

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

CURSO DE DIREITO

**AGIR COMUNICATIVO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: UMA VIA
DEMOCRÁTICA PARA A INCLUSÃO SOCIAL**

Rodrigo Lemos Arteiro

Jacarezinho/PR
2012

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

CURSO DE DIREITO

**AGIR COMUNICATIVO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: UMA VIA
DEMOCRÁTICA PARA A INCLUSÃO SOCIAL**

Rodrigo Lemos Arteiro

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas (Área de concentração: Direito Constitucional e Direito Processual Penal Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão), da Faculdade de Direito da UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Jacarezinho/PR
2012

Rodrigo Lemos Arteiro

**AGIR COMUNICATIVO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: UMA VIA
DEMOCRÁTICA PARA A INCLUSÃO SOCIAL**

Essa dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada na sua forma final pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na área: Justiça e Exclusão; linha de pesquisa: Estado e Responsabilidade: questões críticas.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Prof. Dr. Gelson Amaro de Souza

Membro: Prof.

Membro: Prof. .

Coordenador: Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

Jacarezinho, de dezembro 2012

AGRADECIMENTOS

Sou grato a Deus pela sua perene presença em todas as experiências de minha existência. Registro minha imensa gratidão à minha esposa Fernanda e ao meu filho Caio por serem as pessoas que mais suportaram as dificuldades da minha ausência durante o tempo de pesquisa. Agradeço ainda aos meus pais Rodrigo e Renata pela formação que me deram desde a infância e a minha amada irmã Isabela.

Agradeço ao Professor Sérgio Tibiriçá Amaral coordenador do curso de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente na pessoa de quem amplio a minha gratidão a toda a Família Toledo.

Sou grato ao Dr. José Francisco Galindo Medina pelo exemplo de advogado que é e pelo seu inestimável apoio na minha formação profissional, na pessoa de quem estendo meus agradecimentos a toda equipe do escritório de advocacia Galindo Medina Advogados Associados.

Registro minha gratidão ao meu orientador Dr. Gelson Amaro de Souza pelos valiosos encontros e pelas preciosas reflexões jurídicas fustigadas em nossas conversas.

Meus agradecimentos ao nosso coordenador do programa de mestrado Professor Dr. Vladimir Brega Filho pela sua dedicação e confiança depositada na nossa pesquisa, na pessoa de quem estendo homenagens a todos os professores do mestrado e em especial à Natalina que sempre nos auxiliou na intensa vida de pesquisa científica.

Agradeço a todos os meus alunos, colegas e amigos da cátedra em especial ao meu grande amigo Professor Florestan Rodrigo do Prado pela nossa luta constante rumo ao saber.

Não se apresse em acreditar em nada, mesmo se estiver escrito nas escrituras sagradas. Não se apresse em acreditar em nada só porque um professor famoso que disse. Não acredite em nada porque a maioria concordou que é verdade. Não acredite em nada apenas porque a maioria concordou que é a verdade. Não acredite em mim. Você deveria testar qualquer coisa que as pessoas dizem através de sua própria experiência antes de aceitar ou rejeitar algo. - Siddhartha Gautama.

ARTEIRO, Rodrigo Lemos. Investigação criminal e agir comunicativo: uma via democrática para a inclusão social. 2012. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) Jacarezinho-PR.

RESUMO

O trabalho se propõe a analisar as deficiências e as injustiças sociais que ocorrem no âmbito da investigação criminal brasileira. Portanto, ao longo da evolução história dos povos há uma constante quanto aos instrumentos persecutórios usados pela humanidade como ferramenta de exclusão e opressão social de grupos sociais postos à margem da sociedade dominante de cada época. Em seguida, nota-se que na contemporaneidade o quadro de exclusão social e deturpação da investigação criminal se mantém em um situação de grave injustiça em detrimento dos mais fracos. O capítulo segundo versa acerca do sistema persecutório do Estado e da sua configuração constitucional imerso em um regime político democrático que permite a adoção do paradigma filosófico do agir comunicativo na investigação criminal brasileira. O capítulo terceiro incursiona na investigação criminal propriamente dita de forma a evidenciar o seu funcionamento no atual contexto de pós-modernidade, com os desafios atualmente impostos dentre os quais a concepção do dever constitucional do Estado de investigar de forma cooperada, pluralista e multidisciplinar por meio da lógica do agir comunicativo. O capítulo quarto enfoca a esfera pública de ação comunicativa, proposta por Jürgen Habermas e contextualiza a investigação criminal como fenômeno imerso na esfera pública legislativa e administrativa. Ao longo do quinto capítulo é feita a interligação entre agir comunicativo habermasiano e inclusão social na investigação criminal, com a explanação da lógica razão comunicativa e suas críticas doutrinárias, tendo dentro outros, Enrique Dussel. Ao sexto capítulo é feita a análise do controle judicial da investigação criminal pela lógica do agir comunicativo. No sétimo capítulo o procedimento é analisado em relação à investigação criminal pela ótica do postulado do devido processo legal administrativo. Por fim, o oitavo capítulo busca interligar os estudos sobre investigação criminal democrática com as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal como forma de proceder a devida individualização da investigação criminal.

Palavras-chave: Investigação criminal, agir comunicativo, devido processo legal, inclusão social, proporcionalidade, igualdade.

ARTEIRO, Rodrigo Lemos. Criminal investigation and communicative action: a democratic path to social inclusion. 2012. Dissertation (Master in Legal Sciences) - Centre for Applied Social Sciences of the Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) Jacarezinho-PR.

ABSTRACT

The study aims to analyze the deficiencies and social injustices that occur within the Brazilian criminal investigation. Therefore, during the evolution history of the peoples there is a constant as instruments of persecution used by mankind as a tool of social oppression and exclusion of social groups relegated to the margins of mainstream society of the time. Next, note that in the contemporary context of social exclusion and misrepresentation of a criminal investigation remains in a situation of grave injustice to the detriment of the weakest. The second chapter is about the persecution of the state system and its configuration immersed in a constitutional democratic political system that allows the adoption of the philosophical paradigm of communicative action in the Brazilian criminal investigation. The third chapter moves into the criminal investigation itself in order to demonstrate its operation in the current context of post-modernity, with the challenges currently subject of which the conception of the constitutional duty to investigate the state of a cooperative, pluralistic and multidisciplinary by the logic of communicative action. The fourth chapter focuses on the public sphere of communicative action, proposed by Jürgen Habermas, and sets the criminal investigation as a phenomenon in the public sphere immersed in legislative and administrative. Throughout the fifth chapter is made the link between Habermasian communicative action and inclusion in the criminal investigation, with the logical explanation of communicative reason and its doctrinal criticism, and in others, Enrique Dussel. The sixth chapter is the analysis of judicial criminal investigation by the logic of communicative action. In the seventh chapter the procedure is analyzed in relation to the criminal investigation from the perspective of the postulate of administrative due process. Finally, the eighth chapter seeks to link the studies of democratic criminal investigation with the precautionary measures provided for in the Code of Criminal Procedure as a way to make the necessary individualization of criminal investigation.

