam com o passar do tempo. A evolução tecnológica e de comunicação ampliou os antigos limites, por vezes alargando fronteiras e por outras derrubando muros que distanciavam sociedades. O reflexo desta crescente globalizante é sentido também no campo da ciência jurídica. Não é mais possível entender o direito e o sistema jurídico sem promover o intercâmbio de conhecimento com outras áreas do saber. Nesse cenário, surge uma nova forma de interpretar e aplicar o Direito, relacionando-o com importante ramo das ciências sociais, qual seja, a Economia.

A revolução científica do Século XVII introduziu no pensamento filosófico o método cartesiano. Considerado fundador da filosofia moderna, o matemático Descartes propôs um novo sistema de pensamento, baseado na certeza do conhecimento¹⁶⁸, alicerçando sua metodologia na ideia de promover o estudo de maneira analítica, com a divisão ao máximo em partes para aprofundamento do tema, não o relacionando com circunstâncias externas.

Tal forma de pensamento foi adotada pelas mais diversas ciências, dentre elas a ciência jurídica que, ao longo do tempo, promoveu seu aprofundamento desvinculando-se de outras áreas do saber. O mesmo ocorreu com a Economia, com ganhos em razão da especialização, mas prejuízos no que concerne ao isolamento.

A ciência da Economia apenas passou a retomar a relação com a ciência jurídica, ainda que de forma tangencial, a partir da inauguração da Economia Clássica, tendo como marco inicial a obra “Uma Investigação Sobre a Natureza e as

¹⁶⁸ DESCARTES. René. **Discurso do método**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Causas da Riqueza das Nações”,¹⁶⁹ de Adam Smith, no ano de 1776. Na referida obra o autor defende que a livre concorrência se afigura como a melhor solução para o equilíbrio e alocação de recursos, em razão de seu poder de autorregulação. Assim, para Smith, não deve o mercado ter regulação legal pelo Estado, sendo os preços o instrumento com que a “mão invisível” comanda a atividade econômica.

É evidente que cada indivíduo, na situação local em que se encontra, tem muito melhores condições do que qualquer estadista ou legislador de julgar por si mesmo qual o tipo de atividade nacional no qual pode empregar seu capital, e cujo produto tenha probabilidade de alcançar o valor máximo. O estadista que tentasse orientar pessoas particulares sobre como devem empregar seu capital não somente se sobrecarregaria com uma preocupação altamente desnecessária, mas também assumiria uma autoridade que seguramente não pode ser confiada nem a uma pessoa individual nem mesmo a alguma assembleia ou conselho, e que em lugar algum seria tão perigosa como nas mãos de uma pessoa com insensatez e presunção suficientes para imaginar-se capaz de exercer tal autoridade¹⁷⁰.

Dany Robert Dufour ao analisar o liberalismo de Adam Smith, de maneira crítica e irônica, apresenta o Mercado como um Deus¹⁷¹ a regular as relações individuais:

A particularidade do mercado é que ele não figura mais uma origem. Ele se apresenta como uma imanência transcendente, fusionando o infinitamente múltiplo em super-unidade. Não corresponde mais a uma anterioridade ou a uma exterioridade com a qual todos teriam, por encargo, que concordar. Com efeito, o Mercado não conhece o passado ou o futuro, ele sempre se desenrola no presente, é apenas um puro espaço de troca generalizada no qual fluxos se cruzam, se conectam e se desconectam: fluxos de energia, dinheiro, inteligências, mercadorias, formas, imagens¹⁷².

A principal crítica à Economia Clássica fica a cargo da Escola Marxista, decorrente do pensamento do economista, filósofo e teórico alemão Karl Marx.

O referido autor em sua principal obra “O Capital – Crítica à Economia Política”¹⁷³ se contrapõe ao modelo apresentado por Adam Smith, tecendo um

¹⁶⁹ SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: Investigação sobre sua natureza e suas causas. Tradução de Luiz João Baraúna. Vol. II. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

¹⁷⁰ SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: Investigação sobre sua natureza e suas causas. Tradução de Luiz João Baraúna. Vol. II. São Paulo: Nova Cultura, 1996, p. 438.

¹⁷¹ DUFOUR, Dany-Robert. **O Divino Mercado**: a revolução cultural liberal. Tradução de: Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008. p. 85-95.

¹⁷² DUFOUR, Dany-Robert. **O Divino Mercado**: a revolução cultural liberal. Tradução de: Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008. p. 90.

¹⁷³ MARX, Karl. **O Capital**: Crítica da Economia Política. Tradução de: Rubens Enderle. Bomtempo Editorial. Disponível em <https://coletivocontracorrente.files.wordpress.com/2013/10/tmpsq7jbv.pdf>. Acesso em 10 julho 2017.

estudo aprofundado da sociedade de sua época e do modo de produção adotado, qual seja, o capitalismo.

Marx teoriza quanto ao valor do trabalho; quanto à diferença de valor entre o que o trabalhador produz e o retorno pago pelo empregador; sobre a tensão existente entre o que chamou de burguesia e a classe trabalhadora; sobre a ausência de planejamento do capitalismo, o que leva a crises periódicas; e sobre a necessidade de que a classe trabalhadora, como maior classe, exija seus direitos com a subversão da ordem capitalista e a criação de uma sociedade equilibrada que possibilite o desenvolvimento pleno do homem¹⁷⁴.

Em 1789, Jeremy Bentham reafirma a retomada da relação entre a lei e a economia. Referido autor, juntamente com John Stuart Mill e James Mill, foi o responsável pela difusão do utilitarismo¹⁷⁵, movimento que preconiza uma ética normativa que se dedica a explicitar questões afetas ao fazer, admirar e viver em termos de maximização da utilidade e da felicidade.

Isso posto, as ações relacionadas à economia, direito e política, que atuam fundamentalmente no campo moral, devem ser analisadas sob a tendência de aumentar ou reduzir o bem-estar social.

O princípio da utilidade é a base do presente trabalho: portanto, será apropriado, desde o início, fornecer uma explicação explícita e determinada do que se entende por ele. Pelo princípio da utilidade entende-se o princípio que aprova ou desaprova toda e qualquer ação. De acordo com a tendência, parece ter de aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão: ou, o que é a mesma coisa, em outras palavras, promover ou se opor a essa felicidade. Eu digo de toda ação e, portanto, não apenas de toda ação de um indivíduo privado, mas de toda medida de governo¹⁷⁶.

¹⁷⁴ MARX, Karl. **O Capital**: Crítica da Economia Política. Tradução de: Rubens Enderle. Bomtempo Editorial. Disponível em <https://coletivocontracorrente.files.wordpress.com/2013/10/tmpsq7jbv.pdf>. Acesso em 10 julho 2017.

¹⁷⁵ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **O Direito e a Ciência Econômica**: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito. *In*: 11ª Conferência Internacional de Direito e Economia da ALACDE, 2007, Brasília, Brasil. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley), 2007. p.6.

¹⁷⁶ Tradução livre “The principle of utility is the foundation of the present work: it will be proper therefore at the outset to give an explicit and determinate account of what is meant by it. By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever. According to the tendency it appears to have to augment or diminish the happiness of the party

A reanálise do sistema cartesiano é medida imperativa em razão da necessidade de entendimento dos conceitos em um contexto amplo e relacional, referindo-se à compreensão da realidade em função de totalidades integradas, e não da redução de suas partes em unidades menores. Inicialmente tratou-se de conceitos de medicina, saúde e ecologia, mas a ideia é facilmente relacionada à qualquer área da ciência. Desta feita, deve a ciência jurídica, da mesma forma, ser entendida de maneira integrada com áreas como a psicologia, a sociologia e, também, com a economia.

Alinhado a esse pensamento, o movimento¹⁷⁷ de Análise Econômica do Direito propôs uma reestruturação da forma de aplicação do direito, com o intuito de promover a proteção das decisões jurídicas com relação à instabilidade de fatores externos, sublinhando a importância do critério de eficiência das decisões¹⁷⁸.

A estrutura de pensamento polifônico da Análise Econômica do Direito promove uma integração de conceitos relacionados a áreas afins do conhecimento, vez que o sistema jurídico possui relação próxima com a economia, e o contrário também é verdadeiro. O sistema legal não é apartado do sistema econômico, merecendo uma visão interdisciplinar, aplicando-se a racionalidade econômica aos institutos jurídicos.

Note-se que, a despeito de o Direito se concentrar em temas relacionados à aplicação da justiça e a Economia procurar fundamentalmente a eficiência atribuída a agentes econômicos, a relação entre as duas disciplinas é facilmente perceptível em casos envolvendo, v.g., Direito Financeiro, Econômico e, até mesmo, Ambiental¹⁷⁹. Em todas as áreas jurídicas citadas, a consequência das escolhas

whose interest is in question: or, what is the same thing in other words to promote or to oppose that happiness. I say of every action whatsoever, and therefore not only of every action of a private individual, but of every measure of government” BENTHAM, Jeremy. **A introduction to the principles of morals and legislation**. Batoche Books, 2000, p.14. Disponível em <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bentham/morals.pdf> Acesso em 22 novembro 2017.

¹⁷⁷ HEINEN, Luana Renostro. **Performatividade**: o direito transformado em dispositivo pela Análise Econômica do Direito. 2016. 360 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

¹⁷⁸ POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces**. Madrid: Marcial Pons. 2011, p.259-294.

¹⁷⁹ PEIXOTO, Gabriela Costa Cruz Cunha. Análise econômica do direito ambiental: aplicação das teorias de Pigou e Coase. **Revista Direito e Liberdade** – RDL – ESMARN – v. 15, n. 3, p. 31-48,

legais terá reflexo diretamente na economia.

Sob esse enfoque, o gérmen da Análise Econômica do Direito se dá a partir da crise da década de 70 do Estado do Bem-Estar social¹⁸⁰. Foi com a evolução do pensamento, em especial com artigos de Ronald Coase e Guido Calabresi¹⁸¹, que se ampliou o rol de integração dentro do mundo jurídico, inclusive com áreas como o direito criminal, direito de família e direito constitucional.

Ronald Coase, que lecionava na universidade de Chicago, surgiu como principal expoente do referido estudo com a publicação de dois artigos, quais sejam: “*The firm, the Market and the law*”¹⁸² e *The Problem of social cost*¹⁸³. Nesse último, o autor questiona o papel das empresas, tratando da capacidade dos indivíduos de alocarem eficientemente os seus direitos independentemente da própria ordem jurídica; ordem essa que pode afetar a distribuição dos bens. Ademais, o autor trabalha a necessidade de o judiciário compreender as consequências econômicas de suas decisões.

[...]as cortes influenciam diretamente a atividade econômica. Desse modo, seria aparentemente desejável que as cortes tivessem os deveres de compreender as consequências econômicas de suas decisões e, na medida em que isso fosse possível sem que se criasse muita incerteza acerca do próprio comando da ordem jurídica, de levar em conta tais consequências ao exercerem sua competência decisória¹⁸⁴.

O movimento científico nominado *Law and Economics* teve por base as universidades americanas, em especial Yale, Berkeley e Chicago, despontando

set./dez. 2013; SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues. **Análise Econômica do Direito Ambiental: Perspectivas Internas e Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

¹⁸⁰ LAUDA, Bruno Bolson. **A análise Econômica do Direito: uma dimensão da crematística no Direito**. Disponível em <file:///C:/Users/usuario/Downloads/7026-31056-1-SM.pdf>. Acesso em 25 dez 2017.

¹⁸¹ CALABRESI, Guido. **Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts**, v. 70. Yale L.J. 499 (1961). Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/b3b6/26c3a70461117b8d158c2cc058e592f29d5b.pdf> Acesso em 20 dez 2017.

¹⁸² COASE, Ronald Harry. **The firm, the Market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press. 1990.

¹⁸³ COASE, Ronald Harry. *The problem of social cost*. **Journal of Law and Economics**, Chicago, vol. 3, n. 1, p. 1-44. 1960 Disponível em <http://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso em 20 dez 2017.

¹⁸⁴ COASE, Ronald Harry. O problema do custo social. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, Vol. 3. N. 1.9. 2008, p.15. Disponível em <http://services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=lacjls>. Acesso em 20 dez 2017

como principais expoentes Guido Calabresi, Gary Becker e Richard Posner¹⁸⁵.

O estudo procurou investigar de que modo as normas legais afetam o comportamento dos indivíduos e das instituições, bem como de que forma o direito pode proporcionar bem-estar social (ou eficiência). Ou seja, a Análise Econômica do Direito procura distanciar-se da forma tradicional das ciências jurídicas, baseadas na neutralidade da lei, ligando-se ao pragmatismo e consequencialismo¹⁸⁶. Nesse aspecto, a Análise Econômica do Direito tem por ponto central a “ideia de que o direito é instrumento para conseguir fins sociais, sendo que o fim a conseguir é o da eficiência econômica”¹⁸⁷.

Análise Econômica do direito ou *Law and Economics* é um movimento contemporâneo que combina as ciências da econômica e jurídica em uma tentativa de estudo interdisciplinar, tendo como característica comum, sem distinguir tendências e escolas, a aplicação da teoria microeconômica neoclássica do bem-estar para analisar e reformular tanto as instituições particulares como o sistema jurídico em seu conjunto¹⁸⁸.

Dessa feita, o fundamento nevrálgico é o de refutar a ideia de autonomia da ciência jurídica, retomando postulados do realismo, com a consequente possibilidade do estudo científico da realidade jurídica desde o âmbito das ciências sociais.

A despeito do entendimento clássico econômico de Adam Smith, o pensamento preconizado por Richard Posner e Gary Becker, inaugurando a chamada Escola de Chicago, propõe descrever o fenômeno jurídico a partir de mecanismos fornecidos pela Economia Neoclássica. Assim, a Escola Clássica de

¹⁸⁵ MARCELLINO JR., Julio Cesar. O movimento *Law and Economics* e a eficiência como critério de justiça: incompatibilidades entre direito, economia e democracia. **Unisul de Fato e de Direito**. v. 1, n. 1, p. 93-102, jul. 2010. Disponível em: <http://portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1037/867>. Acesso em: 28 dez 2017.

¹⁸⁶ MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância**: a maximização do acesso na busca pela efetividade. 2014. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014, p. 81. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/123198/326774.pdf>. Acesso em 22 dez 2017.

¹⁸⁷ LARA, Fabian T. R. Análise econômica do Direito como método e disciplina. **Revista e-civitas**. Belo Horizonte. V1, n 1, 2008. p.10. Disponível em <http://www.revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/2/2>. Acesso em 17 dez 2017.

¹⁸⁸ PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho**: una reconstrucción teorica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p.25.

Chicago pretende aplicar as ferramentas da análise econômica, em especial a microeconomia, para a solução de problemas jurídicos partindo da premissa utilitária de racionalidade do agente econômico, que atua sempre para a maximização da eficiência, diminuindo os custos e promovendo o aumento dos benefícios¹⁸⁹.

Nesse aspecto, a corrente neoclássica entende que o mercado de fato tende ao equilíbrio e, uma vez perturbado por causas externas, voltará a se acomodar. Ademais, reconhece que há escassez de recursos, que devem ser distribuídos por meio do mercado – como o mecanismo mais eficiente. Ainda, aprofunda o discurso indicando que a promoção do interesse público se dará a partir do comportamento racional dos indivíduos na busca de interesses próprios. Assim, partindo-se da racionalidade do indivíduo, passou a se tratar de uma perspectiva da ciência do comportamento humano, em uma relação entre fins e meios.

A Escola Clássica de Chicago é tida como conservadora por sua crença na racionalidade do tomador de decisão, baseada na eficiência econômica neoclássica (e seus modelos matemáticos). A crítica principal advém da Escola de Yale (New Haven), tendo como principal expoente Guido Calabresi.

Em sua obra *The Coast of Accident*¹⁹⁰, Calabresi discorda da posição de Posner, entendendo que reduzir o direito a conceitos de eficiência não se mostra o caminho mais adequado. Para o autor, o sistema jurídico deve contribuir para promover a redução dos custos de acidentes, servindo a responsabilidade civil para prevenir e, secundariamente, para responsabilizar o causador do dano, com a imputação de medida reparatória.

Nesse sentido, a Escola de Yale deduz que a resposta a fenômenos sociais e jurídicos não pode ficar adstrita apenas a questões de ordem econômica, mas depende de outras variáveis.

Por sua vez, a Escola da Nova Economia Institucional (NEI)¹⁹¹ propõe uma

¹⁸⁹ POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. Tradução de: Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

¹⁹⁰ CALABRESI, Guido. **The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis**. Yale University Press: New Haven/London, 1970.

¹⁹¹ GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça**: do modelo competitivo de estabilização dos conflitos à

análise mais aprofundada quanto à ideia inicial de Richard Posner, levando em consideração a importância das instituições no funcionamento do mercado, vez que os indivíduos não agem de maneira isolada (em um vácuo social).

Destarte, a solidez das instituições sociais é devesas importante para o desenvolvimento econômico, dentre essas instituições, o Poder Judiciário. Assim, além da análise quanto a condutas maximizadoras do comportamento dos indivíduos, é imprescindível analisar, também, a maximização dos interesses das organizações.

A posição da Escola *Public Choice*, cujo expoente é James Buchanan, apresenta uma perspectiva de escolha racional voltada à política. Assim, trata-se do “estudo da tomada de decisões governamentais para prover o bem-estar social optando pela defesa de bens públicos”¹⁹². Nesse aspecto, o político pensa e age, via de regra, estrategicamente para a captura da preferência do eleitor, tratando-o como mercado¹⁹³.

O político ao atuar em busca de um mandato ou, ao legislar, em última análise é visto como um maximizador de interesse pessoal, portanto em busca de uma reeleição ou de popularidade o que, por fim, ainda o leva a ter de maximizar interesses de seus representados para manter-se em seu cargo¹⁹⁴.

Perspectiva interessante é exibida pela Escola *Behavioral Law and Economics*, indicando a interdisciplinaridade entre conceitos da psicologia e da economia. Nesse diapasão, a referida escola indica que o agente econômico nem sempre é racional, na media em que, por vezes, se comporta a fim de seguir expectativas esperadas de seu comportamento, levado a uma decisão sem analisar as causas e consequências de sua escolha, por exemplo, acompanhando as

estratégia cooperativa. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016, p. 122.

¹⁹² GONÇALVES, Everton das Neves. **A Teoria de Posner e sua aplicabilidade à Ordem Constitucional Econômica de 1988**. 1997. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. p. 124.

¹⁹³ DIAS, Marco Antônio. **James Buchanan e a “Política” na escolha pública**. Disponível em <file:///C:/Users/andre/Documents/Mestrado/Material%20disserta%C3%A7%C3%A3o/AED/public%20choice%202.pdf>. Acesso em 27 dez 2017.

¹⁹⁴ GONÇALVES, Everton das Neves. **A Teoria de Posner e sua aplicabilidade à Ordem Constitucional Econômica de 1988**. 1997. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. p. 125.

escolhas do grupo ao qual pertence.

O interesse próprio é limitado em uma gama muito mais ampla de configurações do que a economia convencional assume, e o limite opera de maneiras diferentes do que o entendimento convencional sugere. Em muitos cenários de mercado e barganha (em oposição a configurações que não são de mercado, como decisões de herança), as pessoas se importam em ser tratadas de forma justa e querem tratar os outros de forma justa, se os outros estão se comportando de forma justa¹⁹⁵.

Assim, para a referida Escola, a análise do comportamento racional do indivíduo calcado em maximizar seus interesses não consegue explicar, por vezes, comportamentos baseados no altruísmo, ou mesmo, no sentimento de justiça.

Destarte, resta demonstrado que a base do pensamento da Análise Econômica do Direito se fulcra no comportamento racional do indivíduo em busca da maximização de seus interesses, sendo eles econômicos ou não (conforme bem asseverado pelas Escolas apresentadas). Nesse sentido, imprescindível compreender os pressupostos do movimento.

2.2 OS PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A evolução do pensamento referente à *Law & Economics* ficou demonstrada pela sequência de escolas que se seguiram a partir de sua base fundamental, seja se contrapondo ao modelo apresentado pela Escola Clássica de Chicago, seja na procura de aperfeiçoamento do pensamento originalmente proposto.

Nesse aspecto, a fim de se entender de forma segura os preceitos da Análise Econômica do Direito, é fundamental aprofundar a discussão quanto aos pressupostos metodológicos, em especial no que se refere à base fundante do pensamento ora em estudo.

A *Economic Analyses of Law* preconizada por Posner, em 1973, propõe uma

¹⁹⁵ Tradução livre. Texto original: "Self-interest is bounded in a much broader range of settings than conventional economics assumes, and the bound operates in ways different from what the conventional understanding suggests. In many market and bargaining settings (as opposed to nonmarket settings such as bequest decisions), people care about being treated fairly and want to treat others fairly if those others are themselves behaving fairly". JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R; THALER, Richard. **A Behavioral Approach to Law and Economics**. p. 1479 Disponível em <http://www.law.harvard.edu/programs/olincenter/papers/pdf/236.pdf> Acesso em 27 dez 2017.

teoria explicativa dos institutos jurídicos, assim como uma teoria normativa baseada em pressupostos econômicos. Tomando emprestados conceitos e métodos econométricos, apresenta uma alternativa ao sistema cartesiano, promovendo a aplicação de conceitos da Economia para o exame da formação, da estrutura, dos processos e dos impactos do direito e das instituições legais na sociedade. Trata-se, pois, de uma abordagem interdisciplinar¹⁹⁶.

A Escola de Chicago sugere uma teoria explicativa dos institutos jurídicos baseada em resultados da maximização de forma relativamente coordenada de preferências individuais, tendo por base métodos da teoria microeconômica.¹⁹⁷ Destarte, os indivíduos, assim como os agentes econômicos, tendem a comparar os custos e benefícios das alternativas propostas antes do processo de tomada de decisão, procurando, dessa forma, a maximização dos benefícios de seus interesses.

Tal processo de decisão, baseado na análise de custos e benefícios a fim de buscar a melhor alternativa para atendimento de interesses próprios, é encontrado não apenas em processos de escolha de ordem econômica, mas também em relações sociais, políticas e culturais. A natureza racional do homem procura aumentar ao máximo seus fins da vida e suas satisfações, ou seja, o interesse próprio.

Muchos abogados creen que la economía es el estudio de la inflación, el desempleo, los ciclos económicos y otros fenómenos macroeconómicos misteriosos, alejados de los intereses cotidianos del sistema legal. En realidad, el campo de la economía es mucho más amplio. Tal como se entiende en este libro, la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo (nuestro mundo) donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas. Así definida la economía, su tarea consiste en explicar las consecuencias del supuesto de que el hombre es un maximizador racional de sus fines en la vida, sus satisfacciones (lo que llamaremos su "interés propio"). No debe confundirse la maximización racional con el cálculo consciente. La economía no es una teoría de lo consciente. El comportamiento es racional cuando se ajusta al modelo de la elección racional, cualquiera que sea el estado mental de quien elige. Y el interés propio no debe confundirse con el egoísmo; la felicidad (o la miseria) de otras personas puede formar parte de nuestras

¹⁹⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5ªed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 33.

¹⁹⁷ NASCIMENTO, Fábio Severiano do. Algumas contribuições teóricas da Análise Econômica do Direito no estudo da tributação. **Revista de Direito da Cidade**, vol.03, nº01, p. 232-260. p. 238.

satisfacciones¹⁹⁸.

Nesse contexto, sob uma ideia de escolha individual racional, Posner sustenta sua análise econômica do direito. Para o autor, os fenômenos sociais podem ser explicados a partir do comportamento racional dos indivíduos.

Levando em conta que os indivíduos têm preferências e são capazes de ordená-las, bem como de que tais preferências podem ter caráter material, o indivíduo racionalmente busca a máxima vantagem calcada em uma análise de custos e benefícios de seu interesse. Para tanto, o processo de escolha leva em consideração fundamentos da economia, como a lei da demanda (relacionando o preço-custo com a disponibilidade do objeto no mercado), o equilíbrio competitivo (ponto em que não haja qualquer incentivo para que os vendedores alterem o preço da produção, a menos que mudem as condições da demanda e da oferta) e um mercado livre (em que haja voluntariedade nos processos de troca)¹⁹⁹.

Os pressupostos ao processo de escolha apresentados derivam, como já asseverado, de uma análise baseada na microeconomia, dizendo respeito a decisões tomadas por pequenos grupos e indivíduos, como famílias, firmas e órgãos governamentais. Assim, a microeconomia utilizada na base de pensamento da Escola Clássica de Chicago funda-se no estudo de como os recursos escassos são alocados entre fins que são alternativos entre si²⁰⁰.

A escassez, como um elemento intrínseco da lei da demanda, decorre de premissa de que os bens materiais são finitos e os interesses, infinitos. Dessa forma, trabalha-se com o aquém do necessário para suprir as expectativas e vontades dos agentes econômicos. Mesmo se tratando de escolhas de ordem política, como a alocação de recursos em determinado setor da sociedade – na saúde, por exemplo, o protagonista da escolha deverá sopesar as consequências do fato de deixar de alocar tais recursos em educação ou segurança. Trata-se, pois, do custo de

¹⁹⁸ POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 11.

¹⁹⁹ POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 11-18.

²⁰⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5ªed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 35-36.

oportunidade, ou seja, o ato de deixar algo em detrimento de escolha diversa.

Importante destacar que o processo de escolha racional baseado em custos e benefícios é baseado na avaliação dos fatos segundo as preferências dos agentes e do conjunto de informações disponíveis no momento da decisão, podendo indicar que se trata de um processo consequencialista, baseado no pragmatismo²⁰¹.

Nesse diapasão, adverte-se que o processo de escolha se afigura como um exercício de prospecção, baseado em informações pretéritas que fundamentam o exercício decisório. Assim, a opção está voltada ao futuro, pois vislumbra as consequências do ato, mas alicerçada em informações disponíveis naquele momento, sempre voltadas à busca pela maximização dos interesses de quem decide.

O conceito de maximização racional se perfectibiliza pelo fato de o indivíduo apenas agir por ter vislumbrado a oportunidade de ganho após uma fria e racional análise de custo-benefício. Assim, o processo de escolha passa por uma avaliação do nível de satisfação do indivíduo que irá definir se a decisão lhe é útil ou não.

Surge nesse ponto a principal crítica preconizada pela Escola Comportamental (*Behavioral Law and Economics*), pois a Escola Clássica não consegue explicar desvios cognitivos ou mesmo psicológicos dos indivíduos que se afastam do comportamento esperado²⁰², promovendo escolhas que destoam da

²⁰¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner**. Disponível em file:///C:/Users/usuario/Downloads/fulltext_stamped.pdf. Acesso em 03 mai 2018; SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/wp-content/uploads/2015/03/A-Hist%C3%B3ria-do-Decl%C3%ADnio-e-Queda-do-Eficientismo-na-Obra-de-Richard-Posner-Por-Bruno-Meyerhof-Salama.pdf>. Acesso em 05 mai 2018.

²⁰² “Um dos exemplos citado é o do ultimatum *bargaining game*. Dois participantes, que desconhecem as identidades um do outro – a interação é anônima – e que necessitam dividir uma soma de dinheiro, sob a regra de que um deles fará a proposta do critério de divisão, e o outro terá a possibilidade de aceitá-la – caso em que os participantes dividirão a quantia – ou rejeitá-la – caso em que nenhum dos participantes recebe qualquer quantia. A “teoria da escolha racional” prevê que o policitante tirará vantagem da situação, sugerindo uma distribuição desproporcional da quantia, na certeza de que o oblato preferirá pouco a nada. Os estudos experimentais realizados, contudo, demonstraram que o resultado mais comum para este jogo foi o de uma repartição igual da quantia (metade para cada participante) e que, de outro lado, quando a proposta feita indicou uma desproporção significativa (mais de 70% para o policitante) o oblato preferiu rejeitá-la (ficando com um resultado de zero). Essas observações trazem consequências na avaliação acerca de como as partes devem se comportar, especialmente no tocante à formação dos contratos”.

tendência de racionalidade majoritária. Deve-se levar em conta para análise da utilidade da escolha não apenas bens materiais ou de consumo, mas também o grau de alegria, altruísmo, desilusão ou amor.

Nessa senda, o bem-estar do agente deve ser definido pela avaliação do custo-benefício relativo ao contexto de preferências do indivíduo. Assim, o bem-estar é mensurado pela utilidade que o indivíduo retira da decisão. Ademias, deve se levar em conta, no contexto de escolha individual, as decisões que o sujeito poderia ter tomado, mas que deixou de tomar baseado em uma análise pretérita dos custos e benefícios

A fim de se avançar no entendimento dos pressupostos metodológicos, imprescindível que se entenda no que consiste o bem-estar social e quais são os critérios obedecidos para sua escolha.

A forma mais habitual de definição de bem-estar social é aquela que reflete a soma simples das utilidades individuais, ou seja, o bem-estar social seria a soma do bem-estar (satisfação) de cada um dos indivíduos que compõem determinado grupo. Tal definição foi classificada como utilitarista, a exemplo do pensamento de Jeremy Bentham²⁰³, supramencionado. Dessa forma, entende-se como bem-estar a busca pela eficiência e satisfação pessoal, pouco importando a igualdade distributiva, desde que haja a maximização do bem-estar dos indivíduos que compõem a sociedade, o que se consideraria eficiente.

O conceito de eficiência, embora tenha ligação com a iniciativa privada e com o mundo de negócios, para a análise econômica significa otimização de alguma medida de valor. Nesse sentido, o conceito de eficiência pode ser também conceituado como a maximização do bem-estar social, ou seja, a maximização dos níveis de satisfação de determinado grupo social. Para Kaldor-Hicks, havendo a percepção de altos níveis de utilidade nas escolhas e o somatório simples de tais níveis tiverem sido maximizados, teremos a perfectibilização do conceito de

SANTOLIN, Cesar. Behavioral Law And Economics e a Teoria dos Contratos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 1 (2015), nº 3. 407-430, p.410.

²⁰³ BENTHAM, Jeremy. **A introduction to the principles os morals and legislation**. London: Batoche Books, 2000.

eficiência²⁰⁴.

Assim, a Eficiência Potencial de Kaldor-Hicks caracteriza-se por toda a situação em que aquilo que pode melhorar a posição de alguém é mais valioso do que os prejuízos causados a outrem que se vê diminuído em seu bem-estar ou, ainda, eficiência potencial é verificada quando os benefícios totais - sociais - líquidos são máximos tomando possível *comprar* a aquiescência dos perdedores com o que obtém os ganhadores²⁰⁵.

De outra banda, no entendimento de Pareto²⁰⁶, o critério de eficiência estipula que uma determinada medida é considerada eficiente somente quando melhora o nível de bem-estar de alguém sem piorar o nível de bem-estar de outrem. Assim, leva-se em consideração a diferença entre maximização de utilidade e maximização de riqueza, já que pessoas podem atribuir utilidade distinta a uma mesma quantidade de riqueza.

Assim, entende-se que uma mudança socioeconômica apenas seria considerada eficiente acaso o novo cenário viesse a desenvolver um produto superior ao *status quo ante*, sem que houvesse perdas para nenhum dos atores socioeconômicos envolvidos²⁰⁷. Na mesma linha, “o bem-estar de uma sociedade é máximo se não existe outro estado tal que seja possível aumentar o bem-estar de um indivíduo sem diminuir o bem-estar dos demais”²⁰⁸; ou seja, não há meios de melhorar a situação de um, sem prejudicar a situação dos outros. Tal definição é chamada de “ótimo de Pareto”, pois seria a maneira mais eficiente de divisão de recursos em dado contexto econômico.

Ocorre que, mesmo com a definição do “ótimo de Pareto, percebe-se o distanciamento de conceitos distributivos, pois é possível que a repartição originária seja realizada, por exemplo, de maneira concentrada em apenas um indivíduo,

²⁰⁴ BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: a questão da compensação social. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**. e-ISSN:2526-0057. Brasília. V-2.n.1.jan-jun 2016. p. 27-45. Disponível em indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/download/1595/PDF. Acesso em 28 dez 2017.

²⁰⁵ GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. 1997. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997, p. 53.

²⁰⁶ PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

²⁰⁷ COASE, Ronald Harry. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, vol. 3, n. 1, p. 1-44. 1960. Disponível em <http://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso em 20 dez 2017. p. 2.

²⁰⁸ PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, p.14.

desde que o outro indivíduo não obtenha nenhum valor. O que não se admite é que um dos indivíduos, após distribuídos os recursos, venha a perder parte de seu valor para complementar o de outrem.

Contra-pondo-se à análise apresentada, John Rawls desenvolveu perspectiva segundo a qual não é possível promover bem-estar social com a utilização de critérios de eficiência e desigualdades na promoção de benefícios, motivo pelo qual sustenta a necessidade de que os indivíduos com menor utilidade (nível de satisfação) possuam preponderância na distribuição dos ganhos. Para Rawls, “as expectativas mais elevadas dos que estão em melhor situação serão justas se, e somente se, fizerem parte de um esquema que eleve as expectativas dos membros mais desfavorecidos da sociedade”²⁰⁹.

Destarte, a perspectiva Econômica entende as relações sociais de maneira a se buscar a máxima eficiência, sendo tal assertiva aplicável às relações que envolvem o Direito, ou seja, as relações jurídicas seriam elementos que contribuem para a melhoria do bem-estar social.

A teoria normativa da *Economics Analysis of Law* baseia-se, fundamentalmente, em “como as normas legais e sanções afetam o comportamento dos indivíduos e, utilizando-se dos pressupostos econômicos, quais seriam as normas jurídicas mais eficientes”²¹⁰. Nesta senda, por intermédio da influência da norma sobre o comportamento dos indivíduos, possibilita-se a aproximação do ser com o dever ser.

Desta forma, da interação das duas disciplinas, a Jurídica e a Econômica, surge a possibilidade de conhecimento das estruturas jurídicas formais e substanciais; ou seja, a norma e seu conteúdo, mediante o delineamento de um Direito Econômico capaz de dar concretude às políticas econômicas ideologizadas, constitucionalmente, através de normas programáticas, bem como, por meio das normas ordinárias que tenham vistas ao planejamento econômico, à previsão e à prospecção²¹¹.

²⁰⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 91.

²¹⁰ HEINEN, Luana Renostro. **A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>. Acesso em 20 dez 2017.

²¹¹ GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. 1997. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis,

Assim, a ciência da Economia colabora com a ciência jurídica ao elaborar modelos de comportamento que auxiliam na previsibilidade e controle das ações dos indivíduos. Ademais, auxilia nas escolhas políticas quando da elaboração de espécies normativas, pois ampara a projeção das consequências dessas escolhas a partir de uma gama de informações preexistentes, ou seja, consegue antecipar “os prováveis efeitos das regras jurídicas sobre o comportamento dos atores sociais relevantes em cada caso”²¹². Da mesma forma, a adoção da análise de consequências baseada em escolhas racionais com fulcro na busca do bem-estar socorre o jurista no processo decisório, pois surge como mais uma ferramenta argumentativa para definição do critério de justiça.

É certo que não se trata aqui de fórmula mágica e restrita para a formulação do direito ou aplicação dele. Em verdade, trata-se de mais um ferramental para a aplicação da justiça no caso concreto, devendo a metodologia apresentada ser aplicada com reservas, mormente em face ao sistema jurídico brasileiro, calcado fundamentalmente no direito codificado da *Civil Law*.

Qual seria, então, o projeto acadêmico da disciplina de Direito e Economia? A meu ver, deve ser essencialmente o de (a) aprofundar a discussão sobre as opções institucionais disponíveis, trazendo os efeitos de cada opção para o centro do debate, (b) apontar os incentivos postos pelas instituições jurídico-políticas existentes, de modo a identificar interesses dos diversos grupos, inclusive daqueles sub-representados no processo político representativo, (c) repensar o papel do Poder Judiciário, de modo que este se encaixe nos sistemas modernos de formulação de políticas públicas, mas tendo em conta que o país já possui uma tradição jurídica, e (d) enriquecer a gramática jurídica, oferecendo novo ferramental conceitual que ajude os estudiosos, os profissionais, e os pesquisadores em Direito a enfrentar dilemas normativos e interpretativos²¹³.

Não se pretende aqui afastar o método hermenêutico jurídico tradicional, de interpretação alicerçada em conceitos estritamente jurídicos ou morais, mas de observar as prescrições legais como pautadoras de condutas, considerando que regras servem de incentivos aos indivíduos a que se dirigem, os quais realizam os

1997, p. 228.

²¹² SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Economia. In: RODRIGUEZ, José R. **Fragmentos Para Um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 105.

²¹³ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Caderno Direito GV**, v. 5, n. 2, mar. 2008. p. 38-39. Disponível em http://emporioidireito.com.br/wp-content/uploads/2015/04/CadernosDireitoGV_PesquisaDireitoEEconomia.pdf. Acesso em 28 dezembro 2017.

cálculos dos custos e dos benefícios quando do alicerce de suas condutas²¹⁴.

A Análise Econômica do Direito se apresenta como uma forma de explicar as doutrinas jurídicas e os resultados dos casos em algumas áreas do direito²¹⁵ sob um viés pragmático.

La importancia que tiene la economía para el estudio del comportamiento judicial reside principalmente en la unión de la economía con el pragmatismo. Al economista, como al pragmatista, le interesa descubrir las consecuencias prácticas más que verse envuelto en un análisis de tipo lógico o semántico de las doctrinas jurídicas²¹⁶.

