

*Introdução crítica à
investigação preliminar*

Leonardo Marcondes Machado

*Introdução crítica à
investigação preliminar*

***Introdução crítica à
investigação preliminar***

Leonardo Marcondes Machado



Copyright © 2018, D'Plácido Editora.
Copyright © 2018, Leonardo Marcondes Machado.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Leticia Robini
(Imagem por Dino Ahmad Ali, via
VisualHunt)

Diagramação
Leticia Robini

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

MACHADO, Leonardo Marcondes

Introdução crítica à investigação preliminar -- Belo Horizonte: Editora
D'Plácido, 2018.

Bibliografia.
ISBN: 978-85-8425-918-2

1. Direito. 2. Direito Processual Penal. I. Título.

CDU347.9

CDD341.43

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



“(...) quase não lembrava mais a deusa da Justiça, nem tampouco a da Vitória, agora se assemelhava por completo à deusa da Caça.”

(O Processo – Franz Kafka)

Aos meus amores, Eduardo e Leila, pelo riso
da vida que me permite seguir adiante para
além do medo e da esperança.

Sumário

Prefácio	15
Apresentação	17
1. Sistema jurídico criminal: pelas lentes do antidogmatismo	21
1.1. O campo jurídico e a produção do conhecimento: tradicional ou crítico.....	21
1.2. Por um saber jurídico para além da presunção cientificista tradicional.....	24
1.2.1. Diálogos entre Direito e Psicanálise.....	28
1.3. Olhares criminológicos.....	30
1.3.1. O discurso positivista e o giro da criminologia crítica	31
1.3.1.1. Criminologia Etiológica Individual: linhas fundamentais a respeito da <i>Scuola Positiva</i> Italiana.....	34
1.3.1.2. Criminologia crítica do controle social, do desvio e da criminalização: notas para um pensamento criminal libertário	40

1.3.2. (In)justiça penal no Século XXI: a ordem (econômica) na globalização da exclusão	45
1.3.2.1. O Estado Penal e a Política de Criminalização dos Consumidores Falhos	50
2. Investigação criminal: da evitação à potencialização das dores.....	55
2.1. A persecução penal: um lugar de dor.....	55
2.2. Investigação mítica: tudo em nome de “a verdade”	58
2.3. Investigação de combate: nas trincheiras da “guerra contra o crime”	61
2.3.1. O (velho) discurso (autoritário) de ordem.....	63
2.3.2. Operações de Garantia da Lei e da Ordem.....	65
2.3.3. Decreto(s) presidencial(is) de (pura) repressão política.....	67
2.3.4. A (des)cautelaridade das prisões preventivas.....	70
2.3.5. É preciso falar de alteridade.....	73
2.4. Investigação banal: sem reflexão crítica, apenas cumprindo ordens	78
2.5. Investigação espetáculo: entretenimento, heroísmo e gozo.....	82
2.6. Considerações (nada) finais.....	85
3. Teoria geral da investigação preliminar.....	87

3.1. O poder estatal: breves apontamentos para um início de conversa.....	87
3.2. Garantismo jurídico e sistema penal: contribuições democráticas de Luigi Ferrajoli.....	91
3.2.1. Introdução.....	91
3.2.2. Teoria Geral do Garantismo.....	92
3.2.3. Garantismo Penal.....	94
3.3. Sobre o direito processual penal: uma tentativa de apresentação diversa do senso comum.....	98
3.3.1. A função processual penal de limite democrático.....	99
3.4. Investigação preliminar: noções introdutórias.....	100
3.4.1. O (tradicional) sistema binário de persecução criminal.....	100
3.4.2. Uma proposta de conceituação da etapa investigatória preliminar.....	102
3.4.3. Fundamento(s) de legitimação da necessária instrução prévia do caso penal.....	105
3.5. A (dupla) base normativa: constitucional e convencional.....	108
3.6. A garantia (fundamental) da presunção de inocência.....	112
3.6.1. Das Revoluções Liberais à Constituição Brasileira de 1988: notas legislativas.....	112
3.6.2. Estado de inocência e devido processo legal: importância e dimensões operativas.....	114
3.6.2.1. Regra probatória.....	115