Keywords: Criminal investigation, communicative action, due process, social inclusion, proportionality, equal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A EXCLUSÃO SOCIAL.....	7
1.1 Investigação criminal e exclusão social na história	7
1.2 Investigação criminal e o antisemitismo no século XX	11
1.3 Investigação criminal ditatorial no Brasil.....	15
1.4 Investigação criminal e exclusão social na contemporaneidade	18
2 SISTEMA PERSECUTÓRIO DO ESTADO.....	30
2.1 O Sistema Persecutório e o Princípio da pluralidade de vinculações institucionais	34
3 DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	36
3.1 Paradigma da Pós-modernidade e a investigação criminal.....	38
3.2 Dever Estatal de Investigar – Proibição de Infraproteção.....	42
3.3 Inquisitorialidade investigativa adaptada à participação comunicativa	47
3.4 Revisão da (In)Dispensabilidade do Inquérito Policial.....	49
3.5 Superação da investigação unilateral – multidisciplinariedade investigatória.....	52
3.6 Superação da crença de que o investigado é mero objeto de investigação.....	54
4 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL IMERSA NA ESFERA PÚBLICA ADMINISTRATIVA	56
4.1 Evolução do conceito de esfera pública	58
4.2 Esfera pública e dignidade da pessoa humana	59
4.3 Esfera social politizada – o modelo ideal na visão de Habermas	63
5 AGIR COMUNICATIVO E A INCLUSÃO SOCIAL NA ATUAÇÃO INVESTIGATÓRIA.....	65
5.1 Agir comunicativo por Jürgen Habermas.....	66
5.2 Limitações ao paradigma procedimentalista do Agir Comunicativo	69
5.3 Agir comunicativo na sociedade latino-americana – confrontações entre Jürgen Habermas e Enrique Dussel.....	70

6	CONTROLE JUDICIAL DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E AGIR COMUNICATIVO	75
6.1	Reflexos do agir comunicativo no controle judicial da investigação criminal	78
6.2	Isonomia Material e Princípio da Individualização da investigação criminal	82
6.3	ADI nº 4424 – Intensificação persecutória na Lei Maria da Penha	89
6.4	Princípio da Universalização da Investigação Criminal	91
7	PROCEDIMENTO E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	93
8	MEDIDAS CAUTELARES NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	101
9	CONCLUSÃO.....	9
10	BIBLIOGRAFIA	109

INTRODUÇÃO

O presente trabalho ao ter por objeto a pesquisa da investigação criminal no contexto democrático brasileiro seguiu como metodologia a busca de material doutrinário e jurisprudencial acerca do tema objeto de análise. O referencial teórico que serviu de base para a pesquisa funda-se no paradigma filosófico da racionalidade comunicativa criado por Jürgen Habermas.

Assim, o método dedutivo foi aplicado na conformação do trabalho, pois a investigação criminal como instituto jurídico específico foi discutida e reinterpretada pela lógica da Teoria do Agir Comunicativo. Portanto, parte-se de uma análise geral da ação comunicativa como paradigma filosófico adaptado especificamente para o funcionamento específico da investigação criminal no Brasil.

A abordagem do Agir Comunicativo como fonte interpretativa da investigação criminal, permitiu repensar soluções para as falhas e deficiências estruturais da investigação criminal, visando reverter tal quadro realístico em favor da inclusão social e da justiça de seu funcionamento.

As vantagens práticas obtidas com a adoção da lógica da razão comunicativa foram visíveis e se seguem:

Considerando que a investigação criminal gera limitação de direitos como liberdade, propriedade, imagem dentre outros, o paradigma filosófico do agir comunicativo viabiliza a inserção de teorias afetas às restrições de direitos fundamentais quando do controle e proteção judicial dos direitos do investigado. Isso porque, tais teorias na atualidade baseiam-se na comunicação e na argumentação jurídica estabelecida entres os sujeitos atuantes também no contexto investigatório.

Ademais, percebeu-se que a Teoria do Agir Comunicativo conferiu a possibilidade de maior integração social e legitimação democrática na elaboração dos atos de poder exarados no contexto da investigação criminal. Sendo certo ainda, que permite ao Juiz competente que supervisiona a investigação criminal, pela via da cláusula de reserva de jurisdição, uma maior ampliação do campo de cognição dos fatos que fundamentam as medidas constritivas de direitos fundamentais do investigado.

O agir comunicativo travado entre as várias instituições dotadas de funções investigatórias, permite um extenso campo de possibilidades para a busca da eficiência investigatória. Diante dessas circunstâncias, nota-se a formação de um diálogo institucional entre os vários órgãos investigativos do Estado Constitucional, ampliando-se a obtenção da verdade e o esclarecimento de delitos de maior complexidade técnica praticados em regra pelas elites econômicas e políticas. Com isso, evita-se a politização investigatória e a impunidade decorrente do abuso do poder econômico e político.

A Teoria do Agir Comunicativo ao promover e fomentar o fluxo de informações e opiniões reduz o campo de exclusão social, pois se orienta pela lógica da alteridade e do Princípio da Fraternal. Com isso, promove-se mais cidadania e participação no discurso legitimador do poder investigatório estatal.

Há que se ressaltar ainda, a função da Teoria do Agir Comunicativo como mecanismo de agregação crítica da informação para um aprimoramento da cognição e do controle de legalidade de atos persecutórios constritivos de direitos fundamentais, seja pela via administrativa ou judicial.

Em tempos de constitucionalismo contemporâneo a perspectiva filosófica do agir comunicativo promove a superação da crise de legalidade, servindo de balizamento para a aplicação prática das Teorias da Argumentação Jurídica como forma de limitação do decisionismo e da desmedida discricionariedade judicial que conduz à prática de injustiças e arbitrariedades. Particularmente, em sede de investigação criminal a argumentação jurídica assume importância significativa ao permitir o balizamento racional do controle judicial das medidas investigatórias e a concessão de providências cautelares fundadas na lógica da proporcionalidade e da isonomia material entre o poder punitivo do Estado e o *status libertatis* do investigado.

O agir comunicativo permite o adequado funcionamento do Princípio Acusatório ao reger o Processo Penal na fase investigatória, pois veicula o diálogo e o debate entre os órgãos investigatórios que possuem suas funções divididas, porém, integradas no seio do Sistema Persecutório do Estado.

A Teoria do Agir Comunicativo propicia uma ruptura com os arcaicos dogmas processuais, tais como: o excesso de inquisitorialidade na fase

investigatória da persecução penal, a dispensabilidade da investigação criminal, unilateralidade investigatória e uni-institucionalização e exclusividade investigativa dos delitos tradicionalmente conferida apenas a Polícia Judiciária.

As novas medidas cautelares incorporadas na estrutura do Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011, ao ter estabelecido um amplo rol de providências judiciais, diversas da prisão processual e da liberdade provisória pré-existentes, conferiu ao Poder Judiciário capacidade de aferição da opção mais adequada de restrição de direitos fundamentais em favor da preservação do resultado prático da persecução penal. Com tal pluralismo nos modelos de medidas cautelares, faz-se possível a concretização do princípio da individualização da investigação em relação ao investigado no sentido de se garantir justiça e inclusão social dos indivíduos no contexto investigatório criminal.

1 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A EXCLUSÃO SOCIAL

1.1 Investigação Criminal e Exclusão Social na História

A utilização da persecução penal e do processo penal como mecanismos de poder para impor opressão e dominação às massas populares não é um fenômeno novo e próprio apenas da modernidade ou da pós-modernidade, mas já sedimentado no antigo regime que precedeu o advento do Iluminismo.

No curso da história da humanidade verifica-se uma constante na utilização de instrumentos persecutórios e inquisitoriais como forma de impor controle social e estabelecer privilégios de classes dominantes que compunham a elite econômica e política de cada período histórico da antiguidade.

Durante o período do Império Romano, o Direito Penal e o Direito Processual Penal pautavam-se pela barbárie e por uma punição eminentemente corporal, em que a punição se confundia com a persecução penal, pois o sofrimento humano era usado tanto para obter informações como forma severa de cumprimento de pena ao mesmo tempo. As penas variavam desde a imposição da escravidão, passando pelos mais variados métodos de torturas, até espancamentos que levavam à morte. Paradoxalmente, todas as punições eram feitas cnicamente de acordo com a lei. O modelo jurídico da persecução penal romana se baseava na crueldade e na barbárie como valores indispensáveis para a consecução da justiça. Assim, seguem as lições de João Baptista da Silva (2004, p. 209):

[...] Cuidamos agora, da pena de morte, também dita *capitis poena*. Estava ela incluída na categoria dos suplicia *suma*, dos quais o mínimo que se poderia afirmar era que, em verdade, e antes de tudo, *suma* (= levada ao ápice) era a crueldade humana que engendrava meios e procedimentos tão dolorosos para matar o semelhante.

No direito penal romano encontra-se registro das seguintes penas capitais: decapitação, pela cruz, cremação, afogamento, precipitação da Rocha Tarpéia, exposição às feras, pela roda. Para todas as penas criminais, a determinação da pena constava da lei, pois vigia o princípio *nulla poena sine lege*.

Os crimes capitais eram instituídos em lei, pelas *leges publicorum judiciorum*, que lhes trazia a sanção.