Isso posto, a despeito de se tratar de uma visão pragmática, nutrindo a ideia de que é possível entender e até mesmo antecipar o comportamento humano baseado em premissas racionais de análise de custo-benefício e obtenção do máximo de vantagem para o indivíduo, a análise econômica não tem por condão substituir a teoria geral do direito. O principal objetivo é a busca da eficiência (maximização de bem-estar social) das decisões judiciais com base em postulados da economia, auxiliando no processo de tomada de decisões por parte do operador jurídico.

2.3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUA RELAÇÃO COM A TEORIA DOS JOGOS

Partindo da premissa de que as relações podem ser regidas e definidas a partir de uma análise de comportamento racional a fim de buscar a maximização de benefícios e, com isso, o bem-estar, bastante razoável entender que o comportamento dos sujeitos e suas escolhas partem, via de regra, da adoção de estratégias de atuação.

Nesse aspecto, a Análise Econômica do Direito, baseada em conceitos da microeconomia, bem define que diante de opções, o indivíduo tende a avaliar de forma racional quais os custos e benefícios de sua decisão, bem como quais as consequências de sua escolha virtualmente não realizada (custos de oportunidade),

²¹⁴ GICO JÚNIOR, Ivo T. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 18-19.

²¹⁵ POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 266.

²¹⁶ POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 267.

para então efetivamente optar pelo caminho que lhe traga maior utilidade (nível de satisfação).

Ocorre que o processo de definição racional de caminhos perpassa por uma série de circunstâncias que devem ser levadas em conta. Ora, a busca pela maximização de interesses pessoais ou pela eficiência (maximização de bem-estar social) deve levar em consideração outros personagens que também possuem interesses comuns, ou contrários. Assim, o contexto social em que o sujeito está inserido faz com que o agente procure estratégias de atuação a fim de atingir seu objetivo, alcançando o valor²¹⁷ almejado.

Nesse cenário de busca de maximização de interesses relacionado a outros elementos externos que podem influenciar nas consequências das escolhas é que se desenvolve a Teoria dos Jogos. Assim, tal teoria “é um instrumento utilizado pela Análise Econômica do Direito para ajudar a entender ou mesmo prever os comportamentos das pessoas quando há interesses em conflito”²¹⁸.

A Teoria dos Jogos se debruça, em especial, quanto à análise geral de interação estratégica levando em consideração situações que envolvam relações entre agentes racionais, vez que as ações de determinado agente, ainda que de forma individual, atingem os demais.

Consideraremos como sendo um jogo todas as situações que envolvam interações entre agentes racionais que se comportam estrategicamente. Por interações compreenderemos as ações de cada agente individualmente que afetam os demais. Um agente é qualquer indivíduo, ou grupo de indivíduos (empresas, governos, sindicatos, partidos, países, blocos comerciais, etc.), com capacidade de decisão para afetar os demais. Na teoria dos jogos são chamados jogadores, atores ou players²¹⁹.

Assim, por meio de regras, procura-se determinar o comportamento que os jogadores devem ter para garantir os melhores resultados, levando em conta os contramovimentos de outros participantes. Nesse aspecto, o resultado do jogo depende das estratégias de escolhas dos demais agentes (sejam estratégias

²¹⁷ Aqui se entende o termo “valor” não como quantidade de riqueza ou bem material, mas como interesse do indivíduo, podendo ser considerado como status, amor, resultado em determinado trabalho, ou, como se verá mais adiante, a descoberta do crime e de sua autoria.

²¹⁸ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos**: Contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.109.

²¹⁹ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 24.

comuns ou diferentes), bem como das condições do ambiente em que o jogo é travado.

Os jogos são, portanto, todas as maneiras de interações compostas por participantes que buscam satisfazer suas necessidades e, nas quais, as suas decisões interferem nas reações dos demais, havendo previsão dos resultados frente à imposição vertical de regras²²⁰.

Desenvolvido a partir do século XVII, o estudo dos jogos teve por precursores James Waldegrave (1713), Augustin Cournot (1838), Francis Ysidro Edgeworth (1881), Ernst Zermelo (1913) e Emile Borel (1921), contudo, sem grandes repercussões científicas. Foi com o matemático John Von Neumann, em 1928, demonstrando que todo jogo de soma zero²²¹ com duas pessoas possui uma solução em estratégias mistas, e com a publicação de “*The Theory of Games and Economic Behavior*” de Oskar Morgenstern (1944), que as ciências da Matemática e Economia voltaram seu olhar para a Teoria dos Jogos²²². Nesse ponto, destaca-se a contribuição do matemático John Forber Nash Júnior (1950), tendo desenvolvido estudo importante para a Teoria dos Jogos ao propor uma perspectiva de jogos não cooperativos, provando a existência de um equilíbrio de estratégias mistas, o que passou a ser chamado “Equilíbrio de Nash”.

A Teoria dos Jogos apresenta excelentes ferramentas para o desenvolvimento da personalidade e da inteligência dos indivíduos, vez que coloca o sujeito em situações nas quais perder ou vencer relaciona-se com escolhas adequadas realizadas pelo agente durante a partida.

Os jogos a que se referem tal teoria não se restringem ao tradicional conceito de atuação estratégica em jogos de recreação, podendo ser aplicados a situações que envolvam um conjunto de indivíduos que tenham envolvimento entre si, e que possuam interdependência recíproca, de modo que as decisões de uns influenciam

²²⁰ GONÇALVES, Jéssica **Acesso à justiça**: do modelo competitivo de estabilização dos conflitos à estratégia cooperativa. 2016. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016, p. 158.

²²¹ Jogos de soma zero são aqueles em que a vitória de um jogador resulta na derrota de outro.

²²² D'AMICO, Ana Lúcia. **A contribuição da teoria dos jogos para a compreensão da Teoria de relações públicas**: uma análise da cooperação. 2008. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Comunicação Social. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 20-21. Disponível em <http://repositorio.pucrs.br:8080/dspace/handle/10923/2198>. Acesso em 12 dezembro 2017.

as escolhas dos outros, como na política, em empresas, ou mesmo em órgãos governamentais: em uma Delegacia de Polícia, por exemplo.

Os jogos, considerados como uma representação formal das interações entre sujeitos racionais, possuem elementos estruturantes²²³.

O primeiro elemento diz respeito à percepção de que o jogo é um modelo estrutural, envolvendo técnicas de descrição e análise, ou seja, a existência de regras preestabelecidas. Na sequência, como segundo elemento, temos as interações, ou seja, como os agentes considerados individualmente afetam os demais. Ainda, os agentes, ou jogadores, como aqueles indivíduos ou grupo de indivíduos com capacidade de decisão para afetar os demais, constituem o terceiro elemento. As estratégias de atuação compõem o quarto elemento, restando o quinto elemento como a recompensa (*payoffs*).

O primeiro elemento, qual seja, as regras, constitui-se de uma série de princípios e normas que regulamentam o jogo, indicando as possibilidades e limites de atuação do jogador, bem como a existência ou não de um mediador ou juiz. Cada tipo de jogo possui regras próprias, diferentes umas das outras.

Insta destacar que no que tange às regras dos jogos, em razão da natureza deste trabalho acadêmico, serão tratadas no capítulo 3 do presente estudo, pois se relacionam com o Direito Processual Penal e a Constituição da República. Quanto às interações, serão tratadas juntamente com o terceiro elemento, qual seja, os agentes dos jogos.

Nessa senda, os jogadores (*players*) são quaisquer indivíduos ou organizações envolvidas no processo de interação estratégica que tenham autonomia para tomar decisões²²⁴. Destarte, o jogador, como agente racional, e no intuito de maximizar seus benefícios, se comporta de tal forma a atingir seus objetivos, planejando estratégias para atuação nos segmentos sociais em que está inserido.

²²³ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 25 .

²²⁴ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 51.

Importante destacar que, conforme já estudado, os objetivos do *player* não se restringem à esfera econômica, sendo possível que o seu valor de desejo seja eventual destaque social, atitudes morais, ou mesmo a satisfação de necessidades humanas básicas (como sexo, comida, segurança, etc).

Da mesma forma, o jogo pode ser jogado não por pessoas naturais, mas por organizações, levando em conta a existência de subjogos²²⁵ exercidos pelos seus administradores. Assim como nas relações sociais, as empresas ou órgãos também possuem interesses e objetivos (sejam eles econômicos ou não), atuando de forma estratégica para otimizar os seus intentos.

Em todos os casos, a interação entre os jogadores é essencial para que se alcancem os objetivos almejados. Tal relação interativa pode ocorrer entre pessoas naturais, entre pessoas naturais e organizações, ou somente entre organizações, cada qual buscando o melhor resultado possível.

Assim, o jogador pode estar inserido ao mesmo tempo em diversos jogos, devendo agir de maneira estratégica em cada qual, levando em conta as consequências de suas decisões no jogo específico e eventual relação com o jogo simultâneo²²⁶.

Aqui resta claro que as decisões tomadas por um dos agentes influenciam na decisão dos demais *players*, que exercerão suas escolhas futuras baseadas nas experiências experimentadas e nas informações que possuem, desencadeando um jogo sequencial²²⁷. O processo de interação estratégica entre os jogadores

²²⁵ “O conceito de subjogo está relacionado aos possíveis desdobramentos de um processo de interação estratégica em que os jogadores tomam suas decisões em uma ordem predeterminada” FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p.169.

²²⁶ Jogos simultâneos são aqueles em que cada jogador ignora as decisões dos demais no momento em que toma a sua própria decisão, e os jogadores não se preocupam com as consequências futuras de suas escolhas. FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p.56.

²²⁷ “Quanto à classificação dos jogos, podemos indicar a existência de: a) os jogos simultâneos: aqueles nos quais os jogadores decidem sem conhecer informações do seu oponente; b) jogos sequenciais: cada etapa do jogo o participante tem informação sobre o oponente para calcular a melhor estratégia, sendo que essa espécie se conjuga com os jogos de informação perfeita; c) jogo de informação perfeita: também conhecido como indução inversa, permite aos jogadores saberem previamente os movimentos dos demais; d) jogo de informação imperfeita: aqueles em que o jogador faz escolhas sem ter conhecimento acerca do histórico do jogo; e) jogo de informação completa: os jogadores sabem sobre toda a estrutura dos jogos; f) jogos de informação

desenvolve uma série de etapas futuras do próprio jogo. Assim, o desenvolvimento por etapas do processo também deve ser levado em consideração no processo de interação entre os agentes, pois podem representar importante fator estratégico a ser considerado em um futuro negocial ou de enfrentamento.

Nesse ponto, leva-se em conta que as escolhas de um jogador influenciam na decisão dos outros jogadores, bem como as decisões proferidas pelos demais jogadores terão consequências sobre o primeiro. Isso posto, o destino e a ação baseiam-se nos movimentos e nas respostas alheias, dadas as possibilidades dos demais²²⁸.

O processo de inter-relação entre os jogadores é exercido de maneira que cada qual obtenha resultados que sejam compatíveis com seus objetivos precípuos, de modo que a escolha dos caminhos para alcançar os resultados planejados é marcada por estratégias de atuação que se amoldam e se modificam a cada etapa.

Ao tratar da Análise Econômica do Direto tem-se a oportunidade de trabalhar com conceitos de exame de custo e benefício e de utilidade (nível de satisfação) referentes às escolhas dos jogadores. Assim, ao lidar com conceitos de escolha racional, necessariamente deve-se averiguar no que consiste a estratégia ou tática no jogo.

Para Fiani, “uma estratégia é um plano de ações que especifica, para um determinado jogador, que ação tomar em todos os momentos em que ele terá de decidir o que fazer”²²⁹.

Nesse diapasão, a escolha racional dos caminhos a serem escolhidos em

imperfeita: neste os jogadores conhecem as estratégias, porém não tem ciência das ações; g) jogo de informação incompleta pelo qual o jogador não conhece algum elemento do jogo; h) jogos simétricos são aqueles nos quais o pagamento (resultado) para os jogadores em participar de uma estratégia depende apenas da estratégia escolhida e não de quem está jogando; i) assimétricos: referem-se quando as estratégias são diferentes para cada parte e a jogada depende do demais”. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 32-33.

²²⁸ D’AMICO, Ana Lúcia. **A contribuição da teoria dos jogos para a compreensão da Teoria de relações públicas: uma análise da cooperação**. 2008. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Comunicação Social. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 20-21. Disponível em <http://repositorio.pucrs.br:8080/dspace/handle/10923/2198>. Acesso em 12 dezembro 2017, p. 41.

²²⁹ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 61.

cada etapa pelo jogador passa necessariamente pelo grau de conhecimento das relações estabelecidas nas etapas anteriormente jogadas. Caso o jogador tenha pleno conhecimento do que se passou até então, temos o chamado “jogo de informação perfeita ou completa”. Contudo, estando o *player* entrando no jogo sem conhecer as etapas pretéritas, chamamos de “jogo de informação imperfeita ou incompleta”.

Assim, com base em informações obtidas antes de sua jogada (decisão ou escolha), o agente pode desenvolver um ramo de opções (formando uma árvore de decisão) para que possa analisar, de maneira mais clara, suas alternativas de atuação, mapeando as atuações de outros jogadores, bem como definindo qual sua melhor estratégia (estratégia dominante²³⁰). Isso posto, “a tomada de decisão possui em comum um sujeito que analisa as opções disponíveis e elege a melhor (dominante) conforme as informações apuradas, na sua grande maioria, incompletas”²³¹.

Mapear as estratégias dominantes e dominadas mostra-se imprescindível para o agente que pretende maximizar seus ganhos, e, para tanto, é fundamental desenvolver a árvore de decisão (sem a qual não se joga profissionalmente) e, dessa forma, adaptar sua estratégia às jogadas dos oponentes²³².

Nos jogos dinâmicos os fatores contexto, tempo e interação ganham relevância, uma vez que os subjogos serão diversos, ou seja, há uma sequência de movimentos, no espaço e no tempo, que precisam ser avaliados antes da ação primeira. A cada momento, na árvore do jogo, pode-se verificar, por antecipação, os movimentos possíveis, alternativas e meios de contra-ataque, desde o ponto de vista racional. Em cada subjogo se verifica um nó da árvore que antecede aos demais subjogos²³³.

As táticas (cursos alternativos de ação) utilizadas para atingimento do objetivo estratégico podem ser variadas e aplicáveis de acordo com a etapa do jogo, sobretudo em face do grau de racionalidade do oponente. Nesse cenário, surge a possibilidade de interação por meio de blefes, truques, trunfos, ameaças e riscos,

²³⁰ Estratégia dominante é aquela que deixa o jogador em situação vantajosa, independentemente do que o outro fala.

²³¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 204.

²³² AXELROD, Robert M. **A Evolução da cooperação**. São Paulo: Leopardo, 2010, p. 65.

²³³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.205.

devendo se tomar o máximo de cautela para não subverter as regras do jogo, ou seja, deve-se jogar com ética (*fair play*).

O blefe caracteriza-se pelo ato de fingir determinada situação fática a fim de provocar no adversário uma ação que tomaria acaso a situação apresentada efetivamente fosse verdadeira. Tal tática provoca nos jogadores a noção de incerteza se as alegações dos demais jogadores são verdadeiras ou não²³⁴.

O truque é considerado como ação que contorna “um impasse de maneira mais eficiente, não se confundindo com simplificações abusivas, nem com milagres, no limite do jogo limpo”²³⁵. Nessa senda, ações que possibilitem o desviar de atenção de um jogador ou mesmo provocar a instabilidade emocional, são possíveis dentro da esfera de atuação do jogador. Exemplificando, a roupa utilizada pelo jogador ou mesmo a forma de tratamento pessoal podem desestabilizar emocionalmente o adversário ou fazê-lo perder a atenção em determinada etapa.

Sendo o estudo da árvore de decisões elemento essencial para o jogador, certo se parece que a informação²³⁶ no jogo é fundamental para o sucesso em cada etapa. Assim, a obtenção de informações ou mesmo a captura de eventual elemento do jogo que seja de interesse do adversário pode constituir um trunfo, possibilitando a alteração de estratégia de atuação do opositor.

Da mesma forma, a ameaça também é considerada um movimento tático que tem por intuito apresentar aos demais jogadores, ou ao opositor direto de determinada etapa, a percepção de uma jogada realizada pelo *player* que alteraria o panorama da árvore do jogo. Ou seja, o agente apresenta determinada situação ou informação que, uma vez utilizada, alteraria os parâmetros da partida. Com isso, o agente promove uma mudança do desenvolvimento do jogo a seu favor.

Essa mudança do desenvolvimento do jogo a seu favor pode se dar por

²³⁴ BÊRNI, Duilio de Avila. **Teoria dos Jogos**: Jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2004, p. 07.

²³⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 207.

²³⁶ “Um conjunto de informação é um conjunto constituído pelos nós que o jogador acredita poder ter alcançado em uma dada etapa do jogo, quando é sua vez de jogar”. FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 63.

uma alteração na ordem em que os jogadores inicialmente jogariam, ou por uma modificação nas recompensas dos jogadores, ou pelas duas coisas ao mesmo tempo. A ideia é que a mudança no desenvolvimento do jogo seja suficiente para tornar a ameaça ou a promessa críveis²³⁷.

Importante destacar que todas as táticas apresentadas devem ser cuidadosamente exercidas, mesmo porque podem também ser utilizadas pelos adversários, afastando os *players* de eventual jogo de cooperação. Ora, coopera-se com quem coopera, não se coopera com quem trai.

Tratando-se o jogo de uma sucessão de etapas (subjogos sucessivos), o comportamento de determinado agente pode significar a quebra ou impossibilidade de cooperação, o que a Teoria dos Jogos chama de *tif-for-tat* (expressão que corresponde a “olho por olho” ou “coopere comigo que cooperarei com você”). A referida tática apresenta quatro virtudes básicas: simplicidade, provocabilidade, clemência e clareza; devendo ser simples e transparente a fim de não recompensar o bem pelo mal. De outra banda, possui caráter provocativo, pois é intolerante a comportamentos desagradáveis por parte dos demais jogadores. Ademais, a tática é dotada de clemência, pois permite a recomposição das relações entre as pessoas e suas instituições. Por fim, é clara, uma vez que evita a emissão de sinais que podem ser mal interpretados, gerando confusão e retaliações desnecessárias²³⁸.

A regra básica é a de que um dos jogadores somente coopera enquanto o outro jogador cooperar. Caso contrário, a conduta receberá a mesma resposta. Essa é a mais comum modalidade de estratégia do gatilho, a saber, fica preparada para responder na mesma moeda. Somos ensinados a revidar no caso de nos atirarem a primeira pedra. Fazemos isso de maneira previsível e normal, com alta dose de emoção. A emoção aparece, portanto, na nossa vida mais do que costumamos aceitar. Na teoria dos jogos fala-se em estratégias “tif-for-tat” – olho por olho, dente por dente – em que a tática depende da rodada anterior e traz consigo a possibilidade de grandes diferenças nos resultados. Podem ocasionar as ditas Estratégias sinistras em que além da resposta na mesma moeda, ainda se pune, no presente ou futuro, o outro jogador pela ausência de cooperação²³⁹.

Percebe-se, pois, que o processo de interação racional e estratégico entre os agentes é o ponto essencial do jogo, de modo que quão mais preparados estão os jogadores, mais as etapas se apresentam equilibradas.

²³⁷ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p.182.

²³⁸ BÊRNI, Duilio de Avila. **Teoria dos Jogos**: Jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2004, p. 102-109.

²³⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 209.

O processo de interação entre os jogadores força os players a avaliar quais as escolhas possíveis dos demais agentes e procura definir um caminho a partir da forma como os demais atuarão. Assim, quando cada estratégia de cada jogador representar a melhor resposta possível às demais estratégias adotadas, teremos uma combinação equilibrada: o “equilíbrio de Nash”.

Com o equilíbrio é possível aumentar o ganho mesmo que de forma unilateral, já que a busca individual em determinadas situações leva a um resultado estável, não havendo incentivo para que nenhum dos jogadores altere seu comportamento. Portanto, da análise das espécies de jogos competitivos e cooperativos e seus respectivos resultados de soma zero e diferente de zero, entende-se que o indivíduo apresenta comportamentos que se alternam entre o egoísmo e o altruísmo, a depender de cada situação e, ainda, da existência ou não de incentivos baseados nas recompensas ou punições para agir de modo cooperativo ou competitivo²⁴⁰.

A lógica aponta que o jogo apenas é jogado por aqueles que pretendem eventual vantagem quando do término da partida. Ora, a meta da ação humana consiste na busca da maximização do prazer e a minimização da dor²⁴¹, de modo que o indivíduo racional busque em suas decisões o maior grau de utilidade. Assim, os ganhos e recompensas constituem o quinto elemento estudado, qual seja, os *payoffs*.

Para Fiani, “uma recompensa é aquilo que todo o jogador obtém depois de encerrado o jogo, de acordo com suas próprias escolhas e as dos demais jogadores”²⁴². Conforme já estudado, as recompensas podem não significar ganho econômico ou material, podendo constituir tão somente, por exemplo, a sensação de desafio do participante, ou mesmo a descarga de adrenalina (“fator Heisenberg”²⁴³), ou simplesmente para espantar o tédio – conforme indica a criminologia cultural, sustentando que o tédio da modernidade pode ensejar a provocação de momentos ilícitos de excitação²⁴⁴.

²⁴⁰ GONÇALVES, Jéssica **Acesso à justiça** do modelo competitivo de estabilização dos conflitos à estratégia cooperativa. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016, p. 176.

²⁴¹ STERNBERG, Robert J. **Psicologia Cognitiva**. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 431-432.

²⁴² FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 53.

²⁴³ ROSA, Mateus Vieira da. **Identidade, Significado e Imagem do Desvio**: (re)leitura do fenômeno das torcidas organizadas a partir da criminologia cultura. Florianópolis. Empório do Direito, 2015. p. 23-24.

²⁴⁴ CARVALHO, Salo; PINTO NETO, Moyses; MAYORA, Marcelo; LINCK, José Antônio Gerzson.

Importante destacar que, mesmo para a adoção de estratégias de atuação, resta fundamental ter conhecimento de quais as recompensas que os demais jogadores procuram ao final da partida. Isso proporciona ao *player* uma noção de quais táticas utilizar ao lidar com o adversário.

Além disso, a hipótese de racionalidade envolve a busca de recompensas, para o que se faz necessário que cada jogador tenha ciência do perfil do(s) oponente(s) e saiba quais são os objetivos desses adversários e seus possíveis *payoffs*, ou melhor, as buscas que estão almejando, os resultados que estão esperando²⁴⁵.

A busca pelo *payoff* resume o objetivo do agente racional ao longo do jogo. A atuação estratégica para alcançar o resultado almejado se dá em um ambiente, via de regra, conflitante entre os *players*. Todavia, conforme se apurou, é possível a existência de colaboração entre os jogadores (ainda que momentaneamente) para alcançar o resultado de maneira mais efetiva. Ainda que a aliança entre os jogadores seja realizada apenas em uma etapa do jogo, tal característica não pode ser desprezada para o cenário global.

Desta feita, pode-se indicar a existência de jogos cooperativos e jogos não cooperativos.

Constituem jogos cooperativos aqueles em que há a interação dos participantes baseada em apoio mútuo, sobretudo em razão de as relações estabelecidas mostrarem-se interdependentes. Nesse sentido, o jogador coopera por afinidade de escolhas, reciprocidade e durabilidade das relações, levando-se em conta a estratégia *tif-for-tat*, evitando-se a exploração de um dos agentes²⁴⁶, ou seja, a cooperação deve ser vantajosa para todos os jogadores que participam da aliança.

Criminologia cultura e rock. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011. Disponível em http://www.academia.edu/2943152/Criminologia_Cultural_e_Rock_texto_integral. Acesso em 12 jan 2018.

²⁴⁵ D'AMICO. Ana Lúcia. **A contribuição da teoria dos jogos para a compreensão da Teoria de relações públicas: uma análise da cooperação.** 2008. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Comunicação Social. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 20-21. Disponível em <http://repositorio.pucrs.br:8080/dspace/handle/10923/2198>. Acesso em 12 dezembro 2017, p.40.

²⁴⁶ D'AMICO. Ana Lúcia. **A contribuição da teoria dos jogos para a compreensão da Teoria de relações públicas: uma análise da cooperação.** 2008. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Comunicação Social. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 20-21. Disponível em <http://repositorio.pucrs.br:8080/dspace/handle/10923/2198>. Acesso em 12 dezembro 2017, p. 42-51.

De outra banda, nos jogos não cooperativos, também chamados de competitivos, não se estabelece uma comunicação prévia entre os agentes, de modo que resta inviável a construção de um acordo ou aliança entre os jogadores. Assim, a interação racional entre os indivíduos é puramente competitiva, todos procurando maximizar seus *payoffs*, de modo que o adversário saia prejudicado. Nesse ponto, entende-se que os jogos não cooperativos são considerados de “soma zero”, pois ainda que haja vantagem (+1) para o ganhador, o adversário teria perdido algo (-1), o que difere do jogo cooperativo, em que se tem resultado diferente de zero.

Portanto, da análise das espécies de jogos competitivos e cooperativos e seus respectivos resultados de soma zero e diferente de zero, entende-se que o indivíduo apresenta comportamentos que se alternam entre o egoísmo e o altruísmo, a depender de cada situação e, ainda, da existência ou não de incentivos baseados nas recompensas ou punições para agir de modo cooperativo ou competitivo²⁴⁷.

Dessa feita, a depender da situação apresentada, ou da dinâmica estabelecida no jogo, os *players* terão de adotar os caminhos racionais de maneira bastante embasada e planejada.

Sintetizando, a Teoria dos Jogos consiste num processo no qual duas ou mais pessoas tomam decisões e ações, a partir de uma estrutura de regras que pode ser formal ou informal. Cada combinação de decisões e ações, entendidas como um conjunto de movimentos a partir de estratégias disponíveis, determina uma situação específica e, dadas as decisões e ações dos agentes implicados no processo de ação e reação, se obtêm diversas combinações. Isso depende da busca da consecução dos objetivos, que, como se constatou, será necessariamente conflitante entre as partes envolvidas no jogo, mas que, caminhando rumo à convergência, é mais favorável do que a divergência para a obtenção de *payoff*²⁴⁸.

Nesse aspecto, para que se jogue efetivamente, cabe aos agentes estudar com cautela o cenário onde se estabelece a partida, suas regras, qual o comportamento de seus adversários e o que eles buscam, bem como a possibilidade ou não de estabelecimento de alianças.

²⁴⁷ GONÇALVES, Jéssica **Acesso à justiça** do modelo competitivo de estabilização dos conflitos à estratégia cooperativa. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016, p.176.

²⁴⁸ D’AMICO, Ana Lúcia. **A contribuição da teoria dos jogos para a compreensão da Teoria de relações públicas: uma análise da cooperação**. 2008. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Comunicação Social. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 20-21. Disponível em <http://repositorio.pucrs.br:8080/dspace/handle/10923/2198>. Acesso em 12 dezembro 2017, p. 40.

2.4 CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DOS JOGOS APLICADA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

2.4.1 Crime e Economia na sociedade contemporânea: a criminalidade como realidade construída

Seguindo no raciocínio estudado, mormente no que se refere à necessidade de interdisciplinaridade quanto à análise do Direito, mostra-se fundamental se entender que o sistema penal também deve ser estudado em conexão com outras áreas do saber – aqui, começando a abordagem com a relação do crime aos conceitos acima indicados.

Em primeiro aspecto, devemos observar que o fenômeno criminal é um “elemento estrutural, intrínseco ao fato social e não o resto anacrônico de uma ordem bárbara em vias de extinção”²⁴⁹.

Um fato social reconhece-se pelo poder de coerção externa que exerce ou o suscetível de exercer sobre os indivíduos; e a presença desse poder se reconhece, por sua vez, pela existência de uma sanção determinada ou pela resistência que o fato opõe a qualquer iniciativa individual que tende a violá-lo²⁵⁰.

Nessa senda, entende-se que a prática do delito representa uma violação às regras pré-estabelecidas socialmente. Assim, o ato criminoso parte de um processo de escolha do agente provocador.

Partindo-se da ideia de análise racional da conduta com fundamento em conceitos da Análise Econômica do Direito, há a possibilidade de se afirmar que o processo de escolha do indivíduo quanto à prática do crime pode se fundamentar em uma prospecção de custo-benefício. Nesse sentido, o autor do delito, antes mesmo de cometê-lo, ainda em fase de cognição do *iter criminis*, irá vislumbrar quais as consequências do ato que pretende praticar, ponderando os saldos advindos da sua conduta e calculando os riscos. Ademais, o autor verificará, racionalmente, a viabilidade do cometimento da infração, as chances de ser descoberto e as

²⁴⁹ GAUER, Ruth M Chittó. Alguns aspectos da fenomenologia da violência. *In: A Fenomenologia da Violência*. Gabriel J. Chittó. Gauer; Ruth M. Chittó Gauer (Org.). Curitiba: Juruá, 1999. p.13.

²⁵⁰ DURKHEIM, Émile. *As regras do Método Sociológico*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 37.

implicações penais de seu ato, bem como irá sopesar os benefícios da prática do crime, verificando sua utilidade (grau de satisfação).

Nesse passo, um indivíduo que pretende, por exemplo, praticar o delito de roubo com emprego de arma, avaliará o contexto fático inserido, as facilidades e dificuldades para a conduta, o método para o exercício de seu intento, a possibilidade de confronto com a vítima ou com eventual terceiro, bem como as possibilidades de fuga com o proveito do crime. Ademais, avaliará quais as chances de, efetivamente, ser preso ou descoberto, a duração média de um processo crime, e a consequência de sua eventual condenação e cumprimento de pena. Isso posto, entendendo que a prática da conduta criminosa lhe proporcionará a maximização de seus objetivos (e aqui a motivação pode ser desde a necessidade de bens materiais para sobrevivência, quanto a prática da conduta violenta para imersão em grupo criminoso – teoria da subcultura criminal²⁵¹, ou outra qualquer), irá executar o delito, pois confiante que as possíveis implicações (custos) não são capazes de sobrepujar a vantagem (benefícios) auferida com a prática da conduta criminosa²⁵².

A maioria das pessoas está, na maior parte do tempo, em uma situação em que o crime não compensa. No entanto, às vezes uma pessoa está em circunstâncias em que o crime compensa. O crime compensa, por exemplo, quando uma pessoa tem a oportunidade de cometer o crime com pouca chance de ser pego. O crime também compensa em circunstâncias em que o criminoso sofre relativamente pouco da punição.²⁵³

Desta feita, a vantagem do emprego da Análise Econômica do Direito quanto ao fenômeno criminal se dá em razão da possibilidade de se medir, empiricamente,

²⁵¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: instituto carioca de Criminologia, 2002. p.161.

²⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. p.70.

²⁵² BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (Eds.) **Essays in the Economics of crime and Punishment**. [S.l.]: National of Economic Research, 1974. p. 1-54. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf> Acesso em: 01 mai. 2018.

²⁵³ Tradução livre. "Most people are in the situation most of the time in which crime does not pay. However, sometimes a person is in circumstances in which crime pays. Crime pays, for example, when a person has the opportunity to commit the crime with little chance of getting caught. Crime also pays in circumstances where the criminal suffers relatively little from the punishment". COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Law and economics**. 6th Ed. Boston: Addison-Wesley, 2012. p. 465. Disponível em <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsr=1&article=1001&context=books> Acesso em 10 jan 2018.

uma hipótese de aumentar ou diminuir as oportunidades do agente, prevendo seu comportamento racional. Note-se, pois, que a abordagem econômica não consegue identificar qual a motivação do delito especificamente, mas procura explicar como as pessoas reagirão ao aumento ou diminuição do custo esperado no processo decisório.

A abordagem econômica não pode (e não tenta) explicar por que algumas pessoas gostam de tomates, ou têm medo do escuro, ou sentem prazer em infligir dor a outras pessoas. Mas pode explicar como as pessoas reagirão ao aumento do custo esperado de consumo de tomates: eles consumirão menos tomate²⁵⁴.

O contrário também é verdadeiro: se da análise do autor resultar a convicção de que os custos da prática criminosa serão mais altos que o proveito do crime, o indivíduo desistiria da prática, pois seria a escolha racional mais acertada.

Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito, no que tange à aplicação de conceitos da microeconomia, apresenta uma forma de percepção do evento crime, procurando explicar o fenômeno sob um viés racional e quase matemático. Contudo, é evidente que o processo de escolha da prática do crime não se restringe à análise racional, havendo inúmeros fatores que influenciam no processo decisório do indivíduo e que devem ser levados em consideração, como demonstrado pela Escola *Behavioral Law and Economics*.

Insta destacar que, além do viés pragmático e lógico acima referido, o “crime” representa uma atividade economicamente importante, e que deve ser sopesada na análise de políticas públicas e gastos públicos. Apenas para se ter uma ideia, o Governo do Estado de Santa Catarina investiu, no ano de 2017, em Segurança Pública, o valor de R\$ 2.693.946.141,22²⁵⁵ (dois bilhões, seiscentos e noventa e três milhões, novecentos e quarenta e seis mil, cento e quarenta e um reais, com 22 centavos real), isso sem levar em conta quanto cada cidadão catarinense gastou

²⁵⁴ Tradução livre. Texto original: “the economic approach cannot (and does not attempt to) explain why some people like tomatoes, or are afraid of the dark, or take pleasure from inflicting pain on other people. But it can explain how people will react to an increase in the expected cost of consuming tomatoes: they will consume fewer tomatoes”. LUKSETICH, William A. e WHITE, Michael D., 1982, **Crime and Public Policy: An Economic Approach**. Boston: Little, Brown and Company. Mannheim, Hermann, 1965, *Criminologia Comparada*, Vol. I e II, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian. p.3.

²⁵⁵ SANTA CATARINA. Poder Executivo. Dados do Portal da Transparência do Governo de Santa Catarina. Disponível em <http://transparencia.sc.gov.br/despesa/2017/indicador/2322>. Acesso em 09 de janeiro de 2018.

com o investimento em segurança privada, como câmeras de vigilância, cerca elétrica, grades e etc.

Além dos custos diretos no tocante à segurança pública, existem outros gastos indiretos decorrentes de ações criminosas, como atendimento hospitalar, acompanhamento social, indenizações, custo do sistema judicial, entre outros. Da mesma forma, há custos advindos da própria prática criminosa, mormente quando tratamos de crimes de corrupção, evasão de divisas ou fraudes tributárias.

Nesse aspecto, a análise econômica dos fatores acima referidos apresenta uma realidade ao Estado que é avaliada de forma, também, racional e estratégica. Destarte, o Estado procura desenvolver contextos que tragam maior custo para a prática criminosa a fim de promover o desestímulo das condutas ilícitas, com isso, muitas vezes, arranha o processo democrático e as liberdades individuais.

Com a proeminência das questões econômicas no mundo atual as relações entre Direito e Economia não são mais complementares, dado que o Direito foi transformado em instrumento econômico. Logo, submetido à racionalidade diversa manifestamente pragmática de custos/benefícios (*pragmatic turn*), capaz de refundar os alicerces do pensamento jurídico, não sem ranhuras democráticas. A clássica noção weberiana de que o Estado *'é uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território, reivindica o monopólio do uso legítimo da força física'*, com as modificações operadas nas duas últimas décadas do século XX, não mais se sustenta²⁵⁶.

A relação da sociedade brasileira com o crime é também fator a ser levado em consideração no presente estudo. O fenômeno da criminalidade é exaustivamente explorado pela mídia, com a apresentação de contextos criminais graves gerando a percepção de violência descontrolada. Programas televisivos dedicados, quase exclusivamente, ao desenvolvimento de matérias jornalísticas voltadas à apresentação de crimes graves promovem o assombro da população e a percepção de insegurança generalizada.

Enfim, o que se observa hoje é uma verdadeira cultura do medo, onde a busca pela proteção contra o crime torna-se, ao mesmo tempo, obsessão e produto. Os valores legitimados pela coletividade que surgem em decorrência desta cultura começam a aparecer de forma sutil, como em pesquisas de opinião e manchetes sensacionalistas, para rapidamente se

²⁵⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 59.

cristalizarem nas mais variadas formas de comportamento segregantes ações discriminatórias e políticas públicas autoritárias²⁵⁷.

E aqui lidamos com uma espiral nefasta decorrente de uma fascinação pela barbárie explorada pela mídia, num fenômeno semelhante às antigas arenas romanas em que gladiadores se debatiam até a morte para delírio dos espectadores²⁵⁸. Nesse contexto, em especial a mídia televisiva, com uma capilaridade monumental, transforma o discurso em realidade, vez que tem a capacidade de poder fazer ver e fazer crer no que faz ver²⁵⁹, ou seja, é o espetáculo da violência²⁶⁰.

A cultura do medo gerada pelas distorções de percepção ocasionadas pela divulgação em massa de informações referentes a crimes graves, muitas vezes distantes da realidade de determinadas comunidades, influenciam até mesmo no contexto diário dos cidadãos, que passam a alterar suas rotinas ordinárias em razão do medo generalizado instaurado. É facilmente perceptível a alteração de rotina urbana, em especial no que se refere ao deslocamento pela cidade no período noturno, ou mesmo na conduta de evitar determinados espaços públicos. Contexto semelhante se percebe na arquitetura das cidades, tendo com o tempo se modificado em função do avanço do sentimento de insegurança. A adoção de grades nas residências, bem como a criação de condomínios fechados simulando bairros com segurança privada – uma verdadeira “arquitetura do medo”²⁶¹ - são realidades cada vez mais comuns nas cidades brasileiras.