3.6.2.2. Regra de tratamento.....	116
3.6.3. Ataques à presunção de inocência.....	117
4. Os investigadores: públicos e privados.....	123
4.1. Titularidade da investigação criminal: sistemas possíveis.....	123
4.2. Investigação policial.....	124
4.2.1. Polícia(s) e Constituição: órgãos e funções principais	124
4.2.1.1. Polícia administrativa ou ostensiva ou preventiva.....	125
4.2.1.2. Polícia judiciária e investigativa.....	129
4.2.1.2.1. Divisão de atribuições investigativas.....	130
4.2.2. Controle Policial.....	132
4.3. Investigação ministerial	135
4.3.1. Investigação criminal interna.....	135
4.3.2. Investigação criminal externa (geral).....	137
4.3.3. Jurisprudência dos Tribunais Superiores.....	142
4.3.4. Procedimento Investigatório Criminal (PIC): base normativa	145
4.3.5. A necessária disciplina legal e o Projeto de Novo CPP.....	145
4.4. Investigação judicial	151
4.4.1. Investigação Criminal Interna.....	151
4.4.2. Investigação Criminal Externa (Foro Especial).....	152
4.4.3. Críticas ao modelo de juiz investigador.....	156
4.5. Investigação privada.....	162
4.6. Investigação defensiva.....	164

4.6.1. Noção geral.....	164
4.6.2. Direito de defesa e paridade de armas.....	165
4.6.3. Sistema acusatório e dever investigativo da defesa.....	166
4.6.4. Disciplina brasileira	169
4.6.5. Justiça penal negociada e investigação defensiva.....	170
Referências.....	175
Pesquisas.....	193
Internet.....	194

Prefácio

Conciliar teoria e prática ainda é um dos grandes desafios de nosso tempo. Dentro de uma concepção Foucaultiana/Deleuziana, as duas dimensões são indissociáveis. Devem ser constitutivas uma da outra. Esta tarefa, nem sempre simples, é cumprida com distinção por Leonardo Marcondes Machado.

Além de sua invejável bagagem teórica, Leonardo tem importante atuação como Delegado de Polícia no Estado de Santa Catarina. Desde o princípio de suas pesquisas, autores como Mathiesen e Christie destacam a importância de envolver a crítica dentro das instituições. O risco é transformar a estratégia não em meio, mas em fim em si mesma. Não é o caso desta importantíssima obra que temos em mãos.

A obra parte de perspectiva fundamental para entender as práticas de burocratização dos sofrimentos envolvidos em uma situação classificada como criminosa: a dor. No texto percebemos um afastamento necessário dos eufemismos que transformam a dogmática (penal e processual penal) em exercício de técnica neutralizante e totalizante.

Enquanto início do processo de criminalização, as polícias costumam lidar com situações e condutas que nem sempre chegam ao Poder Judiciário. A cifra oculta, mesmo para crimes como o homicídio, segue sendo extremamente alta no Brasil. Neste contexto, o papel da Polícia é amplificado. Uma postura de autocrítica, como a de Leonardo, levará à seguinte conclusão: o filtro seletivo do sistema de justiça criminal faz com que o reforço de garantias

e direitos fundamentais seja ainda mais urgente. A “malha fina” do sistema de justiça criminal não atinge a todos/as da mesma forma.

Há um processo necessário de (des)construção trazido no texto. Mais: a aproximação entre categorias duras do processo penal com as criminologias, em um necessário exercício interdisciplinar. A densidade das ideias aqui encontradas é capaz de forjar um modelo de investigação organicamente orientado à promoção de garantias constitucionais.

Gustavo Noronha de Ávila

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor da Especialização em Ciências Penais da Universidade Estadual de Maringá, ABDConst, Universidade Ceuma, Universidade Feevale e Instituto Paranaense de Ensino. Consultor do Innocence Project Brasil. Membro Permanente da Associação Internacional de Criminologia em Língua Portuguesa.

Apresentação

Não precisamos apenas de um novo Código de Processo Penal; precisamos mesmo de uma nova cultura processual penal. O momento exige mais que mero reformismo; necessário, de fato e de direito, estabelecer outro sistema de justiça criminal. A questão é de fundo, ou melhor, de fundamento (Coutinho)!