Não eram muitos os casos de condenação à morte, segundo Mommsen. Isto graças à opção do exílio.

Decretada a morte, seguia-se o *publicatio bonorum* (=confisco e venda dos bens), como consequência normal da condenação, ou seja, a venda pública dos bens do condenado. Nos casos de exílio podia haver o *viaticum* (=viático), pequena parcela dos bens reservada ao exilado para a sua manutenção até chegar ao local de destino. Mas na época clássica a pena de morte surge com o antigo vigor, excluindo-se essa contemplação.

A aplicação da pena máxima *capitis poena* era sempre precedida da *flagelatio*, ou fustigação, ignorando-se a razão ou o motivo desse suplício acessório. Sabe-se que a flagelação era uma constrição física destinada a castigar e também força a confissão do acusado. Nos casos de confissão pronta e manifesta (nos flagrantes), a *flagelatio* perdia a razão jurídica, preponderando outras, quiçá o exemplo para dissuadir os outros (como se a morte só por si não bastasse!).

A pena capital era executada pelos *triumviri capitales*, ditos também *triumviri nocturni*, eis que as execuções se davam, então, na calada da noite.

A perversidade do sistema penal do antigo Império Romano já se revelava como um modelo opressivo e de exclusão de pessoas indesejáveis, principalmente pela escravidão, exílio e morte. A ideologia que motivava o funcionamento desse cruel e arcaico sistema persecutório era a legitimação da política de expansão e manutenção do Império Romano que se utilizava de guerras e escravidão de povos excluídos para que o poder político fosse ampliado e consolidado constantemente.

Infere-se ainda, que os atos de mutilações corporais decorrentes das torturas, cumpriam uma função penal informativa, pois o fato de não existir um banco de dados eficiente e tecnológico para catalogar os antecedentes criminais das pessoas, impunha como necessidade informativa a marca corporal como signo do delito praticado. Os furtadores tinham as mãos cortadas, os caluniadores a língua e os estupradores o pênis. Posteriormente, esta função foi substituída pelas tatuagens que serviram para codificar e simbolizar o histórico criminal de uma pessoa.

Após a supressão e decadência absoluta do império romano houve o advento da Inquisição medieval, e mesmo assim, o rótulo da opressão apenas se modifica, mas a postura de exclusão social do processo penal das elites em face das massas, no caso os hereges, continua persistindo. O historiador Francisco Bethencourt em sua obra sobre A História da inquisição dispõe, (2000, p. 328):

A Inquisição está colocada num sistema institucional que se caracteriza justamente pela prática corrente de trocas – serviços, favores, carreiras, decisões. Portanto, é bastante difícil seguir em seus pormenores as tendências que acabamos de esboçar, pois existem sempre fluxos contraditórios. Além disso, a ideia de uma subordinação progressiva dos tribunais aos jogos de poder locais e de uma utilização crescente da instituição pelas elites sociais, em especial pela nobreza, deveria ser matizada por uma análise espaço-temporal aprofundada: as tendências de burocratização e de aristocratização dos tribunais não são lineares nem sincrônicas.

Nota-se na Idade Média a realidade de opressão pela via da persecução penal que se manteve e foi institucionalizada pela Inquisição manifestada pela Igreja Católica através de seus Tribunais do Santo Ofício. Tais órgãos julgadores inquisitoriais valiam-se das mais diversas formas de punição como instrumento de perseguição àqueles tidos como hereges, pois professavam uma convicção religiosa diversa da cristã, tais como os judeus e muçulmanos. Assim esclarece, (BETHENCOURT, 2000, p. 295):

A perseguição das heresias é o traço característico comum a todos os tribunais da Inquisição, traço que justificava sua existência. Contudo, a diversidade dos delitos cobertos é significativa, no tempo e no espaço, o que pressupõe não apenas a adaptação dos tribunais a condições específicas, mas também a capacidade de classificar novos fenômenos de desvio e de encontrar novos domínios de atividade. Concretamente, os tribunais ibéricos concentram-se em uma primeira fase na perseguição dos “delitos” de judaísmo e de islamismo, o que implicava uma classificação exaustiva das práticas e das crenças desviadas. Evidentemente, além dos elementos já identificados pelos tratados da Inquisição Medieval, encontramos aqui uma enorme ampliação dos meios de reconhecimento, que incluíam os traços culturais revelados por um contexto histórico e sociológico bem preciso. A obsessão hispânica (tardia aliás) em erradicar religiões que coabitavam tradicionalmente na península é revelada pelos relatórios indignados contra a permissividade papal em relação aos judeus, que encontravam condições de residência e de trabalho nos Estados Pontifícios.

Infere-se que o processo penal inquisitorial forjado durante a Idade Média, servia não apenas como mecanismo de opressão e de estigmatização de excluídos, mas também como veículo informativo para o controle e mapeamento inclusive genealógico dos indivíduos tidos como hereges. As informações obtidas pelos Tribunais da Inquisição suplantavam os limites da personificação da pena e da persecução penal e alcançavam os parentes do herege. Tal estrutura persecutória se perpetuou com algumas máculas até os tempos atuais, com os processos sigilosos, unilaterais com acusações lacônicas e concentração de poderes

probatórios e instrutórios nas mãos de uma única autoridade julgadora. Assim prossegue Francisco Bethencourt nos seguintes termos, (2000, p. 299):

Apesar dessa diferença de contextos, é inegável que as Inquisições hispânicas desempenharam um papel decisivo na reprodução e ampliação das exclusões sociais sob o argumento da impureza de sangue. Os reconciliados dos “crimes” de heresia, bem como os respectivos filhos e netos, são excluídos dos cargos públicos e das funções de médicos ou boticários pelas cédulas reais de 1501 e de 1528, que encarregam o “Santo Ofício” de controlar a execução dessas disposições. A função de controle da infâmia ultrapassa, portanto, o quadro rotineiro da verificação dos sambenitos nas igrejas, ocupando-se também da vigilância sobre a atividade cotidiana de milhares de pessoas estigmatizadas pelo simples fato de serem parentes de condenados. Os inquisidores dispunham, aliás, dos elementos necessários, pois a primeira sessão de todos os processos era definida como a sessão de “genealogia”, onde eram recolhidas informações sobre a família do acusado. A Inquisição espanhola não se limita a essa função de controle das inabilitações: ela toma iniciativas, como em 1509 e em 1515, quando decide enviar cartas às universidades de Valladolid e Salamanca exigindo a exclusão dos cristãos-novos dos cursos, das licenciaturas e dos cargos de professores.

Evidencia-se que a utilização da investigação criminal pela via de uma postura discriminatória e utilitarista dos poderes constituídos ao longo da história da humanidade seja pelo Estado ou pela Igreja, foi uma constante. O desvirtuamento finalístico e institucional dos inquéritos policiais como mecanismo de consecução da justiça se demonstram atrelados à utilização do direito penal como meio de dominação social. Michel Foucault em sua obra: “Microfísica do Poder” incursiona na análise acerca do fenômeno da generalização dos inquéritos como instrumentos políticos a favor de grupos políticos dominantes na Europa do fim da Idade Média.

A história deste recobrimento seria aproximadamente a própria história do saber na sociedade ocidental desde a Idade Média; história que não é do conhecimento. Podemos certamente indicar três balizamentos neste processo. De início, o estabelecimento e a generalização do procedimento de inquérito na prática política e na prática judiciária, civil ou religiosa. Procedimento cujo resultado é determinado pela concordância de vários indivíduos sobre um fato, um acontecimento, um costume, que passaram então a ser considerados como notórios, isto é, podendo e devendo ser reconhecidos. Fatos conhecidos porque por todos reconhecíveis. A forma jurídico-política do inquérito é correlata ao desenvolvimento do Estado e à lenta aparição no século XII e XIII, de um novo tipo de poder político no elemento do feudalismo. A prova era um tipo de poder/saber de característica essencialmente ritual. O inquérito é um tipo de poder/saber essencialmente administrativo. E é este modelo que, à medida em que se desenvolvia as estruturas do Estado, impôs ao saber a forma de conhecimento: a de um sujeito soberano tendo uma função de

universalidade e um objeto de conhecimento que deve ser reconhecível por todos como sendo sempre dado. (FOCAULT, p. 116, 2011)

Realidade esta de generalização e banalização dos instrumentos investigatórios, que se intensificou ainda mais no período iluminista pós-revolução francesa e posteriormente no século XX, com o Estado Nazista no intento genocida em detrimento dos judeus. Na contemporaneidade a mesma lógica perversa da desigualdade se reproduz no contexto global, com o Imperialismo norte-americano perante o restante do mundo e em especial em prejuízo do mundo árabe. Percebe-se que o rótulo de exclusão no contexto mundial apenas se atualiza na medida em que há a evolução dos interesses das elites, contudo na atualidade os valores tutelados por uma investigação penal exclusivista e utilitarista, são prioritariamente: o sistema capitalista e o estímulo do consumo extremo com intento de lucro.