Toda a paranoia social instalada ocasiona a pressão política para o reforço de investimento público na segurança, bem como para que se promova o aumento de penas e a transformação do processo penal em um espetáculo de vingança. A sociedade assiste o desenrolar de uma investigação criminal ou mesmo de um processo crime munida de um sentimento de retribuição do mal supostamente

²⁵⁷ PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo e democracia: um paradoxo brasileiro. Londrina: **Revista Medições**, v. 10, n. 2, p. 183-198, jul/dez. 2005. p. 190.

²⁵⁸ LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.41.

²⁵⁹ BORDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão: Seguido de a influência do jornalismo e Os Jogos Olímpicos**. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 28.

²⁶⁰ MARIN, Isabel da Silva Kahn. **Violências**. São Paulo: Escuta/Fapesp, 2002, p. 28.

²⁶¹ PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo e democracia: um paradoxo brasileiro. Londrina: **Revista Medições**, v. 10, n. 2, p. 183-198, jul/dez. 2005. p.184.

causado pelo investigado ou acusado, e promove a expectativa de uma resposta penal severa para aliviar sua angústia e criar, momentaneamente, a percepção de que há Justiça Criminal. Após, voltam-se as atenções ao mais novo caso rumoroso a ser explorado pela mídia, quando então o ciclo de vingança social se realimenta para o próximo capítulo do Direito Penal do Espetáculo²⁶², em uma verdadeira ostentação punitiva²⁶³, fortalecendo o controle social pelo discurso do ódio²⁶⁴.

Nesse sentido Foucault, ao tratar do ritual do suplício, demonstrou que o palco público de violência é algo estabelecido na história da humanidade:

O suplício não restabelecia a justiça; reativava o poder. No século XVII, e ainda no começo do XVIII, ele não era, com todo o seu teatro de terror, o resíduo ainda não extinto de uma outra época. Suas crueldades, sua ostentação, a violência corporal, o jogo desmesurado de forças, o cerimonial cuidadoso, enfim todo o seu aparato se engrenava no funcionamento político da penalidade. Pode-se compreender a partir daí certas características da liturgia dos suplícios. E, antes de mais nada, a importância de um ritual que devia exibir seu fausto em público. Nada devia ser escondido desse triunfo da lei. Os episódios eram tradicionalmente os mesmos e no entanto as sentenças não deixavam de enumerá-los, de tal modo eles eram importantes no mecanismo penal; desfiles, paradas nos cruzamentos, permanência à porta das igrejas, leitura pública da sentença, ajoelhar-se, declarações em voz alta de arrependimento pela ofensa feita a Deus e ao rei. As questões de precedência e etiqueta eram muitas vezes reguladas pelo próprio tribunal²⁶⁵.

Destaca-se, outrossim, que o processo de exploração da violência movimenta o mercado econômico por intermédio dos valores pagos por empresas para divulgar sua marca durante os intervalos entre uma e outra reportagem. É a venda do espaço em meio à exploração das mazelas do processo penal brasileiro.

O crime é produto e melhor se for bárbaro, por não envolver disputa, por que ao invés de dividir, formará consenso sobre a pena – todos querem Justiça! -, e interessa a população jogada na inautenticidade do “a gente”, podendo ocasionar mobilizações em prol do púnico remédio conhecido – por eles – para conter a chaga do crime: *cadeia neles!*; se possível *linchamento* em praça pública, com hora marcada, fogueira, enxofre, muito sangue e patrocinadores a preço de ouro, retomando-se o suplício do corpo dos condenados. Os programas “sangue-show” são conduzidos por

²⁶² CASARA, Rubens. **Processo Penal do Espetáculo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015; DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

²⁶³ MORAIS DA ROSA, Alexandre; AMARAL, Augusto Jobim. **Cultura da Punição: a ostentação do Horror**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 43-71.

²⁶⁴ GUSSO, Rodrigo Bueno. **O controle social pelo discurso do ódio**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/19571/o-controle-social-pelo-discurso-do-odio> Acesso em 15 jan 2018.

²⁶⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões**. 20ªed. Petrópolis: Vozes, 1999, p.40.

jornalistas que se submetem às expectativas mais primitivas do humano, indicadas por *Juvenal: pão e circo*²⁶⁶.

Ocorre que o delito que assusta, que causa pavor, via de regra, é aquele cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, principalmente quando o fim a que pretende o autor é a subversão do bem jurídico mais importante para o mercado econômico, qual seja, o patrimônio. Assim, a criminalidade se transforma em “um bem negativo distribuído, desigualmente, conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos”²⁶⁷.

Nessa toada, a rede de terror estabelecida e fomentada desloca seu preconceito e ira aos desafortunados²⁶⁸ – àqueles que não estão inseridos no mercado de consumo e que, portanto, devem ficar afastados, vez que representam a subversão à pureza da ordem, por não estarem em seus justos e convenientes lugares²⁶⁹.

Eis os impuros, os objetos fora de lugar. O discurso da lei e da ordem conduz a que aqueles que não possuem capacidade para estar no jogo sejam detidos e neutralizados, preferencialmente com o menor custo possível. Na lógica da eficiência, vence o Estado Penitência, pois é mais barato excluir e encarcerar do que reestabelecer o *status* de consumidor, através de políticas públicas de inserção social²⁷⁰.

No contexto indicado, o “cidadão de bem”²⁷¹ exige postura firme por parte do Estado, a fim de promover o restabelecimento da “ordem”, ocasionando políticas

²⁶⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 184.

²⁶⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: instituto carioca de Criminologia, 2002. p. 161.

²⁶⁸ “As maiores chances de ser selecionado para fazer parte da ‘população criminosa’ aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais)”. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: instituto carioca de Criminologia, 2002. p. 165.

²⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997 p. 14.

²⁷⁰ LOPES JR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 12.

²⁷¹ “Só não conseguimos tolerar os que apostam no Direito Penal em nome da pureza de coração, em nome da Paz. O tsunami da paz. Temos medo do cidadão de bem. Fundamentalistas e populistas de direita e esquerda (se é que há distinção ainda), manipulando o desalento constitutivo de todos nós, invocam o orgulho e o patriotismo nacional para juntar, aponta Hugo Souza, bem nascidos, bem sucedidos, sorrindo, empunhando bandeiras brancas, camisetas alvas, cercados de policiais, mostrando para eles próprios que são gente boa, do bem, exigindo paz. Uma trégua com “os do MAL”. MORAIS DA ROSA, Alexandre. GOSTINSKI, Aline. **Entre tapas e beijos no Direito Penal**

criminais equivocadas, tais como a *Law and order*, calcada na Teoria das Janelas Quebradas²⁷².

Assim, reforça-se o processo de rotulação do *status* social do indivíduo selecionado pelo sistema penal (*labeling approach*²⁷³), ocasionando a aplicação do direito penal do autor²⁷⁴.

Da mesma forma, tal processo, míope de análise de política criminal²⁷⁵, promove, inclusive, a distorção completa do sistema criminal, fomentando o discurso preconizado por Günther Jakobs ao tratar do Direito Penal do Inimigo, para quem “o Direito Penal deixara de ser uma reação da sociedade ao fato criminoso perpetrado por um de seus membros, para tornar-se uma reação contra um inimigo desta”²⁷⁶.

Nesse cenário, tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo recebem demandas consideráveis por parte da população. Contudo, o Poder Executivo, por mais que dispense recursos financeiros em Segurança Pública, em especial para as polícias ostensivas²⁷⁷, não consegue implementar medidas eficientes no combate à

Disponível em <http://emporiododireito.com.br/backup/entre-tapas-e-beijos-no-direito-penal-por-alexandre-morais-da-rosa-e-aline-gostinski/> Acesso em 14 jan 2018.

²⁷² WILSON, James Q.; Kelling George L. "Broken windows: the police and neighborhood safety", *In: Atlantic Monthly*, março de 1982, p. 29-38. Disponível em: http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/4465/?single_page=true. Acesso em 12 jan 2018.

²⁷³ “Neste sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.” BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: instituto carioca de Criminologia, 2002. p. 86.

²⁷⁴ “Por Derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita tipicamente y la sanción representa solo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. Frente a esto, se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción.” ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte general, tomo I. Madrid (España): Civita, 1997, p. 176-177.

²⁷⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. **Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?** Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11716-11716-1-PB.htm> Acesso em 12 jan 2018.

²⁷⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 28.

²⁷⁷ Estimativa de gastos pelo Estado de Santa Catarina, tendo como referência a Lei Orçamentária Anual de 2017, indicando o investimento na ordem de R\$1.459.665.458 (um bilhão, quatrocentos e cinquenta e nove milhões, seiscentos e sessenta e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e oito reais) destinado à Polícia Militar, e para a Polícia Judiciária a ordem de R\$530.016.196

criminalidade em razão da (suposta) ausência de recursos financeiros para garantir investimento em áreas como educação, assistência social e investigação policial. Diante da inércia ou paralisação do Poder Executivo, a população cobra do Poder Legislativo ação firme no combate à criminalidade, o que enseja a edição de leis penais cada vez mais severas como resposta à opinião pública, ocasionando o fenômeno da pampenalização²⁷⁸ e da expansão²⁷⁹ do direito penal.

Assim como sustenta Bobbio, entende-se que a maior ou menor relevância da opinião pública entendida como opinião relativa aos atos públicos, isto é, aos atos próprios do poder público que é por excelência o poder exercido pelos supremos órgãos decisórios do estado, da *res publica*, depende da maior ou menor oferta ao público, entendida esta exatamente como visibilidade, cognoscibilidade, acessibilidade e portanto controlabilidade dos atos de quem detém o supremo poder²⁸⁰.

Note-se, pois, que o fenômeno da pampenalização, caracterizado como a criminalização de condutas desnecessárias a fim de conferir respostas à demanda social influenciada pela opinião pública, causa sérios prejuízos a todo o sistema de persecução criminal, pois o investimento nos órgãos que o compõe não acompanha o crescimento vertiginoso de figuras típicas.

A mencionada conjuntura ocasiona o inchaço de atribuições dos órgãos de persecução criminal, ensejando a lentidão no julgamento²⁸¹ de processos crime e, por vezes, ocasionando a prescrição delitiva. Tudo isso sem falar nos custos do processo criminal.

No mesmo sentido é a posição de René Ariel Dotti ao tratar dos movimentos de reforma do sistema penal, referindo-se a um verdadeiro *bang-bang* legislativo:

No campo da administração da justiça penal, os seus operadores estão sofrendo a amarga experiência dessa modalidade de infração que é

(quinhentos e trinta milhões, dezesseis mil, cento e noventa e seis reais), de acordo com a Lei 17.063, de 21 de dezembro de 2016. Disponível em http://www.alesc.sc.gov.br/portal_alesc/sites/default/files/arquivos_orcamento/LOA%202017%20-%20Lei%20n%C2%BA%2017.063%20de%2021%20de%20dezembro%202016.pdf. Acesso em 20 jan 2018.

²⁷⁸ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 127.

²⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansión del Derecho Penal**. Montevideo: B de F, 2006.

²⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 191-192.

²⁸¹ GICO JUNIOR. Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo**. v. 267, set/dez 2014, p. 179.

responsável por um tipo de direito penal do terror que, ao contrário de seu antigo modelo, não se caracteriza pelas intervenções na consciência e na alma das pessoas, tendo à frente as bandeiras do preconceito ideológico e da intolerância religiosa. Ele se destaca, atualmente, em duas perspectivas bem definidas: a massificação da responsabilidade criminal e a erosão do sistema punitivo²⁸².

A inflação legislativa afetou o direito penal em particular, fazendo com que sofresse um processo de expansão²⁸³ que subverteu, ao mesmo tempo, a sua eficiência e garantia, em um verdadeiro contexto de direito penal máximo, tornando-o maximamente ineficiente²⁸⁴; um direito penal mascarado²⁸⁵.

Assim, o que se vê é um acúmulo de casos penais que se acotovelam no sistema de persecução penal, exigindo recursos cada vez maiores por parte da sociedade, vez que as expensas do processo-crime, ou seja, das estruturas de Polícia Judiciária, Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, são suportadas por intermédio de alocação de recursos advindos de tributos pagos pelos cidadãos. Aqui, Alexandre Morais da Rosa propõe uma reflexão bastante pertinente, relacionando tais gastos com instituto decorrente da Teoria dos Jogos, qual seja, a “tragédia dos comuns”.

Originária ao final da Segunda Guerra Mundial como um ramo da matemática, e ganhando popularidade com Garrett Hardin²⁸⁶ (*The tragedy of the commons* – 1968), a “tragédia dos comuns” relaciona-se com o impasse criado pelo conflito entre interesses individuais e o uso ou exploração de bens comuns ou públicos. Nesse diapasão, há uma tendência individual em aumentar a demanda, uma vez que os custos serão suportados por todos. Nesse sentido, estaremos diante da democratização dos custos de uma exploração individual, cada vez mais severa, ocasionando a superexploração do recurso comum. Tal fator implicará sua extinção

²⁸² DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.117.

²⁸³ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansión del Derecho Penal**. Montevideo: B de F, 2006.

²⁸⁴ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 7.

²⁸⁵ BERMUDEZ PEREIRA, André Luiz. **Direito Penal Maskirovka**. Disponível em http://emporiododireito.com.br/backup/tag/direito-penal-maskirovka/#_ftn4 Acesso em 20 jan 2018.

²⁸⁶ HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, v. 162, p. 1243 – 1248, Dec. 1968. Disponível em <http://science.sciencemag.org/content/sci/162/3859/1243.full.pdf> Acesso em 13 jan 2018.

ou inutilidade²⁸⁷.

Ora, o indivíduo racional, avaliando os custos e benefícios individuais, com a consequente utilidade (nível de satisfação), afastando-se da ideia de efetividade (bem-estar social na concepção de Vilfredo Pareto), promoverá a exploração do recurso comum porque sabe que o “custo de sua atividade será suportado, pelo menos imediatamente, mais pelos outros [...] do que por ele próprio”²⁸⁸.

O paralelo estabelecido entre a Tragédia dos Comuns e o sistema de persecução criminal é bastante evidente.

O importante é compreender que o custo dos processos é algo que toca, direta ou indiretamente, em todos nós. Há um custo de processamento e, segundo levantamentos antes indicados, nenhum processo crime, considerados os custos de investigação e julgamento (subsídios, vencimentos, estrutura, defesa, peritos etc), fica abaixo de R\$1500,00 (hum mil e quinhentos reais). O valor é assimilado nos custos de manutenção do Poder Judiciário e, diante da escolha política pelo controle social, via Direito Penal, arcados pela coletividade (recolhimento de tributos). Desejo sublinhar, todavia, que após o processamento e eventual condenação, devemos apresentar a conta da decisão, ou seja: quanto custará o cumprimento da pena?²⁸⁹

Não só os custos da pena devem ser levados em consideração, mas também os custos da fase preliminar à ação penal. Emblemático se parece o caso dos delitos contra a honra, via de regra, de ação penal privada. Apesar do dever de ser movida a ação por intermédio de advogado constituído pelo ofendido (querelante), tal fato não obsta a obrigatoriedade de apuração da infração pela Polícia Judiciária, desde que haja requerimento da vítima. Basta ingressar em qualquer delegacia de polícia brasileira para perceber a quantidade exorbitante de delitos contra a honra que são, diuturnamente, apurados, e que, muitas vezes, sequer se transformam em ação penal em razão das audiências de conciliação indicadas pela Lei 9099/95.

²⁸⁷ MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância**: a maximização do acesso na busca pela efetividade. . 2014. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014, p. 81. Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/123198/326774.pdf>>. Acesso em 22 dez 2017, p. 195.

²⁸⁸ TIMM, Luciano B.; CAOVILLA, Renato. Análise Econômica da Propriedade Intelectual: Commons vs. Anticommons. In RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). **Reflexões acerca do direito empresarial e a análise econômica do direito**. Curitiba: GEDAI-UFPR, 2014. p.26-27.

²⁸⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 73.

O Poder judiciário, com o advento da Lei dos Juizados Especiais, conseguiu reduzir de sobremaneira a tramitação de ações penais decorrentes de infrações de menor potencial ofensivo em razão da adoção de medidas despenalizadoras indicadas no diploma normativo acima referido.

Contudo, o Estado parecia encontrar dificuldade em aplicar medidas despenalizadoras a fim de proceder à redução de custos com o processo-crime relativo a infrações de médio e grave potencial ofensivo, sobretudo em face da pressão popular em busca da severidade do sistema de persecução criminal e recrudescimento de penas. A questão parecia ser: como reduzir os custos do sistema processual penal sem promover uma necessária reavaliação de ilícitos penais com um processo de descriminalização de condutas irrelevantes?

A saída encontrada pelo Estado está se dando pela atual conjuntura processual penal que reflete a aproximação do nosso sistema de persecução criminal calcado em regras decorrentes do sistema italiano com o sistema negocial da *common law*. Institutos como a suspensão condicional do processo, transação penal e, mais especificamente, a colaboração premiada, refletem esse viés negocial de matriz americana (cujos pressupostos de aplicação devem ser tropicalizados²⁹⁰), transferindo cada vez mais o protagonismo do sistema de persecução penal para a fase extrajudicial.

A convergência para o sistema norte americano é tão evidente que o Conselho Nacional do Ministério Público, em um arroubo autoritário, em flagrante desrespeito às regras constitucionais, edita a Resolução 181/2017, alterada em 2018 pela Resolução 183²⁹¹, criando o instituto do “acordo de não persecução criminal”, sendo possível ao Ministério Público deixar de propor a ação penal, desde que cumpridos determinados requisitos indicados pelo citado ato normativo.

A Resolução 181 do C.N.M.P. rompe com o princípio da legalidade e com o princípio da separação dos poderes da República, legislando sobre o Direito Processual Penal e tentando derrogar regras do Cod.Proc.Penal. Tal resolução consagra a discricionariedade em nosso sistema de justiça

²⁹⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Para entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos:** táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: EModara, 2018, p.20.

²⁹¹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 183. Disponível em <http://www.cnpm.mp.br/porta/imagens/Resolucoes/Resolucao-183.pdf> Acesso em 04 mai 2018.

criminal e afasta o Poder Judiciário de sua função jurisdicional, admitindo a violação ao princípio “nulla poena sine iudicio”²⁹².

Rodrigo Leite Cabral, ao defender o instituto, procura fundamentar sua manifestação justamente na relação de custo-benefício (embora não o faça de maneira explícita), indicando que o Judiciário, em especial a Corte Suprema, não poderia ficar refém da quantidade exorbitante de delitos a serem julgados, boa parte sem qualquer gravidade, apontando o “acordo de não persecução criminal” como uma saída útil e “eficiente”.

Assim, assentadas as balizas fundamentais do acordo de não-persecução penal criado pelo CNMP, resulta inafastável concluir que a nova resolução trará um horizonte promissor para tornar o nosso sistema criminal mais eficiente. Não podemos mais, por exemplo, conviver com um sistema em que o Supremo Tribunal Federal – que deveria se dedicar às grandes questões do país – tem que julgar, com uma terrível frequência, causas ínfimas, como furtos de sabonetes, desodorantes e shampoos. Nenhum país do mundo tem condições de arcar com um custoso processo penal para todos os seus casos penais²⁹³.

O fato é que a criminalidade e o sentimento de insegurança ocasionam um efeito dominó bastante perturbador, qual seja: a pressão política para a criação de crimes e a majoração de penas (como se tais medidas tivessem o condão de promover a redução da criminalidade); a enxurrada de ações penais referentes a condutas, por vezes irrelevantes, que deslocam a atenção dos órgãos que compõem o sistema de persecução criminal; o colapso das estruturas em razão da carência de recursos públicos para sustentar a demanda (tragédia dos comuns); e, por fim, a criação de institutos penais que se apresentam como a grande solução para a redução dos custos do processo, mas que trazem consigo vieses de concentração de poder e subversão do sistema constitucional.

O círculo não parece ser virtuoso e o pânico social decorrente de um discurso de medo acendeu a fagulha de um processo de recrudescimento do sistema punitivo

²⁹² JARDIM, Afrânio Silva. **Ser contra a Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público nada tem a ver com o debate entre punitivismo e garantismo**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/backup/ser-contra-a-resolucao-18117-do-conselho-nacional-do-ministerio-publico-nada-tem-a-ver-com-o-debate-entre-punitivismo-e-garantismo-por-afranio-silva-jardim/>. Acesso em 13 jan 2018.

²⁹³ FERREIRA CABRAL, Rodrigo Leite. **O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>>. Acesso em 13 jan 2018.

com discurso utilitarista²⁹⁴, o que desrespeita os direitos fundamentais consagrados na carta constitucional, tais como os preconizados na cláusula do devido processo legal substancial (a ser discutido no ponto 3.1).

2.4.2 Noções acerca da Teoria dos Jogos no Direito Processual Penal

Sopesada a relação entre a Análise Econômica do Direito e o sistema criminal brasileiro, mormente no que se refere ao sistema de persecução criminal, fundamental é estudar a relação da Teoria dos Jogos com os institutos do Direito Processual Penal.

A proposta se debruça em entender o contexto do Processo Penal de forma diferente das molduras sistematizadas baseadas, tão somente, no *chek-list* processual, demonstrando que a Justiça Criminal sofre influências de diversos fatores extraprocessuais, que variam desde a temperatura da sala de audiências, até mesmo a pressão midiática em julgamentos vultosos.

É certo que a doutrina possui dificuldade em definir uma teoria geral do processo penal²⁹⁵, mormente em razão do fato de que a teoria geral do processo, via de regra, se relaciona com o processo civil e, portanto, com o processo do “ter”, sendo o processo penal aquele que discute a “liberdade”²⁹⁶. Nesse aspecto, o processo penal se afasta do conceito de *lide* do Processo Civil (conflito de interesses qualificados por uma pretensão resistida), sendo considerado um caminho necessário para o exercício do Direito Penal Subjetivo, servindo, em última análise, como controle social, conforme preconiza a criminologia crítica²⁹⁷. Ainda, importante afastar-se da ideia de “pretensão punitiva”, posicionando o acusador como “credor” de uma pena, procedendo-se a um paralelo com o processo civil ao postular-se o

²⁹⁴ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 10-36.

²⁹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 118-119.

²⁹⁶ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 30-33.

²⁹⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

“bem jurídico”²⁹⁸.

Destarte, é *conditio sine qua non* para a aplicação da pena o exercício do Processo Penal, que se desenvolve de acordo com normas próprias, possuindo suas relações de poder, como em um jogo²⁹⁹, com suas nuances e dinâmicas. Tal contexto demonstra que o resultado do processo não depende exclusivamente do desempenho das partes e da aplicação das normas processuais, mas sofre influência decorrente da interação estratégica entre os atores processuais e das relações estabelecidas, até mesmo distantes da sala de audiência ou do rito procedimental.

Com a perspectiva apresentada, procura-se relacionar o Processo Penal com a Teoria dos Jogos, apresentando um cenário repleto de possibilidades no jogo processual, que não são apresentadas em uma análise tradicional da matéria (“Processo Penal Baunilha”³⁰⁰). Evidente, pois, que a pretensão é justamente promover uma adaptação da Teoria dos Jogos ao Processo Penal, de modo que em algum momento há a profanação de determinados conceitos para melhor concepção dos objetivos propostos.

Embora a Teoria dos Jogos, campo da Matemática, seja invocada, para os fins desse escrito, de alguma forma, ela foi profanada, a saber, seus conceitos ganham novos sentidos no campo do Direito e especialmente no Processo Penal. Daí que a pureza metodológica não pode ser esperada. Há uma *heterodoxia* inerente na pesquisa em *paralaxe*, a saber, que inevitavelmente modifica a perspectiva sobre o mesmo objeto, no caso, o Processo Penal, via Teoria dos Jogos e da Guerra³⁰¹.

De outra banda, a despeito de a relação apresentada não ser um modelo teórico completo, pois se baseia, fundamentalmente, na racionalidade dos indivíduos envolvidos no cenário de disputa (o que nem sempre é uma realidade, pois se o

²⁹⁸ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 50.

²⁹⁹ CALAMANDREI, Piero. O processo como um jogo. **Revista de direito processual civil**. n. 23, jan/março, Curitiba: Gênese, 2002. p. 192.

³⁰⁰ A expressão Processo Penal Baunilha foi cunhada por Alexandre Moraes da Rosa, e indica um processo penal comum, reiterado, sem emoções, “desprovido de extravagâncias humanas, típico de uma regularidade aparente que não resiste a uma ida ao Fórum. Estudar o processo penal baunilha enjoa, e pode confortar apenas quem não está no lugar do acusado”. MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 57.

³⁰¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 41.

indivíduo agisse sempre de forma racional, não teríamos fumantes, jogadores compulsivos, ou pessoas dependentes químicas), serve de mecanismo para a compreensão do intrincado jogo processual, estabelecendo-se expectativas de comportamento dos agentes envolvidos³⁰².

Dessa forma, o paralelo se estabelece a partir da definição de alguns conceitos vistos acima e que são adaptados à realidade do Processo Penal, definindo-se quem são os *players*, o que marca o início do jogo, quais as estratégias utilizadas, bem como os *payoffs* no sistema criminal.

O jogo processual se estabelece a partir de uma atividade em contraditório regulada por lei, em que cada um dos jogadores busca o melhor resultado, que será definido pelo órgão julgador (seja ele individual ou colegiado).

O processo penal se constitui em uma realidade constitucional, fruto da estruturação do Estado, composto por uma série de atos, de atividades que se sucedem no tempo e no espaço, com a participação de diversos sujeitos, conduzido pelo Juiz, responsável pela tutela judicial efetiva³⁰³.

Quanto aos jogadores (*players*), podemos dividi-los em duas frentes: os jogadores internos e os jogadores externos.

Os jogadores internos são definidos no sistema processual penal como acusação e defesa: ambos agentes racionais desenvolvendo suas atividades processuais a fim de garantir a maximização de seus interesses. Para tanto, acusação e defesa lançam mão de estratégias operacionais e argumentativas para garantir a captura psíquica do julgador e, com isso, obter uma decisão favorável em um processo dinâmico pautado pelo risco e incerteza³⁰⁴.

O Julgador, por sua vez, deve manter-se inerte e equidistante das partes, não devendo possuir interesse no desfecho favorável ou não ao pleito inicial, mas sim comprometido com as regras do jogo e garantindo que as jogadas ocorram de maneira ética e em respeito ao devido processo legal.

³⁰² MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 53.

³⁰³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto San Jose da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 2016. p. 477.

³⁰⁴ GOLDSCHMIDT, James *apud* LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.37.

O juiz figura no processo com a missão de prestar jurisdição, gozando assim de poderes e deveres inerentes à sua atividade. Atua como presidente ou diretor do processo. Sua posição perante as partes é de equidistância, devendo manter sempre a imparcialidade, sua principal característica. Aliás, a Comunidade Europeia apropriou-se do princípio do direito inglês – *justice must not only be done, it must also be seen be done* – para afirmar que em um regime democrático não basta ao Judiciário ser imparcial, deve parecer imparcial³⁰⁵.

O magistrado atua para garantir as regras operacionais do jogo processual, “assim como o árbitro do jogo de futebol que não pode, sob pena de transformar a partida em farsa, comprometer-se com o resultado”³⁰⁶.

Nesse ponto, deve-se ter especial atenção, pois o juiz, afastando-se das características essenciais indicadas, pode atuar como um grande jogador na partida, a depender de seus interesses, que podem variar desde o fortalecimento de sua reputação entre os pares, passando por uma atuação com viés político-partidário (ainda que não diretamente) ou mesmo o atuando em favor do “jogo sujo”. Para cada interesse de cada magistrado que coordena as regras do jogo, um resultado diferente pode advir de causas semelhantes³⁰⁷. Com isso, percebe-se a influência de “jogadores externos” ao processo, por vezes alterando o método de decisão.

Entende-se por jogadores externos os grupos de pressão que atuam de maneira formal ou informal junto aos tomadores de decisão (sejam eles Magistrados, Promotores, Advogados, Defensores ou mesmo Delegados de Polícia), alterando o processo decisório, provocando, ainda que de maneira indireta, resultados diversos daqueles que ocorreriam caso não houvesse a interferência.

Tais grupos se movimentam e circundam os tomadores de decisão por inúmeros motivos, que variam desde o interesse, por exemplo, na manutenção da prisão preventiva de determinado suspeito que ensejará reflexos no contexto da segurança pública do município (e aqui identificamos como jogadores externos, em especial, as Polícias Civil e Militar), passando pela pressão midiática para promover

³⁰⁵ NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 429.

³⁰⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.162.

³⁰⁷ ARENHART, Sérgio. A verdade e a prova no processo civil. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, año 5, v.7, p. 71 – 109, 2005. Disponível em www.abdpc.org.br/artigos/artigo100.htm Acesso em 20 jan 2018.

o processamento acelerado de determinada ação penal (fator mídia, razão populista e crime produto), ou até mesmo, a visita de familiares de dado apenado procurando o convencimento do Magistrado responsável pela Vara de Execuções Penais para a autorização de saída temporária (familiar ou grupo social)³⁰⁸. Não se pode esquecer, também, da influência exercida pela própria corporação da qual o tomador de decisão faz parte, que por vezes, provoca a alteração da maneira de decidir, a exemplo do Magistrado que, a despeito de ter entendimento diverso do Tribunal, passa a decidir conforme a jurisprudência da Corte para evitar a reforma de suas decisões. Daí a importância de conhecer os contextos do jogo-processual e saber se posicionar a partir deles³⁰⁹. Destaca-se que tais influências não se apresentam formalmente no processo crime, ou seja, não estão no *check-list* do Processo Penal, mas promovem significativa influência em seus rumos.

Identificados os jogadores, o jogo do processo crime inicia-se.

Utilizando-se de analogia com Xadrez, podemos afirmar que o Ministério Público, via de regra, atua como as peças brancas, possuindo a prerrogativa de primeiro movimento no tabuleiro processual. Ao receber as peças informativas da investigação preliminar (usualmente produzidas pela Polícia Judiciária) formará sua *opinio delicti*, formulando a peça inaugural da ação penal. Nesse ponto, o jogo passa a sofrer delimitações.

A peça inaugural irá, necessariamente, relatar os fatos, em tese, praticados pelo autor, bem como o tempo e o lugar da infração. Ainda, indicará a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas a serem ouvidas durante a instrução penal. Surge aí o Princípio da Congruência, segundo o qual o julgador fica adstrito aos fatos narrados na peça acusatória, não podendo julgar o autor por fato diverso do indicado pela acusação.

Da mesma forma, a delimitação apresentada pela acusação também influencia o exercício do direito de defesa, pois o jogador-defensor irá definir suas

³⁰⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.182-183.

³⁰⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.136.

estratégias de atuação com base no que foi apresentado na peça exordial, vez que o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia.

Recebida a peça acusatória pelo magistrado, esse promoverá a citação do acusado para constituição de defesa (advogado ou defensoria pública) e resposta à acusação, que poderá alegar motivos para a absolvição sumária do denunciado.

Aqui se estabelece o primeiro subjogo na fase processual da persecução criminal, pois é imprescindível se identificar qual o exato ponto de partida do processo penal.

É imperioso destacar que o ponto de partida do jogo é o estado de inocência do acusado (ou ao menos deveria ser³¹⁰). Tal assertiva é fundamental para se entender a dinâmica que se estabelecerá, vez que caberá à acusação a tarefa de apresentar provas ao Estado-Juiz, que viabilizará o exercício de contraditório à defesa.

Dito de outra forma, o processo penal é um jogo mediado pelo Estado-Juiz em que a fortaleza da inocência, ponto de partida do jogo, é atacada pelo jogador acusador e defendida pelo jogador defensor, sendo que no decorrer as posturas (ativa e passiva) se alteram reciprocamente, devido ao caráter dinâmico do jogo processual, a cada rodada probatória (subjogos) e em face das variáveis cambiantes. O jogador-acusador pretende romper com a fortaleza da inocência, enquanto a defesa sustenta as muralhas. Ao julgador cabe manter o *fairplay* e decidir sobre a responsabilidade penal³¹¹.

Na perspectiva proposta, via Teoria dos Jogos, o Processo Penal se apresenta como uma disputa entre acusação e defesa a fim de garantir a decisão favorável, e para tanto, desenvolvem estimativas de esforços e benefícios, bem como avaliam os investimentos e retornos no jogo processual (frise-se, diferente do “processo penal baunilha”). Ademais, a cada etapa do jogo processual os *players* procuram analisar as probabilidades de risco das decisões que pretendem tomar, planejando e executando lances. Assim, em tabuleiro no qual disputam jogadores racionais, a informação garante vantagem no jogo, pois auxilia na escolha da melhor estratégia processual. Destarte, necessário entender qual o tipo de jogo o processo

³¹⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **É possível não bancar o "pato" e pressupor a inocência?**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-nov-03/limite-penal-possivel-nao-bancar-pato-pressupor-inocencia>. Acesso em 15 jul 2018.

³¹¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 163.

penal representa, de acordo com o grau de informações.

Os jogos podem ser de informação completa (perfeita) ou incompleta (imperfeita). Considera-se um jogo de informação incompleta quando as características (avaliações, objetivos ou recompensas) dos jogadores não são de conhecimento comum dos demais, sendo de informação completa quando os demais jogadores têm capacidade de acesso a tais informações.³¹² Ainda, pode-se classificar o jogo como dinâmico ou estático. Diz-se dinâmico quando há uma sucessão de etapas para a conclusão do jogo; e estático quando há apenas uma etapa a ser vencida.

Nesse sentido, pode-se dizer que o Processo Penal se constitui em um jogo dinâmico (vez que composto por diversas etapas que caracterizam subjogos) de informação incompleta, pois os adversários não conhecem de maneira global as estratégias, trunfos, blefes, ameaças ou truques do adversário (ou mesmo do julgador, por que não?).

O cenário apresentado demonstra que para ter um bom desempenho nas partidas travadas durante o jogo, é primordial se preparar para as disputas. O bom jogador é aquele que estuda o processo crime, conhecendo os seus meandres, as testemunhas, vítima, acusado, jogadores externos e internos. Da mesma forma, a parte alcança maior desempenho quando procede ao perfil profissional de cada um dos personagens que atuam no processo crime, mormente no que tange ao mapa mental de cada um dos *players* e, ainda mais importante, o mapa mental do julgador.

Para que se possa ter mais êxito nos jogos processuais a maior amplitude do diagnóstico e das táticas a se utilizar melhoram a possibilidade de desempenho. No jogo processual penal quanto mais informações sobre quem é ou pode ser o julgador melhor. A estratégia e as táticas devem ser diferentes conforme o julgador. Por isso a importância de se poder obter as maiores informações possíveis sobre as preferências teóricas, sociais, ideológicas, enfim, todos os dados que possam auxiliar nas estratégias processuais. Esse quadro de informações sobre o julgador é fundamental para se eleger a melhor tática³¹³.

O mapa mental representa a forma como o jogador (ou julgador) desenvolve

³¹² FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 201.

³¹³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 144.

seu raciocínio estratégico baseado em experiências passadas e conhecimento adquirido. Aqui vale saber qual a visão do magistrado sobre conceitos de criminologia (um juiz “biologicista”³¹⁴ ou com uma visão de criminologia crítica³¹⁵?), qual a visão de política criminal do promotor de justiça (tolerância zero ou calcado em um direito penal mínimo?), ou qual a especialização do advogado (um civilista ou um criminalista nato?). Todos esses contextos influenciam no desenrolar do jogo processual, bem como de que forma se desenvolverá a gestão da prova (está-se trabalhando com um juiz que ainda crê no mantra da “verdade real”?).

No Direito Penal e Processual Penal a maneira como as categorias serão organizadas depende da formação de cada um, das capacidades cognitivas, dos professores que teve a sorte ou o azar de ter, da dedicação, enfim, de variáveis imponderáveis³¹⁶.

Elementos de pressão externa também devem ser levados em consideração no desenrolar do jogo processual, identificando até que ponto os jogadores e julgador estão comprometidos com causas externas (jogadores externos) durante a partida. O conhecimento de tais circunstâncias pode auxiliar ou prejudicar determinado argumento a ser utilizado por uma das partes. Um magistrado que já passou pela experiência de um assalto em residência, tendo sua família rendida durante a ação criminosa, tende a ter um comportamento mais severo quando da análise de um pedido de liberdade provisória formulado pela defesa. As experiências desagradáveis “levam ao inconsciente um traço negativo que, de retorno ao consciente tende a involuntariamente ser projetado às outras pessoas”³¹⁷.

No mesmo sentido, fatores como a fome, fadiga e estresse influenciam no

³¹⁴ “partem da premissa de que o homem delinquente é ‘distinto’ do não-delinquente (princípio positivista da diversidade) e que em referido fator diferencial reside a explicação última do comportamento delitivo: a busca de um transtorno, uma patologia, uma disfunção ou anormalidade, é uma das características comuns de todos os enfoques biológicos”. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos; Introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais, 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 178.

³¹⁵ “teoria materialista, ou seja, econômico-política, do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização”. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3ªEd. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.159.

³¹⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 118.

³¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 143.

comportamento dos julgadores e jogadores, bem como no comportamento de vítimas, autores e testemunhas.

Os jogadores/julgadores estão sujeitos aos limites da natureza física, às deficiências de cognição e de intelecto e às debilidades da estrutura psíquica, até porque todos precisam se alimentar, envelhecem e ficam doentes. A ilusão do sujeito universal do Direito é uma mentira conveniente³¹⁸.