Nesse viés, pela superação de uma mentalidade tipicamente inquisitória que ainda forja a nossa práxis ao caminhar constante segundo a “utopia possível” (Dussel) de um modelo acusatório, é que deve ser (re)fundado (Hassan Choukr) o sistema processual penal e, por consequência, a investigação preliminar.

(Capítulo I). O trabalho, contudo, não se realiza com a mera “fantasia dogmática” (Bricola), com o “saber jurídico institucionalmente sacralizado” (Warat). A denúncia do autoritarismo (Fragoso) que se encontra na base da persecução criminal brasileira apenas é possível por meio de uma análise crítica do campo jurídico e do conhecimento produzido (Miaille e Marques Neto), o qual deve superar a presunção cientificista tradicional, forte num diálogo permanente e informativo com os demais saberes, em especial o “crítico criminológico” (Vera Andrade). O que imprescindível ao desvelamento das funções ocultas do poder punitivo (Baratta e Cirino dos Santos), especialmente desta margem, latino americana/brasileira, carregada pela subcidadania (Jessé Souza). Não se pode ignorar que, em tempos de globalização, com o aumento dramático das desigualdades (Sousa Santos) e agigantamento do estado penal (Wacquant), a

política de criminalização incide sobremaneira em relação aos consumidores falhos (Bauman).

(*Capítulo II*). Nesse contexto, qual o lugar da investigação criminal? Se a perseguição criminal é marcada pela dor (Christie) e o ritual do processo penal é inegavelmente aflitivo às subjetividades, incumbiria à instrução preliminar (teoricamente) uma função limitadora. Em outras palavras, o ideal de uma etapa prévia de investigação enquanto mecanismo racional para a apuração de certa notícia crime, a fim de justificar a deflagração ou não de um processo penal contra alguém apareceria como importante objetivo (instrumental ou preparatório) dessa fase persecutória (Lopes Jr. e Morais da Rosa), especialmente sob um viés redutor de danos (ou dores) no sistema criminal. Justo pela necessidade de evitação das “penas processuais” (Carnelutti), assim entendidas todas as consequências negativas incidentes sobre aquele que ocupa a posição de acusado criminal diante de toda a coletividade.

Inadmissível, por evidente, que um procedimento de instrução preliminar concebido para a exclusão de sofrimentos indevidos seja convertido em causa geradora de dores ainda maiores. Vale lembrar (sempre) o caso “escola base”!

Com efeito, as “penas da investigação”, ou seja, o rótulo estigmatizante de investigado criminal e seus efeitos deletérios para a vida de sujeitos reais, deve(ria) ser uma preocupação central no campo da justiça. A hipótese, ora apresentada, é a de que esse desvirtuamento da investigação preliminar possa ter relação com certos dispositivos como aqueles pautados pela busca da verdade (real), pelo combate ao inimigo (criminoso), pela burocracia banal (Arendt) e pelo entretenimento (ou espetáculo) criminal (Debord e Casara).

Logo, a partir de um viés crítico (positivo), o que se pretende são novos fundamentos para a redução da(s) violência(s) e do(s) sofrimento(s) na investigação criminal. Nessa seara ganha corpo a ideia de uma instrução limitada pela fragilidade do conhecimento e orientada pelo devido procedimento legal, sempre fundada na alteridade (Lévinas) e na luta pela resistência democrática.

(*Capítulo III*). Essas considerações, inclusive de fundo criminológico, precisam conduzir a uma nova dogmática da investigação preliminar no processo penal. Uma teoria forjada na desconfiança constante do exercício do poder. Um verdadeiro

saber de contenção do aparato punitivo. Um direito descolonizado e não legitimador (instrumental) dos processos de criminalização e castigo (Prado).

Nesse sentido, em que pese limitações naturais e críticas possíveis, o sistema de garantias (penais e processuais penais) estabelecido por Ferrajoli apresenta ainda um potencial transformador ao exercício concreto da persecução criminal brasileira. O resgate da dupla base normativa (constitucional e convencional), orientada pelo estado de inocência, desde que levado a sério na (re)fundação jurídica do sistema de investigação preliminar, encontra na justa causa uma importante baliza contramajoritária.

Por óbvio, esse papel “defraudador de expectativas” (Cunha Martins) ou de desamparo como afeto predominante no lugar do medo (Safatle), extravasa a dimensão jurídico-formal. Somente ganha verdadeiro sentido com a adoção do princípio ético-crítico universal da filosofia dusseliana: a produção, a reprodução e o desenvolvimento da vida humana de cada sujeito concreto em comunidade.