1.2 Investigação Criminal e o Antisemitismo no Século XX

Considerando a Segunda Guerra Mundial o fato mais marcante do século XX, tanto pelas graves atrocidades cometidas contra a humanidade, como pela superação e evolução técnica do conhecimento humano, faz-se pertinente demonstrar a utilização da estrutura investigatória e persecutória estatal para a matança de seres humanos e a forma como esse modelo foi superado pela própria filosofia alemã do pós-guerra.

O Estado nazista alemão visando implantar uma política de extermínio de judeus optou não só por aparelhar a Administração Pública para tal desiderato, como também fomentou a idealização de uma legislação voltada para fins meramente utilitaristas. Tal postura institucional reverberou no sistema penal alemão, que passou a ter como alvo de controle e mortandade os judeus. Inicialmente pela via da descriminalização do aborto praticado por parte da mãe judia. Posteriormente, com a manipulação de instrumentos persecutórios de investigação criminal, como fonte de informação no sentido de rastrear as pessoas de etnia judia para saquear seus patrimônios, escravizá-las e depois matá-las.

Por tal perspectiva, pode se notar que a pretexto de se dar cumprimento a lei pela vontade da maioria democrática, ainda manipulada pela propaganda nazista, justificava-se os atos de: matar, torturar, saquear e escravizar seres humanos. Paradoxalmente em pleno o século XX, fez-se possível a construção de um sistema persecutório penal de viés opressivo e exterminatório. Diante desse contexto histórico, vários paradigmas filosóficos até então sustentáveis, foram questionados, sobretudo pelos filósofos que após a Segunda guerra mundial compuseram a Escola de Frankfurt, e que passaram a incursionar em estudos da filosofia da linguagem, do consenso e da comunicação livre e ética em substituição à lógica kantiana do cumprimento irrestrito da lei como imperativo categórico, pois se constatou que a lei nem sempre preconizava a justiça. A razão prática foi substituída pela razão comunicativa. Foi nesse sentido, que Jürgen Habermas (2003, p. 17) afirmou: *eu resolvi encetar um caminho diferente, lançando mão da teoria do agir comunicativo: substituo a razão prática pela comunicativa. E tal mudança vai muito além de uma simples troca de etiqueta.*

Assim, quando no Estado nazista se afastava a aplicação da lei injusta, com argumentos pseudodemocráticos, e se perquiria os valores da maioria que lhe eram subjacentes, percebia-se que o interesse maior para a interpretação do direito aplicável não era a preservação da dignidade humana, mas sim os interesses utilitaristas de supressão total do povo judeu. Por essa perspectiva genocida que se fez operar o processo penal como serviço de inteligência e informação à casa das pessoas indesejáveis. Não se investigava o crime, mas as categorias ou grupos de pessoas rotuladas como excluídas do sistema utilitarista vigente, e o que é mais abjeto, pessoas humanas excluídas pelo extermínio, ou seja, pela suas próprias inexistências.

A filósofa judia Hannah Arendt, em sua obra denominada: “*Eichmann em Jerusalém um relato sobre a banalidade do mal*”, visando demonstrar a manipulação da democracia, da justiça, da lei e, sobretudo, da filosofia germânica pelo modelo opressor do Estado Alemão, narra um dos interrogatórios praticados em face do líder nazista preso e submetido a julgamento Adolf Eichmann. Pelo relato, percebe-se a impensável tentativa do interrogando de manipular as lições filosóficas de Kant na estruturação da razão crítica, quando fica evidente que o imperativo categórico kantiano é subvertido pela substituição da autonomia racional do agente

estatal de julgar a lei em detrimento da vontade do Führer de promover o extermínio dos judeus pelo que se chamou de Solução Final. Segue o trecho do importante relato (ARENDR, 1999 p. 153):

A primeira indicação de que Eichmann tinha uma vaga noção de que havia mais coisas envolvidas nessa história toda do que a questão do soldado que cumpre ordens claramente criminosas em natureza e intenção apareceu no interrogatório da polícia, quando ele declarou, de repente, com grande ênfase que tinha vivido toda a vida de acordo com os princípios morais de Kant, e particularmente segundo a definição kantiana de dever. Isso era aparentemente ultrajante, e também incompreensível, uma vez que a filosofia moral de Kant está intimamente ligada à faculdade de juízo do homem, o que elimina a obediência cega. O oficial interrogador não forçou esse ponto, mas o juiz Raveh, fosse por curiosidade, fosse por indignação pelo fato de Eichmann ter a ousadia de invocar o nome de Kant em relação aos seus crimes, resolveu interrogar o acusado. E para a surpresa de todos, Eichmann deu uma definição quase correta do imperativo categórico: “O que eu quis dizer com minha menção a Kant foi que o princípio de minha vontade deve ser sempre tal que possa se transformar no princípio das leis gerais” (o que não é o caso com roubo e assassinato, por exemplo, porque não é concebível que o ladrão e o assassino desejem viver num sistema legal que dê a outros o direito de roubá-los e matá-los). Depois de mais perguntas, acrescentou que lera a Crítica da razão pura, de Kant. E explicou que, a partir do momento em que fora encarregado de efetivar a Solução Final, deixara de viver segundo os princípios kantianos, que sabia disso e que se consolava com a idéia de que não era mais “senhor de seus próprios atos”, de que era incapaz de “mudar qualquer coisa”. O que não referiu a corte foi que “nesse período de crime legalizado pelo Estado”, como ele mesmo disse descartara a fórmula kantiana como algo não mais aplicável. Ele distorcera seu teor para: aja como se o princípio de suas ações fosse o mesmo do legislador ou da legislação local – ou, na formulação de Hans Frank para “o imperativo categórico do Terceiro Reich” que Eichmann deve ter conhecido: “Aja de tal modo que o Führer, se souber de sua atitude, a aprove” (Die Technik des Staates, 1942, PP. 15-6) Kant sem dúvida, jamais pretendeu dizer nada desse tipo; ao contrário para ele todo o homem é um legislador no momento em começa a agir: usando esse “razão prática” o homem encontra os princípios que poderiam e deveriam ser os princípios da lei.¹

A perversidade ideológica nazista alcança o extremo de se adotar pelos líderes alemães do Reich, uma ética do autoritarismo calcada na submissão absoluta aos voluntarismos pessoais do Führer. Por tal enfoque, se percebe que os

¹ A importância da transcrição do relato para o presente estudo deve-se à constatação, de que as relações de opressão, praticadas pelo Estado e por seus agentes ocorre de forma tão intensa que é capaz não só de corromper a política, a lei e os procedimentos institucionais e exemplo da investigação criminal, como se enfronta na ideologia e no modo de pensar de um povo.

institutos fundamentais de um Estado Democrático de Direito ficam valorativamente deturpados e esvaziados de suas funções emancipatórias e libertadoras dos seres humanos de um quadro de opressão. Ou seja, a filosofia jurídica, o conteúdo normativo da lei, a vontade democrática da maioria e os instrumentos investigatórios criminais sempre assumem um viés utilitarista e se curvam a uma política estatal genocida.