Ainda, elementos como a linguagem corporal³¹⁹ ou mesmo os significantes na forma de apresentação de uma testemunha (policiafardado, trazendo consigo a autoridade do Estado em suas vestes) influenciam de sobremaneira na análise dos contextos em uma sala de audiência. Tais elementos não se limitam ao comportamento das testemunhas, acusados e vítimas, mas também às atitudes dos próprios jogadores. Uma postura arrogante por parte de um dos jogadores pode ser interpretada pelo julgador de maneira negativa, ensejando uma predisposição a indeferir pleitos apresentados durante o ato processual.

São por isto maus psicólogos (e portanto maus jogadores da partida judiciária) aqueles advogados os quais, não sabendo renunciar o gosto de colocar em operação o seu exasperante virtuosismo profissional ou de ostentar em audiência a sua superioridade professoral, não se apercebem que deste modo prestam um mal serviço ao cliente, porque indispõem o juiz e o colocam, sem que ele mesmo se dê conta, a considerar sobre a má luz todas as razões, mesmo que sérias e fundadas, que vêm daquela parte (por isso, os clientes, quando escolhessem um professor para si, fariam bem em ter cuidado não somente com aqueles muito arditos, mas também com aqueles muito valorosos!)³²⁰.

Da mesma forma, deve o jogador preparar-se para o efeito Halo³²¹, segundo o qual a primeira avaliação realizada pelo interlocutor tem a capacidade de influenciar, sobremaneira, nas posturas adotadas durante o jogo processual. Assim, um jogador profissional procura avaliar de maneira técnica e racional qual a impressão que primeiramente pretende estampar, seja de maneira estética (roupas alinhadas ou

³¹⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 120.

³¹⁹ “Na década de 1950, apurou-se que em toda comunicação interpessoal cerca de 7% da mensagem é verbal (somente palavras), 38% é vocal incluindo tom de voz, inflexão e outros sons e 55% é não-verbal”. PEASE, Allan & Barbara. **Desvendando os Segredos da Linguagem Corporal**. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2005. p. 17.

³²⁰ CALAMANDREI, Piero. **O Processo como um jogo**. Curitiba: GENESES - Revista do Direito Processual Civil, n 23, jan/março 2002. p. 206.

³²¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **A teoria dos jogos aplicada ao Processo Penal**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 90-91.

desalinhadas, de acordo com a estratégia de atuação) ou mesmo no trato pessoal (simpatia, antipatia, arrogância, humildade, etc), buscando uma heurística do afeto³²². Ora, o jogo processual se desenvolve em meio a relações humanas e, desprezar tais fatores caracteriza ingenuidade do jogador.

Todo o cenário apresentado ganha ainda mais destaque ao se tratar com ritos especiais, como o tribunal de júri ou mesmo audiências referentes a medidas despenalizadoras da Lei 9099/95, pois nesses campos de jogo, alguns *players* (ou julgadores, como os jurados) não atuam, via de regra, de maneira profissional, potencializando a influência extraprocessual nas jogadas. Em especial em plenário do tribunal do júri, ganha destaque o elemento estético dos jogadores, bem como os jogos de cena, a oratória e a didática dos *players*.

Da mesma sorte, é importante que os jogadores acompanhem a moda e tendências jurídicas para que não pareçam ultrapassados nas argumentações técnicas e, com isso, percam credibilidade entre os demais atores do processo.

Há autores que entram e saem de moda. Tribunais, julgadores, jogadores que ostentam credibilidade ou não, sendo que o estudo das tendências poderá auxiliar. A construção da tendência jurídica, ainda que possa decorrer de fatores e pessoais, acomoda o complexo jogo de relações sociais, nos quais o contexto (regional, da unidade jurisdicional e dos jogadores reais) determinam a maneira de se comportar processualmente³²³.

Todo o desenvolvimento estratégico dos jogadores durante a fase de instrução do processo criminal tem por objetivo a maximização de seus interesses, ou seja, a obtenção de resultado vantajoso de acordo com seus objetivos inicialmente tratados: os *payoffs*.

No processo penal o resultado é a obtenção de decisão favorável ao jogador, ou seja, é a captura psíquica do juiz dada pelas argumentações e provas produzidas

³²² “O psicólogo Social Robert Boleslaw Zajonc foi pioneiro em explorar a importância do afeto na tomada de decisões, bem como em sublinhar que as reações emotivas a estímulos ocorrem automaticamente e, em geral, antecedem outras reações, de modo a conduzir o processamento das informações e julgamentos subsequentes”. WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Vieses da justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018, p. 41-42.

³²³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 125.

durante o processo.

Insta destacar que a assertiva de que o processo penal serviria para alcançar a verdade real dos fatos históricos não encontra guarita na doutrina moderna³²⁴. O jogo processual se estabelece para a reconstrução dos fatos históricos, por intermédio de uma série de estratégias processuais, buscando-se uma verdade construída pelos argumentos e fatos provados. Assim, é um exercício de bricolagem, “entendido, como em francês, como fazer o possível, mesmo que o resultado não seja perfeito”³²⁵. Nesse sentido, o que podemos encontrar é a verdade processual.

Por meio da sentença o Juiz Criminal julga definitivamente o mérito da pretensão penal, resolvendo-o em todas as suas etapas possíveis, a saber: a da imputação da existência de um fato (materialidade). A imputação da autoria desse fato e, por fim, o juízo de adequação ou valoração jurídico-penal da conduta³²⁶.

Daí a necessidade de entender a forma como o magistrado atua durante o processo para desenvolver os argumentos corretos para o seu convencimento, vez que, se assim não o fosse, bastaria cadastrar os elementos probatórios em um programa de computador para obter a sentença correspondente.

Estudiar la mentalidad judicial sería de poco interés si los jueces no hicieran otra cosa más que aplicar reglas jurídicas claras creadas por los legisladores, por los órganos o servicios administrativos, por los constituyentes y otras fuentes extrajudiciales (incluyendo la *lex mercatoria*) a hechos que tanto jueces como jurados consideraran probados sin mediar prejuicios ni preconcepciones. De ser así, los jueces estarían a un paso de ser reemplazados por programas digitalizados de inteligencia artificial • Pero incluso los juristas teóricos que defienden fervientemente que los jueces no deben ser más que aplicadores de reglas y quienes, despojados de todo prejuicio, establecen qué hechos han de tenerse por probados no creen que ése sea el modo en que todos o siquiera la mayoría de jueces estadounidenses actúan durante todo el tiempo. Nuestros jueces tienen y ejercen discrecionalidad. Especialmente si son jueces de apelación, o aun incluso cuando pertenecen al nivel intermedio, son «legisladores ocasionales». Para entender la actividad legislativa que desempeñan es necesario entender la naturaleza de sus motivaciones, sus facultades, sus

³²⁴ KHALED JR. **A Busca da Verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013; LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 385-392; NICOLIT, André. **Manual de Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 658-659. MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Juiz não deveria ser xerife nem detetive em busca da verdade real** Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-out-16/limite-penal-juiz-nao-deveria-xerife-nem-detetive-busca-verdade-real>> Acesso em 23 dez 2017.

³²⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 144. p. 137.

³²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16ªed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 635

mecanismos de selección, las normas de su profesión y su psicología³²⁷.

Garantidos os *Payoffs*, o processo crime se perfectibiliza, encerrando-se assim o jogo (ou a partida, tendo em vista a possibilidade de recursos às instâncias superiores, onde o jogo recomeça, dessa vez, com outras estratégias).

Contudo, os jogadores e julgadores têm aprendido a conviver com uma nova forma de jogo processual: a investigação preliminar. O pré-jogo processual tem ganhado destaque no sistema de persecução criminal, promovendo a alteração de estratégias dos jogadores que passam a voltar sua atenção e sua energia à fase pré-processual.

³²⁷ POSNER, Richard. **Como Deciden los Jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 16.

CAPÍTULO 3

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL ORIENTADA PELA TEORIA DOS JOGOS E SUA RELAÇÃO COM A CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL

3.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL E A REGRA DO JOGO CONSTITUCIONAL

No capítulo anterior apresentou-se a relação do Processo Penal com a Teoria dos Jogos, oportunidade em que se demonstrou o paralelo entre os elementos do jogo (*player*, interações, estratégia e *payoffs*) com o processo, restando necessária ainda a análise das regras do jogo. A regra do jogo, como bem asseverado, indica quais os movimentos no tabuleiro são admitidos durante a partida para que se tenha um resultado justo. Tais regras são voltadas não apenas aos *players*, mas também ao próprio julgador.

Em síntese, a regra do jogo processual relaciona-se à observância da legalidade – e aqui leia-se Código de Processo Penal e leis especiais –, bem como o respeito às regras constitucionais. Para tanto, imprescindível analisar o desenvolvimento de tais regras constitucionais fundamentais desde o jusnaturalismo até o presente momento, propondo-se, desde já, um paralelo com o objeto de estudo do presente trabalho, qual seja, a investigação criminal representada pelo inquérito policial: principal instrumento de investigação no direito brasileiro.

Jusnaturalismo é a expressão utilizada para indicar o movimento jurídico filosófico fulcrado no entendimento de que o ideal de justiça se baseia, fundamentalmente, em direitos que são naturais a todo o ser humano, tais como o direito à vida ou à liberdade.

A relação do direito natural é bem explicitada por Michel Villey ao estudar a obra de São Tomás de Aquino:

É por isso que, em se tratando do homem, o conhecimento de sua natureza tem um interesse prático: tendo sido postulado que o bem, para o homem, é seguir sua natureza, o estudo da natureza humana resulta na constituição de uma moral. É a moral natural da Antiguidade, que São Tomás encontrou

codificada em Aristóteles, mas, mais ainda nas doutrinas dos estóicos, e sobretudo no *De officiis* de Cícero que é uma de suas fontes principais³²⁸.

Tal concepção se deu em razão do reflexo de movimentos sociais responsáveis por alterar a concepção de poder do Estado no século XVII que passou a ser entendido como um contrato social.

Jean-Jacques Rousseau, ao tratar do contrato social, adverte:

As cláusulas deste contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato, que a menor modificação as tornaria vãs e de nenhum efeito; de sorte que, conquanto jamais tenham sido formalmente enunciadas, são as mesmas em todas as partes tacitamente admitidas e reconhecidas, até que, violado o pacto social, reentra cada qual em seus primeiros direitos e retoma a liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual ele aqui renunciou³²⁹.

Para Hobbes, o Estado surge de um pacto que os indivíduos assumem entre si, com o propósito de alcançar a segurança da sua vida pela sujeição comum a um único poder³³⁰.

O estado da natureza descrito por Hobbes é também aquele em que cada um vive por sua conta, e precisa cuidar da própria defesa, pelo que termina numa guerra de todos contra todos. O mesmo acontece com o estado natural descrito por Rousseau na Exposição sobre a Origem da Desigualdade entre os Homens, em que o homem primitivo, identificado como o “bom selvagem”, leva uma vida simples, rudimentar, em contato, não com os seus semelhantes, mas só com a natureza³³¹.

Lenio Luiz Streck³³² e Bolzan de Moraes asseveram que a perspectiva que surge da escola do jusnaturalismo contratualista é fundamental para entender a trajetória adotada pelo Estado Moderno e sua estrutura institucional.

A concepção orgânica contrapõe-se à ideia contratualista vendo a sociedade como “natural” ao homem. Nesta, por outro lado, a Sociedade/Estado é vista como uma criação artificial da razão humana através do consenso, acordo tácito ou expresso entre a maioria ou a unanimidade dos indivíduos... Fim do Estado Natural e o início do Estado

³²⁸ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 142.

³²⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Edição eletrônica: Ed Ridendo Castigat Mores (www.jahr.org). Acesso em 03 mai 2017.

³³⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria das Formas de Governo**. 5ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1988, p. 111.

³³¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria das Formas de Governo**. 5ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1988, p. 111.

³³² STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 29.

Social e Político³³³.

A passagem do Estado de natureza para o Estado Civil aproxima a necessidade de positivação de normas a serem seguidas pelos membros da sociedade. O positivismo como corrente filosófica surgiu na França no começo do século XIX, ganhando força na Europa na segunda metade do referido século e início do século XX. Tal movimento destacou-se, principalmente, em razão da necessidade de limitação do poder absoluto do rei.

Note-se, pois, que a positivação do direito não afasta os direitos presentes no estado da natureza.

Mesmo um teórico do absolutismo como Bodin considera injusto o príncipe que viola sem motivo justo e razoável a propriedade de seus súditos, e julga tal ato uma violação das leis naturais a que o príncipe está submetido ao lado de todos os outros homens [1576, I, 8]³³⁴.

Assim, percebe-se a relação próxima entre o positivismo jurídico e a necessidade de limitar o poder estatal, o que ensejou o imperativo de criação de normas para limitar o poder do governante.

No contexto apresentado, Zagrebelsky afirma que o surgimento das constituições pode se dar de maneira impositiva ou mesmo por coordenação:

La constitución como imposición implica una división entre dominante y dominado; presupone históricamente un acontecimiento histórico de dos partes, una de las cuales prevalece sobre la otra; se hace necesaria como conclusión de un período de guerra civil, real o virtual. La parte vencedora, entonces, “manda” su orden, impone su constitución. Si no ES así, si la cuestión no ES un arreglo de cuentas entre enemigos, sino una coordinación entre amigos, La constitución asume un carácter del todo distinto, de recíproco reconocimiento e implicación³³⁵.

Ao tratar dos objetivos ou fins das constituições, Gregorio Peces-Barba Martínez, bem ensina:

El imperio de la Ley como exigencia constitucional, servirá para limitar a todos los poderes, incluido el poder de los propios individuos, porque además de la idea de pacto social que supone limitación del poder de cada

³³³ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 29.

³³⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**: para uma teoria geral da política. 14 Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 23.

³³⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Madrid: Trotta, 2006, p. 83.

uno para crear el poder político³³⁶.

No mesmo sentido, Eros Roberto Grau, ao dissertar sobre a legalidade e o direito positivo, assevera que “apenas na afirmação da *legalidade* e do *direito positivo* a sociedade encontrará segurança, e os humildes, a proteção e a garantia de seus direitos no modo de produção social dominante”³³⁷.

Ainda, Gustavo Zagrebelsky sustenta:

De acuerdo con las premisas del derecho constitucional condificado em um texto – la constitución escrita -, la relación con la historia constitucional es de total separación, por lo que hace a su respectiva naturaleza: racional y voluntaria la del primero, arracional (si no irracional) e involuntaria, o “natural”, la segunda. Por lo que respecta a la función práctica de la constitución, ésta consiste exactamente em la extinción de las fuerzas autónomas de la historia constitucional y en su reducción a objetos de una mecánica política objetiva. La improvisación de la historia constitucional y em su reducción a objetos de una mecánica política objetiva. La improvisación de la historia – ésta es la aspiración de los constituyentes – cede entonces frente a la planificación de la constitución, entendida como el guión obligatorio para los actores que, a partir de entonces, no pueden ya improvisar sino que deben recitar su objeto³³⁸.

A escola positivista conferiu ao Direito a segurança jurídica que se propunha. Ocorre, todavia, que o positivismo jurídico passou a se distanciar dos conceitos principiológicos do jusnaturalismo, descaracterizando sua atuação, vez que a norma deixou de ter conteúdo axiológico. Nessa senda, mostrou-se imprescindível promover a correção do positivismo.

Estamos desde la idea del Derecho como cultura, em una superación de los iusnaturalismos y del positivismo clásico, em una cultura que podemos llamar de positivismo corregido entendido como um positivismo aberto a contenidos de ética pública variables e indeterminados, que no podemos determinar a priori, pero que sí podemos identificar a los que nos parecen preferibles. Estamos em la justicia del Derecho, la ética pública jurídica³³⁹.

A aplicação do “positivismo corrigido” avançou de sobremaneira, alçando os princípios à categoria de normas, com força vinculante e obrigatória. Trata-se, pois, do movimento chamado neoconstitucionalismo ou pós-positivismo. Assim, a doutrina

³³⁶ PECES-BARBA, Gregorio. **Diez lecciones sobre ética, poder y derecho**. Madrid: Dykinson, 2010, p. 99.

³³⁷ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 7ªed. Refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 22.

³³⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Madrid: Trotta, 2006, p. 32/33.

³³⁹ PECES-BARBA, Gregorio. **Diez lecciones sobre ética, poder y derecho**. Madrid: Dykinson, 2010, p. 138.

passou a diferenciar regras e princípios, estabelecendo critérios de aplicação. Para Robert Alexy, a diferença entre regras e princípios está no fato de que aquelas suscitam apenas problemas de validade, enquanto os princípios, além da validade, suscitam ainda a questão da importância ou do *valor*³⁴⁰.

Robert Alexy, criticando o positivismo constrói um “constitucionalismo principialista”, na qual as regras e princípios são igualmente normas jurídicas, sendo que aquelas, “comandos definidos”, que têm baixa abstração e alta densidade normativa, enquanto os princípios, “comandos de otimização”, que possuem alta abstração e baixa densidade normativa, atendendo, respectivamente, a fórmulas de subsunção e de ponderação de valores³⁴¹.

Dessa feita, o intérprete passou a ter maior discricionariedade na aplicação do texto legal, pois derivada de um exercício de interpretação tanto da regra quanto do princípio.

O neoconstitucionalismo, según la expresión más difundida em la actualidad entre los filósofos del derecho – se há dado uma lectura predominantemente iusnaturalista, o cuando menos no iuspositivista o post-iuspositivista, em razão de la tesis según la cual, a diferencia del positivismo jurídico, aquél se basaría em la conexión conceptual entre derecho y moral. Para una crítica de esa lectura y para una interpretación iuspositivista del neoconstitucionalismo, cf, las agudas observaciones de T. Mazzaresse, “Diritti fondamentali e neoconstituzionalismo: um inventario di problemi” (...) la fortuna de esa lectura se debe, además de a los términos ético-políticos (“valores últimos e imprescondibles de la humanidad”, “derechos humanos” o “naturales”) com los que Suelen formularse los derechos fundamentales em el lenguaje político ordinário, al hecho, trivial y extrínseco, de que los principales estudiosos que han dedicado su atención a la tutela constitucional de los derechos fundamentales – em particular Robert Alexy, Ronald Dworkin y Carlos Nino – son autores de orientación tendencialmente iusnaturalista³⁴².

De outra banda, destaca-se a posição apresentada por Eros Roberto Grau, que critica o uso desmedido de princípios pelos magistrados a fim de embasar seus entendimentos, afastando-se dos preceitos legais.

aí a destruição da positividade do direito moderno pelos valores. Os juízes despedaçaram a segurança jurídica quando abusam do uso de ‘princípios’ e praticam – fazem-no cotidianamente! – os controles da proporcionalidade e

³⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

³⁴¹ BARBOSA, Ruchester Marreiros. Polícia Judiciária enquanto dispositivo democrático. *In*: HOFFMANN, Henrique et al (Org.). **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 238-242, p. 08.

³⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría Del derecho y de la democracia**. Vol. 2 Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p.71-72.

razoabilidade das leis³⁴³.

Nesse sentido, a atuação do operador do direito diante do texto de lei, interpretando-o à luz dos princípios constitucionais no intuito de garantir máxima efetividade aos direitos e garantias individuais, aproxima-se, em muito, da ideia jusnaturalista, provocando sua retomada – o que deve ser visto com cautela³⁴⁴.

A utilização de princípios constitucionais, por óbvio, alcança as regras processuais penais, reafirmando a necessidade básica de proteção dos direitos individuais em face ao arbítrio estatal, mesmo porque o direito processual penal reflete a maior violência estatal em face aos direitos individuais, pois é o ramo do direito que pode subtrair a liberdade de ir e vir do indivíduo. Assim, é inegável que a interpretação das regras penais e processuais penais deva ser calcada em princípios e preceitos constitucionais.

Podemos entender que o processo é o microcosmo do Estado de Direito, devendo ser aquilo que o Estado de Direito é; assim sendo, ele deve-lhe correspondência³⁴⁵. Nesse contexto, é imprescindível que o sistema de persecução criminal seja objeto de uma filtragem constitucional, com o implemento de garantias mínimas, conforme preceitua Alexandre Morais da Rosa:

O modelo de Direito preconizado pela Teoria Geral do Garantismo está baseado no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais, aqui trabalhados dissociados de uma visão essencialista. Isto porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os direitos fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais. Dito de outra forma, em face da supremacia Constitucional dos direitos positivados no corpo de Constituições rígidas ou nelas referidos (CR, art. 5º, §2º), como a brasileira de 1988, e do princípio da legalidade, a que todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos, principalmente os processados criminalmente, pela peculiar

³⁴³ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 7ªed. Refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 24.

³⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. 4ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

³⁴⁵ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo. São Paulo: Atlas, 2013, p. 02.

situação que ocupam (mais fracos ante o poder Estatal)³⁴⁶.

Nesse sentido também são os ensinamentos de Luigi Ferrajoli:

Los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos substanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar satisfacer³⁴⁷.

Assim, busca-se, pois, a máxima efetividade dos direitos fundamentais, vedando-se o excesso de poder, respeitando o Estado Democrático de Direito. Contudo, é necessário destacar que o exercício de filtragem constitucional deve seguir as balizas disciplinadas pelo direito posto, evitando o descontrole da atuação da jurisdição³⁴⁸.

Mas, embora seja possível visualizar os princípios constitucionais como verdadeiras garantias fundamentais dos indivíduos, seja em face do Estado, seja em face de si mesmos, deve-se assinalar, ao menos como referência distintiva em relação às regras jurídicas, uma certa amplitude de suas vinculações normativas. E isso ocorre pela maior abstração de seus comandos, o que torna necessário o estabelecimento de critérios minimamente seguros que possam resolver possíveis e inevitáveis conflitos entre direitos fundamentais. E não há como negar: em tema de Direito Processual Penal, a realização de um direito individual nem sempre se faz sem o tangenciamento de direito alheio³⁴⁹.

Isso posto, resta evidente que deve o intérprete promover sua atividade primando pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, mas procurando sempre pautar sua atuação com base no texto legal. Nesse sentido, o estudo do processo penal, e mais especificamente do título referente ao inquérito policial, deve ser realizado sempre com viés constitucional, seguindo os preceitos dispostos na Carta Magna.

A análise do princípio do devido processo legal passa, essencialmente, pela necessidade de revisitar o disposto no art. 5º, LIV, da Constituição da República, segundo o qual ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o

³⁴⁶ MORAIS DAROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de constitucionalidade** **Material:** Aportes Hermenêuticos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.05

³⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías:** la Ley del más Débil. Madrid España: Ed. Trotta, 1999. p.23-24

³⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência.** 4ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 102.

³⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.**16ªed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 36

devido processo legal. Insta destacar que tal princípio não se restringe ao encaminhamento processual do Estado referente à apuração de determinado fato para aplicação de restrição de direitos, mas se irradia por diversos outros princípios, tais como o princípio da presunção de inocência ou do contraditório e da ampla defesa.

A análise do referido princípio processual pode se dar por um aspecto meramente formal, entendendo-se que o referido instituto processual penal tem por função voltar-se como um comando ao Estado, indicando que um indivíduo somente será processado e a ele imputada pena após cumpridas as formalidades procedimentais pertinentes constantes na lei processual penal, sob pena de nulidade do processo.

Assim, evidencia-se que o processo penal tem caráter instrumental em relação ao direito material. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior bem indica que “existe uma íntima e imprescindível relação entre o delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”³⁵⁰.

De outra banda, destaca-se que o devido processo legal não pode ser considerado simplesmente como procedimento estatal para restrição de direitos. Imprescindível entender que o princípio ora estudado não deve ser abordado tão somente sob seu aspecto formal, mas principalmente diante de seu caráter material, substancial.

Los principios de reserva y legalidad penal (*nullum crimen sine proevia lege*) se proyectan sobre la persecución penal, condicionando su iniciación y subsistencia a que se plantee la hipótesis de un hecho que, al momento de su presunta comisión, se encuentre caracterizado como delictivo por la ley sustantiva. Deben funcionar así como una garantía, no ya frente al "momento final" de imposición de la pena en la sentencia, sino frente al inicio de la persecución penal, y durante su desenvolvimiento posterior, erigiéndose en obstáculos insalvables respecto a cualquier investigación sobre una persona que no esté fundada en la supuesta infracción a una norma penal³⁵¹.

Assim, parece evidente a ideia de que não basta a garantia de acesso ao Judiciário e a necessidade de o Estado respeitar o rito processual indicado em lei,

³⁵⁰ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 34

³⁵¹ CAFFERATA NORES, José. **Proceso penal y derechos humanos. La influencia de La normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional em el proceso penal argentino**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000, p.65-66.

mas, é imprescindível que o processo instrumental de apuração de culpa se dê por meios essencialmente justos, proporcionais e razoáveis.

Para operacionalizar o devido processo legal substancial se recorre ao princípio da proporcionalidade (razoabilidade), o qual deve sempre ser aquilatado em face da ampliação das esferas individuais da vida, propriedade e liberdade, ou seja, não se pode invocar a proporcionalidade contra o sujeito em nome do coletivo, das intervenções desnecessárias e/ou excessivas. No Processo Penal, diante do princípio da legalidade, a aplicação deve ser favorável ao acusado e jamais em nome da coletividade, especialmente em matéria probatória e de restrição de Direitos Fundamentais³⁵².

Nesse aspecto, o devido processo legal deve ser informado pela defesa do mais débil em face ao aparato estatal de persecução criminal, garantindo ao acusado os direitos fundamentais previstos na Carta Magna, o que nos direciona à retomada do discurso referente à filtragem constitucional de um diploma processual penal da década de 40. Assim, “o paradigma garantista se constitui de forma a impor ao Estado a necessidade de desempenho de suas atividades investigatórias para atendimento dos interesses da sociedade, e não do soberano ou do próprio Estado”³⁵³.

Imprescindível, pois, é destacar o entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado nos autos do Habeas Corpus n. 94.016-SP, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, oportunidade em que a Corte Suprema indicou os elementos essenciais à configuração da cláusula do devido processo legal sob o aspecto substancial:

o exame da cláusula referente ao *due process of law* permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *'ex post facto'*; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i)

³⁵² MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p.157.

³⁵³ SOUZA, Pedro Ivo de. Investigação Criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma. In: ZANOTTI, Bruno Taufner. SANTOS, Cleopas Isaías. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 43.

direito à observância do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de 'participação ativa' nos atos de interrogatório judicial e demais litisconsortes penais passivos, quando existentes³⁵⁴.

Isso posto, resta evidente que o sistema de persecução criminal proposto no Código de Processo Penal deve assegurar inúmeras garantias constitucionais ao acusado de infração criminal, em especial alusivo às prerrogativas elencadas acima pela Suprema Corte Brasileira.

O processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea não ocorre apenas através da integração da democracia representativa com a democracia direta, mas também, e sobretudo, através da extensão da democratização – entendida como instituição e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo – a corpos diferentes daqueles propriamente políticos³⁵⁵.

Isto posto, frente a uma nova sistemática de aplicação do direito, mormente no que se refere à atuação em fase policial diante de uma Constituição cidadã, a Polícia Judiciária deve reformular sua atuação, buscando uma virada democrática para o exercício de seu mister constitucional. Assim, a releitura do processo penal, e mais especificamente, da investigação criminal, à luz da constitucionalização dos direitos humanos é medida essencial para aplicação da justiça.

Nesse sentido, Nereu José Giacomolli leciona:

Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos³⁵⁶.

Na mesma linha assevera Aury Lopes Júnior:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e

³⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no *Habeas Corpus* nº 94.016. Relator: Ministro Celso de Mello. São Paulo, SP, 14 de abril de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3562036>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

³⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 14ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 155.

³⁵⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016. p. 13.

jamais de defendeu isso. O processo penal é o caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal)³⁵⁷.

Em vista do exposto, mostra-se fundamental que a investigação criminal – gérmen da ação penal – deva ser conduzida com cautela, responsabilidade e sob o manto protetor das garantias fundamentais do investigado, possibilitando uma coleta de informações calcadas na legalidade e na constitucionalidade.

A percepção do principal instrumento de investigação brasileiro à luz do devido processo legal deve pautar-se pela aplicação, pois, do devido processo substancial, trazendo como regras do jogo a posição da corte suprema acerca do tema, explicitada por intermédio do HC n 94.016-SP supracitado. Daí extrai-se a conceituação do “método legal negativo de investigação”³⁵⁸.

Conforme o julgado ora aventado, a garantia de acesso ao Poder Judiciário marca o ponto inicial da discussão e a sua correlação com o procedimento policial se dá de maneira bastante singela. Ora, sendo a investigação preliminar instrumento de coleta de elementos informativos iniciais, serve o referido instrumento como filtro para evitar ações penais infundadas. Nesse sentido, restando clara a inexistência de prova da materialidade ou indícios de autoria, torna-se possível ao suspeito a impetração de *habeas corpus* endereçado ao Poder Judiciário a fim de promover o trancamento da investigação criminal. Resta evidente, pois, que o instrumento de investigação é submetido a controle jurisdicional, garantido na Carta Constitucional, ao investigado, o devido acesso.

Noutro aspecto, ponto interessante de debate relaciona-se ao direito de citação e ao conhecimento prévio da acusação, ligando-se ao direito ao contraditório e à plenitude de defesa, bem como ao direito à prova. Sendo o procedimento

³⁵⁷ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.09.

³⁵⁸ “Os direitos e garantias fundamentais, na investigação criminal, desempenham uma função negativa no âmbito de investigação, sobretudo no contexto de descoberta, pois limitam ou condicionam os meios de obtenção de provas. Se no processo judicial os direitos e garantias fundamentais condicionam a verdade e à validade de certos procedimentos, na investigação criminal, além de condicionar essa verdade, limitam e condicionam as ações investigativas, estabelecendo um verdadeiro âmbito negativo de atuação”. PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal: Uma introdução jurídico-científica**. São Paulo: Almedina. 2010, p. 185.

inquisitorial, parte-se da premissa que inexistente direito de defesa na investigação criminal. Tal assertiva mostra-se equivocada, ao menos em parte. É certo que, por não haver acusação formal ou mesmo relação processual instaurada, não há a efetiva citação do suspeito. Em verdade, enquanto não advir o ato de indiciamento, não há de se falar em pretensão de defesa, pois carece de indicativo de autoria. Contudo, a partir do ato de indiciamento por parte do Delegado de Polícia, ato através do qual o Estado formalmente aponta o suspeito do crime, surge ao indiciado uma gama de possibilidades de exercício de defesa, seja exercício endógeno do direito de defesa (nos autos do procedimento, e aqui a defesa assumirá caráter positivo ou negativo³⁵⁹), seja o exercício exógeno do direito de defesa (por intermédio do manejo de remédios constitucionais).

A Suprema Corte também aponta como corolário do devido processo legal substancial o direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas. A relação de tal preceito com o inquérito policial também parece razoável. Tratando-se de procedimento administrativo calcado em lei, o inquérito policial possui prazo para a conclusão das diligências investigatórias. Nesse aspecto, o Código de Processo Penal em seu artigo 10, *caput*, confere o prazo de 10 dias para conclusão da investigação quando o indiciado estiver preso e 30 dias quando o indiciado estiver solto, nos casos de crimes investigados pela Polícia Judiciária Estadual. Para as investigações que digam respeito ao tráfico de drogas, o prazo se alarga, devendo ser concluído no prazo de 30 dias em caso de investigado preso (sendo permitida uma única prorrogação com prazo idêntico), ou 90 dias acaso o investigado esteja solto.

A despeito de ser possível a prorrogação do prazo de conclusão do inquérito policial quando o indicado estiver solto (art. 10, §3º, do CPP), tal medida não pode ser adotada de maneira desarrazoada, devendo respeito ao Princípio da Proporcionalidade. O inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República, incluído

³⁵⁹ A atuação endógena pode assumir critério positivo ou negativo: “a) positivo – pode se utilizar todos os meios que lhe permitam confrontar os elementos de prova que digam respeito à autoria ou materialidade da infração; b) negativo – consiste na não produção de elementos de prova que possam lhe ser prejudiciais (v.g. não fornecimento de material gráfico para a realização de exame grafotécnico, não submissão ao exame de etilômetro, etc)”. SANNINI NETO, Francisco. **Inquérito policial e prisões provisórias**: teoria e prática de polícia judiciária. São Paulo: Ideias & Letras, 2014, p. 82.

pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Não é raro encontrarmos em Delegacias de Polícia, Varas Criminais ou Promotorias de Justiça autos de investigações criminais que tramitam há anos, com sucessivas prorrogações de prazo. Ocorre que, a aferição da razoabilidade do tempo de investigação demanda análise de caso a caso, pois a complexidade do fato investigado ou mesmo as circunstâncias e realidade estrutural dos órgãos que compõem o sistema de persecução criminal influenciam, diretamente, no tempo de duração da investigação criminal³⁶⁰, devendo tais fatores ser levados em consideração para entendimento da “razoabilidade” do prazo de conclusão do feito.

O razoável é um conceito aberto, carecedor de uma delimitação precisa, de difícil determinação *prima facie* e em abstrato, motivo por que a imersão ao caso concreto, com todas as circunstâncias (fáticas, jurídicas, objetivas, subjetivas, *v.g*) e interferências (endo e extraprocessuais, *v.g*), é um imperativo verificável à prestação da tutela jurisdicional efetiva. O qualificativo de razoável situa-se na linha do que encontra uma justificativa fática e jurídica dentro da normalidade (ajustado à norma) do procedimento processual penal. Na verificação da duração razoável interferem vários fatores específicos de cada caso, tanto no aspecto objetivo (fato que está sendo investigado), quanto do comportamento dos sujeitos e instituições envolvidos na investigação³⁶¹.

Outro ponto indicado pelo Supremo Tribunal Federal diz respeito à publicidade dos atos processuais. O Inquérito Policial possui como característica a sigiliosidade. O art. 20 do Código de Processo Penal dispõe que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

De fato, a impossibilidade de acompanhamento dos atos investigatórios por qualquer um do povo é medida salutar para o bom desenvolvimento das estratégias

³⁶⁰“Devemos considerar, ainda, que existe uma clara relação entre o aumento do número de processos com a duração que eles acabarão tendo, de modo que a pampenalização, gerada por movimentos como *law and order* e tolerância zero, sobrecarregam a Justiça Penal, muitas vezes com condutas que deveriam ser penalmente irrelevantes (eis que passíveis de resolução em outras esferas, como cível e direito administrativo sancionador), entupindo juízes e tribunais com volumes absurdos de trabalho e, em última análise, aumentando a duração dos processos”. LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 127.

³⁶¹GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 378-379.

de atuação durante o levantamento de informações acerca do crime, impedindo que se dê divulgação dos próximos passos a serem dados pela Polícia Judiciária, o que facilitaria eventual destruição de provas ou mesmo auxiliaria na fuga de suspeitos.

Contudo, o sigilo da investigação criminal não pode ser posto ao Promotor ou Juiz da causa, tampouco ao advogado, ainda que sem procuração para atuar nos autos (salvo nos casos de sigilo decretado judicialmente ou mesmos nos casos em que se impõe o sigilo para a investigação por determinação legal; nesses casos, é exigida procuração específica por parte do casuístico para ter acesso ao conteúdo da investigação).

O HC n 94.016-SP ainda indica como consectário lógico do devido processo legal substancial o direito de não ser processado e julgado com base em leis '*ex post facto*', evitando investigações de atos não tipificados como crime. Ora, o sistema normativo pátrio atua com o direito penal do fato, devendo o autor ter praticado uma ação ou omissão que enseja um resultado previsto em lei como crime.

Ainda, o julgado bem indica que o cidadão tem o direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude. Nesse diapasão, imprescindível, como afirmado alhures, que a investigação criminal seja conduzida por profissional com formação jurídica. Para tanto, a referida autoridade pública deve pautar sua atuação de forma técnico-jurídica a fim de evitar a produção de provas ilícitas que, acaso fossem produzidas, contaminariam toda a ação penal futura em razão do princípio decorrente do inciso LVI do art. 5º da Constituição da República c/c §1º do art. 157 do CPP.

Pedra de toque do princípio do devido processo legal substancial é o direito à observância do juiz natural, que corresponde ao preceito constitucional disposto nos incisos XXXVII e LIII, ambos do art. 5º da Constituição da República, indicando, respectivamente, que não haverá juízo ou tribunal de exceção, bem como que ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente. Nessa toada, levando em conta que se está tratando de investigação preliminar, foi demonstrado no capítulo 1 a existência do Princípio do Delegado Natural, que deve ser observado para cumprimento das balizas estabelecidas pelas regras do jogo: a

cláusula do devido processo legal substancial.

3.2 DILIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS: METODOLOGIAS E ESTRATÉGIAS NO JOGO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL – A ÁRVORE DE DECISÃO COMO INSTRUMENTO DE ESCOLHA DE CAMINHOS

A investigação criminal, orientada pela Teoria dos Jogos, parte da premissa que o presidente da investigação, via de regra o Delegado de Polícia (*player* do jogo da investigação criminal), atua com racionalidade na busca dos elementos informativos que comprovem a existência do fato e tragam à luz os indícios de autoria (*payoffs* da investigação preliminar). Tal atividade, por sua vez, deve ser tratada de maneira científica, com a definição de estratégias claras e adoção de metodologias, sempre levando em conta o processo de interação entre os demais jogadores (autores, membros do Ministério Público e Poder Judiciário, Advogados, Defensores e auxiliares, como Agentes e Escrivães de Polícia), analisando passo a passo o contexto do jogo para, só então, promover a escolha do caminho a ser seguido, formando uma verdadeira árvore de decisão.