Esse deve ser o paradigma fundamental da investigação criminal. Afinal de contas, enquanto atividade desenvolvida no meio social e que toca diretamente a vida de seres humanos concretos, também carece de um fundamento material (a ser incorporado, diga-se de passagem, em sua gramática constitutiva, isto é, na sua teoria geral).

(*Capítulo IV*). Em tempo, a questão do sujeito investigador. O estudo sobre aquele que ocupa esse delicado lugar em um modelo processual penal e a respeito daquilo que o legitima (ou não) juridicamente a preencher esse espaço é imprescindível ao controle do poder (Schünemann e Prado). Trata-se, aqui, da garantia do devido processo legal como limite inafastável ao exercício dos instrumentos de persecução criminal.

Nessa perspectiva que desponta razão (democrática) à análise do sujeito encarregado de presidir a investigação preliminar. Sob essas lentes devem ser avaliados os entes públicos e privados responsáveis pela direção investigativa criminal prévia. O modelo policial, ministerial e judicial fica vinculado ao princípio do *due process of law* no interior da ordem jurídica vigente em determinado Estado. Aliás, somente assim que se pode compreender a urgência de uma investigação defensiva como forma de equilíbrio processual penal, isto é, de concretização da paridade de armas (Baldan).

Enfim, são as linhas gerais deste singelo ensaio, por definição parcial e precário, cuja finalidade precípua não é outra senão a tentativa de contribuir com uma **cultura processual penal libertária** e, por conseguinte, com **outro sistema de justiça criminal**, em especial na fase investigativa preliminar, cada vez mais sensibilizada e comprometida pela **vida** humana concreta de **todos** os sujeitos em comunidade.

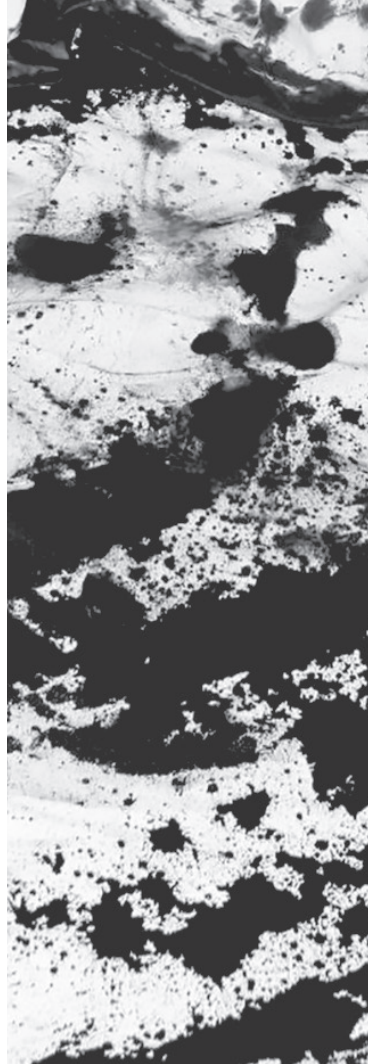
Do Alto Vale do Itajaí/SC, julho de 2018.

Leonardo Marcondes Machado

A obra parte de perspectiva fundamental para entender as práticas de burocratização dos sofrimentos envolvidos em uma situação classificada como criminosa: a dor. No texto percebemos um afastamento necessário dos eufemismos que transformam a dogmática (penal e processual penal) em exercício de técnica neutralizante e totalizante.

Enquanto início do processo de criminalização, as polícias costumam lidar com situações e condutas que nem sempre chegarão ao Poder Judiciário. A cifra oculta, mesmo para crimes como o homicídio, segue sendo extremamente alta no Brasil. Neste contexto, o papel da Polícia é amplificado. Uma postura de autocrítica, como a de Leonardo, levará à seguinte conclusão: o filtro seletivo do sistema de justiça criminal faz com que o reforço de garantias e direitos fundamentais seja ainda mais urgente. A “malha fina” do sistema de justiça criminal não atinge a todos/as da mesma forma.

Gustavo Noronha de Ávila



ISBN 978-85-8425-918-2



9 788584 259182