Diante de um quadro de absoluta dominação ideológica é que se faz premente a adoção da Teoria do Agir comunicativo, como instrumento de remoção das convicções totalitárias e impositivas de uma postura estatal ditatorial². A razão comunicativa ao superar a razão prática propõe que as discussões e o ponto de vista de cada cidadão participante, perpassem pelo debate argumentativo e performático partindo de situações ideais de fala e de assertivas dotadas pretensões de validades, para se estabelecer uma verdade consensualizada. Dessa maneira é possível rechaçar as falácias ideológicas apresentadas por imposição da mídia e demais veículo de comunicação de massas como discurso de dominação. Em suma, a manipulação autoritária dos instrumentos estatais fica suprimida pela ação comunicativa democrática. No âmbito da investigação criminal, a lógica da ação comunicativa se reproduz integralmente e permite o diálogo entre os vários agentes e pessoas no sentido de se permitir um alcance da verdade pelo entendimento, sem imposições unilaterais de quaisquer forças autoritárias.

João Batista Machado cita a lógica do agir comunicativo em sua obra: *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, para demonstrar como funciona a dinâmica da ação argumentativa cumprindo função legitimadora de uma postura estatal democrática ao esclarecer:

Ao desafio apresentado por esta situação crítica responde HABERMAS com a exigência de um “discurso” de um discurso assente numa situação ideal de diálogo da qual estariam excluídas todas as motivações excepto a de uma predisposição de cooperar para a compreensão. Nessa situação ideal,

² Luzia Marques da Silva Cabral Pinto em sua obra intitulada: “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição” dispõe com base no agir comunicativo (PINTO, p.130-137, 1994): “Uma comunicação sem constrangimento nem distorção pressupõe, para Habermas, uma sociedade definitivamente emancipada: *“Sem dúvida, só uma sociedade emancipada que tivesse levado a cabo a maioria dos seus membros é que a comunicação se desdobraria no diálogo, livre de dominação, de todos com todos.”*(371) Técnica e ciência como ideologia. Lisboa, 1987 p. 144

cada um dos participantes observa intencionalmente as regras que exteriormente a sua conduta cumpre ou exprime e apenas observa aquelas normas que lhe pareçam justificadas. Postula-se ainda que o discurso tramite de jeito a que todos os partícipes tenham oportunidades iguais de falar, de fazer sugestões, de exprimir as suas posições e sentimentos. Deste modo obter-se-a um “diálogo isento de dominação” livre de factores coercitivos, no qual ao mesmo tempo se realizaria o objectivo de emancipação social do homem. (MACHADO, 2002, p. 274)

Pelo estudo acima transcrito, infere-se que a Teoria do Agir comunicativo ao superar o paradigma filosófico da razão prática pela razão comunicativa, conduz à eliminação de elementos coercitivos que suprimem a emancipação social do homem valendo-se da integração dialógica dos agentes que se comunicam na investigação criminal.

Especificamente, nos inquéritos policiais e demais instrumentos investigatórios, o agir comunicativo se estabelece democraticamente como mecanismo de compensação ante a ausência de um contraditório pleno na conformação da verdade a ser alcançada pelos agentes persecutórios e demais pessoas envolvidas em tais espaços públicos de discurso.

A investigação criminal como meio estatal de restrição de direitos fundamentais, assim como se opera na fase processual pelo devido processo legal judicial, necessita também de uma dinâmica legitimadora que evite arbitrariedades e uma abstenção deletéria de controles sociais efetivos praticados tanto pelos participantes diretos da ação investigativa, como pelos demais órgãos e instituições democráticos constitucionalmente afetados a supervisão e adequação da atividade persecutória.

1.3 Investigação Criminal Ditatorial no Brasil

Na história recente do Brasil, sempre que uma postura autoritária era adotada pelos Governantes do país, a investigação criminal e a persecução penal figuraram como instrumento estatal de perseguição e repressão política pela via da tortura, em franca repulsa aos direitos humanos das pessoas. A investigação

praticada pela tortura foi institucionalizada, principalmente, no período do regime ditatorial brasileiro imposto a partir de 1964. Naquela ocasião as sessões de torturas eram chamadas de “interrogatórios preliminares” e precediam qualquer outro ato persecutório a ser praticado posteriormente.

A violência, a fraude, o engodo, a manipulação ideológica entre outras técnicas cruéis e anulatórias da vontade e da participação humana, serviram para que se impusesse uma repressão política. Posteriormente, todos esses atos eram legalizados formalmente, para que se desse uma aparência de retidão e de lisura para tais práticas abomináveis de violações de direitos humanos.

Na obra denominada: “Brasil: Nunca mais”, prefaciada por Dom Paulo Evaristo Arns, expõe-se a exata dinâmica de funcionamento da fase investigatória do processo penal da tortura no Brasil ditatorial que precedeu a sua redemocratização.

O inquérito tem como objetivo a apuração de um crime e sua autoria. No inquérito inexistente o que, em Direito, se chama de contraditório, que é a possibilidade do indiciado contestar, com provas, as acusações. Isso quer dizer que, durante as investigações dessa “fase policial” não há defesa, em sentido estrito. Os presos por motivação política foram submetidos, nesses anos de Regime Militar, a longos períodos de incomunicabilidade, quer para seus familiares quer para seus advogados. A formação dos inquéritos policiais de presos políticos era, a partir de 1969, dividida em duas partes: a fase dos DOI-CODIs ou dos organismos de segurança das Forças Armadas; e do “cartório”, em que presos passavam à disposição dos DOPS ou da Polícia Federal, encarregados de formalizar inquéritos. Na primeira fase, a incomunicabilidade e os maus tratos físicos e mentais eram a tônica dos chamados “interrogatórios preliminares”. Na maioria das vezes, nem mesmo a Justiça Militar era comunicada sobre as detenções efetuadas pelos órgãos de segurança. E, nas poucas vezes em que isso era feito, a data indicada não correspondia ao verdadeiro dia da prisão. (ARNS, p. 173, 1985)

Pelos relatos acima, é possível constatar que os instrumentos estatais de investigação criminal e punição, sobretudo, da Justiça Militar tiveram seus fins manipulados politicamente para atender aos interesses da repressão política e ideológica no Brasil.

Tal vertente autoritária de exercício das funções estatais se caracteriza pela absoluta ausência de ação comunicativa tendo em seu lugar a violência e a

fraude em desfavor dos investigados que passavam a sofrer com a supressão total de sua autonomia privada.

Todavia, ainda em tempos de avanços democráticos no Brasil, se percebe atualmente a utilização subreptícia da tortura com as mais diversas ilegalidades recaindo nas investigações criminais. Contudo, os abusos persecutórios são em favor do capital e do consumo e em detrimento dos mais pobres e estigmatizados pelo desvalor econômico que ostentam. O autor Roberto Armando Ramos de Aguiar em sua obra intitulada: “Direito, Poder e Opressão”, em seu texto denuncia as posturas antidemocráticas na investigação criminal, pela via da tortura persistindo ainda em tempos de democracia no Brasil (AGUIAR, p. 89, 1990):

Os meios insidiosos e cruéis das velhas penas foram abandonados a nível da lei, mas passaram a ser usados não mais para punir, mas para “extrair informações”. A tortura pública sancionadora, muda-se para lugares ermos e passa a ter a finalidade de extrair o mais rápido possível, informações necessárias à repressão. Por isso, a tortura, como não mais existe para a lei, não mais existe para o mundo. Não existe mais tortura, ela é secreta, escondida, instrumento escondido de defesa do Estado, de pressão contra as camadas marginais. Todas as forças repressivas a usam, mas os casos só se tornam públicos quando há “erro técnico” que suscite a morte do torturado ou o vazamento comprovável da notícia da tortura. A vítima da tortura, se vier a morrer, será sempre um suicida, na versão oficial. Por outro lado, nós nos sentimos profundamente penalizados quando sabemos da tortura aplicada em presos políticos, mas esquecemos da aplicação diuturna desse “remédio” nos presos comuns, presos que não têm a aura do idealismo, nem o carisma da doação, mas arrastam o estigma de pertencerem às classes subalternas.