É fundamental se entender que o inquérito policial é um meio de formalização da investigação criminal, possuindo regras jurídicas bem definidas e conceituação já apresentada no capítulo 1. Referido procedimento instrumentaliza a investigação criminal, servindo de filtro para a ação penal e promovendo a reconstrução história do fato criminoso. Em complemento, a investigação criminal é a atividade propriamente dita de “pesquisa, ou conjunto de pesquisas, administrada estrategicamente, que, tendo por base critérios de verdade e métodos limitados juridicamente por direitos e garantias fundamentais, está dirigida a obter provas acerca do crime, bem como indícios de sua autoria”³⁶².

Em suma, defino investigação criminal como sendo o conjunto de ações (diligências), levadas a termo pelos entes estatais que exercem o mister da persecução criminal *extra judictio*, que diante da notícia (demanda) da prática de uma infração penal levam a termo a reunião de dados da realidade fática vinculada ao suposto fato delituoso, com o conseqüente exame técnico e análise de tais dados com o escopo de trazer a luma as elucidações da autoria, materialidade (existência) e circunstâncias (de

³⁶² PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**: uma introdução Jurídico-Científica. São Paulo: Almedina, 2010, p. 87.

tempo, lugar, modo, motivação e meio) adstritas à situação criminosa apresentada³⁶³.

Nesse sentido, a investigação criminal é orientada por regras metodológicas próprias³⁶⁴, com caráter científico, procurando extrair respostas a determinados questionamentos, chamados de heptâmetro de Quintiliano³⁶⁵, segundo o qual para que se evidencie algo como factual, deve-se responder às seguintes perguntas: o que? Quem? Quando? Por quê? Como? Onde? E com que meios?

La parte técnica tiene mucho em común con la arqueología, la física y la química, mientras que la recopilación de información aportada por testigos está más relacionada con la psicología, así que se puede decir que la criminalística es una ciencia aplicada, con métodos y teorías derivados de varias ciencias básicas³⁶⁶.

Procura-se evitar, dessa forma, o empirismo pela técnica do erro e acerto³⁶⁷. Não se pretende aqui indicar que a utilização de técnicas empíricas³⁶⁸ não deva ser levada em consideração, pois como será visto adiante, há contribuição que tal forma de atuação pode trazer à investigação criminal. Todavia, sustenta-se que a investigação criminal é, essencialmente, procedimento técnico científico de pesquisa.

O investigador criminal, como profissional habilitado para desenvolver a investigação criminal, deve deixar clara sua atuação profissional, pautada em técnicas e métodos e baseada em conhecimentos específicos. O investigador criminal deve então assumir o perfil de um pesquisador, deve ser capaz de convencer por meio de argumentos sustentado por provas³⁶⁹.

Nessa toada, entender a investigação criminal como pesquisa denota a existência de método³⁷⁰ para o exercício da atividade, podendo constituir-se de um

³⁶³ BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 56.

³⁶⁴ BRAZ, José. **Investigação Criminal: A Organização, o Método e a Prova**. Os Desafios da Nova Criminalidade. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 31.

³⁶⁵ BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 175.

³⁶⁶ GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. **Princípios de Criminologia**. Valência: Tirant Lo Blanch. 2006. p. 854

³⁶⁷ FERREIRA, Luís Henrique Costa; FERREIRA, Nilton José Costa. **Investigação Criminal: um estudo metodológico**. São Paulo: Sicurezza, 2013, p. 105

³⁶⁸ Corrente filosófica para a qual a experiência é critério de norma da verdade. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 326.

³⁶⁹ FERREIRA, Luís Henrique Costa; FERREIRA, Nilton José Costa. **Investigação Criminal: um estudo metodológico**. São Paulo: Sicurezza, 2013, p. 88.

³⁷⁰ BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 153-156.

método dedutivo (que utiliza premissas construídas a partir de observações gerais para explicar eventos específicos), indutivo (que parte de dados particulares, buscando universalizar como solução para eventos iguais), hipotético-dedutivo (que propõe hipóteses e deduz-se delas certas consequências que serão depois testadas pelo confronto com a experiência)³⁷¹, bem como o método dialético (que mediante argumentação procura demonstrar uma tese).

Note-se, pois, que a despeito de o modelo clássico de afastamento e observação do fato, tal perspectiva encontra-se superada, sendo evidente a existência de subjetividade tanto nas metodologias como nos objetos de pesquisa, sofrendo influência de fatores externos e internos.

O ideal clássico de objetividade científica como distanciamento do objeto de estudo, sem considerações de valor e livre de contextos humanos, está colocado em xeque. O cientista pós-moderno passou a reconhecer sua subjetividade ativa tanto em suas metodologias como também sobre seus objetos³⁷².

Nessa perspectiva, a apreciação da investigação criminal via Análise Econômica do Direito e Teoria dos Jogos ganha relevante destaque, pois auxilia no desenvolvimento das técnicas de investigação levando em conta a interação entre indivíduos racionais que procuram a otimização de seus interesses, considerando que cada caso investigado é um caso específico, com suas nuances e contextos próprios. Isso será analisado na seção sobre a Teoria do Caso Penal (3.4).

Destaque-se, outrossim, que a investigação criminal possui como característica a inquisitorialidade, de modo que não se pode falar em método dialético, mesmo porque, ao menos inicialmente, inexistente direito de defesa por um consectário lógico – vez que não há a identificação de autoria. Na investigação criminal, o crime é considerado objeto de investigação³⁷³, estando o sujeito oculto. Contudo, como já observado alhures, identificada a autoria nos autos do inquérito policial, nada obsta ao exercício do direito de defesa por parte do indiciado, de modo

³⁷¹ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**: uma introdução jurídico-científica. São Paulo: Almedina, 2010, p.159-164

³⁷² BOTELHO, Marcos *apud*. PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**: uma introdução jurídico-científica. São Paulo: Almedina, 2010, p. 164.

³⁷³ BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p 78-96.

que é possível o início de um método dialético em fase preliminar. Nessa perspectiva, a fase inicial marca um caminho para o método dialético que ocorrerá de forma plena durante a ação penal.

O esquema metodológico da investigação criminal, portanto, estabelece um ponto de partida com a identificação do problema. Após, é marcado pela formulação de hipóteses, seguida de um planejamento estratégico e coleta de dados e identificação de vazios (“questionamentos fulcrais engendrados em face de um fato criminoso sob escrutínio e que carecem de resposta”³⁷⁴), para então submeter as hipóteses iniciais a uma análise crítica, afastando ou acolhendo o proposto³⁷⁵. Em caso de afastamento da hipótese inicial, o processo recomeça, formando um ciclo de esforço investigativo³⁷⁶.



A despeito de uma visão geral apresentada, não é possível limitar, normativamente, a investigação criminal de modo a torná-la estanque, como a ação penal; “ao contrário, o plano de ação investigativa é flexível e dinâmico podendo sofrer alterações em face dos novos cenários que vão surgindo no decorrer da investigação”³⁷⁷, pois é da natureza do procedimento investigatório a alteração de hipóteses e premissas, de modo que muitas vezes diversas hipóteses coexistem e são testadas simultaneamente. Assim, não é possível estabelecer roteiros

³⁷⁴ BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 164.

³⁷⁵ DUTRA, L. H. **Verdade e Investigação**: o problema da verdade na teoria do conhecimento. São Paulo: EPU, 2001. p. 141.

³⁷⁶ BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 156-188.

³⁷⁷ BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 145.

normativos de investigação sob pena de limitação da capacidade do investigador de inovar no curso da pesquisa³⁷⁸.

Inobstante, via de regra, o ponto de partida do jogo da investigação criminal se dá com a identificação de um problema³⁷⁹ criminal, ou seja, com a notícia de um fato criminoso: seja comunicado via documento oficial (boletim de ocorrência) ou mesmo pelo atendimento do local de crime. Aqui, compete à Polícia Judiciária um levantamento preliminar dos dados (“tratamento vestibular da demanda investigativa”³⁸⁰) a fim de subsidiar a decisão da autoridade presidente da investigação criminal.

O investigador criminal é, portanto, o primeiro ator, da cena da persecução criminal, a colocar os pés no palco da realidade criminosa. É o investigador que não só toma conhecimento do fato criminoso, situação esta que é ombreada por outros atores estatais como Policiais Militares e agentes de fiscalização administrativa, mas age de forma investigativa em relação ao evento criminoso perpetrado³⁸¹.

Conforme observado, a investigação criminal inicia-se a partir de um fato definido, tratando-se de um método recognitivo, que procura entender a dinâmica do evento criminoso, produzindo provas quanto à materialidade delitiva e apresentando os indícios de autoria. Como visto, trata-se de um processo histórico, descritivo, grupal (pois em geral, embora eventualmente possa ser individual, vários são os indivíduos que auxiliam no processo de descoberta do crime) e interdisciplinar³⁸².

A investigação criminal prospectiva, conceituada como aquela em que,

³⁷⁸ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**: uma introdução jurídico-científica. São Paulo: Almedina. 2010, p. 205.

³⁷⁹ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**: uma introdução Jurídico-Científica. São Paulo: Almedina. 2010, p. 208.

³⁸⁰ “Há de se dizer possível ação criminosa, pois uma *notitia criminis* nem sempre traz no seu bojo a narrativa de um fato realmente criminoso. Fato corriqueiro em plantões de Delegacias de Polícia são atendimentos a cidadãos que as procuram para apresentar a notícia de um fato que para ele ou ela constitui, subjetivamente, uma ação criminosa; mas, que não passa de mera irregularidade administrativa ou fato atípico, vale dizer, não-criminoso. Ou, o que é pior, a suposta *notitia criminis* pode constituir-se, em si, um delito, v.g., denúncia caluniosa comunicação falsa de crime ou de contravenção ou autoacusação falsa. Assim, é todo pertinente que quem primeiro tome ciência de uma suposta notícia do crime esteja alerta para possível inexistência de crime a ser investigado”. BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 158.

³⁸¹ BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 95.

³⁸² PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**: uma introdução Jurídico-Científica. São Paulo: Almedina. 2010, p.205.

baseada em fatos presentes, tem por finalidade “evitar ou neutralizar os efeitos perigosos e danosos para o tempo futuro”³⁸³, possui metodologias diferentes, pois trabalha com o monitoramento de determinados indivíduos ou grupo de indivíduos que desenvolvem atividades criminosas de maneira habitual. Para tais casos, a metodologia se altera, iniciando com coleta de dados e levantamento de informações e concluindo com a atuação em flagrante esperado (aquele em que os policiais aguardam a prática do delito para só então agir, garantindo uma maior gama de elementos probatórios). Por vezes, as informações obtidas decorrentes do monitoramento dos grupos criminosos sequer são formalizadas nos autos do inquérito policial servindo, tão somente, como elemento de inteligência policial³⁸⁴ para monitoramento de indivíduos “selecionados” como criminosos, em um exemplo prático da doutrina de “*labeling approach*”³⁸⁵.

Destarte, a metodologia acima apresentada, embora sirva como base geral, pode sofrer adaptações conforme o evento criminoso investigado. Porém, no processo recognitivo, identificado o problema e concluída a verificação preliminar de informações (art. 5º, §3º, do Código de Processo Penal), a Autoridade Policial formulará as hipóteses iniciais.

Formulado o problema, deve-se passar à hipótese – uma hipótese é uma conjectura sobre a natureza de algo. A passagem do problema à hipótese admite certas estratégias, a exemplo de propor várias e eliminar uma a uma, mas o importante é o raciocínio que sustenta a formação da hipótese, que pode se distinguir em momento psicológico (de descoberta, o *insight*) e em momento lógico (de justificação)³⁸⁶.

³⁸³ SANTOS, Célio Jacinto dos. **Investigação Criminal Especial**: seu regime no marco do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Nuria Fabris. 2013, p. 79.

³⁸⁴ “A atividade de Inteligência Policial, na seara da Investigação Criminal, é um meio que se utiliza para se aperfeiçoar a angariação das evidências na fase pré-processual da persecução penal. Desse modo, tal atividade não é um fim em si mesmo, vindo à tona no auxílio da atividade fim da Investigação Criminal”. BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 75-76. “Outra vertente da investigação prospectiva é a denominada inteligência criminal, de caráter proativo e que se insere no modelo de polícia orientada para o problema. Baseia-se no modelo conceitual que emprega análise do delito e inteligência criminal de forma estratégica para selecionar delinquentes sobre o qual deve atuar. Este modelo é transversal à prevenção e à repressão criminal não só da criminalidade organizada, mas também da delinquência volumosa.” SANTOS, Célio Jacinto dos. **Investigação Criminal Especial**: seu regime no marco do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Nuria Fabris. 2013, p. 83.

³⁸⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3ªed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

³⁸⁶ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**: uma introdução Jurídico-Científica. São Paulo: Almedina. 2010, p. 167.

A hipótese inicial é precária, pois pode sofrer alterações ao longo do processo investigativo, bem como deve ser viável, evitando-se hipóteses absurdas³⁸⁷ ou desconectadas da realidade. Via de regra, a formulação da hipótese será realizada já na peça inaugural da investigação criminal, qual seja, a portaria. Nesse ato o Delegado de Polícia irá indicar os fatos a serem investigados, elencando dia, hora, local e pessoas envolvidas, bem como promoverá a tipificação inicial do crime, a fim de conferir as balizas legais, orientando o processo investigativo. A formulação da hipótese será norteadora para que o presidente da investigação desenvolva as “linhas de investigação”³⁸⁸, estabelecendo na portaria inaugural do inquérito policial as diligências iniciais, de acordo com o planejamento das rotinas de investigação junto a sua equipe.

Levando em conta que a investigação criminal representa, na Teoria dos Jogos, uma configuração de jogo dinâmico sucessivo de informação incompleta, a atuação de maneira estratégica por parte do Delegado de Polícia e sua equipe é essencial. Desse modo, fundamental se faz que o presidente dos atos promova o planejamento das ações de investigação, por se tratar de uma atividade de natureza administrativa sem rito definido, levando em conta conceitos de administração³⁸⁹ e liderança³⁹⁰.

Assim, o planejamento estará baseado nas decisões³⁹¹ racionais do Delegado de Polícia que promoverá a escolha dos caminhos que a investigação tomará, de acordo com uma árvore de decisão³⁹², avaliando os passos a serem dados a partir

³⁸⁷ FERREIRA, Luís Henrique Costa; FERREIRA, Nilton José Costa. **Investigação Criminal**: um estudo metodológico. São Paulo: Sicurezza, 2013, p. 120.

³⁸⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 220.

³⁸⁹ Administração é o “processo de trabalhar com pessoas e bens para realizar objetivos operacionais”. BATEMAN, Thomas S; SNELL, Scott A. **Administração**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 27.

³⁹⁰ ASENSI, Felipe. Delegados-líderes e a necessidade de pensar contra o cérebro. *In* ZANOTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p.103-138.

³⁹¹ “Decisão é o processo que, direta ou indiretamente, leva à melhor escolha de uma dentre diferentes alternativas igualmente aptas a resolver o problema proposto”. PEREIRA, Eliomar da Silva. Teoria da Investigação Criminal. Uma introdução Jurídico Científica. São Paulo: Almedina. 2010, p. 330. FERREIRA, Luís Henrique Costa; FERREIRA, Nilton José Costa. **Investigação Criminal**: um estudo metodológico. São Paulo: Sicurezza, 2013, p. 115.

³⁹² A tomada de decisão possui em comum um sujeito que analisa as opções disponíveis e elege a melhor conforme as informações apuradas, na sua grande maioria, incompletas. MORAIS DA

das informações recebidas, decorrentes do cumprimento das diligências inicialmente planejadas.

Na investigação criminal, na utilização de critérios de tomada de decisão, é importante identificar que fase de decisão merece uma detida avaliação de alternativas, pois nem todas as fases exigem um tratamento de igual relevância. Em geral, boa parte das decisões pode ser tomada com base em parâmetros de preferência, segundo um método de trabalho já definido pela autoridade investigante, que simplifica o processo de escolha das diversas alternativas³⁹³.

Eliomar da Silva Pereira complementa o raciocínio indicando a diferença de atuação na investigação criminal, de acordo com o presidente do ato, ou seja, um “investigante legalista terá preferência por ações investigativas menos invasivas no âmbito de direitos fundamentais, ao passo que a autoridade mais operacional optará por medidas que ponham os agentes em contato mais próximo com os fatos”³⁹⁴. Sob essa perspectiva, importante para os demais sujeitos que participam ou se relacionam com a investigação (auxiliares, autores, Advogados, Juízes, Promotores, Defensores) conheçam o mapa mental do Delegado de Polícia que preside o inquérito policial a que se relaciona, vez que “as expectativas de comportamento são relevantes, tratando-se de descuido dos jogadores a postura passiva”³⁹⁵.

Ademais, importante aos jogadores conhecer os fatores externos que influenciam nas tomadas de decisão do Delegado de Polícia, mormente no que se refere às questões institucionais. Ora, o planejamento desenvolvido pelo presidente da investigação perpassa uma análise estratégica (voltada aos objetivos da organização como um todo³⁹⁶), tática (destinada a gerenciar os recursos empregados para realizar o planejamento estratégico ou ações específicas) e operacional (empregada para gerenciar execuções de ações específicas e etapas do

ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 204 e p. 211.

³⁹³ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal: uma introdução Jurídico Científica**. São Paulo: Almedina. 2010, p. 339.

³⁹⁴ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal: uma introdução Jurídico Científica**. São Paulo: Almedina. 2010, p. 339.

³⁹⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 222.

³⁹⁶ “Nesse sentido, considerando a investigação criminal, pode-se dizer que a estratégia está em um nível anterior e acima da investigação de casos particulares, a envolver questões relativas ao estudo de cenários da criminalidade e prospectiva de ações investigativas” PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal: uma introdução Jurídico Científica**. São Paulo: Almedina, 2010, p. 323.

plano tático e plano estratégico)³⁹⁷.

A organização a que o presidente da investigação pertence exerce forte influência sobre suas escolhas, de modo que uma investigação criminal deve levar em conta os objetivos institucionais³⁹⁸ e estratégias de atuação em contexto macro. Assim, exemplificando, sendo o foco estratégico institucional a repressão ao tráfico de drogas, certamente o Delegado de Polícia terá mais empenho no esclarecimento desse tipo de delito do que nas ações de combate à pirataria.

O contexto é a possibilidade de compreensão do acontecimento sublinhando-se a importância do ambiente, das condições e consequências do seu entorno. Não se trata de uma descrição objetiva, mas da conformação subjetiva dos participantes, de suas percepções, condições e consequências diante do caso penal. Podemos falar em micro contexto quando envolvemos na cartografia apenas os participantes do caso penal e macro quando incluímos o grupo ou segmento social do qual fazem parte e que terão de prestar contas, inclusive a mídia e fatores externos. Isso porque o conteúdo da decisão poderá, muitas vezes, dialogar com a percepção do fato por terceiros. Daí que não perceber a dupla frequência poderá acarretar dificuldade de largada³⁹⁹.

O plano tático e operacional levará em conta a análise S.W.O.T.⁴⁰⁰, verificando os pontos fortes de sua equipe e dos recursos disponíveis (*strengths*), os pontos fracos (*weakness*), as oportunidades (*opportunities*) e as ameaças (*threats*). Tais fatores serão levados em conta na análise racional do presidente da investigação criminal, como no caso da alocação de recursos para o desencadeamento de operações policiais⁴⁰¹ – o que leva a um paralelo com a tragédia dos comuns, vez que não é possível a alocação de todo o aparato policial para a apuração minuciosa

³⁹⁷ FERREIRA, Luís Henrique Costa; FERREIRA, Nilton José Costa. **Investigação Criminal**: um estudo metodológico. São Paulo: Sicurezza, 2013, p. 127-128; BATEMAN, Thomaz S; SNELL, Scott. **A. Administração**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 124.

³⁹⁸ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**: uma introdução Jurídico Científica. São Paulo: Almedina. 2010, p. 58.

³⁹⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 138-139.

⁴⁰⁰ BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p.139.

⁴⁰¹ “A compreensão de toda a complexidade do problema, um propósito bem definido, ferramentas tecnológicas, técnicas consolidadas, pessoal altamente qualificado, um orçamento proporcional ao tamanho da tarefa, e conceitos de ações para alcançar o objetivo, irão compor a estrutura que permite o desenvolvimento das diligências investigativas de forma otimizada, propiciando que o foco da equipe de investigadores permaneça voltado para o escopo da investigação e não para a resolução de questões laterais como a superação de problemas de gestão de ordem orçamentária, por exemplo”. BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 138.

de todos os delitos que são comunicados em uma Delegacia de Polícia, ensejando uma “seletividade silenciosa”.

A realidade de precarização da Polícia Civil, todavia, em vários lugares, impede materialmente que as investigações ocorram. A pressão estatística opera no sentido de se registrar Boletim de Ocorrência e de evitar a instauração de Inquérito Policial, passando-se por diversos filtros até que se possa investigar algo, como a denominada “verificação de procedência da informação” em que a apuração flutua ao sabor das recompensas sem controle do Ministério Público e jurisdicional. Ademais, há uma seletividade silenciosa que opera no ambiente em que vítimas com antecedentes criminais não recebem o devido atendimento, bem como o jeitinho e o favor podem prevalecer⁴⁰².

Insta destacar que, além da atuação tática e operacional baseada em escolhas racionais e técnica de investigação criminal, há de se levar em conta as escolhas intuitivas do tomador de decisão quando da definição dos caminhos na investigação criminal. Tal fator intuitivo, com resultados práticos acertados, é chamado “tirocínio” pelo jargão policial, e decorre da experiência profissional do policial no exercício de seu mister, ou seja, da heurística⁴⁰³, entendida como método empírico⁴⁰⁴. Assim, exemplificando, o policial que se encontra cumprindo uma ordem de busca e apreensão referente a crime de tráfico de drogas, ao analisar o comportamento do dono da residência que desvia o olhar para determinado cômodo⁴⁰⁵, e no referido local encontra a droga procurada, certamente será aplaudido por seus colegas em razão de seu “tirocínio”, sendo tal resultado um processo de análise do comportamento do indivíduo sopesado com as experiências anteriores do policial.

Outrossim, a intuição e experiências são por vezes necessárias, mas nunca são suficientes na condução de uma investigação criminal. Se assim o for, a investigação permanecerá enclausurada no processo de tentativa e erros, que traz enormes prejuízos à investigação e a coloca à deriva no mar das impressões e apreensões subjetivas do investigador. Há de se afirmar de forma peremptória, portanto, que investigação não constitui um método empírico que se baseia somente na experiência ou observação, ou por elas

⁴⁰² MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 222.

⁴⁰³ STERNBERG, Robert J. **Psicologia Cognitiva**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

⁴⁰⁴ GIGERENZER, Gerd. **O poder da intuição: o inconsciente dita as melhores decisões**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009, p. 30.

⁴⁰⁵ “Se uma pessoa fita uma alternativa (por mais tempo que outras), esta será provavelmente aquela que deseja”. GIGERENZER, Gerd. **O poder da intuição: o inconsciente dita as melhores decisões**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009, p. 61.

se guia, sem levar em consideração teorias ou métodos científicos⁴⁰⁶.

Identificado o problema, estabelecida a hipótese inicial com o devido planejamento, parte-se para a fase seguinte, qual seja, a coleta de dados, em que se desenvolverão as táticas do jogo da investigação criminal. Nesse sentido, a integração de dados – evidências – de maneira que tenham sentido e sejam coerentes com a verdade histórica do crime investigado constitui recurso essencial para apoiar ou rechaçar a hipótese inicial⁴⁰⁷.

Nessa etapa, o investigador iniciará coleta dos dados e das informações que sustentarão ou não as hipóteses iniciais e responderão às questões da investigação criminal. O dado passa a ser informação a partir do momento que adquire significado dentro de um determinado contexto. Fora do contexto, a informação pode voltar a constituir apenas um dado. São dados, entre outros elementos, as imagens, os sons, os textos e todos os sinais que ainda não foram processados. O dado é por natureza quantitativo, o que significa que ele pode ser medido em termo de quantidade. A partir do momento que sofrem algum tipo de processamento e interpretação, o dado passa a constituir uma informação⁴⁰⁸.

Deve-se atentar para o fato de que a coleta de dados não segue uma ordem normativa fixa, dependendo do contexto do jogo, mas, atende a critérios estabelecidos pelo Delegado de Polícia, de acordo com o planejamento estratégico, tático e operacional inicialmente proposto (árvore de decisão). Ainda, importante destacar, como já foi feito, o caráter dinâmico da investigação criminal, de modo que o planejamento pode ser alterado de acordo com as circunstâncias da investigação criminal, tudo para evitar o engessamento do processo investigativo. Contudo, se a coleta de dados não for devidamente planejada, todo o trabalho de pesquisa poderá ser posto em risco e tudo o que anteriormente foi realizado pode ser perdido⁴⁰⁹.

Nesse ponto, a equipe que desenvolve a pesquisa deverá tomar especial atenção com relação a providências essenciais a serem adotadas, quais sejam: a imprescindibilidade da ação necessária para o curso da investigação; a oportunidade para a ação (vez que ações atrasadas podem levar à perda de evidências e ações

⁴⁰⁶ BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 56.

⁴⁰⁷ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**: uma introdução Jurídico Científica. São Paulo: Almedina. 2010, p. 84.

⁴⁰⁸ FERREIRA, Luís Henrique Costa; FERREIRA, Nilton José Costa. **Investigação Criminal**: um estudo metodológico. São Paulo: Sicurezza, 2013, p.113-114.

⁴⁰⁹ MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. **Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas**. 2ªEd. São Paulo: Altas, 2009, p.65

precipitadas podem alertar o investigado para destruir evidências); e compartimentação da informação⁴¹⁰, a fim de evitar vazamentos indesejáveis – o que pode ocorrer quando da utilização de formas excessivamente ostensivas para o cumprimento de eventuais diligências⁴¹¹.

A coleta de dados deve se transmutar em documentos que irão instruir o respectivo inquérito policial, “representando da melhor maneira possível a realidade do contexto em que foram coletados”⁴¹². Assim, deve o investigador se valer de fotografias, filmagens, gravações ou mesmo de anotações em cadernetas que, posteriormente, serão devidamente juntadas aos autos pelo Escrivão de Polícia. Da mesma forma, deverá o Escrivão de Polícia proceder à juntada de documentos pertinentes ao caso, tais como contratos, comprovantes de residência, dentre outras possibilidades, de acordo com o delito que se investiga.

Ponto relevante e que merece especial atenção da equipe de investigação é a constituição de corpo de delito para as infrações que deixam vestígios, chamadas de infrações não transeuntes, para as quais é imprescindível o exame pericial competente, de acordo com o art. 158 do Código de Processo Penal. Assim, ganha destaque o exame de local de crime, necessitando ser devidamente isolado para que o exame pericial seja realizado com efetividade. Ora, a ciência policial investigativa é uma ciência auxiliada por outras⁴¹³, de modo que uma de suas características é a interdisciplinaridade. Nesse contexto, a atuação pericial no local de crime pode ensejar análise referente à papiloscopia, balística forense, fonética forense, perícia contábil, adulteração veicular, local de crime (estrito *sensu*), documentoscopia, meio ambiente, computação forense, medicina legal, biologia

⁴¹⁰ “Assim, para preservar da ação insidiosa de indivíduos que atuam no seio do serviço público em benefício de esquemas criminosos as investigações, especialmente as de alta indagação, devem ser compartimentadas. Com efeito, só deve saber da investigação quem dela participa diretamente e o gestor policial, quando não está envolvido nos fatos sob escrutínio, para tomada de decisões estratégicas”. BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 114.

⁴¹¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni Mendroni. **Curso de Investigação Criminal**. São Paulo: Joarez de Oliveira, 2002.

⁴¹² FERREIRA, Luís Henrique Costa; FERREIRA, Nilton José Costa. **Investigação Criminal: um estudo metodológico**. São Paulo: Sicurezza, 2013, p. 131.

⁴¹³ BARBERÁ, Francisco Antón; LUIS Y TURÉGANO, Juan Vicente. **Polícia Científica. Volumen I. Colección ciencia Policial**. Valência: Tirant Lo Blanch, 1998, p. 24.

forense, química forense, física forense e engenharia forense⁴¹⁴. Todas as informações coletadas pela perícia serão formalizadas em documento nominado “laudo pericial”, e encaminhadas para análise do presidente da investigação que, em conjunto com sua equipe, analisará as informações ali constantes, sopesando com as demais informações obtidas e formalizadas no procedimento investigatório.

Nesse sentido, para complementar as informações são desenvolvidas pesquisas de campo (via de regra, atividade dos Agentes de Polícia, coordenadas pelo Delegado de Polícia), podendo a atuação basear-se em elementos advindos de informantes, de história cobertura, de vigilâncias ou de entrevistas.

Informante é “a pessoa que não sendo tecnicamente considerada testemunha de um evento possui informações que podem ser utilizadas para orientar uma investigação”⁴¹⁵, complementando ou confirmando informações colhidas de outras formas.

Quanto à atuação com informantes, deve o Agente de Polícia agir com cautela para que os papéis não se invertam⁴¹⁶ – sendo o policial utilizado como fonte de informação para satisfação de interesses escusos do interlocutor⁴¹⁷. A tática de jogo utilizada para esse tipo de relação geralmente é o *tit for tat*, em especial pela relação relativamente estável que se estabelece entre policial e informante, tratando-se, claramente, de um jogo sucessivo de informação incompleta, devendo-se estabelecer um grau de confiança entre esses dois personagens.

⁴¹⁴ FERREIRA, Luís Henrique Costa; FERREIRA, Nilton José Costa. **Investigação Criminal**: um estudo metodológico. São Paulo: Sicurezza, 2013, p. 235-240.

⁴¹⁵ FERREIRA, Luís Henrique Costa; FERREIRA, Nilton José Costa. **Investigação Criminal**: um estudo metodológico. São Paulo: Sicurezza, 2013, p. 144.

⁴¹⁶ “Para que um informante seja eficiente, ele deve ser um criminoso, um traidor dúbio, de duas caras e um mentiroso profissional. Você deve agir como se pensasse confiar no informante, mas deve verificar tudo o que é possível verificar. Uma alta porcentagem de tragédias secretas, processos judiciais civis e carreiras encerradas emanam do manejo inadequado de informantes e/ou da confiança de informantes.” LEVINE, Michael. **Undercover Operations and Informant Handling**. Student Manual. New York: New York State Division Criminal Justice Services, 2007. p.1-3. Disponível em <http://criminaljustice.state.ny.us>. Acesso em 22 jan 2018.

⁴¹⁷ “Desde a primeira interação entre o informante e quaisquer oficiais sob o seu comando, você deve, em todos os momentos, observar e avaliar a relação entre o informante e o manipulador, particularmente quanto a quem é o dominante de quem”. LEVINE, Michael. **Undercover Operations and Informant Handling**. Student Manual. New York: New York State Division Criminal Justice Services, 2007. p.2-5. Disponível em <http://criminaljustice.state.ny.us>. Acesso em 22 jan 2018.

Pode acontecer, então, que a troca do personagem humano faça toda a diferença. É preciso saber que o momento de sair em retirada do campo de batalha é a tática para vencer a guerra processual. Muitas vezes é da utilização da palavra correta que surge a possibilidade de se derrubar as barreiras do diálogo. Precisamos dominar técnicas de conversação e também como os jogadores profissionais conseguem melhores resultados. Os jogadores que não conseguem ampliar o foco de abordagem caem no caminho, enquanto os que dominam maiores técnicas podem prosperar⁴¹⁸.

Processo semelhante se opera nas entrevistas de campo realizadas durante as investigações criminais, em que o cenário em que se estabelece a conversação não é o do ambiente formal e oficial de uma Delegacia de Polícia, mas em um cenário por vezes mais favorável, ou não, à testemunha. Assim, levar a testemunha ao local do crime para que se tenha uma perspectiva mais apurada do ocorrido, por vezes, é fundamental. Na investigação criminal joga-se muito com influências emocionais, de modo que entrevistar o suspeito de homicídio retornando ao local do crime (ou mesmo proceder à reprodução simulada dos fatos⁴¹⁹, com a presença obrigatória do suspeito), mormente em delitos passionais, pode desencadear uma série de comportamentos não verbais⁴²⁰ que, certamente, auxiliariam na descoberta de fatos relevantes para o caso sob apuração. Trata-se, pois, na perspectiva da Teoria dos Jogos de uma tática chamada de truque, estudado no capítulo 2.

O comportamento não verbal pode ser fonte de indicativos relevantes no decorrer do jogo processual. E o corpo nos entrega muitas vezes. Parcela significativa de nossas ações não passa pelo sistema reflexivo, já que são automáticas e intuitivas. Desde cruzar os braços, arregalar os olhos, fazer cara de espanto, expor sarcasmo, jogar o corpo para trás, tudo passa pelo que dissemos e fundamentalmente pelo que o nosso corpo diz, mesmo quando estamos despistando. Sabemos, todavia, a diferença entre um sorriso sincero e um falso/forçado⁴²¹.

Outra forma de utilização de truques durante a investigação criminal é a

⁴¹⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 209.

⁴¹⁹ “O objetivo da reprodução simulada é verificar a veracidade das informações obtidas até aquele momento sobre a dinâmica do fato. No geral, já há um suspeito e uma versão sobre como o crime se desenvolveu; o que a reprodução simulada possibilita é a confirmar a fidedignidade dessa versão, suprir as lacunas que estiverem em aberto nela, evidenciar os detalhes relevantes e, se for o caso, confrontar as diversas versões existentes entre si com os vestígios recolhidos. FERREIRA, Luís Henrique Costa; FERREIRA, Nilton José Costa. **Investigação Criminal: um estudo metodológico**. São Paulo: Sicurezza, 2013, p. 229.

⁴²⁰ MATSCHING, Monica. **Linguagem corporal**. Petrópolis: Vozes, 2015.

⁴²¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 122.

chamada “história cobertura” e contrainteligência⁴²²: são táticas operacionais que têm por finalidade criar falsas informações, fomentando o seu “vazamento”, a fim de despistar o adversário sobre os rumos estratégicos utilizados pela equipe de investigação em busca de elementos para descobrir o fato oculto. Tal estratégia de atuação permite ao investigador avaliar o comportamento do *player* (via de regra, o suspeito, mas também de uma testemunha ou mesmo vítima) diante do conhecimento da informação disponibilizada. Em complemento, é comum a utilização da técnica de vigilância, também chamada de “campana” no jargão policial, a fim de monitorar o comportamento do jogador diante das falsas informações repassadas.

A vigilância também se classifica como pesquisa de campo, sendo a técnica que consiste no monitoramento discreto e constante sobre um alvo (pessoa, coisa ou local monitorado). A “campana” pode ser fixa, móvel ou mista⁴²³, e exige planejamento prévio para seu sucesso na obtenção de informações, sendo necessário o dispêndio de certos recursos como a necessidade de viatura discreta, alimentação e, até mesmo, o pagamento de eventuais horas extras para os agentes executores da medida – para os quais se exige discrição, paciência e perspicácia, mormente para efetuarem os registros pertinentes (fotografias ou filmagens) sem serem percebidos.

O interrogatório do suspeito em fase de investigação preliminar, por sua vez, deve ser realizado de maneira formal, pois marca, via de regra, o ponto inicial do direito de defesa (positivo ou negativo) do indiciado. Importante destacar que é recomendável que, antes mesmo do início do interrogatório, o Delegado de Polícia já tenha promovido o devido indiciamento fundamentado (indiciamento indireto) em provas da materialidade delitiva e indícios de autoria e, não tendo feito, deverá fazê-lo na presença do investigado (indiciamento direto⁴²⁴) – o que servirá de base para que o defensor do investigado possa desenvolver sua estratégia de defesa.

⁴²² BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 76.

⁴²³ FERREIRA, Luís Henrique Costa; FERREIRA, Nilton José Costa. **Investigação Criminal: um estudo metodológico**. São Paulo: Sicurezza, 2013, p. 188-196.

⁴²⁴ BRANCO, Rilke Rithcliff Pierre. **Justiça policial: a constitucionalização do indiciamento ante os direitos fundamentais e o processo administrativo policial**. Porto Alegre: Núria Fabris. 2014. p. 34.

O interrogatório em fase de investigação deve seguir, no que se aplica, o disposto nos artigos do capítulo III do Código de Processo Penal, garantindo ao interrogado o direito de entrevistar-se previamente com o defensor, direito ao silêncio e direito de não produzir provas contra si – aplicando-se, de forma efetiva, a cláusula do devido processo legal substancial acima referida. Ademais, o interrogatório deverá ser colhido pessoalmente pelo presidente da investigação, que poderá se valer de técnicas específicas de entrevista e interrogatório. Nesse ponto, o Delegado de Polícia, planejando a diligência, adotará postura a fim de garantir o máximo de informações sobre o delito investigado, podendo utilizar de técnicas de *rapport*⁴²⁵, o que pode ser facilitado pelo *efeito halo* – desde que a Autoridade Policial tenha conhecimento prévio sobre a personalidade do investigado e que tipo de comportamento o interrogando precisa ter para garantir a confiança do interrogado. Poderá, também, o Delegado de Polícia utilizar-se de técnicas como o “blefe”, procurando induzir o inquirido a dizer a verdade, convencendo-o de que tudo o que se pretende saber já está esclarecido e provado e não há mais como a mentira ser sustentada, ou mesmo técnicas de indução, espontaneidade, persuasão, sensibilização, informação cruzada, contestação e contradição⁴²⁶. Retoma-se, aqui, a necessidade de verificar e levar em conta o comportamento não verbal do interrogado, o que pode ser facilitado pela gravação audiovisual do interrogatório – diligência já de rotina em Delegacias de Polícia de Santa Catarina⁴²⁷. Nessa perspectiva, “com as declarações gravadas, cada vez mais, desde a Delegacia de Polícia, conhecer a linguagem corporal é um incremento informacional capaz de ser utilizado na argumentação para delinear as opções táticas”⁴²⁸.