Portanto, é de constatar que a negação a um modelo democrático de se produzir justiça penal no Brasil ainda ocorre como fenômeno constante e diuturno nos ambientes persecutórios, pois não há diálogo nem coparticipação civilizada das pessoas investigadas, que ao assumirem tal condição passam à submissão pelo estigma social decorrente dessa conduta. Pode-se constatar que as práticas de abusos persecutórios de toda a ordem, incluindo a tortura estatal, se devem à negação do outro, considerado como pessoa humana, à ausência de diálogo e comunicação com o investigado e com as demais instituições órgãos públicos colaborativos.

Agindo-se comunicativamente em toda a esfera pública persecutória, faz-se possível a superação do modelo investigatório autoritário, corrupto e ineficiente que ainda conduz às variadas injustiças e distorções na aplicação da

jurisdição penal aos conflitos de interesses estabelecidos em decorrência do advento dos delitos. Por tal paradigma da ação comunicativa, a pessoa humana passa a ser valorizada e se torna um agente interferente direto nos rumos da persecução penal desde a sua deflagração inicial como meio de concretização da cidadania até o seu resultado final com a sentença de mérito prolatada com trânsito em julgado em definitivo.

1.4 Investigação Criminal e Exclusão Social na Contemporaneidade

Atualmente, em que pese haja reconhecida a importância da atividade investigatória criminal desenvolvida pelo Estado no sentido de apurar e desvendar eventos criminosos, para que se possa estabelecer a justiça penal e impor controle e prevenção da criminalidade, o atual modelo legal ainda padece de graves deficiências e pendente de solução efetiva.

Dentre as inúmeras mazelas que assolam a investigação criminal institucionalizada na realidade brasileira, verifica-se a interferência e o abuso dos poderes econômico e político na condução de inquéritos policiais, sindicâncias, comissões parlamentares de inquéritos e demais instrumentos investigatórios.

Tais instrumentos se revelam passíveis de manipulação e propensos a apresentar artificialmente resultados distorcidos da realidade. No afã de atender interesses diversos do alcance da verdade e da concretização da justiça, a inevitável tendência à politização da investigação criminal gera distorções ao promover a impunidade de poderosos, ou para impor opressão social pelo excesso punitivo e persecutório em detrimento das pessoas mais pobres em uma postura institucional fortemente discriminatória. O autoritarismo como um poder pelo poder, sem qualquer senso ético plausível escapa à lógica de quaisquer formas de racionalidade conduzido a investigação criminal a posturas estatais distorcidas, ora ocasionando condenações arbitrárias dos mais fracos, ora “legitimando” impunidades autoritárias dos mais poderosos.

Tais ingerências indevidas subvertem o instrumento de justiça - investigação criminal – a uma mera técnica estéril de agrupamento de informações coletadas e direcionadas para privilegiar pela impunidade os pequenos e seletos grupos que compõe uma estrutura elitizada e burguesa da sociedade brasileira, em detrimento de uma massa excluída de pessoas pobres tendentes e expostas aos mais severos métodos ilegais de abusos e arbitrariedade que a persecução penal se predispõe a concretizar. As distorções do Sistema de Investigação Criminal brasileiro tendem a abrandar a apuração de crimes em favor dos mais poderosos e a intensificá-la desequilibradamente em detrimento dos mais pobres. Enfim, se percebe a utilização da investigação de crimes como instrumento de opressão e discriminação social e a serviço de um sistema capitalista elitista.

Tradicionalmente, esse estado de coisas se instalou e se mantém em razão de alguns vícios e anacronismos que ainda persistem no inquérito policial e nos demais mecanismos investigatórios. Faz-se perceptível na doutrina processual penal a repetição como um mantra sagrado qual seja o dogma da discricionariedade investigativa da autoridade persecutória. Portanto, o fundamento para que o Delegado de polícia ou demais autoridades como o Promotor de justiça e seus servidores auxiliares conduzam as investigações criminais ao sabor de suas vontades pessoais é muito tentadora, porquanto, a todo tempo tais autoridades podem invocar sem muitos parâmetros seguros a independência funcional e as estratégias investigatórias individuais para a prática ou a abstenção de atos de investigação, que não raras vezes refletem um quadro de arbitrariedades e injustiças.

Autoridades investigam no Brasil, sem qualquer metodologia ou regramento legal específico, pois sob o pretexto de se estar desempenhando uma apuração discricionária resvala-se inevitavelmente nos excessos e nas ineficiências históricas. Atualiza-se constantemente a opressão investigatória com um apego ao legalismo e com uma impessoalidade cínica, com versões e soluções de casos penais montados e manipulados injustamente, conduzindo medidas persecutórias

que fragilizam as pessoas que se encontram envolvidas num contexto delituoso, ora na condição de vítima, ora na condição de investigado.³

Somando-se tal modelo deficitário às constantes modificações sociais da pós-modernidade, da criminalidade organizada e da manipulação do sistema persecutório estatal tal crise acaba por se estender para toda a Justiça Penal brasileira, que fica refém por meio de outras instituições das apurações fáticas inicialmente deturpadas pelas deficiências da investigação criminal.

Posteriormente, no curso da ação penal as provas e elementos de convicção colhidos em descompasso com a verdade e em franco desvio de finalidade, são na maioria das vezes, quando se envolvem investigados pobres, apenas ratificados em juízo pela deficiência de defesa técnica à altura e a mentira e a falsidade estatal ganha força e imutabilidade de coisa julgada pela prolação da sentença penal condenatória, pesando seus efeitos nefastos para sempre na vida dessas pessoas excluídas.

Nesse contexto de indispensável emancipação de direitos e de ineficiência estatal investigatória, frente aos paradoxos da pós-modernidade ou

³Boaventura de Souza Santo discorre sobre os riscos da legalização, sistematização e impessoalização das funções jurídicas na pós-modernidade ao dispor: “Quanto ao primeiro factor, considera-se institucionalizado o exercício da função jurídica que se caracteriza: pela divisão interna e externa do trabalho jurídico e a conseqüente tendência para a profissionalização; pela hierarquização técnica e social do exercício das tarefas que integram a função, pela actuação padronizada e impessoal sujeita a critérios específicos de competência e a princípios e normas de racionalidade sistêmica.

A institucionalização admite graus diversos, podendo ser maior ou menor a divisão do trabalho, mais ou menos rígida a hierarquização, mais ou menos padronizada e impessoal a actuação.

Quando plenamente institucionalizado, o exercício da função jurídica constitui um aparelho burocrático no qual, aliás, se deve distinguir, para efeitos analíticos, o aparelho institucional (a dimensão funcional propriamente dita) e o aparelho ideológico (a dimensão lógico-sistemática).

Não são necessários grandes esforços de investigação para concluir que, nos nossos dias, o direito oficial do estado capitalista apresenta, em geral, um elevado grau de institucionalização da função jurídica. A função jurídica não só se autonomizou em relação às demais funções sociais como, internamente, atingiu elevada especialização, dando origem não a uma, mas a várias profissões jurídicas com tarefas rigidamente definidas e hierarquizadas. A sistematização (padronização e impessoalização) da actuação derivam não só da lógica normativa-constitucional que subjaz à filosofia política do estado liberal como, mais imediatamente, do vasto arsenal do formalismo jurídico em geral e do formalismo processual em especial e ainda da profissionalização do contexto em que estes são accionados. A autonomização e a sistematização da função jurídica – concomitantes, aliás, da produção de uma ideologia específica, o legalismo – tem sua reprodução alargada garantida pela ciência jurídica, a chamada dogmática jurídica, sobreudo através da pesada tecnologia lingüística e conceitual e da criação de um universo teórico onde se segregam as coerências sistêmicas do fragmentário e fragmentante agir técnico-jurídico.” (SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 1988 p. 49-52)

modernidade líquida, o filósofo contemporâneo Zygmunt Bauman, esclarece uma nova ótica da liberdade individual a ser preservada pela necessária expansão da esfera pública, ao invés da sua redução, nos seguintes termos, (2001, p. 62):

O poder político implica uma liberdade individual incompleta, mas sua retirada ou desaparecimento prenuncia a impotência prática da liberdade legalmente vitoriosa. A história da emancipação moderna desloca-se de um confronto com o primeiro perigo para um confronto com o segundo. Para utilizar os termos de Isaiah Berlin, pode-se dizer que, depois da luta vitoriosa pela “liberdade negativa”, as alavancas necessárias para transformá-la numa liberdade positiva – isto é, a liberdade para estabelecer a gama de opções e agenda para a escolha entre elas quebraram. O poder político perdeu muito de sua terrível e ameaçadora potência opressiva – mas também perdeu boa parte de sua potência capacitadora. A guerra pela emancipação não acabou. Mas, para progredir, deve agora ressuscitar o que na maior parte de sua história lutou por destruir e afastar do caminho. A verdadeira libertação requer hoje mais, e não menos, da esfera pública e do poder público. Agora é a esfera pública que precisa desesperadamente de defesa contra o invasor privado – ainda que, paradoxalmente, não para reduzir, mas para viabilizar a liberdade individual.