A análise de banco de dados existentes também reflete técnica de investigação, devendo os Agentes e Escrivães de Polícia apresentarem relatórios ao Delegado de Polícia decorrentes da análise de bancos de dados de acesso

⁴²⁵ MARQUE, Roberto. **O que é Rapport**. Disponível em www.ibccoaching.com.br/portal/coaching-e-psicologia/o-que-e-rapport/. Acesso em 21 fev 2018.

⁴²⁶ FERREIRA, Luís Henrique Costa; FERREIRA, Nilton José Costa. **Investigação Criminal: um estudo metodológico**. São Paulo: Sicurezza, 2013, p. 176-177.

⁴²⁷ SANTA CATARINA. Governo do Estado. Secretaria. **Flagrante Audiovisual aumenta agilidade e transparência nos procedimentos da Polícia Civil**. Disponível em: <http://sc.gov.br/index.php/noticias/temas/seguranca-publica/flagrante-audiovisual-aumenta-agilidade-e-transparencia-nos-procedimentos-da-policia-civil>. Acesso em 05 jan 2018.

⁴²⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 124.

permitido aos policiais, como, por exemplo, dados do Sistema Integrado de Segurança Pública de Santa Catarina (SISP), INFOSEG (Sistema da Secretaria Nacional de Segurança Pública), DETRAN, Consultas Integradas (PCRS), entre outros. Importante destacar que, conforme disposto no art 1º, §2º, da Lei 12.830/13, “durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos”. Ainda, a fim de garantir maior agilidade nas investigações criminais, mostra-se salutar a criação e manutenção de um acervo histórico de casos⁴²⁹, bem como de um *profiling* criminal⁴³⁰ para determinadas situações.

A investigação criminal é dotada, conforme já estudado, de sigilosidade com relação aos dados produzidos, em especial no que se refere às táticas ocultas de produção de provas, tais como a interceptação telefônica e agente infiltrado.

A interceptação telefônica é regida pela Lei 9296/96, que disciplinou o disposto no art. 5º, XII, da Constituição da República, consistindo na possibilidade de o Estado, por intermédio de seus agentes, violar o sigilo das comunicações telefônicas do indivíduo para fins de investigação criminal ou para instrução processual penal. Para tanto, deve o Delegado de Polícia, mediante representação à Autoridade Judicial, indicar a imprescindibilidade da medida em razão da impossibilidade de produção de provas de outra forma, bem como apontar quais os indícios existentes de autoria e participação do delito investigado. Ademais, a diligência somente será possível diante de crime punido com reclusão.

A tática operacional comumente utilizada simultaneamente à interceptação telefônica consiste no que a Teoria dos Jogos chama de trunfo: com a interceptação telefônica operada, o presidente da investigação intima os envolvidos para prestar depoimento ou interrogatório (a depender da natureza da oitiva), adotando rotina

⁴²⁹ FERREIRA, Luís Henrique Costa; FERREIRA, Nilton José Costa. **Investigação Criminal**: um estudo metodológico. São Paulo: Sicurezza, 2013, p. 150-177.

⁴³⁰ A estruturação de um *profiling* criminal consiste em “reduzir e/ou induzir a imagem psicossocial, o mais rigoroso possível, de um indivíduo, a partir de análise de um conjunto de informações relativas às circunstâncias criminais verificadas na cena do crime e reunidas em *dossier* de instrução”. CORREIA, Elisabete; LUCAS, Suzana; LAMIA, Alícia. *Profiling*: Uma técnica auxiliar de investigação criminal. **Análise Psicologia on-line**, v-4. p- 595-601, 2007, p. 596. Disponível em <http://publicacoes.ispa.pt/publicacoes/index.php/ap/article/view/468/pdf> Acesso em 22 jan 2018.

ordinária, como se não houvesse quaisquer outros elementos sendo produzidos além da investigação meramente “cartorária”⁴³¹. Tal tática possibilita ao Delegado de Polícia utilizar-se de elementos informativos colhidos pela interceptação das comunicações telefônicas para a formulação de perguntas, estimulando o investigado a desenvolver uma tese defensiva, flagrantemente, inconsistente. Com isso, os investigadores passam a conhecer a linha de jogo a ser utilizada pelo investigado quando do deslinde do inquérito policial.

Tática semelhante se opera ao tratar da utilização de agentes infiltrados, no qual um Agente de Polícia passa a participar de organização criminosa a fim de angariar elementos probatórios para a instrução da investigação criminal. Tal diligência está prevista na Lei 12850/13, devendo o Delegado de Polícia, no momento da representação ao Judiciário, demonstrar a necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração. A diligência é acompanhada de perto pela Autoridade Policial que deverá determinar ao Agente de Polícia o encaminhamento de relatórios acerca das medidas adotadas e das provas angariadas. Assim, da mesma forma, poderá o Delegado de Polícia se valer das informações repassadas para desenvolver o planejamento de outras diligências complementares, utilizando-se das informações, também, como um trunfo.

As técnicas indicadas, mormente quando utilizadas como manobra para surpreender o investigado, sofrem críticas na doutrina, que as nominam como “*carried in the dark*”, por conduzir o investigado por zonas de informação ocultas a fim de garantir maior acesso aos elementos de prova.

Não há mais espaço para a chamada “*carried in the dark*”, que consistia no conjunto de manobras de uma parte visando “surpreender” a outra e desse modo conquistar uma vantagem estratégica nos debates. A forma usual de empregar a “*carried in the dark*” era por meio da introdução de meios de provas desconhecidos da parte contrária (*unfair surprise*), que ignorava seu modo de aquisição (a fonte das provas)⁴³².

⁴³¹ É chamada “investigação cartorária” no jargão policial aquela que se desenrola tão somente com a coleta de depoimentos e provas documentais juntadas pelo Escrivão de Polícia, sem qualquer pesquisa de campo realizada por Agentes de Polícia.

⁴³² PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistemas de Controles Epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 53.

A despeito de o raciocínio crítico ser bastante aplicável à fase acusatória, em uma metodologia dialética, resta inviável sua adoção à fase preliminar, mesmo porque os elementos produzidos são devidamente revestidos de controle judicial, sendo viável a rediscussão em fase processual, com o devido contraditório diferido. A indicação para o investigado acerca de métodos ocultos durante a sua execução obviamente levaria ao fracasso da diligência. Ademais, o comportamento estratégico do presidente da investigação baseado em escolhas racionais não pode se restringir ao subjogo da interceptação telefônica sem relacioná-lo com outros elementos produzidos na fase investigatória.

O comportamento estratégico não pode se focar exclusivamente no subjogo, mas deve poder antecipar as rodadas futuras, sob pena de ter o enquadramento parcial equivocado. O domínio amplo do jogo ainda por realizar é o diferencial de quem joga profissionalmente. A Teoria da Escolha Racional (TER) parte do pressuposto de que cada jogador, caso tenha a informação adequada, tomará sempre a decisão que melhor corresponder às suas recompensas. Entretanto, em jogos divididos em subjogos, nem sempre há incidência da “TER” justamente porque a tática tida como subótima está vinculada à estratégia (resultado final), proporcionando a aparente assimetria entre estratégia e tática adotada. O acolhimento de diversas arenas (internas e externas ao procedimento negocial) e temporais (cada rodada negocial) modifica a qualificação da tática dominante, aparentemente dominada⁴³³.

Além das táticas de interceptação telefônica e agente infiltrado, outras táticas operacionais passíveis de utilização durante o jogo da investigação preliminar são judicialmente condicionadas – aspecto negativo da investigação criminal.

Trata-se aqui de verdadeira interferência legal no método de investigação, que embora não seja determinado por regras positivas necessárias de pesquisa, encontra-se limitado por regras negativas que tiram do âmbito de possibilidade da investigação uma parcela de caminhos considerados inadmissíveis juridicamente, ou admitidos somente sob certas condições⁴³⁴.

No mesmo sentido, Henrique Hoffmann Monteiro de Castro assevera:

Algumas diligências policiais que implicam em mitigação de direitos fundamentais estão sujeitas à cláusula de reserva de jurisdição, o que significa que assiste ao judiciário não apenas o direito de proferir a última palavra, mas sobretudo a prerrogativa de dizer a primeira. É o que ocorre quanto à busca e apreensão (art. 5º, XI, da CF) e à interceptação telefônica

⁴³³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Para entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos:** táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: EModara, 2018, p. 90.

⁴³⁴ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal:** uma introdução Jurídico Científica. São Paulo: Almedina. 2010. p. 63.

(art. 5º, XII, da CF)⁴³⁵.

A busca e apreensão domiciliar representa uma dessas medidas típicas de investigação criminal que integram o rol de cláusulas de reserva de jurisdição, somente permitindo ao Estado-Investigação ingressar na residência de um cidadão nas hipóteses previstas na Carta Magna, dentre elas, o ingresso autorizado judicialmente a fim de buscar elementos de convicção para a instrução de investigação criminal ou ação penal, evitando o perecimento do elemento, conforme inciso XI do art. 5º da Constituição da República. As hipóteses que autorizam a busca estão previstas no art. 240 do Código de Processo Penal, conferindo à investigação hipóteses amplas que variam desde a apreensão do criminoso (alínea a do §1º do art. 240 do CPP) até a possibilidade de colher “qualquer elemento de convicção” (alínea h do §1º do art. 240 do CPP).

O deslinde positivo da diligência exige cuidadoso trabalho de planejamento por parte da autoridade policial e seus agentes, vez que para cada tipo de delito investigado uma forma de atuação na busca e apreensão é necessária, devendo se levar em conta os recursos disponíveis, informações previamente coletadas, possibilidade de confronto armado, entre outras atividades operacionais. Nesse aspecto, deve o Delegado de Polícia estudar o problema quanto à natureza da prova procurada a fim de definir roteiros de busca no local. Ainda, deverá determinar o levantamento preliminar no local da busca, retornando relatório dos Agentes de Polícia indicando as características do “alvo”, como a existência de muros e altura, presença de animais perigosos, possibilidade de o local estar guarnecido por pessoas armadas, dentre outros elementos. Com base nas informações indicadas, se definirá a estrutura das equipes, os materiais necessários e a forma de abordagem à residência⁴³⁶.

Desencadeada a busca e apreensão e logrando êxito na localização da prova almejada ou do instrumento do crime, deverá o Delegado de Polícia determinar a

⁴³⁵ HOFFMAN, Henrique. Aspectos jurídicos da busca e apreensão. *In*: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso. **Busca e Apreensão: Doutrina e Prática - A Visão do Delegado de Polícia**. Rio de Janeiro: Mallet, 2017, p. 21-102 – p. 45.

⁴³⁶ HOFFMAN, Henrique. Aspectos jurídicos da busca e apreensão. *In*: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso. **Busca e Apreensão: Doutrina e Prática - A Visão do Delegado de Polícia**. Rio de Janeiro: Mallet, 2017, p. 21-102 – p. 34.

apreensão dos objetos e de tudo será lavrado termo próprio (Termo de Exibição e Apreensão), levando em conta o máximo de cuidado para garantir o cumprimento da cadeia de custódia⁴³⁷, mormente quando o material apreendido for encaminhado para exames periciais, ficando acautelados pela Polícia Judiciária até a conclusão da investigação⁴³⁸.

Nessa senda, o respeito à cadeia de custódia é elemento essencial, tendo como “finalidade a garantia da idoneidade dos objetos e bens colhidos pela perícia ou apreendidos pela autoridade policial”⁴³⁹, impedindo a manipulação dos dados e objetos apreendidos, ou mesmo a juntada parcial dos elementos.

Por isso a obtenção por órgão autônomo poderia mitigar o risco de o jogador acusador editar a prova que lhe é útil, desprezando a defensiva, situação que não se pode afastar *a priori*. O efeito de se levar a sério a cadeia de custódia é o de, talvez, impedir que as práticas investigativas em desconformidade com o devido processo legal possam reiterar⁴⁴⁰.

A utilização de prisões também é tática utilizada para a investigação criminal, e, por se tratar de tática judicialmente condicionada, também deve sofrer controle prévio por parte da Autoridade Judicial, que analisará a representação do Delegado de Polícia quanto à necessidade e proporcionalidade da medida, bem como quanto à existência de provas da materialidade e indícios de autoria – sendo caso de prisão preventiva (art. 311 do Código de Processo Penal) ou mesmo de prisão temporária (Lei 7960/89).

A discussão quanto a essa tática relacionada à Teoria dos Jogos ganha relevo quando da utilização combinada da segregação da liberdade com técnica de colaboração premiada, em uma correspondência evidente com o Dilema do Prisioneiro.

⁴³⁷ “A cadeia de custódia de evidências empresa um tratamento (abordagem) técnico as evidências que podem traduzir a existência material do delito mediante o desenvolvimento de uma postura garantidora do investigador em prol da pertinência legal e constitucional, a preservação, a integridade e a autenticidade das evidências angariadas”. BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 187.

⁴³⁸ HOFFMAN, Henrique. Aspectos jurídicos da busca e apreensão. p 21-112; BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso. **Busca e Apreensão. Doutrina e Prática (A Visão do Delegado de Polícia)**. Rio de Janeiro: Mallet, 2017. p. 34

⁴³⁹ ESPÍNDULA, Alberi. **Perícia Criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia**. Campinas: Millenium, 2009. p. 165.

⁴⁴⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 244.

Consiste em se propor a investigados/acusados presos no mesmo contexto processual, em situação simétrica (não podem se comunicar ou não possuem mecanismos de forçar a cooperação entre si), um acordo pelo qual se um prisioneiro confessar e o outro não, o que confessou será posto em liberdade, enquanto o que ficou calado receberá 12 (doze) anos de prisão. Se os dois confessarem a pena será, para ambos, de 10 (dez) anos. Já se permanecerem, os dois, calados, a pena será de 2 (dois) anos. Do ponto de vista racional, a estratégia dominante seria confessar (a ou 10 anos), enquanto ficar calado (cooperar) pode implicar em 2 (dois) ou 12 (doze) anos de prisão, sendo, portanto, dominada. Trair ou não? O agente racional deve trair, daí o êxito da delação premiada⁴⁴¹.

A tática combinada indicada mostra-se, evidentemente, violadora do devido processo legal substancial e, portanto, não deve ser medida passível de adoção nos atos de investigação criminal, mormente porque retira do colaborador a espontaneidade para a colaboração (embora a lei exija tão somente a voluntariedade, conforme se depreende do art 4º, *caput*, da Lei 12850/13), forçando-o a colaborar com o Estado-Investigador sob pena de ser mantida sua segregação, o que representa a incapacidade do Estado em promover uma investigação criminal técnica e democrática.

Considerada como forma de cognição, enquanto foi mantida e utilizada na investigação criminal, a prisão em última análise, representa o reconhecimento da incapacidade de o Estado desenvolver técnicas mais racionais (cognitivas) de obtenção da verdade, optando-se por recorrer ao uso da força como técnica (coativa) ineficaz ao fim a que se destina, deixando sempre implícito outros motivos que não se declaram expressamente na lei, nem na prática das investigações.⁴⁴²

É certo que diversas são as táticas⁴⁴³ possíveis no âmbito da investigação criminal, sendo necessário um espaço maior para discutir e pormenorizar todas as possibilidades (tais como reconhecimento de pessoas e coisas, reconhecimento fotográfico, depoimento da vítima, acareações, gravações ambientais, quebra de sigilo bancário e monitoramento de fluxo de dados bancários, etc). O que se pretende demonstrar é a gama de táticas aplicáveis ao jogo da investigação criminal,

⁴⁴¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Para entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos:** táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: EModara, 2018, p. 80.

⁴⁴² PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal:** uma introdução Jurídico Científica. São Paulo: Almedina. 2010. p. 223.

⁴⁴³ “As táticas investigativas constituem o curso da ação estratégica, o método aplicado para a investigação criminal, que permite ao investigador atingir objetivos que devem ser alcançados no bojo do esforço investigativo, e que há de permitir um processo equilibrado e otimizado de investigação”. BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 150.

ou seja, na investigação “joga-se e joga-se muito”⁴⁴⁴.

Reunidos os dados decorrentes das diligências investigatórias, cumpre ao presidente da investigação criminal analisar, criticamente, os elementos juntados aos autos a fim de verificar o significado de cada um deles na investigação criminal. A análise de dados consiste “no estudo dos elementos reunidos, visando a lhes conferir um sentido probatório em relação ao problema investigado”⁴⁴⁵. Nesse aspecto, o investigador encontra-se diante de um jogo de quebra-cabeças, analisando cada peça produzida e procurando promover os encaixes necessários à confirmação da hipótese inicialmente aventada.

A análise dos dados, por parte da autoridade policial, deve ser crítica e verificar atributos como a oportunidade (se se encontram atuais ou obsoletos), consistência (se se encontram coerentes com os demais elementos produzidos), confiabilidade (credibilidade da fonte e da forma de produção), precisão (grau de exatidão, correção e fidelidade com que o fato ou informação transmite o que se relaciona), validade (ausência de *doping*) e aceitabilidade (possibilidade de utilização em juízo⁴⁴⁶).

Na análise há, por conseguinte, a promoção do estudo pormenorizado do conjunto de evidências angariado. Isso, numa perspectiva individual e global concomitantemente do conjunto de evidências arrecadadas. Assim, cada evidência é analisada individualmente e confrontada com as demais numa perspectiva micro e macro da investigação, conferindo uma apreensão da realidade fática atrelada ao crime que é traduzida através das evidências colecionadas⁴⁴⁷.

Se da avaliação crítica dos dados não se confirmar a hipótese inicial, deve o Delegado de Polícia proceder à formulação de nova hipótese (vez que, via de regra, o problema permanece o mesmo), reavaliando os elementos produzidos até o momento e planejando novas diligências necessárias à verificação da hipótese reformulada.

⁴⁴⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 221.

⁴⁴⁵ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**: uma introdução Jurídico Científica. São Paulo: Almedina. 2010. p. 206.

⁴⁴⁶ FERREIRA, Luís Henrique Costa; FERREIRA, Nilton José Costa. **Investigação Criminal**: um estudo metodológico. São Paulo: Sicurezza, 2013, p. 242-243.

⁴⁴⁷ BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 175.

De outra banda, confirmada a hipótese inicial (ou mesmo a hipótese seguinte), constando nos autos a prova da materialidade e indícios de autoria, bem como respondendo inteiramente o heptâmetro de Quintiliano⁴⁴⁸, entende-se que houve resolução do problema, tendo a equipe de investigação descortinado o fato oculto, atingindo o seu *payoff* no jogo da investigação criminal. Nesse ponto, deve o Delegado de Polícia elaborar minucioso relatório (art. 10, §1º, do CPP), elencando o histórico dos fatos sob investigação, a relação das diligências investigativas operacionalizadas, a indicação da autoria delitiva e os elementos que evidenciaram o indiciamento (devidamente fundamentado), a materialidade do crime, as circunstâncias do crime e, por fim, a capitulação do delito sob a ótica da investigação criminal, tudo de maneira cadenciada e relacional⁴⁴⁹.

3.3 O DOPING NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E O EFEITO BORBOLETA

A discussão acerca da utilização de métodos e diligências em fase de investigação preliminar em desconformidade com o princípio da clausula do devido processo legal substancial pode gerar efeitos nefastos para toda a persecução criminal. O antigo dogma segundo o qual os vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal deve ser revisitado⁴⁵⁰ sob a perspectiva da filtragem constitucional do instrumento de investigação de crimes, afastando-se do procedimento extrajudicial o jogo sujo e a má-fé.

Conforme já indicado, o objeto da investigação preliminar é o crime – constituindo este o problema sob o qual a metodologia de investigação se desenvolve. Decorrente do raciocínio apresentado, discute-se o que deve ser analisado e provado durante a fase preliminar da persecução criminal. Destaca-se, outrossim, que tal ponto foi devidamente discutido no capítulo 1 do presente trabalho, sob a perspectiva do grau de cognição dos fatos que se deve ter durante a investigação criminal, desenvolvendo a ideia do afastamento do raciocínio de que a

⁴⁴⁸ BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 175.

⁴⁴⁹ BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 182.

⁴⁵⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação Criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 60.

investigação criminal deva possuir cognição sumária acerca dos fatos, e procurar, sim, aprofunda-se quanto aos elementos produzidos com o escopo de aproximar-se da verdade (ainda que não real), no intuito de servir, com mais segurança, de filtro processual a fim de evitar acusações injustas.

O que se discute no presente momento, e que se relaciona com o grau de cognição, é o que deve ser analisado e provado, efetivamente, nos autos do procedimento investigatório; diante do problema (crime), quais os elementos do delito devem ser levados em conta para a produção probatória em fase preliminar.

Conforme já asseverado, a investigação criminal tem por intuito a busca da verdade, ou seja, tem como uma de suas finalidades descortinar o fato oculto, gerando elementos informativos que promovam a reconstrução histórica do evento criminoso ocorrido. O mantra da verdade real já restou discutido e superado, de modo que se busca a aproximação máxima dos elementos probatórios indicados na investigação criminal com os fatos efetivamente desencadeados no evento criminoso.

A metodologia para a descoberta da verdade durante a persecução criminal se opera de duas formas: a primeira fica adstrita à fase preliminar em um método monológico⁴⁵¹, ao menos no início da investigação criminal, ou seja, antes mesmo da identificação da possível autoria delitiva; a segunda metodologia opera-se em fase judicial, de forma dialética, confrontando a verdade fática com a verdade jurídica⁴⁵².

Ocorre que os elementos jurídicos relacionados ao problema (crime ocorrido) devem ser levados em consideração pelo presidente da investigação criminal. Eliomar da Silva Pereira defende que o delito deva ser analisado pelo presidente da investigação em seu aspecto analítico, porém restrito aos dois

⁴⁵¹ Importante destacar que a “unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desprezar as garantias jurídicas que assistem aos indiciados, que não mais podem ser considerados meros objetos de investigações”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 73.271/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 27 out 1995. Disponível em www.stf.jus.br Acesso em 09 jan 2018.

⁴⁵² PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**: uma introdução jurídico-científica. São Paulo: Almedina, 2010, p.117.

primeiros substratos do crime, quais sejam, fato típico e ilicitude. Para o referido autor, o juízo de culpabilidade não deve ser objeto de estudo nos autos do procedimento investigatório por se tratar de juízo de reprovação realizado pelo Juiz competente acerca do fato praticado pelo autor.

Assim, é plenamente justificável a análise, pelo Delegado de Polícia, de elementos referentes à ilicitude do crime, posicionando-se juridicamente quanto à eventual existência de discriminantes constatadas nos autos do procedimento investigatório – o que fortalece o argumento de que o procedimento de investigação preliminar possui o condão de impedir acusações infundadas. Nesse aspecto, como já bem observado, demonstra-se a necessidade de uma investigação com grau de cognição exauriente.

De outra banda, não caberia ao Delegado de Polícia a análise quanto aos elementos da culpabilidade, quais sejam, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exercício regular do direito, pois tais elementos estariam adstritos à posição do magistrado quanto à valoração da conduta do autor do fato. Contudo, tal argumento não afasta a necessidade de o presidente da investigação criminal desenvolver metodologias de investigação a fim de, também, angariar elementos probatórios relacionados à culpabilidade, mesmo porque tais elementos serão levados em consideração quando da propositura da ação penal, justificando, inclusive, eventual absolvição sumária do acusado, conforme disposto no art. 397, II, do Código de Processo Penal, segundo o qual o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade. Assim, indicar que a análise por parte do Delegado de Polícia quanto à existência ou inexistência de dirimentes não é possível, ocasiona falha na investigação e, por vezes, a propositura de demandas judiciais criminais desnecessárias, pois já poderiam ser resolvidas quando da fase de recebimento (ou não) da acusação, evitando custos para o Estado e desgastes sociais aos acusados.

A perspectiva apresentada promove o reforço do argumento segundo o qual o presidente da investigação deve possuir graduação jurídica a fim de conhecer todos os elementos do crime, pois servirão de base para o desenvolvimento das

hipóteses e das diligências investigatórias correspondentes e, com isso, obter-se um resultado juridicamente mais correto mesmo antes da deflagração da ação penal. Na mesma linha, tal exigência de conhecimento jurídico para a presidência da investigação criminal ganha destaque ao se tratar do gerenciamento dos elementos informativos e provas cautelares produzidas no âmbito da investigação criminal.

Nesse aspecto o Delegado de Polícia deve ter conhecimento jurídico científico a fim de reconhecer os limites adstritos à investigação criminal – investigação criminal negativa⁴⁵³ -, e quais os meios e métodos constitucionalmente estabelecidos para coleta de informações, evitando a produção ilícita da prova.

Aliado ao acima exposto, deve o presidente da investigação agir de forma ética⁴⁵⁴ a fim de não deixar se levar pelo caminho mais fácil para a produção probatória. Os atalhos no jogo podem ser nefastos, o que constitui uma forma de *doping* (jogo-sujo) procedimental.

Podemos afirmar que a ética possui estreita relação com o desenvolvimento da ideia de sociedade política em um paralelo com o desenvolvimento do indivíduo no seio social e sua relação de bem viver em comum⁴⁵⁵.

O exercício da presidência da investigação criminal enseja uma série de

⁴⁵³ PEREIRA, Eliomar Silva. **Teoria da Investigação Criminal. Uma introdução jurídico-científica.** São Paulo: Almedina, 2010, p. 201

⁴⁵⁴ Em uma de suas acepções, *ethos*, expressão que dá origem ao termo *ética*, designa a morada do homem, o homem habita sobre a terra acolhendo-se ao recesso seguro do *ethos*. É a partir de um critério ético que o espaço do mundo se torna habitável para o homem. O espaço do *ethos* não é dado ao homem, mas por ele construído e incessantemente reconstruído. SOARES, Josemar Sidnei; LOCCHI, Maria Chiara. **O Papel do Indivíduo na Construção da Dignidade da Pessoa Humana**, disponível em <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1118/928#footnote-39895-45-backlink>. Acesso em 15 set 2017.

⁴⁵⁵ [...] a razão do *ethos* irá exprimir-se na forma de uma teoria do existir e do agir em comum e se apresentará como doutrina da lei justa (*politéia*), que é, na comunidade, o análogo da virtude no indivíduo. O *ethos* é, então, conceptualizado fundamentalmente como costume. A ciência da *politéia* ou a Política é, assim, a outra face da Ética. Se no domínio da Ética no sentido estrito, como ciência da *praxis* individual, o problema maior é o problema de uma razão da liberdade (*gen. subj*) ou de uma razão imanente à liberdade e que demonstre na virtude a realização plena, a *enérgeia* da *praxis* livre, no domínio da Política no sentido estrito, como ciência normativa da *praxis* comunitária, o problema maior é o problema de uma razão do livre consenso (*gen. sub.*), ou de uma razão imanente à livre aceitação do existir e agir em comum e que demonstre na lei justa a realização plena, a *enérgeia* da *praxis* consensual. A razão imanente ao livre consenso e que se explicita em leis, regras, prescrições e sentenças é o que se denomina propriamente de Direito e que está para a comunidade como a razão reta (*orthôs lógos*) está para o indivíduo. VAZ, Henrique Claudio de Lima. **Ética e Direito.** Loyola. São Paulo, 2002, p. 206.

responsabilidades, invadindo, por vezes, a esfera individual do cidadão investigado. Assim, com base na decisão da autoridade policial, o Estado pode restringir o seu direito de liberdade ou retirar o seu patrimônio⁴⁵⁶, ainda que de maneira cautelar. Nesse ponto, o presidente da investigação deve agir com prudência e de maneira responsável a fim de garantir a aplicação da justiça no caso concreto.

O inquérito policial, enquanto uma espécie de investigação preliminar, não foge a essa regra. Como explicamos na obra *Investigação Preliminar no Processo Penal*, existe uma responsabilidade ética do Estado pela condução de uma investigação e posterior julgamento, que deve ser fiel às normas legais vigentes em um país e conforme a Constituição⁴⁵⁷.

Obviamente, pois, que o investigador é parte da sociedade e por tal, recebe inúmeras influências positivas e negativas que podem balizar sua atuação no caso concreto, conforme acima estudado.

A Teoria dos Jogos demonstra que fatores externos como a relação familiar, posição política, ou mesmo a visão social da comunidade, orientam as escolhas racionais do protagonista da investigação criminal.

Desta feita, questiona-se sobre qual ética o presidente da investigação estaria aplicando ao caso concreto, levando em conta a moral do grupo em que está estabelecido. Ora, se a ética está associada ao bom comportamento na comunidade e, levando em conta que o operador do direito conduz a sua atuação em respeito à moral do grupo a que pertence, estaria ele agindo de forma ética no que tange ao seu círculo social, o que pode, por vezes, estar afastado de uma ética social geral.

A ética eudaimonista de Aristóteles⁴⁵⁸ traz em seu conceito a busca pelo bem agir em uma escala humana, em uma atuação virtuosa destinada à felicidade. Assim, para o filósofo, a virtude é alcançada pelo exercício do hábito, traduzindo-se em um equilíbrio da atuação do homem na sociedade; é a justa-medida do agir.

⁴⁵⁶ LOPES JR, Aury. **Nulidades e ilicitudes do Inquérito não contaminam o Processo Penal?**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2014-dez-19/lim_ite-penal-nulidades-ilicitudes-inquerito-nao-contaminam-processo-penal Acesso em 26 ago 2017.

⁴⁵⁷ LOPES JR, Aury. **Nulidades e ilicitudes do Inquérito não contaminam o Processo Penal?**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2014-dez-19/lim_ite-penal-nulidades-ilicitudes-inquerito-nao-contaminam-processo-penal Acesso em 26 ago 2017.

⁴⁵⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

Assim, a ética deve ser entendida como uma forma de atuação moral calcada na virtude em busca da felicidade, que só poderá ser exercitada em um contexto social. Desse modo, não podemos restringir a comportamento ético aquele desenvolvido por pequeno grupo afastado do contexto social ou em um estado de natureza, devendo estar inserido em uma moral social⁴⁵⁹.

Na esteira do apresentado, fica evidente que o presidente da investigação não deve restringir sua atuação profissional baseado na formulação da ética do restrito grupo social (fatores externos) a que pertence, mas objetivar sua atuação em um contexto social global, buscando a aplicação da justiça como virtude que rege as relações do homem na sociedade.

Assim, a despeito do princípio da liberdade na produção de provas, há limitação moral que, por vezes, se fundem com limitações de ordem constitucional, levando em conta a cláusula do devido processo legal substancial, sendo, pois, vedada a produção de prova ilícita. Trata-se, dessa maneira, de entender o procedimento extraprocessual sob o prisma da legalidade, moralidade e constitucionalidade, ou seja, entender a investigação criminal baseada no *fair play* (jogo limpo).

Para o que nos interessa, a violação da boa-fé objetiva é o ponto a ser destacado. O Estado não pode praticar ilegalidades, omitir informações desfavoráveis, valer-se de métodos não autorizados em lei, potencializar inescrupulosamente elementos probatórios, mesmo que os agentes pensem que seja por bons motivos, aumentando a capacidade de se obter vitórias processuais⁴⁶⁰.

A cláusula do devido processo legal substancial, conforme já estudado,

⁴⁵⁹ É assim que se estabelece filosoficamente o papel criador autônomo da doutrina. É legítimo confiar a uma classe de peritos, de sábios e, no que se refere aos detalhes, de "prudentes", a tarefa de ler a natureza e de procurar extrair dela as normas que contém em seu seio: e essas normas valerão por si mesmas, devido à natureza que elas exprimem (jus natura), simplesmente porque traduzem, de maneira mais ou menos adequada, a ordem contida na natureza, sem que precisem, para gozar de autoridade, de nenhuma ordem do Estado. Foi assim que se constituiu a moral antiga de acordo com a qual ainda vivemos: aquela que proíbe certos atos (por exemplo, a embriaguez, a preguiça, a intemperança, os costumes sexuais "contranaturais") e impõe certos deveres segundo sua contradição ou conformidade com os fins da natureza do homem. E é também o método ao qual devemos grande parte de nosso direito, aquele de origem doutrinal, jurisprudencial. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins fontes, 2005. p. 188.

⁴⁶⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p.192.

identifica como um dos elementos essenciais à sua configuração, como expressiva da ordem constitucional, a prerrogativa de o acusado (paralelamente, o investigado) “não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude”⁴⁶¹. Assim, não pode o presidente da investigação criminal, a fim de atalhar os caminhos da coleta probatória, desenvolver metodologias de pesquisa de ordem criminal ao alvedrio dos dispositivos legais e constitucionais, a fim de garantir o seu *payoff* de maneira mais célere.

Exemplo prático dessa atuação atabalhoada é a violação da cláusula constitucional que garante aos indivíduos o direito à intimidade e vida privada, consoante o inciso X do art. 5º da Constituição da República, mormente ao trata-se do acesso aos dados contidos em aplicativo de aparelho celular no momento da abordagem policial.

A discussão acerca da possibilidade de acesso aos referidos dados partiu do pressuposto de que não haveria violação ao disposto no inciso XII do art. 5º da Constituição da República, haja vista que tal diligência não violaria a garantia de sigilo das comunicações telefônicas. Ademais, a urgência no acesso às informações exigiria a atuação célere dos agentes policiais, vez que a tal diligência não se compatibilizaria com a natural demora na obtenção de mandado judicial, principalmente pela possibilidade de os dados constantes do dispositivo serem apagados remotamente por qualquer pessoa com acesso à conta do titular. Na mesma linha, julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁴⁶² indicaram a desnecessidade de autorização judicial para acesso a dados existentes no celular do autor quando de sua prisão em flagrante, em razão do disposto nos incisos II e III do art. 6º do Código de Processo Penal.

⁴⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no *Habeas Corpus* nº 94.016. Relator: Ministro Celso de Mello. São Paulo, SP, 14 de abril de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3562036>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

⁴⁶² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 0003032-10.2015.8.24.0045. Relator: Desembargador Carlos Alberto Civinski. Palhoça, SC de 2015; SANTA CATARINA, . Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº. 0002959-78.2015.8.24.0064, Relator: Desembargador Carlos Alberto Civinski. São José, SC de 2015; SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça, Apelação Criminal nº. 0006015-63.2015.8.24.0018, Relator: Desembargador Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal. Chapecó, SC, julgado em 25-10-2016; SANTA CATARINA, . Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 0001415-51.2016.8.24.0054. Relator: Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal. Rio do Sul, SC, julgado em 08-08-2017.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, em 13 de dezembro de 2017, firmou entendimento nos autos do Recurso em *Habeas Corpus* nº 89.981, originário de Minas Gerais, quanto à necessidade de autorização judicial para acesso às conversas de aplicativo *Whatsapp*, ainda que decorrente de apreensão em flagrante delito, fundamentando a decisão no inciso X do art. 5º da Constituição da República.

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO E QUADRILHA. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO. VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS ARQUIVADAS. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA. ART. 157 DO CPP. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO⁴⁶³.

Nesse sentido, fica evidente que a busca de atalhos durante a investigação criminal, ainda que fundamentado em boa-fé do agente público, pode desencadear grave dano à persecução criminal. O assanho do agente público na produção da prova e na resolução rápida do delito ocasiona, por vezes, um gerenciamento equivocado da investigação criminal, produzindo provas em desacordo com os preceitos constitucionais e promovendo a contaminação dos atos investigatórios e processuais futuros, mormente em face do princípio da vedação da prova ilícita por derivação.

O art. 157, §1º, do Código de Processo Penal indica serem inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas. Tal disposição legal decorre da experiência americana dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), segundo a qual se uma árvore encontra-se intoxicada, os frutos dela decorrentes também estarão contaminados. Assim também o é no que se refere às provas, de modo que a prova ilícita produzida durante a investigação criminal desencadeará consequências na ação penal em razão de sua derivação, podendo ensejar a nulidade do processo crime.

A adoção da metodologia de investigação no jogo, calcado em escolhas racionais do tomador de decisão perpassa, dessa forma, pelo controle dos atos praticados pela equipe que desenvolve as atividades práticas. A adoção de táticas

⁴⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 89.981-MG, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 05 dez 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1663002&num_registro=201702509663&data=20171213&formato=PDF> Acesso em 05 mar 2018.

do jogo para a execução de diligências investigatórias, em não havendo controle dos atos, pode ensejar a utilização de truques em descompasso com o sistema normativo constitucional, ocasionando a ilicitude da prova e, por consequência, a contaminação futura de todos os atos que dela decorrerem.

É cediço, no meio policial, as regras referentes ao ingresso de agente público em residências. O preceito constitucional previsto no art. 5º, XI, da Constituição da República, segundo o qual “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”, é de amplo conhecimento policial, tanto para a polícia preventiva quanto à polícia repressiva. Contudo, o truque na interpretação das regras constitucionais é, por vezes, utilizado no meio policial a fim de ludibriar a norma.

Assim, diante de supostas informações da prática de delitos de tráfico de drogas ocorrendo em determinada residência, agentes do Estado, supostamente protegidos pelo argumento de que manter droga em depósito configura a permanência delitiva, ingressam no local sem autorização judicial devida. Destarte, com o arroubo de valentia, podem prejudicar a responsabilização penal⁴⁶⁴ acaso não encontrem a materialidade delitiva.

Nesse aspecto, o agente público, no afã de produzir a prova em razão da urgência do caso⁴⁶⁵, procurando se desvencilhar da necessidade de autorização judicial para o ingresso na residência, “solicita” ao morador a “gentileza” de permitir o acesso dos policiais ao local para realização de buscas, restando implícita a ameaça de emprego de iminente violência estatal ilegítima ou mesmo de atuação futura do Estado-Polícia caso haja a negativa, em uma verdadeira estratégia *tit for tat*.

Do mesmo modo, embora o preceito constitucional indique ser permitido o acesso à casa havendo autorização, entende-se que tal concordância deva ser dada de maneira voluntária e legítima, livre de pressões morais ou físicas, sob pena de a

⁴⁶⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 272.

⁴⁶⁵ Ou mesmo para desvendar o crime antes do acionamento de outra instituição, gerando um subjogo entre Polícia Militar e Polícia Civil, calcado no *payoff* segundo o qual quem conseguir prender primeiro o suposto autor do crime ganha o jogo.

prova produzida ser considerada ilícita. Nesse aspecto, o acesso à residência mediante intimidação provoca a ilicitude da prova produzida no decorrer da busca realizada, contaminando todos os demais atos procedimentais e processuais que dela decorreram. “Atalhos tornam-se ilícitos e, em decorrência, ilícita a prova”⁴⁶⁶.

O resultado é que o ingresso ilegal no domicílio contaminou todas as provas do crime, não sobrando nada lícito para formar a justa causa da ação penal. Não só a prova diretamente ilícita é vedada pela Constituição, mas tudo que derivar da ilicitude será considerado imprestável ao processo, é o que ficou definido na experiência estadunidense como *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada), que parte da comparação de que uma árvore envenenada produz frutos envenenados, construindo-se então a teoria sobre as provas ilícitas por derivação, que foi expressamente adotada no art. 157 do CPP⁴⁶⁷.

Assim também o é, para qualquer diligência realizada ao arrepio da legislação ordinária ou constitucional, tais como gravações clandestinas em violação ao direito à intimidade, interceptação telefônica não autorizada judicialmente, entrevista e interrogatório de forma coercitiva, utilizando-se da força para alcançar a confissão do acusado, dentre tantas outras possibilidades que podemos encontrar durante a apuração dos crimes.

Estando a autoridade policial adstrita a comportamento ético e técnico na condução dos trabalhos investigativos, deve buscar a produção da prova direcionando sua atuação ao auxílio da justiça e na busca pela verdade, cingido à legalidade, vez que qualquer deslize de atuação ética ou legal ensejará consequências à aplicação do direito na ação penal que se seguir.

E a perfeita observância dos atos e posições subjetivas dos atos antecedentes (sub-jogos) é condição de possibilidade à validade dos subsequentes. Logo, a mácula procedimental ocorrida no início do processo — partida — contamina os demais, os quais para sua validade precisam

⁴⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70058372228, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 08/05/2014. Disponível em http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%C3%A7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70058372228&num_processo=70058372228&codEmenta=5767686&temIntTeor=true Acesso em: 10 mar 2018.

⁴⁶⁷ RIO DE JANEIRO. Poder Judiciário. 2ª Vara Criminal. Processo nº 0168374-45.2012.8.19.0004. Comarca de São Gonçalo. Juízo de Direito da segunda vara criminal. Juiz André Luiz Nicolitt. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2012.004.167610-1>. Acesso em 13 mar 2018.

guardar referência com os anteriores⁴⁶⁸.

Tal perspectiva aproxima-se do “efeito borboleta” trabalhado na Teoria dos Jogos. A cultura popular refere que o bater de asas de uma borboleta poderia influenciar o curso natural das coisas, supostamente provocando, até mesmo, um tufão do outro lado do mundo. Em síntese, a expressão efeito borboleta indica a dependência de algo às condições iniciais, o que se percebe facilmente quando da atuação ilegal de agentes públicos durante a investigação criminal, contaminando a ação penal futura. Em uma perspectiva processual penal pode-se traçar um paralelo entre o referido conceito importado da Teoria do Caos e a relação entre as diligências realizadas durante a investigação criminal com o seu reflexo na ação penal. Daí a importância de a condução da investigação criminal ser operada de maneira técnica, com metodologia definida e profissionais devidamente capacitados para o ato.

Nessa linha de pensamento, atores que não possuem atribuição de Polícia Judiciária não devem se imiscuir nas funções de investigação criminal, tanto pelo desconhecimento de técnicas específicas para a coleta de elementos probatórios a fim de garantir a legalidade e legitimidade da prova, quanto pela possibilidade de contaminação da investigação criminal pela simples participação em atos diversos da atribuição constitucionalmente estabelecida. É o que aponta o Superior Tribunal de Justiça⁴⁶⁹ e o Supremo Tribunal Federal⁴⁷⁰ ao garantirem a anulação da ação penal decorrente da Operação Satiagraha. No caso, os Tribunais Superiores entenderam que a participação de agentes da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) não poderia ter ocorrido na investigação criminal conduzida pela Polícia Federal, pois há nítida violação dos preceitos constitucionais quanto à divisão de atribuição entre os órgãos.

⁴⁶⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Doping no Processo Penal ou Complexo de Lance Armstrong**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jan-11/diario-classe-doping-processo-penal-ou-complexo-lance-armstrong>> Acesso em: 10 mar 2018.

⁴⁶⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 149.250-SP (2009/0192565-8). Relator Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ). Julgado em 07 jun 2011. T5 – Quinta turma. Data de Publicação: DJe 05 set 2011.

⁴⁷⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 680.967. Relator: Ministro Luiz Fux. Distrito Federal, DF, Julgado em 24 jun 2015. Disponível em file:///C:/Users/usuario/Downloads/texto_307103084.pdf Acesso em 13 mar 2018.

Dentre os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça ao declarar a prova obtida como ilícita, no âmbito da operação Satiagraha estão: a operacionalização do Guardião (programa responsável pela execução de interceptações telefônicas) por agentes da ABIN; a manipulação, pela ABIN, de arquivos de áudio e de e-mail acobertados pelo sigilo; a realização de diligências (fotografias e filmagens) camufladas em torno da vida privada dos investigados, inclusive mediante a utilização de veículo técnico da ABIN; a prática, pela ABIN, de atos de vigilância típicos de Polícia Judiciária⁴⁷¹. Note-se, pois que, de fato, os atos praticados possuem natureza de atividade investigatória, afeta às Polícias Civas ou Polícia Federal.

Nesse diapasão, e com singela analogia, pode-se indicar que a participação de Agência de Inteligência de polícias de viés preventivo e administrativo não possui guarita constitucional, podendo ensejar a produção de prova ilícita que irá provocar reflexos graves na futura ação penal.

Em face do exposto, tendo em vista as consequências da condução da presidência da investigação criminal, mormente em razão da possibilidade de contaminação da prova ilícita produzida, deve-se tomar especial atenção à fase preliminar da persecução criminal, pois o equívoco procedimental pode causar a anulação da ação penal, em um verdadeiro efeito borboleta.

3.4 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL COMO FONTE PARA O PLOT POINT E TEORIA DO CASO – A INFLUÊNCIA DA FASE PRELIMINAR NO JOGO DA AÇÃO PENAL

A investigação preliminar tem como principal objetivo desvelar o fato oculto, trazendo à luz os elementos indicativos de uma reconstrução histórica de natureza criminal. Nesse aspecto, cabe à investigação produzir provas da materialidade delitiva e indícios de autoria. Concluído o procedimento, será ele encaminhado ao Poder Judiciário, que dará vista à parte, via de regra, o Ministério Público (vez que a maioria dos delitos são de Ação Penal Pública), com fulcro no art. 129, I, da Constituição da República.

⁴⁷¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. T5 – Quinta turma. *Habeas Corpus* nº 149.250-SP (2009/0192565-8). Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ). Julgado em 07 jun 2011. Data de Publicação: DJe 05 set 2011.

Diante das peças produzidas na fase preliminar a acusação formará a sua convicção sobre os fatos ocorridos e apresentados no caderno investigatório, avaliando se possui justa causa para a deflagração da ação penal em desfavor do suposto autor do delito. Nesse momento, o órgão de acusação conjectura sobre os fatos praticados de acordo com o que foi produzido pela Polícia Judiciária, elaborando os termos iniciais da acusação penal, ou seja, formando o *plot point*⁴⁷² da ação penal.

A descrição dos fatos estabelece os limites da narrativa acusatória sendo primordial a indicação clara do fato estabelecido e da trama inicial apresentada para que se possa, em vista do apresentado, garantir o direito de defesa, vez que não há meios de defesa daquilo que não se conhece. Da mesma forma, o Poder Judiciário não poderá condenar o autor por fatos não descritos na denúncia, em respeito ao princípio da correlação.

O princípio da correlação entre acusação e a sentença representa uma das mais relevantes garantias do processo penal acusatório. O juiz não pode condenar réu por fato não descrito na denúncia. O julgador está adstrito à denúncia, não podendo julgar o réu por fato pelo qual não foi acusado⁴⁷³.

Assim, a peça acusatória fixa a trama processual penal, com possibilidade restrita de ampliação (apenas nos casos de *mutatio libelli* – art. 384 do Código de Processo Penal).

Note-se, pois, que é com base nos elementos produzidos em fase preliminar que o Ministério Público indicará as balizas iniciais do fato penal, alvo de acusação, bem como é nos autos produzidos na investigação preliminar que o referido órgão de acusação buscará as testemunhas a serem arroladas na peça inaugural da ação penal. Ainda, toda a estrutura da denúncia será alicerçada nos testemunhos, interrogatórios, perícias, diligências e relatórios produzidos em fase inquisitorial. Da mesma forma, a tipificação indicada na exordial pelo órgão de acusação será realizada com base na investigação criminal e ensejará a definição do rito, bem como ocasionará uma série de limitações de ordem processual. A peça acusatória

⁴⁷² MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 135.

⁴⁷³ NICOLIT, André. **Manual de Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 302.

não é, senão, uma imagem dos fatos reconstruídos por um procedimento administrativo anterior.

Inexiste conhecimento direto (salvo do crime acontecido na sala de audiência, mas julgado por outro julgador, depois) sobre os fatos e tudo é de *segunda mão* (nos autos ou fora dele), a saber, o julgador e jogadores constroem narrativas em face de um passado, com as informações que estão à disposição. Nesse particular, a forma como os fatos serão dispostos pode mudar o sentido. A reconstrução/construção do fato criminoso é muitas vezes representada mentalmente por uma imagem ou filme (narrada na denúncia/queixa) e que analisada em face do que há antes (inquérito policial, auto de prisão em flagrante ou documentos) indica a existência de justa causa (informação mínima da materialidade e autoria) capaz de justificar a *tipicidade aparente* da conduta. Daí que se opera com *imagens* sobrepostas e narrativas controversas. Constrói-se uma narrativa englobante da acusação e daí em diante o jogo processual será de *preencher* ou *esvaziar* a história/imputação⁴⁷⁴.

A peça inicial da ação penal apresenta a singularidade do evento criminoso, constituindo o termo inicial (*plot point*) “a partir da atividade probatória desenvolvida na fase de investigação preliminar”⁴⁷⁵. Nesse sentido, toda a organização do jogo processual se estrutura em elementos indicados pela investigação criminal, que tem seu desenvolvimento e conclusão dados de acordo com a gestão estratégica e tomada de decisões por parte do presidente do procedimento.

Nessa perspectiva, levanto em conta o “efeito borboleta”, a atuação do presidente da investigação criminal ao longo do processo investigativo pode alterar todo o contexto da ação penal, pois influencia diretamente no *plot point*. As escolhas racionais realizadas pelo Delegado de Polícia, no decorrer de sua investigação criminal, deslocarão as conclusões da investigação para um ou outro lado, de acordo com o seu mapa mental. Ademais, a complexidade do caso e a experiência profissional do presidente da investigação podem ocasionar contextos distintos na fase preliminar, que terão reflexos na atuação dos jogadores das fases judiciais.

Um Delegado de Polícia experiente em investigações de crimes contra a administração pública, certamente promoverá uma estratégia organizacional a fim de deslocar a força de sua equipe para a repressão desse tipo de delito em detrimento

⁴⁷⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 345.

⁴⁷⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 134.

de crimes contra o patrimônio, que não estejam revestidos de violência ou grave ameaça. O contrário também é verdadeiro: tudo dependerá do contexto do tomador de decisões da fase preliminar, vez que se privilegia a forma mais fácil de decisão em detrimento da mais complexa. É o que se define como Sistema S1 de decisão, ou seja, aquele que ocorre de forma automática e rápida, dispensando maior esforço intelectual (e operacional).

Alguns casos são rotineiros em uma Delegacia de Polícia, de modo que o planejamento das ações investigativas para tais delitos, ou seja, a rotina (metodologia) da investigação criminal, já é de conhecimento da equipe, o que facilita a gestão das diligências investigatórias, a análise e a conclusão. Da mesma forma, casos que não demandam intervenção judicial (táticas judicialmente condicionadas) ganham celeridade e, por vezes, certa desatenção por parte dos investigadores.

Muitas vezes diante da complexidade do caso, desloca-se a questão para outra mais simples ou similar. Por exemplo, no caso de dúvida sobre a conduta, é praxe (e não se diz por um código oculto), cotejar-se os antecedentes do acusado. Se já foi condenado, toma-se a condenação anterior como mecanismo paliativo de desencargo⁴⁷⁶.

Exemplo de aplicação do sistema S1 pelo Delegado de Polícia ocorre quando da atividade de decisão relacionada à análise de condução coercitiva em estado de flagrância de determinado suspeito. Apresentado o conduzido com pequena quantidade de drogas e, diante da alegação de Policiais Militares sobre o envolvimento do indivíduo com traficantes, é comum a autoridade policial, a fim de subsidiar sua decisão pela lavratura do procedimento flagrancial, cotejar os antecedentes policiais do indivíduo – ainda que os elementos fáticos da configuração delitiva não tenham se operado de forma muito clara. Nessa senda, a partir da decisão do Delegado de Polícia, toda a produção de elementos de informação será voltada à prática do delito de tráfico de drogas, a fim de garantir a legitimidade da decisão. Tal postura, em fase extrajudicial, ocasionará um vetor de comportamento que transcende a fase preliminar e encontra respaldo ministerial e judicial em uma verdadeira economia comportamental, mitigando o esforço de

⁴⁷⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 107.

cognição, reproduzindo a decisão originalmente indicada.

Da mesma forma, os atalhos da forma de pensar (heurísticas⁴⁷⁷) sofrem influência do efeito Halo, seja pelo contato da autoridade policial com indivíduo já anteriormente investigado pela equipe, ou mesmo pela relação do Advogado do autor com procedimentos anteriormente presididos pelo Delegado de Polícia. Um autor do fato que se comporta de maneira arrogante em interrogatório pode ensejar a antipatia da autoridade policial, que dedicará mais tempo e recursos a encontrar elementos probatórios em seu desfavor. Da mesma forma, havendo anterior descompasso com o Advogado do autor, o Delegado de Polícia pode dificultar o acesso aos autos do procedimento, atrapalhando o exercício da defesa. Ainda, um profissional conhecido no meio policial por advogar para organizações criminosas, por vezes acaba causando no Delegado de Polícia a impressão de que aquele investigado que antes poderia ser mero usuário de drogas, possivelmente integre facção criminosa, simplesmente por ser cliente do mencionado causídico.

Incide, também, a heurística da empatia no Processo Penal. Muitas vezes o fato de se gostar ou não de um jogador, da empatia ou antipatia que o acusado, a vítima, enfim, qualquer elemento provoque, pode influenciar no resultado. A emoção participa muito mais das escolhas intuitivas do que aceita a dita racionalidade jurídica⁴⁷⁸.

Sob o mesmo raciocínio, casos complexos ou rumorosos ganham especial atenção da Polícia Judiciária, que passa a desenvolver, de forma pontual, as etapas metodológicas indicadas alhures. Aqui, o sistema de decisão do Delegado de Polícia exige esforço, concentração e tempo⁴⁷⁹: é o chamado Sistema S2. Nessa senda, exemplificando, diante de um crime de homicídio, o Delegado de Polícia passará a analisar o caso sob todos os enfoques possíveis, desenvolvendo as hipóteses e estratégias para execução das diligências necessárias ao desvelamento do fato, planejando as táticas pertinentes, gerenciando seus contextos fortes e suas oportunidades e identificando as fraquezas de sua equipe e as ameaças à execução das tarefas. Na sequência, analisará os dados apresentados pela equipe (ou

⁴⁷⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 109 .

⁴⁷⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 107.

⁴⁷⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 108.

colhidos diretamente), confrontando com a hipótese inicial, cumprindo um ciclo de esforço investigativo⁴⁸⁰ (CEIC). Existindo vazios – “questionamentos fulcrais engendrados em face de um fato criminoso sob escrutínio e que carecem de resposta”⁴⁸¹ -, retorna-se à formulação de nova hipótese. Havendo a confirmação, procede-se à conclusão da investigação.

Insta observar que a repetição de casos semelhantes provoca no gestor da investigação a reprodução de decisões tomadas em casos anteriores em uma rotina de conforto cognitivo. Se por um lado tal fato pode prejudicar a investigação (pois diminui o nível de atenção da equipe sobre o fato investigado), por outro acrescenta, uma vez que o investigador já conhece os caminhos tortuosos da investigação criminal e procura o desenvolvimento de táticas menos custosas e mais eficientes na coleta da prova.

Percebe-se, pois, que cada caso é um caso, e os contextos do desenvolvimento da investigação mudam os sentidos podendo, até mesmo, influenciar a decisão do julgador em fase processual. Daí a importância de não subjugar os contextos da fase investigatória, pois é tal etapa que servirá como base para a formatação da conjectura acusatória. Ainda, os elementos de informação produzidos em fase investigatória passarão a instruir os autos do processo crime, fazendo com que o Julgador tenha contato com as informações reunidas em fase preliminar – o que auxilia em seu convencimento acerca do fato a ser objeto de julgamento.

Remetidos os autos ao Juízo competente e apresentada a peça acusatória, o contexto probatório produzido segundo as escolhas racionais do presidente da investigação criminal, de acordo com o seu juízo de custo-benefício, acompanhará a peça acusatória e servirá de base para as estratégias de atuação dos *players* da fase processual. Assim, mesmo em audiência de instrução da ação penal, as partes, via de regra, procurarão elementos para ratificar o que foi produzido em fase extrajudicial ou refutar os elementos colhidos. Pouco se produz em fase acusatória,

⁴⁸⁰ BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 156 – 188.

⁴⁸¹ BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 164.

limitando-se o acusador e a defesa a confrontar as testemunhas, vítimas, réu e peritos acerca das manifestações pretéritas em fase de investigação.

Assim, opera-se a permeabilidade⁴⁸² do procedimento investigatório na fase processual, pois as provas produzidas em fase processual transformam-se em meras repetições dos atos investigatórios, como ocorre, por vezes, na oitiva de testemunhas já ouvidas no inquérito policial.

O ato de confirmar o anteriormente dito, sem efetivamente declarar, impede de alcançar os fins inerentes ao ato. A ratificação ou retificação deve ser aferida ao final, após a declaração integral, pelo confronto com a anterior. O simples fato de dizer “ratifico o anteriormente alegado” é, em síntese, um nada jurídico e uma reprovável negação de jurisdição. Ou seja, o juiz que assim procede não faz jus ao poder que lhe foi outorgado⁴⁸³.

Ora, tanto o Magistrado quanto as partes também operam o Sistema S1 e o Sistema S2 e a presença dos elementos produzidos pelo Inquérito Policial nos autos da ação penal oportuniza que tais jogadores procurem o conforto cognitivo no gerenciamento do caso penal, reproduzindo a estrutura apresentada em fase preliminar, que servirá de vetor de atuação. Tal influência se dá tanto na fase de produção de provas em fase judicial quanto no ato de análise das provas para proferir a sentença. “Considerando que o inquérito policial ingressa inteiramente no processo, é inegável a contaminação consciente ou inconsciente do julgador”⁴⁸⁴. Aliás, o cotejo direto dos elementos produzidos em fase inquisitorial é permitido pelo ordenamento jurídico pátrio conforme redação do art. 155 do CPP, demonstrando-se a “relevância dos elementos probatórios alcançados no curso da Investigação Criminal”⁴⁸⁵.

Com isso, em que pese a distinção teórica entre prova e elemento informativo, bem como a vedação da utilização, com exclusividade, dos atos de investigação na fundamentação da sentença, a verdade é que o magistrado terá a seu dispor, para formar seu convencimento, elementos de cognição produzidos nas duas fases da persecução penal. É como se o juiz se visse diante de um caldeirão que contém uma sopa de fragmentos do fato criminoso. Há pedaços que foram ali depositados pela investigação preliminar e pedaços que provieram do processo. Todos estão a seu dispor. E como em qualquer comida que mistura vários ingredientes sempre há um

⁴⁸² QUEIROZ, David. **A permeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

⁴⁸³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 163.

⁴⁸⁴ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 187.

⁴⁸⁵ BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 152.

mais apetitoso que outro, nesse caldeirão também é assim. Os atos de investigação são sempre os mais atrativos⁴⁸⁶.

Isso posto, há um grande desconforto em admitir a influência da prova produzida em fase extrajudicial no convencimento do juiz, mas tal fator não deve ser descartado quando da discussão do processo penal via Teoria dos Jogos. As escolhas racionais dos *players* da fase processual se baseiam no que foi estruturado pelo presidente da investigação criminal, de modo que até mesmo as estratégias dos jogadores se encontram contaminadas pelos elementos informativos pré-processuais.

Os questionamentos em audiência de instrução e julgamento, o pedido de diligências para confrontar versões e a produção de prova pericial são táticas utilizadas em fase processual tendo como ponto de partida as informações colhidas em fase inquisitorial, de modo que há dependência e contaminação geradas pela integração do inquérito policial ao processo⁴⁸⁷.

Da mesma forma, é inegável que o Juiz elege versões entre os elementos probatórios apresentados, significando, também, a valoração da prova. Nesse sentido, a atividade de provar não passa de um esforço das partes a conseguir o convencimento psicológico do juiz⁴⁸⁸. Assim, fica evidente que é plenamente possível que os elementos produzidos em fase extrajudicial tenham grande força de convencimento, passando a se transformar, por vezes (ainda que de maneira disfarçada pelo Magistrado), no argumento mais forte para subsidiar decisão do julgador (seja pela condenação ou pela absolvição).

O sistema do livre convencimento motivado, por parte do Juiz, exige que as decisões sejam fundamentadas, com fulcro no art. 157 do Código de Processo Penal c/c art. 93, X, da Constituição da República. Destarte, a despeito de o ponto central do convencimento do magistrado ter se operado com base nos elementos probatórios trazidos aos autos da ação penal por intermédio do inquérito policial, por

⁴⁸⁶ QUEIROZ, David. **A permeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 139.

⁴⁸⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**: Crise, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 05.

⁴⁸⁸ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 359.

uma estratégia de atuação (analisando os custos-benefícios a fim de evitar reforma de sua decisão), ele passa a utilizar truques argumentativos⁴⁸⁹, cotejando os elementos produzidos em fase extrajudicial com o que foi produzido em fase judicial.

Uma prática comum nos tribunais é a formação de um simulacro de processo e a condenação com base no inquérito. Algumas fundamentações no sentido de que a prova do inquérito foi corroborada pela instrução processual indicam bem esse fato⁴⁹⁰.

Até mesmo a credibilidade da equipe de investigação e a relação que o Delegado de Polícia possui com o Juiz influenciam no convencimento do magistrado no momento da sentença. Uma autoridade policial respeitada em razão de um trabalho digno, técnico e ético ganha a confiança do Julgador, que passa a se sentir mais seguro para se valer dos elementos produzidos em fase investigatória para firmar sua convicção acerca dos fatos sob julgamento. Ora, “a metáfora da teoria dos jogos como instrumento do processo penal parte do pressuposto de que o resultado processual não depende exclusivamente da performance de um dos jogadores, mas decorre da interação humana”⁴⁹¹.

Exemplo emblemático, também, é o caso da ação penal de embriaguez ao volante decorrente de uma prisão em flagrante. A gravação audiovisual do interrogatório policial revela, de forma bastante contundente, a alteração da capacidade motora do autor do fato, servindo de elemento de informação, suficientemente, confiável para subsidiar a decisão do magistrado. Ainda que em fase judicial o autor dos fatos negue o estado de embriaguez, as provas inquisitoriais serão bastante incisivas quanto ao ocorrido. Da mesma forma, a submissão do autor ao teste de etilômetro também realizada em fase extrajudicial, bem como a oitiva de todas as testemunhas do fato, sejam policiais militares, vítima, ou mesmo, peritos. Negar a influência desses elementos no convencimento do julgador é negar o óbvio e tratar o processo penal sob uma visão romântica e desprendida da realidade.

Afirmar que esse procedimento investigativo não serve à sentença final é

⁴⁸⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 461-464.

⁴⁹⁰ NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 196.

⁴⁹¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 42.

manietar em absoluto sua verdadeira função, haja vista que em muitos casos o juiz forma seu convencimento com base nesse instrumento, o que é permitido, inclusive pelo próprio Código de Processo Penal (art. 155)⁴⁹².

Tal perspectiva ganha, ainda, outro ponto de fundamental discussão: o sistema da íntima convicção que orienta os casos decisórios dos jurados no Tribunal do Júri.

A classificação doutrinária⁴⁹³ que distingue prova (produzida em fase judicial, em respeito a regras de contraditório e ampla defesa) de elemento de informação (elementos probatórios produzidos de forma inquisitorial em fase extrajudicial sem a presença do Juiz) se desprende da realidade, ao se tratar do convencimento do jurado durante o plenário do júri. A dinâmica do procedimento força os *players* processuais a apresentarem, em plenário, elementos que extrapolam o tecnicismo jurídico. A apresentação aos jurados de uma confissão em sistema audiovisual de um homicídio brutal, ainda que tenha sido produzida em fase policial sem a presença de defensor constituído, ganha relevante força de convencimento nos juízes leigos. Da mesma forma, a apresentação da reconstituição do crime realizada durante a investigação criminal, mostrando passo a passo os caminhos do autor do delito quando da execução do crime, ganha força de convencimento que extrapola os mantras processuais⁴⁹⁴ repetidos incessantemente, segundo os quais as provas produzidas na fase investigatória não devem servir ao convencimento do julgador.

Nesse aspecto, a força probante dos elementos de investigação ganha relevância em razão do conjunto qualitativo (coerência probatória em fase de investigação) e quantitativo (quanto mais provas, melhor).

Assim sendo, tratando-se de prova produzida na investigação criminal, não sendo repetível (como é o caso de certas perícias realizadas ainda durante o inquérito), deve nesse caso ser analisada pelo juiz, segundo as circunstâncias em que foi produzida, mas será considerada prova em sentido técnico. No entanto, entendemos que mesmo os demais elementos de prova produzidos na investigação criminal, ainda que sem contraditório,

⁴⁹² SANNINI NETO, Francisco. **Inquérito Policial e Prisões Provisórias**: teoria e prática de polícia judiciária. São Paulo: Ideias & Letras, 2014, p. 112.

⁴⁹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16ªed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 317-319; LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013, p. 556.

⁴⁹⁴ “Entende-se por mantra a repetição de ‘uma verdade’, *prima facie*, em que os jogadores/julgadores se agarram sem maiores reflexões”. MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 464-465.

devem ser ponderados pelo juiz e aceitos no conjunto probatório, desde que não seja a base exclusiva da sentença condenatória. Em todo o caso, embora produzida na investigação com seu valor limitado a esta, desde que se transfira ao processo como elementos de prova, com submissão ao contraditório, deve e pode ser valorada segundo a convicção motivada pelo juiz⁴⁹⁵.

As escolhas racionais (análise de custos e benefícios) do tomador de decisão em fase preliminar alteram o contexto dos casos penais, pois os elementos probatórios decorrentes das diligências investigativas influenciam no *plot point* da ação penal e integram, fisicamente, o processo criminal. Assim, resta claro que “o protagonismo do presidente da investigação pode mudar os rumos do processo penal”⁴⁹⁶, haja vista a influência, tanto nas estratégias de atuação dos jogadores processuais, quanto na captura psíquica do magistrado ao proferir sua sentença.

Isso posto, levando em conta a forte influência que a ação penal sofre do procedimento extrajudicial inquisitivo, seja em razão de fatores internos ou externos, é primordial entender o procedimento policial investigativo sob o filtro constitucional, em respeito ao princípio do devido processo legal substancial.

⁴⁹⁵ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**: uma introdução Jurídico-Científica. São Paulo: Almedina, 2010, p. 279.

⁴⁹⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 221.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crescimento da criminalidade, no Brasil, cobra seu preço na democratização do Processo Penal. Frente ao aumento vertiginoso da onda de violência, os discursos punitivistas ganham especial destaque e são festejados pelos veículos de imprensa como a solução dos problemas sociais hodiernos. É nesse cenário de enfrentamento que os desenhos processuais penais se operam; é nesse tabuleiro que o jogo se trava.

Entender o processo como um jogo não é novidade, sendo imprescindível demonstrar que o processo penal não pode mais ser percebido como algo desprovido da análise dos contextos, em um verdadeiro “processo penal baunilha”. Destarte, reconhecer a realidade do jogo processual é necessário ao operador do direito para evitar a manipulação durante a partida.

Nesse contexto é que se opera a relação entre o Processo Penal e a Teoria dos Jogos.

A revolução científica do século XVII introduziu no pensamento filosófico o método cartesiano, promovendo a separação das áreas e o aprofundamento das pesquisas. Tal fenômeno atingiu, também, o Direito e a Economia, promovendo o distanciamento das referidas áreas do saber.

Em 1789, Jeremy Bentham reafirma a retomada da relação entre a lei e a economia, demonstrando que alterações legislativas influenciam nas relações econômicas, assim como o contrário. Todavia, foi só em 1960, com os artigos de Ronald Coase, que se passa a discutir a necessidade de o Judiciário compreender as consequências econômicas de suas decisões.

Destarte, em 1970, surge o movimento científico nominado *Law and Economics*, que teve por base universidades americanas, em especial Yale, Berkeley e Chicago, despontando como um dos principais expoentes, Richard Posner. Nesse cenário, o movimento de Análise Econômica do Direito propôs uma reestruturação da forma de aplicação do direito com o intuito de promover a proteção das decisões jurídicas com relação à instabilidade de fatores externos,

sublinhando a importância do critério da eficiência das decisões.

A aplicação do Direito deve ser considerada, portanto, tendo como base estruturante, a análise de custo benefício das decisões proferidas por seus operadores, levando em conta o exame racional do tomador de decisão. O ser racional procura maximizar seus ganhos e reduzir suas perdas – raciocínio extraído de uma análise da microeconomia. Assim, em um contexto em que todos procuram a maximização de seus interesses a fim de alcançar bem-estar individual, levando em conta a soma dos contextos individuais, chegar-se-ia ao patamar de conferir bem-estar social. Frise-se que, para as decisões jurídicas, tal análise também se opera, formando-se uma teoria explicativa dos institutos jurídicos baseada em resultados da maximização de forma, relativamente, coordenada de preferências individuais.

Contudo, o conflito de interesses é inerente aos contextos processuais, o que afigura a necessidade de compreender que, nem todos os integrantes da estrutura do processo conseguirão maximizar seus interesses, gerando, pois, uma relação conflituosa.

É nesse contexto de conflito que a Teoria dos Jogos se opera, oferecendo instrumentos para o desenvolvimento da personalidade e da inteligência dos indivíduos, vez que situa o jogador em contextos nos quais perder ou vencer está relacionado a escolhas adequadas realizadas pelo agente durante a partida. Assim, para se operar escolhas adequadas é imprescindível a elaboração de estratégias de atuação.

No Processo Penal, afigura-se imperativo conhecer os jogadores (*players*), as regras e as recompensas (*payoffs*), para então definir as estratégias de atuação dentro do jogo da ação penal. Levando em conta o ponto inicial do jogo processual – a presunção de inocência (ou não?⁴⁹⁷) -, cabe à acusação a apresentação de provas e argumentos a fim de promover o convencimento do magistrado acerca da existência do delito e de sua respectiva autoria. Por sua vez, a

⁴⁹⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **É possível não bancar o "pato" e pressupor a inocência?** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-nov-03/limite-penal-possivel-nao-bancar-pato-pressupor-inocencia>. Acesso em 15 jul 2018.

defesa resiste aos interesses da acusação, em um cenário pautado por uma metodologia dialética, garantida por um juiz imparcial (mas que também tem seus interesses).

Portanto, o conhecimento acerca dos jogadores da ação penal é elemento importante para o desenvolvimento de estratégias racionais de atuação a fim de garantir a decisão mais favorável, maximizando o interesse do jogador.

Destaque-se, pois, que a ação penal se inicia com base em um mínimo de elementos probatórios que justifiquem a atuação do órgão de acusação. Tais elementos são produzidos e verificados durante a fase de investigação preliminar.

A fase pré-processual desenvolve-se a partir da notícia de um fato criminoso, deflagrando uma série de ações por parte do Estado-Investigador em busca de elementos que comprovem a materialidade delitiva e indícios de autoria. Destarte, a investigação criminal foca sua atuação no fato criminoso, sendo, pois, o objeto do procedimento preliminar extrajudicial. Nesse aspecto, a despeito de inexistência de partes, há a possibilidade de aplicação dos institutos relacionados à Teoria dos Jogos nos casos penais sob investigação.

A Teoria dos Jogos parte da premissa de existência de interesses (conflitantes ou não) em um contexto de interação humana. Dessa forma, identificando os jogadores da fase investigatória, é perceptível a relação de interesses que se estabelece durante o desenvolvimento de uma investigação criminal, desde um contexto interno ao contexto externo do jogo.

O inquérito policial se apresenta como o principal instrumento de apuração de infrações penais no Brasil. A análise das rotinas estabelecidas durante o desenvolvimento das diligências investigatórias demonstra que durante a fase preliminar se joga, e se joga muito. A relação dos envolvidos durante a investigação criminal (investigado, vítima, presidente a investigação, auxiliares, juiz, defesa, promotor e etc.) demonstra a intensa interação humana que se opera durante os atos, sendo, imprescindível, a adoção de estratégias racionais para maximização dos interesses no âmbito pré-processual.

A recompensa (*payoff*) do jogo investigatório para o presidente da investigação (via de regra, o Delegado de Polícia) fulcra-se no desvelamento do fato oculto, com a comprovação da existência (ou inexistência) de evento criminoso, bem como de sua autoria (havendo o delito). Faz-se destaque, pois, que o inquérito policial não é instrumento de acusação (visão utilitarista), mas instrumento de justiça, sendo responsável pelo levantamento de informações para, também, evitar acusações infundadas.

Ocorre que o presente estudo demonstrou que a presidência do inquérito policial se opera de acordo com estratégias de atuação para a coleta de elementos probatórios. Para tanto, o Delegado de Polícia se vale do desenvolvimento de planejamento para a execução da investigação criminal, considerando-a uma pesquisa acerca de um fato criminoso eventualmente praticado, levando em conta o heptâmetro de Quintiliano (Que? Quem? Quando? Onde? Por quê? Como? Com que auxílio?). O inquérito policial é, então, o procedimento utilizado para a formalização dos atos investigatórios.

O Ciclo do Esforço Investigativo é a metodologia utilizada para a definição dos atos de investigação, identificando-se o problema (evento criminoso a ser investigado), a hipótese inicial (formalizada por intermédio da Portaria que inaugura o procedimento) e a eleição das diligências iniciais a serem realizadas para a coleta dos elementos probatórios. Na sequência, os dados colhidos são reunidos, analisados e confrontados com a hipótese inicialmente aventada. Havendo a confirmação da hipótese com a comprovação da materialidade delitiva e indícios de autoria, opera-se o indiciamento do investigado. Complementando a investigação, conclui-se o feito com a produção do relatório final.

Imperativo destacar-se que a depender da presidência do ato e da forma como a Autoridade Policial conduz a investigação, os resultados podem ser bastante díspares, uma vez que a estratégia de atuação será desenvolvida a partir do mapa mental do Delegado de Polícia com atribuição para o ato, podendo sofrer influências internas e externas. Da mesma forma, a escolha da estratégia do investigado, do advogado do autor, ou mesmo dos auxiliares da investigação (como a perícia, por exemplo), pode desviar a investigação criminal para um ou outro desfecho.

É nesse contexto, de disputa de interesses, que se operam as táticas operacionais da Teoria dos Jogos, sendo possível a utilização de blefes, truques, ameaças, alianças e trunfos. Tais táticas de atuação durante a investigação criminal ganham destaque em razão da ausência de rito definido durante a fase investigatória, conferindo liberdade de atuação ao presidente da investigação criminal.

Nesse sentido, a atuação estratégica do Delegado de Polícia determinará as linhas de atuação da equipe da Polícia Judiciária, procurando remontar o fato histórico criminoso a partir de táticas operacionais. A conclusão do procedimento se firmará pelo relatório da autoridade policial e o encaminhamento da conclusão das investigações ao Poder Judiciário que, por sua vez, dará vista à parte. Destarte, a acusação, analisando as peças produzidas em fase extrajudicial, formará sua convicção acerca dos fatos e, sendo o caso, proporá a peça inaugural da ação penal.