Esse quadro de injustiça social e deficiência na consolidação e busca da verdade, deriva de outros inúmeros fatores estruturais, destacando os mais graves e já conhecidos, tais como: a positivação de um sistema processual penal ainda vigente de viés inquisitorial e facista; excesso de inquisitorialidade investigativa concentrada exclusivamente no cargo de delegado de polícias; ausência de diálogo institucional e conseqüente deficiência de um efetivo controle externo e judicial das investigações criminais; insuficiência de assistência jurídica e técnico-pericial gratuita para os investigados pobres do início da persecução penal até o seu término; generalização e padronização da investigação criminal com uma satisfação da pretensão punitiva pautada em esteriótipos sociais do investigado (teoria do *labelling approach*).

Todos esses fatores, aliados à dominação da cultura do consumo com a completa falta de informação, de educação e de cidadania da grande maioria da população, conduz a um quadro de vulnerabilidade e de hipossuficiência investigatória daquelas pessoas semi-iletradas que compõe as camadas sociais menos abastadas da sociedade brasileira, e que sequer conseguem dialogar ou

interferir por qualquer via procedimental civilizada em sua própria defesa frente à ação não raras vezes desmesurada da autoridade persecutória.⁴

Circunstâncias que são uma decorrência lógica de um contexto de absoluta carência de inclusão social, de cidadania e de dignidade humana que deveriam ter sido conferidas a esses indivíduos desde o nascedouro antes mesmo de assumirem a condição de investigados, mas que de fato lhes foram negadas. Por essa perspectiva, nota-se um abissal distanciamento entre a faticidade e a validade efetiva das normas jurídicas que se prestam a regulamentar o sistema persecutório e a investigação criminal. Tal crise de legitimidade reclama a adoção da comunicação democrática entre os entes participantes de tal fenômeno.

Ainda, neste contexto investigatório deficitário, é de se notar a tendência a abusos e violações de direitos fundamentais das populações carentes como a prática institucionalizada de atos de torturas físicas e psíquicas com o uso de mecanismo de coação ilegal para a obtenção de informações e não raras vezes para a simulação da verdade resultante de confissões e declarações dissociadas da realidade objeto de apuração.

Tais práticas de tortura institucionalizadas, no Brasil, tendem na maioria das vezes a recair com frequência em desfavor das pessoas mais pobres e desinstruídas de nível educacional bem reduzido, com práticas que são muitas vezes justificadas como forma de simplificação e celeridade da investigação, para se buscar mais eficiência na elucidação de delitos com a falácia de que os fins justificam os meios.

As arbitrariedades inerentes ao Sistema Processual compactuadas com o abuso de poder e a falta de uma ação comunicativa adequada entre as pessoas envolvidas no contexto investigatório, ainda se revelam em níveis

⁴ Interpretando Habermas Filipe Carreira da Silva em estudo acerca da esfera pública expõe a gravidade da interferência da cultura do consumo em face da cidadania dos indivíduos: “Com efeito, o raciocínio crítico transforma-se em consumo passivo à medida em que as leis de mercado, que governam a esfera privada do trabalho, passam também a dominar a esfera privada das pessoas privadas enquanto público. Neste contexto, a esfera pública literária perde o seu carácter político ao ser integrada no ciclo de produção e consumo. A emancipação torna-se impossível no contexto do consumismo cultural. O raciocínio crítico de pessoas privadas enquanto público é impossível no quadro e um indústria da cultura que impede a emancipação face às leis de mercado e promove a passividade acrítica” (SILVA, Filipe Carreira. **Espaço público em Habermas**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2002 p. 38)

significativos e graves no ambiente persecutório brasileiro. Tais práticas investigatórias e autoritárias ainda vigentes destoam do regime político democrático dotado de forma republicana de governo, que deveriam se difundir no seio social e inspirar a ação policial investigatória.⁵

Nesse contexto é de conhecimento notório que toda a atividade investigatória que o Estado desempenha gera necessariamente uma constrição de direitos fundamentais do investigado ou até mesmo de terceiros por parte da autoridade que preside um determinado procedimento inquisitivo. Em razão disso é que se faz premente a supervisão do Poder Judiciário acerca da legalidade e da constitucionalidade dos atos investigatórios que são praticados pelo Estado, ponderando de forma proporcional e igualitária a conformação dos direitos fundamentais dos investigados frente à busca do esclarecimento do caso penal.

Por outro lado, é certo também que a investigação criminal se insere em uma esfera pública de discurso de patamar administrativo, em que há ação racional e comunicativa canalizada dialogicamente entre todos os indivíduos. Inevitavelmente, variadas pessoas se relacionam no ambiente inquisitivo, por vezes representando o Estado-investigador, outrora ocupando a posição de investigado ou de defensor do investigado.

Essa pluralidade de posições jurídicas se deve ao fato, de que há invariavelmente, uma comunicação e um diálogo racional vinculativo entre os vários indivíduos que ao se comunicarem lançam informações no procedimento

⁵ Sobre as deficiências da investigação criminal no Brasil, especificamente no caso da mulher violentada no ambiente familiar segue o trecho da petição inicial da ADIn nº 4424/DF, assinada pelo Procurador Geral da República Roberto Gurgel e pela Subprocuradora Geral da República Deborah Duprat que explicita as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: “No mesmo relatório, foram emitidas recomendações gerais no sentido de: (i) garantir que as vítimas de violência tenham acesso pleno a proteção judicial e que os atos de violência sejam adequadamente prevenidos, investigados, sancionados e reparados; (ii) assegurar que todos os casos de violência em razão de gênero sejam objeto de uma investigação oportuna, completa e imparcial, assim como a adequada sanção dos responsáveis e reparação das vítimas; (iii) fortalecer a capacidade institucional para combater o padrão de impunidade frente a casos de violência contra as mulheres, por meio de investigações criminais efetivas, que tenham seguimento judicial consistente, garantindo assim uma adequada sanção e reparação. A ONU, por sua vez, já reconheceu que a violência contra a mulher, além dos custos humanos, inclui a diminuição da produção econômica, a redução da formação de capital humano e principalmente a “transmissão inter-geracional da violência”. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. Secretaría General da OEA, enero de 2007, parágrafo 225. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%2020507.pdf>

investigatório interferindo no resultado da apuração dos fatos e na legitimação das restrições de direitos fundamentais. Sendo comumente atores desse contexto de gestão da prova inquisitiva os seguintes agentes: investigadores de polícia; policiais militares; peritos oficiais e não oficiais; assistentes técnicos; testemunhas; informantes; ofendido; Delegado de Polícia; Promotor de Justiça; Advogado; Juiz de Direito; a opinião pública; a imprensa; ocupantes de cargos eletivos e inclusive o próprio investigado.