A atuação da acusação, portanto, é baseada nos documentos produzidos, via de regra, pela Polícia Judiciária, de acordo com a estratégia de atuação do presidente do procedimento. É desse instrumento que se firmará o *plot point* da ação penal. O caso penal se firma a partir das balizas indicadas pela acusação que, por sua vez, formou sua convicção pela análise do resultado das diligências investigatórias escolhidas, estrategicamente, pelo Estado-Investigação, conferindo conteúdo inquisitório à ação penal, vez que se opera a permeabilidade do inquérito policial no processo criminal. Ademais, a possibilidade de o juiz sopesar os elementos produzidos em fase extrajudicial quando da elaboração da sentença penal é mais um argumento que reforça a hipótese inicialmente proposta.

As ações adotadas durante a investigação criminal podem influenciar de sobremaneira no desfecho da ação penal, em um verdadeiro efeito-borboleta, o que ganha destaque ao se tratar de *doping* na investigação criminal. A produção de prova ilícita durante a investigação criminal promove, em regra, a contaminação dos demais elementos produzidos em sequência, podendo ensejar a nulidade de todo o processo penal. Os vícios na produção da prova em fase inquisitorial podem influenciar o resultado do processo crime.

Tendo em vista a relevância da investigação criminal no Processo Penal brasileiro, é imperioso analisar o instrumento de investigação sob a ótica constitucional. A aplicação da cláusula do devido processo legal substancial nos autos do inquérito policial é medida salutar. Ainda, a possibilidade de participação de defesa no jogo da investigação criminal (após identificada a autoria) mostra-se positiva, evitando a visão de túnel do investigador e garantindo maior confiabilidade na reconstrução do fato histórico.

A manutenção de um jogo investigatório baseado em um documento da década de 40 não reflete os anseios democráticos, atendendo apenas aqueles que procuram o ócio cognitivo do sistema automático de decisão, via de regra, com viés punitivo. A interação dos jogos pré-processuais tem o condão de influenciar a decisão no processo crime. Já passou da hora de reconhecer a importância do jogo antes do jogo.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANSELMO, Márcio Adriano. Investigação Criminal Privada. *In*. HOFFMANN, Henrique et al (Org.). **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 238-242.

ANSELMO, Marcio Adriano. **É preciso discutir o inquérito policial sem preconceitos e rancores**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-mar-07/academia-policia-preciso-discutir-inquerito-policial-preconceitos-rancores#sdfnote4sym>. Acesso em: 08 jul 2017.

ANSENI, Felipe. Delegados-líderes e a necessidade de pensar contra o cérebro. *In*: ZANOTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 103-112.

ARENHART, Sérgio. **A verdade e a prova no processo civil**. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año 5, v.7, p. 71 – 109, 2005. Disponível em www.abdpc.org.br/artigos/artigo100.htm Acesso em 20 jan 2018.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

ASENSI, Felipe. Delegados-líderes e a necessidade de pensar contra o cérebro. *In*: ZANOTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, 103-138.

AXELROD, Robert M. **A Evolução da cooperação**. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BARBERÁ, Francisco Antón; LUIS Y TURÉGANO, Juan Vicente. **Polícia Científica. Volumen I. Colección ciência Policial**. Valência: Tirant Lo Blanch, 1998.

BARBOSA, Adriano Mendes. **Curso de Investigação Criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Delegado natural é princípio basilar da devida investigação criminal. *In*. HOFFMANN, Henrique et al (Org.). **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 161 – 173.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Função materialmente judicial do Delegado de Polícia na Audiência de Custódia. *In*: HOFFMANN, Henrique et al (Org.). **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

2016.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Polícia Judiciária enquanto dispositivo democrático. *In*: HOFFMANN, Henrique et al (Org.). **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BATEMAN, Thomas S; SNELL, Scott A. **Administração**. São Paulo: Atlas, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia M. Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

BAUMANN, Jurgen. **Derecho Procesal Penal**: Conceptos Fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Buenos Aires: Editora Depalma, 1986.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an economic approach. *In*: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (Eds.) **Essays in the Economics of crime and Punishment**. [S.l.]: National of Economic Research, 1974. p. 1-54. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf> Acesso em: 01 mai. 2018.

BENTHAM, Jeremy. **A introduction to the principles of morals and legislation**. London: Batoche Books, 2000. Disponível em: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bentham/morals.pdf> . Acesso em: 22 nov. 2017.

BERMUDEZ PEREIRA, André Luiz. **Direito Penal Maskirovka**. Disponível em http://emporiododireito.com.br/backup/tag/direito-penal-maskirovka/#_ftn4 Acesso em 20 jan 2018.

BÊRNI, Duilio de Avila. **Teoria dos Jogos**: Jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2004.

BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTO, Giovanni Celso. **Busca e Apreensão: Doutrina e Prática. A Visão do Delegado de Polícia**. Rio de Janeiro: Mallet, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**: para uma teoria geral da política. 14ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria das Formas de Governo**. Trad. de Sérgio Bath. 5ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão. Seguindo de A influência do jornalismo e Os Jogos Olímpicos**. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: a questão da compensação social. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento**

Sustentável. e-ISSN:2526-0057. Brasília. V-2.n,1.jan-jun 2016. p. 27-45. Disponível em: <indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/download/1595/PDF>. Acesso em 28 dez 2017.

BRANCO, Rilke Rithcliff Pierre. **Justiça Policial:** a constitucionalização do indiciamento ante os direitos fundamentais e o processo administrativo policial. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 73.271/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 27 out 1995. Disponível em www.stf.jus.br Acesso em 09 jan 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 149.250-SP (2009/0192565-8). Relator Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ). Julgado em 07 jun 2011. T5 – Quinta turma. Data de Publicação: DJe 05 set 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no *Habeas Corpus* nº 94.016. Relator: Ministro Celso de Mello. São Paulo, SP, 14 de abril de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3562036>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.548. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. São Paulo, SP. Julgado em 21 de junho de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3562036>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013.** Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Brasília, DF, 21 jun. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 680.967. Relator: Ministro Luiz Fux. Distrito Federal, DF, Julgado em 24 jun 2015. Disponível em file:///C:/Users/usuario/Downloads/texto_307103084.pdf Acesso em 13 mar 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. *Habeas Corpus* nº 47.168/PR. Relator Ministro Gilson Dipp. Julgado em 16 fev 2006. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7174038/habeas-corpus-hc-47168-pr-2005-0139233-5-stj/relatorio-e-voto-12907117>. Acesso em 11 out 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade. ADI nº 3.614-9. Paraná. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 20 set 2009, p. 18. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495516>. Acesso em 20 out 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 702.617. Amazonas. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 26 fev 2013. Disponível

em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3523021>. Acesso em 20 out 2017.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resoluções nº 181 e 183. Disponíveis em <http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5586/>. Acesso em 10 set 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 89.981-MG, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 05 dez 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequecial=1663002&num_registro=201702509663&data=20171213&formato=PDF> Acesso em 05 mar 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Habeas Corpus 94.016/SP – São Paulo**. Relator Min Celso de Mello. Segunda turma. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos, 14 abril 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3562036> . Acesso em 22 jul 201.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.982. Santa Catarina. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 26 out 2017. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2572535>. Acesso em: 09 mar 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 87610, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 27 out 2009, DJE-228 divulg 03-12-2009 public 04-12-2009 ement vol-02385-02, pp-00387. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000163845&base=baseAcordaos>. Acesso em 15 set 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593727, Relator Ministro César Peluso, Relator p/acórdão Ministro. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, Acórdão eletrônico repercussão geral – mérito dje-175 divulg 04-09-2015, public 08-09-2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000283774&base=baseAcordaos>. Acesso em 25 set 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.727/Minas Gerais. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 14 mai 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233> Acesso em 19 dez 2017; Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 91.661/Pernambuco. Relatora Ministra Ellen Gracie. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC91661votoEG.pdf> Acesso em 18 dez 2017.

BRAZ, José. **Investigação Criminal: A Organização, o Método e a Prova**. Os Desafios da Nova Criminalidade. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

CAFFERATA NORES, José. **Proceso penal y derechos humanos. La influencia de La normativa supranacional sobre derechos humanos de nível constitucional em el processo penal argentino.** Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000.

CALABRESI, Guido. **Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts**, v. 70 Yale L.J. 499(1961). Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/b3b6/26c3a70461117b8d158c2cc058e592f29d5b.pdf> Acesso em 20 de dez 2017.

CALABRESI, Guido. **The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis.** Yale University Press: New Haven/ London, 1970.

CALAMANDREI, Piero. **O Processo como um jogo.** Tradução de Roberto Del Claro. Curitiba: GENESES: Revista do Direito Processual Civil, n. 23, jan/março 2002. p. 206.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CARDOSO, Vanessa de Assis. **O caso foi parar na Delegacia:** estudo sobre o trabalho de delegados de Polícia Civil. 2012. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia, UNB, Brasília, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal.** Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Editora Pillares, 2009.

CARVALHO, Salo; PINTO NETO, Moyses; MAYORA, Marcelo; LINCK, José Antônio Gerzson. **Criminologia cultura e rock.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Disponível em http://www.academia.edu/2943152/Criminologia_Cultural_e_Rock_texto_integral Acesso em 12 jan 2018.

CASARA, Rubens. **Processo Penal do Espetáculo.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015;

COASE, Ronald Harry. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, vol. 3, n. 1, p. 1-44. 1960. Disponível em <http://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso em 20 dez 2017.

COASE, Ronald Harry. O problema do custo social. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, Vol. 3. N. 1. Article 9. 2008, p.15. Disponível em <http://services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=lacjls>. Tradução por Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Revisão técnica de Antônio José Maristrello Porto (FGV DIREITO RIO) e Marcelo Lennertz (FGV

DIREITO RIO). Acesso em 21 dez 2017.

COASE, Ronald Harry. **The firm, the Market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press. 1990.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luís Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ªed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Addison-wesley, 2012. 465 p. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1001&context=books>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

CORDEIRO, Isaías. O Direito Penal e a Polícia Judiciária no Estado Democrático de Direito. In: SOUZA, David Tarciso Queiroz de; GUSSO, Rodrigo Bueno (Org.). **Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um estado democrático de direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 133-158.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986,

CORREIA, Elisabete. LUCAS, Suzana; LAMIA, Alícia. Profilig: Uma técnica auxiliar de investigação criminal. *Análise Psicologia on-line*, v-4. p- 595-601, 2007.p. 596. Disponível em <http://publicacoes.ispa.pt/publicacoes/index.php/ap/article/view/468/pdf> Acesso em 22 jan 2018

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 30, n.30, p. 163-198, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. **Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?** Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11716-11716-1-PB.htm> Acesso em 12 jan 2018

D'AMICO. Ana Lúcia. **A contribuição da teoria dos jogos para a compreensão da Teoria de relações públicas: uma análise da cooperação**. 2008. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Comunicação Social. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 20-21. Disponível em <http://repositorio.pucrs.br:8080/dspace/handle/10923/2198>. Acesso em 12 dezembro 2017.

DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DESCARTES. René. **Discurso do método**. Tradução de: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

DIAS, Marco Antônio. **James Buchanan e a “Política” na escolha pública**. Disponível em <file:///C:/Users/andre/Documents/Mestrado/Material%20disserta%C3%A7%C3%A3o/AED/public%20choice%202.pdf> Acesso em 27 dez 2017.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, v.4, n.2. Tradução de José Faria da Costa. Coimbra: Aequitas, abr-jun. 1994.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DUFOUR, Dany-Robert. **O Divino Mercado**: a revolução cultural liberal. Tradução de: Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

DURKHEIM, Émile. **As regras do Método Sociológico**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

DUTRA. L. H. **Verdade e Investigação**: o problema da verdade na teoria do conhecimento. São Paulo: EPU, 2001.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESPÍNDULA, Alberi. **Perícia Criminal e cível**: uma visão geral para peritos e usuários da perícia. Campinas: Millenium, 2009.

ESTADÃO. **As Carências da Polícia Civil**. Opinião. São Paulo/SP. 03 mar 2017. Disponível em <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,as-carencias-da-policia-civil,70001684962>. Acesso em 29 out 2017.

FEITOSA, Denilson. **Direito Processual Penal**: Teoria, Crítica e Práxis. 7ª Ed. Niteroi: Editora Impetus, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la Ley del más Débil. Madrid España: Ed. Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Trad. Ana Paula Zomer, “et al”. 3 ed. São Paulo: RT, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría Del derecho y de la democracia.Vol. 2 Teoría de la democracia**. Trad. de Perfecto Andre Ibañes, Carlos Bayon, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FERREIRA CABRAL, Rodrigo Leite. **O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>>. Acesso em 13 jan 2018.

FERREIRA, Luís Henrique Costa; FERREIRA, Nilton José Costa. **Investigação Criminal**: um estudo metodológico. São Paulo: Sicurezza, 2013.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da Violência nas Prisões. 20ªed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRANCO, Cordero. **Procedimiento penal**. Tomo II. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

GALVÃO, Fernando. **Natureza material do dispositivo que amplia o conceito de crime militar e o deslocamento dos inquéritos e processos em curso na justiça comum para a justiça militar**. Disponível em <https://www.observatoriadajusticamilitar.info/single-post/2017/11/23/Natureza-material-do-dispositivo-que-amplia-o-conceito-de-crime-militar-e-o-deslocamento-dos-inqu%C3%A9ritos-e-processos-em-curso-na-Justi%C3%A7a-Comum-para-a-Justi%C3%A7a-Militar>. Acesso em 11 abr 2018.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos; Introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais, 5ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. **Princípios de Criminologia**. Valência: Tirant Lo Blanch. 2006.

GAUER, Ruth M Chittó. Alguns aspectos da fenomenologia da violência. *In A Fenomenologia da Violência*. Gabriel J. Chittó Gauer; Ruth M. Chittó Gauer (Org.). Curitiba: Juruá, 1999.

GHISI, Fernando Benedet; GHISI, Ana Silvia Serrano; SAMUEL, Tatiana Klein. O emprego das tecnologias da informação e comunicação para tomada de depoimentos na fase policial: a implantação do APF audiovisual pela Polícia Civil de Santa Catarina. *In DE PAULA, Giovani (Org.). Sociedade, segurança e cidadania: Livro I Paz Social*. Palhoça: UnisulVirtual, 2017, p. 109-118.

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

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

GICO JÚNIOR. Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo**, v. 267, set/dez 2014.

GICO JÚNIOR. Ivo Teixeira. Introdução ao Direito e Economia. *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GIGERENZER, Gerd. **O poder da intuição**: o inconsciente dita as melhores

decisões. Tradução de Alexandre Feitosa Rosas. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Sumarização da investigação preliminar brasileira: notas sobre a disfuncionalidade do inquérito policial à luz do direito fundamental a um juiz imparcial. *In*. ZANOTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 75-90.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos Del proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

GONÇALVES, Everton das Neves. **A Teoria de Posner e sua aplicabilidade à Ordem Constitucional Econômica de 1988**. 1997. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **O Direito e a Ciência Econômica**: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito. *In*: 11ª Conferência Internacional de Direito e Economia da ALACDE, 2007, Brasília, Brasil. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley), 2007.

GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça**: do modelo competitivo de estabilização dos conflitos à estratégia cooperativa. 2016. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016, p. 122.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 7ªed. Refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2016.

GUSSO, Rodrigo Bueno. Do que eu falo quando falo de polícia: uma breve (auto) análise da instituição policial civil por meio de um operador nativo. *In*: ZOUZA, David Tarciso Queiroz de; GUSSO, Rodrigo Bueno (Org.). **Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um estado democrático de direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 159-182.

GUSSO, Rodrigo Bueno. **O controle social pelo discurso do ódio**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/19571/o-controle-social-pelo-discurso-do-odio> Acesso em 15 jan 2018.

GUSSO, Rodrigo Bueno; BERMUDEZ PEREIRA, André Luiz. **“Prisão é coisa séria”**: a falácia (militarizada) do ciclo completo de polícia. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43161/prisao-e-coisa-seria>. Acesso em: 13 out 2017.

HARDIN, Garrett. The Tragedy os the Commons. **Science**, v. 162, p. 1243 – 1248, Dec. 1968. Disponível em <http://science.sciencemag.org/content/sci/162/3859/1243.full.pdf> Acesso em 13 jan

2018.

HEINEN, Luana Renostro. **Performatividade**: o direito transformado em dispositivo pela Análise Econômica do Direito. 2016. 360 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

HEINEN, Luana Renostro. **A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335> Acesso em 20 dez 2017.

HILL, Flávia Pereira. *Plea Bargaining*: Uma incursão no Sistema Processual Penal Norte-Americano. In PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). **Temas contemporâneos de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

HOFFMAN, Henrique. Aspectos jurídicos da busca e apreensão. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTO, Giovanni Celso. **Busca e Apreensão: Doutrina e Prática. A Visão do Delegado de Polícia**. Rio de Janeiro: Mallet, 2017, p. 21-112.

HOFFMAN, Henrique. **Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e garantir direitos fundamentais**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais#_ftn4. Acesso em: 03 set 2017.

HOFFMAN, Henrique. **PM homicida deve ser investigado pela polícia judiciária**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2016-jan-05/academia-policia-pm-homicida-investigado-policia-judiciaria#_ftn2. Acesso em: 13 out 2017.

HOFFMAN, Henrique. **Termo circunstanciado deve ser lavrado pelo delegado, e não pela PM ou PRF**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-29/academia-policia-termo-circunstanciado-lavrado-delegado>. Acesso em: 08 out 2017.

HOFFMAN, Henrique. Indispensabilidade do Inquérito Policial. In: HOFFMANN, Henrique et al (Org.). **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

HOFFMAN, Henrique; SANNINI NETO, Franciso. **Audiência de custódia deve ser feita por delegado de polícia**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-dez-20/audiencia-custodia-feita-delegado-policia#sdfootnote7sym>. Acesso em: 05 novembro 2017.

HOLANDA DIAS, Gustavo Henrique. **PL que altera Código de Processo Penal prevê investigação criminal defensiva**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jan-12/gustavo-holanda-pl-permite-investigacao-criminal-defensiva>. Acesso em 15 dez 2018.

JAKOBS, Günther; Meliá, Manuel Cancio. **Direito Penal no inimigo**: noções e críticas. Org. e Trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª. ed. - Porto

Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ser contra a Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público nada tem a ver com o debate entre punitivismo e garantismo.** Disponível em <http://emporiododireito.com.br/backup/ser-contra-a-resolucao-18117-do-conselho-nacional-do-ministerio-publico-nada-tem-a-ver-com-o-debate-entre-punitivismo-e-garantismo-por-afranio-silva-jardim/> . Acesso em 13 jan 2018.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R; THALER, Richard. **A Behavioral Approach to Law and Economics.** p. 1479. Disponível em <http://www.law.harvard.edu/programs/olincenter/papers/pdf/236.pdf> Acesso em 27 dez 2017.

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

LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária.** Tradução de J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LARA, Fabian T. R. Análise econômica do Direito como método e disciplina. **Revista e-civitas.** Belo Horizonte. V1, n 1, 2008, p.10. Disponível em <http://www.revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/2/2>. Acesso em 17 dezembro 2017.

LAUDA, Bruno Bolson. **A análise Econômica do Direito:** uma dimensão da crematística no Direito. Disponível em <file:///C:/Users/usuario/Downloads/7026-31056-1-SM.pdf> . Acesso em 25 dez 2017.

LEVINE, Michael. **Undercover Operations and Informant Handling.** Student Manual. New York: New York State Division Criminal Justice Services, 2007. p.1.3. Disponível em <http://criminaljustice.state.ny.us>. Acesso em 22 jan 2018

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal.** Niterói: Impetus, 2013.

LOFTUS, Elizabeth. As falsas lembranças. **Revista Viver Mente & Cérebro.** São Paulo, ano 2, n. 162, jul. 2006, p. 48-53.

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

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal.** 3ªEd. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal:** Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES JR, Aury. **Nulidades e ilicitudes do Inquérito não contaminam o**

Processo Penal?. Disponível em http://www.conjur.com.br/2014-dez-19/lim_ite-penal-nulidades-ilicitudes-inquerito-nao-contaminam-processo-penal. Acesso em 26 ago 2017.

LOPES, Alessandro Maciel. A competência em Sede de Investigação Preliminar. *In*: GIACOMOLLI, Nereu José; AZAMBUJA, Maria. (Org.). **Processo Penal contemporâneo em perspectiva**. Curitiba: IEA Academia, 2015.

LUKSETICH, William A.; WHITE, Michael D., **Crime and Public Policy: An Economic Approach**. 1982, Boston: Little, Brown and Company. Mannheim, Hermann, 1965, , *Criminologia Comparada*, Vol. I e II, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação Criminal Defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Investigação Criminal: Tensão entre Limites e Dor. *In*: HOFFMANN, Henrique et al (Orgs). **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 125.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Investigação pela PM dos próprios homicídios dolosos revela autoritarismo**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2017-ago-29/academia-policia-investigacao-pm-proprios-homicidios-revela-autoritarismo#_ftn13. Acesso em: 13 out 2017.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **O amadorismo na investigação criminal cobra seu preço no jogo processual**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jan-26/academia-policia-amadorismo-investigacao-cobra-preco-jogo-processual> Acesso em: 02 fev 2017.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Procura-se: uma teoria (crítica) no campo da Justiça criminal!** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-set-19/academia-policia-procura-teoria-critica-campo-justica-criminal>. Acesso em: 28 outubro 2017.

MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância**: a maximização do acesso na busca pela efetividade. 2014. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/123198/326774.pdf> . Acesso em 22 dez 2017.

MARCELLINO JR., Julio Cesar. O movimento *Law and Economics* e a eficiência como critério de justiça: incompatibilidades entre direito, economia e democracia. **Unisul de Fato e de Direito**. v. 1, n. 1, p. 93-102, jul. 2010. Disponível em: <http://portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1037/867>. Acesso em: 28 dez 2017.

MARIN, Isabel da Silva Kahn. **Violências**. São Paulo: Escuta/Fapesp, 2002.

MARQUE, Roberto. **O que é Rapport**. Disponível em

www.ibccoaching.com.br/portal/coaching-e-psicologia/o-que-e-rapport/. Acesso em 21 fev 2018.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2ªed. Campinas: Millennium, 2000.

MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. **Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas**. 2ªEd. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo**. São Paulo: Atlas, 2013.

MARX, Karl. **O Capital: Crítica da Economia Política**. Tradução de: Rubens Enderle. Bomtempo Editorial. Disponível em <https://coletivocontracorrente.files.wordpress.com/2013/10/tmpeq7jby.pdf>. Acesso em 10 julho 2017.

MATSCHING, Monica. **Linguagem corporal**. Tradução de Fernanda Romero. Petrópolis: vozes. 2015.

MENDRONI, Marcelo Batlouni Mendroni. **Curso de Investigação Criminal**. São Paulo: Joarez de Oliveira, 2002.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; LOPES JR, Aury. **Saldão penal e a popularização da lógica da colaboração premiada pelo CNMP**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-set-22/limite-penal-saldao-penal-popularizacao-logica-colaboracao-premiada-cnmp>. Acesso em 10 dez 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Doping no Processo Penal ou Complexo de Lance Armstrong**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jan-11/diario-classe-doping-processo-penal-ou-complexo-lance-armstrong>> Acesso em: 10 mar 2018.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **É possível não bancar o "pato" e pressupor a inocência?** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-nov-03/limite-penal-possivel-nao-bancar-pato-pressupor-inocencia>. Acesso em 15 jul 2018.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de constitucionalidade Material: Aportes Hermenêuticos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 3ªEd. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Juiz não deveria ser xerife nem detetive em busca da verdade real** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-out-16/limite->

[penal-juiz-nao-deveria-xerife-nem-detetive-busca-verdade-real](#) Acesso em 23 dez 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos**: táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: EModara, 2018.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. KHALED JR. Salah H. **Polícia Militar não pode lavrar Termo Circunstanciado**: cada um no seu quadrado. Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2014/07/01/policia-militar-nao-pode-lavrar-termo-circunstanciado-cada-um-seu-quadrado/>. Acesso em: 07 out 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; AMARAL, Augusto Jobim. **Cultura da Punição**: a ostentação do horror. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. GOSTINSKI, Aline. **Entre tapas e beijos no Direito Penal**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/backup/entre-tapas-e-beijos-no-direito-penal-por-alexandre-morais-da-rosa-e-aline-gostinski/>. Acesso em 14 jan 2018.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **No país das Resoluções e Enunciados, quem precisa de lei?**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/leitura/no-pais-das-resolucoes-e-dos-enunciados-quem-precisa-de-lei-1508416553>. Acesso em 11 dez 2017.

NASCIMENTO, Fábio Severiano do. Algumas contribuições teóricas da Análise Econômica do Direito no estudo da tributação. **Revista de Direito da Cidade**, vol.03, nº01. ISSN 2317-772, p. 232-260.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16ªed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. **Por que Prisão? Uma análise econômica do dilema pena de prisão versus pena de multa para os crimes de corrupção no Brasil**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, Julho/2017 (Texto para Discussão nº 237). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 12 jan de 2018.

PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho**: una reconstrucción teórica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná - 1ª Turma Recursal – Apelação Criminal nº. 0000328-42.2015.8.16.0014 - Londrina – PR. Relator: Fernando Swain Ganem - Julgado em 04 de dez de 2015. Disponível em <http://www.tjpr.jus.br>. Acesso em 17 out 2017.

PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. Tradução de: João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018.

PASTANA, Débora Regina. Cultura o Medo e Democracia: um paradoxo brasileiro. **Revista Medições**. Londrina, V.10, n.2, p. 183-198, Jul/Dez. 2005.

PAULA, Alan Pinheiro de; BERMUDEZ PEREIRA, André Luiz. As diligências investigatórias no Estado Democrático de Direito. In GOSTINSKI, Aline; QUEIROZ, David (Org.). **Investigação Preliminar e Processo Penal: novos desafios e perspectivas**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 17-32.

PEASE, Allan & Barbara. **Desvendando os Segredos da Linguagem Corporal**. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2005.

PECES-BARBA, Gregorio. **Diez lecciones sobre ética, poder y derecho**. Madrid: Dykinson, 2010.

PEIXOTO, Gabriela Costa Cruz Cunha. Análise econômica do direito ambiental: aplicação das teorias de pigou e coase. **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 15, n. 3, p. 31-48, set./dez. 2013.**

PERAZZONI, Franco. Da investigação e dos meios de obtenção de prova. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; BARBOSA, Emerson Silva (Org.). **Organizações Criminosas: Teoria e Hermenêutica da Lei 12.850/13**. Porto Alegre: Fabris, 2015. p. 141- 166.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal: uma introdução jurídico-científica**. São Paulo: Almedina. 2010.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

PITOMBO, Sérgio Marcos Moraes. **Princípios e Regras Orientadoras do Processo**. Disponível em www.sergio.pitombo.nom.br . Acesso em: 10 novembro 2017.

PORTO, Antônio José Maristelo. **Análise Econômica do Direito**. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf. Acesso em: 23 jun. 2018.

POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces**. Trad. Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de: Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

PRADO, Caio Fernando Ponczek. Processo Penal e Mentalidade Inquisitória: a um passo da tortura institucionalizada. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; DE PAULA, Leonardo Costa; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. (Org.). **Mentalidade**

Inquisitória e Processo Penal no Brasil: Diálogos Sobre Processo Penal entre Brasil e Itália. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, v. 2., p. 245-260.

PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistemas de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos.** São Paulo: Marcial Pons. 2014.

QUEIROZ, David. **A permeabilidade do processo penal.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** 3ªed. Tradução de: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REPORTAGEM GLOBO. **Retrato da Polícia Civil no Brasil é preocupante.** Disponível em <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2017/10/brasil-enfrenta-falta-de-delegados-e-tem-delegacias-caindo-aos-pedacos.html>. Acesso em: 28 out 2017.

REPORTAGEM REVISTA VEJA. **Sucateada, Polícia Civil tem o menor efetivo em doze anos.** Disponível em <https://vejasp.abril.com.br/cidades/policia-civil-crise-queda-orcamento/>. Acesso em: 24 set 2017.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos:** Contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIO DE JANEIRO. Poder Judiciário. 2ª Vara Criminal. Processo nº 0168374-45.2012.8.19.0004. Comarca de São Gonçalo. Juízo de Direito da segunda vara criminal. Juiz André Luiz Nicolitt. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2012.004.167610-1>. Acesso em 13 mar 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70058372228, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 08/05/2014. Disponível em http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70058372228&num_processo=70058372228&codEmenta=5767686&temIntTeor=true Acesso em: 10 mar 2018.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70014426563, Tribunal Pleno, Relatora: Maria Berenice Dias, Julgado em 12/03/2007. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em 15 out 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Habeas Corpus nº 71002724094, Turma Recursal Criminal, Relatora Laís Ethel Corrêa Pias, Julgado em 30 de ago de 2010. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em 15 out 2017.

RODRIGUES DA SILVA, Marcelo. Lei nº 12.830/2013 – comentários – **investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia**. Disponível em: <https://marcelorodriguesdasilva56.jusbrasil.com.br/artigos/121942326/lei-12830-2013-comentarios-investigacao-criminal-pelo-delegado-de-policia>. Acesso em 20 jul 2017.

ROSA, Mateus Vieira da. **Identidade, Significado e Imagem do Desvio**: (re)leitura do fenômeno das torcidas organizadas a partir da criminologia cultura. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Edição eletrônica: Ed Ridendo Castigat Mores (www.jahr.org). acesso em 03 de maio de 2017.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte general, tomo I. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal Madrid (Espana): Civita, 1997.

ROXIN, Claus. **Derecho processual penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Economia. *In*: RODRIGUEZ, José R. **Fragments Para Um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2015/03/A-Hist%C3%B3ria-do-Decl%C3%ADnio-e-Queda-do-Eficientismo-na-Obra-de-Richard-Posner-Por-Bruno-Meyerhof-Salama.pdf> Acesso em 05 mai 2018.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito, Justiça e Eficiência**: A Perspectiva de Richard Posner. Disponível em file:///C:/Users/usuario/Downloads/fulltext_stamped.pdf. Acesso em 03 mai 2018.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Caderno Direito GV**, v. 5, n. 2, mar. 2008. p. 38-39. Disponível em http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2015/04/CadernosDireitoGV_PesquisaDireitoEEconomia.pdf. Acesso em 28 dezembro 2017.

SANNINI NETO, Francisco. **Inquérito policial e prisões provisórias**: teoria e prática de polícia judiciária. São Paulo: Ideias & Letras, 2014.

SANNINI NETO, Francisco; SANTOS CABETTE, Eduardo Luiz. **Estatuto do delegado de polícia comentado** – Lei 12.830 de 20 de junho de 2013. Rio de janeiro: Processo, 2017.

SANTA CATARINA. Decreto 660, de 26 de setembro de 2007. Estabelece diretriz para a integração dos procedimentos a serem adotados pelos órgãos da Segurança Pública, na lavratura do Termo Circunstanciado, conforme previsto no art. 69 da Lei

Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <<http://www.ssp.sc.gov.br/files/Decreto-n.-660-2007-Integracao-Termo-Circunstaciado.pdf>>. Acesso em: 12 out 2017.

SANTA CATARINA. Governo do Estado. Poder Executivo. Dados do Portal da Transparência do Governo de Santa Catarina. Disponível em <http://transparencia.sc.gov.br/despesa/2017/indicador/2322>. Acesso em 09 de janeiro de 2018.

SANTA CATARINA. Governo do Estado. Secretaria. Flagrante Audiovisual aumenta agilidade e transparência nos procedimentos da Polícia Civil. Disponível em: <http://sc.gov.br/index.php/noticias/temas/seguranca-publica/flagrante-audiovisual-aumenta-agilidade-e-transparencia-nos-procedimentos-da-policia-civil>. Acesso em 05 jan 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 0003032-10.2015.8.24.0045. Relator: Desembargador Carlos Alberto Civinski. Palhoça, SC de 2015. Disponível em www.tjsc.jus.br. Acesso em 18 dez 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº. 0002959-78.2015.8.24.0064, Relator: Desembargador Carlos Alberto Civinski. São José, SC de 2015. Disponível em www.tjsc.jus.br. Acesso em 22 nov 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça, Apelação Criminal nº. 0006015-63.2015.8.24.0018, Relator: Desembargador Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal. Chapecó, SC, julgado em 25-10-2016. Disponível em www.tjsc.jus.br. Acesso em 12 dez 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 0001415-51.2016.8.24.0054. Relator: Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal. Rio do Sul, SC, julgado em 08-08-2017. Disponível em www.tjsc.jus.br. Acesso em 23 dez 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Criminal (Réu Preso) nº. 2015.035392-1, de Itajaí. Relator Desembargador Roberto Lucas Pacheco, julgado em 10 dez 2015. Disponível em www.tjsc.jus.br. Acesso em 15 dez 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Criminal (Réu Preso) nº. 2015.049198-4, de Rio do Sul, Relator Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann, julgado em 15 dez 2015. Disponível em www.tjsc.jus.br. Acesso em 15 dez 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação nº. 0006801-11.2013.8.24.0008, de Blumenau. Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, julgado em 01-03-2016. Disponível em www.tjsc.jus.br. Acesso em 12 out 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70073572117, Primeira Câmara Criminal, Relator Jayme Weingartner Neto, Julgado

em 27 set 2017. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 15 dez 2017

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Habeas Corpus nº 2015.036068-9, de Lages, Relator Desembargador Carlos Alberto Civinski, julgado em 07 jul 2015. Disponível em www.tjsc.jus.br. Acesso em 15 dez 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus nº 4021559-09.2017.8.24.0000. Florianópolis, Relator Desembargador Getúlio Corrêa, Julgado em 20 mar 2018, Segunda Câmara Criminal. Disponível em <https://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/503114355/habeas-corpus-criminal-hc-40215590920178240000-capital-4021559-0920178240000/inteiro-teor-503114449#>. Acesso em 5 abr 2018.

SANTOLIN, Cesar. **Behavioral Law And Economics e a Teoria dos Contratos**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 1 (2015), nº 3. p. 407-430.

SANTOS, Célio Jacinto dos. **Investigação Criminal Especial: seu regime no marco do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo, Habeas Corpus nº 2016152-70.2015.8.26.0000, Relator Desembargador Guilherme de Souza Nucci, DJ 12/05/2015. No mesmo sentido: Tribunal de Justiça de São Paulo, Habeas Corpus nº 2198503-45.2014.8.26.000, Relator Desembargador Diniz Fernando, DJ 26/01/2015. Disponíveis em www.tjsp.jus.br. Acesso em 20 jan 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansión del Derecho Penal**. Montevideo: B de F, 2006.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. Tradução de Luiz João Baraúna. Vol. II. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

SOARES, Josemar Sidnei; LOCCHI, Maria Chiara. **O Papel do Indivíduo na Construção da Dignidade da Pessoa Humana**, disponível em <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1118/928#footnote-39895-45-backlink>. Acesso em 15 set 2017.

SODRÉ, Filipe Knaak. Crime doloso contra a vida praticado por policial militar contra civil: quem investiga? **Boletim IBCCrim**, nº 268, março 2015. p. 5-7.

SOUSA, Pedro Ivo de. Investigação criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma investigatório. In: ZANOTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

SOUZA, David Tarciso Queiroz de; GABRIEL, Anderson Paiva. Um indiciamento para quê? In: SOUZA, David Tarciso Queiroz de; GUSSO, Rodrigo Bueno (Org.). **Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um estado democrático de direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 39-58.

SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues. **Análise Econômica do Direito**

Ambiental: Perspectivas Internas e Internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

STERNBERG, Robert J. **Psicologia Cognitiva**. Tradução de Anna Maria Luche. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Como assim "cada um analisa de acordo com seu convencimento"?** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-assis-cada-analisa-acordo-convencimento> Acesso em: 03 nov 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdade**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Ed Marcial Pons, 2010.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2015.

TIMM, Luciano B.; CAOVIALLA, Renato. Análise Econômica da Propriedade Intelectual: Commons vs. Anticommons. *In* RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). **Reflexões acerca do direito empresarial e a análise econômica do direito**. Curitiba: GEDAI-UFPR, 2014. p.26-27.

TOSCANO DOS SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo; STRECK, Lenio Luiz. Vontade de poder versus normatividade: o que o nazismo nos ensina?. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 21, n. 2, p. 393-420, ago. 2016. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9090>>. Acesso em: 15 out.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo Penal – Tomo I**, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

VASCONSELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VAZ, Henrique Claudio de Lima. **Ética e Direito**. Loyola. São Paulo. 2002.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins fontes, 2005.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade**. Trad. José Luís Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.

WIGGERS, Alan Pereira; SILVA JÚNIOR, Aldo Nunes da. **Homicídio doloso contra a vida de civil praticado por policial militar em serviço ou atuando em razão de**

sua função: natureza jurídica e atribuição apuratória. Disponível em <http://www.feneme.org.br/pagina/1350/homiciacutedio-doloso-contra-a-vida-de-civil-praticado-por-policia-militar-em-serviccedilo-ou-atuando-em-razatildeo-de-sua-funcce-dilatildeo-natureza-juriacutedica-e-atribuiccedilatildeo-apuratoacuter>. Acesso em: 25 set 2017.

WILSON, James Q.; KELLING George L. **Broken windows: the police and neighborhood safety**, *In: Atlantic Monthly*, março de 1982, p. 29-38. Disponível em: http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/4465/?single_page=true. Acesso em 12 jan 2018.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Vieses da justiça:** como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I:** Teoria geral do direito penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 226-227.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución.** Madrid: Trotta, 2006.