Seguindo esse entendimento temos Robert Alexy expondo o funcionamento das variadas posições e relações jurídicas em sede de restrição de direitos fundamentais:

A vantagem da perspectiva baseada em posições e relações reside no seu poder de diferenciação. Visto que diferenciações são fundamentais na análise dos efeitos das normas de direitos fundamentais e dos direitos fundamentais no sistema jurídico, essa perspectiva deverá ser aqui, em princípio, preferida. Se sua influência se limitasse à relação Estado/cidadão, haveria uma resposta simples à questão acerca de como as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico. Essa resposta poderia, em grande parte, resumir-se à constatação de que normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico na medida em que afetam a relação jurídica entre o Estado e os cidadãos, sob a forma de direitos subjetivos em face do legislador, do Poder Executivo e do Judiciário. Mas é fácil perceber que essa resposta é incompleta. Como já foi demonstrado anteriormente, fazem parte dos direitos dos indivíduos em face do legislador, dentre outros, os direitos a proteção contra outros cidadãos e a determinados conteúdos de ordem jurídico-civil. Isso demonstra que as normas de direitos fundamentais também têm influência na relação cidadão/cidadão. Essa influência é especialmente clara no caso dos direitos em face da Justiça Civil. Dentre esses direitos está o direito de que uma decisão judicial não viole direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 523)

Frente a essa percepção, infere-se que o Sistema Persecutório do Estado apresenta-se como uma estrutura que permite o fluxo de informações entre as pessoas pela via da ação comunicativa, para que se obtenha um exercício de poder punitivo legítimo calcado nos Princípios Democrático e Republicano próprios de um Estado Constitucional de Direito.

Assim, tornou-se patente nas doutrinas pátrias e internacionais que a investigação criminal depende de uma atuação inquisitorial dos agentes policiais, ou seja, distante do Princípio do Contraditório. Contudo, é certa a necessidade de participação democrática e civilizada do investigado na investigação mesmo sem a

incidência de um contraditório pleno, pois todo o poder – inclusive o investigatório – somente se legitima em um Estado Constitucional com a interação social das pessoas que ficaram juridicamente vinculadas aos resultados finais dessa atuação estatal.

A participação do investigado deve existir não apenas para o exercício de sua autodefesa pré-processual, mas também para que os investigados valendo-se da dignidade humana não figurem como meros objetos inertes de perquirição estatal e possam agir comunicativamente, como efetivos agentes colaboradores na cognição e conformação da verdade consensual que se almeja construir quando da condução do procedimento persecutório.

Certamente, a realidade social que se afigura como cenário subjacente à atividade persecutória do Estado é injusta, discriminatória, e carecedora de um novo enfoque filosófico e interpretativo. Portanto, a investigação criminal além de agrupar informações para o esclarecimento de delitos, propiciará uma efetiva emancipação de direitos fundamentais com um mínimo de concretização da cidadania e de isonomia material pela participação do investigado como agente comunicativo e interferente na consolidação de um poder legítimo, que derivará da confrontação de dados apresentados no ambiente investigatório.⁶

A importância da adoção da Teoria do Agir Comunicativo na investigação criminal se dá em razão de um mal necessário, qual seja, a evidente necessidade de restrição de direitos fundamentais para a apuração de delitos em um espaço público legitimamente democrático, e que para tanto, permita participação das pessoas e o efetivo controle jurisdicional de tais práticas com a ponderação razoável dos valores constitucionais colidentes. Como regra, a investigação criminal confronta o direito de liberdade do investigado em sentido lato frente ao poder punitivo do Estado, para que se alcance um esclarecimento justo e efetivo dos fatos

⁶ A proposta científica deste estudo estabelece-se no sentido de apresentar soluções a estas graves deficiências pela modificação do referencial filosófico que ainda orienta a investigação criminal no Brasil. Superando-se a estrutura meramente positivista e legalista que ainda se aplica ao atual contexto processual brasileiro fundada na razão prática e assumindo uma nova perspectiva crítica, alinhada com a postura teórica do Agir Comunicativo inicialmente pensado pelo filósofo Jürgen Habermas, com adaptações neste trabalho à realidade da investigação criminal brasileira.

com a máxima isenção possível e o mínimo de interferências políticas e econômicas que possam ensejar um resultado discriminatório e fictício desviado da justiça.

Até mesmo porque, os fins da ação penal e da investigação criminal são os mesmos e se prestam a evidenciar a verdade e a materializar a Justiça. A boa investigação criminal gera uma ação penal justa e adequada pela identidade de objetos destes institutos. É esse o entendimento trazido pelo doutrinador português Jorge de Figueiredo Dias, ao esclarecer (2004, p. 43):

E assim se criou o consenso, praticamente unânime e de que a nossa jurisprudência se faz eco, de que o verdadeiro fim do processo penal só pode ser a descoberta da verdade e a realização da justiça (ou mesmo só desta última, já que também perante ela surge a descoberta da verdade como mero pressuposto.)

Ainda no intento de se promover os fins do processo penal e a exata dimensão da investigação criminal, no contexto da Teoria do Agir Comunicativo, é premente a inserção complementar da Teoria do Impacto Desproporcional da norma (*disparate impact doctrine*), denominada ainda como Teoria da discriminação indireta. Tal complemento principiológico se justifica para proporcionar uma aplicação substancialmente igualitária e proporcional do poder investigatório do Estado frente aos graus de suscetibilidades e hipossuficiências específicos dos investigados. Por outro prisma, ainda pode-se conferir maior amplitude e intensidade nas medidas investigatórias e aos efeitos jurídicos que causam nas pessoas investigadas, quando se tratar de investigados que pela condição social privilegiada que possuem, guardam propensão de praticar abusos de poder econômico e político para um resultado injusto das investigações. Por certo se pode concluir ser indispensável no âmbito de apuração criminal a incidência da individualização dos métodos investigatórios como medida de justiça.⁷

⁷ Não é por outra razão que a Lei federal de lavagens de capitais nº 9.613/98 contemplou a título de medidas cautelares investigatórias um rol de providências predominantemente patrimoniais, no intento de desestruturar financeiramente o investigado que continua se valendo de seu poder econômico não apenas para praticar novos delitos financeiros, mas também para frustrar a investigação criminal com a supressão de provas a serem amealhadas pelos órgãos investigatórios. O agente criminoso de delitos econômicos tem no capital o seu instrumento de prática delituosa, portanto, nada mais racional que a adoção de providências que retirem a capacidade de ação destes indivíduos.

Por meio destas vertentes teóricas é possível localizar-se soluções adequadas para a legitimação democrática da investigação criminal, como instrumento justo de restrição de direitos na busca da verdade, visando coibir não só os abusos e arbitrariedades como também a inércia e a paralisia investigatória, decorrentes de uma estrutura deficitária e ultrapassada do modelo processual penal brasileiro.

Convém registrar ainda, que a fixação da premissa de que a investigação criminal se revela inserida em uma esfera pública de discurso, conduz necessariamente, a conclusão de que a atividade de investigar crimes está integralmente suscetível a um processo de politização com interferências variadas por parte da imprensa, da mídia em geral, da opinião pública, dos poderes constituídos e demais canais de comunicação que exerçam influência na busca da verdade.

Todavia, deve-se reconhecer a impossibilidade de qualquer atividade estatal desvelar-se absolutamente isenta ou asséptica de influências políticas e ideológicas, pois são atributos inerentes à consciência humana e a liberdade de pensamento das pessoas que exercem cargos ou funções públicas.

Inevitavelmente os agentes persecutórios refletem, na condução das investigações e apuração de delitos, as suas convicções, experiências de vida e ideologias que se farão presentes no conteúdo dos atos investigatórios praticados. Seguindo a perspectiva da Teoria do Agir Comunicativo, tais influências são legítimas, porquanto, denotam a inserção do mundo da vida *lebenswelt* na esfera pública de discurso, como pretensão de validade advinda de uma posição ideal de fala.

Interferências políticas ocorrem no contexto investigatório, até mesmo porque, o Estado-legislador considerado como esfera pública legislativa de consenso que precede a execução das investigações criminais, ao regulamentar por meio de lei, no plano abstrato, os procedimentos investigatórios estará também inserindo uma carga ideológica na conformação de um tipo de modelo normativo-estrutural que será preenchido pela prática dos agentes persecutórios quando do exercício de suas funções persecutórias.

Não raras vezes as influências políticas são deletérias. Isso porque, a atividade investigatória-criminal desempenhada prioritariamente pelas Polícias Judiciárias da União e dos Estados-membros se estruturaram por órgãos da Administração Direta dos Poderes Executivos Federais e Estaduais, sendo suscetíveis às determinações e ordens emanadas das cúpulas de tais poderes, por tratar-se de órgãos compostos por delegados de carreiras que se categorizam como agentes públicos subordinados hierarquicamente e não se submetem a um regime jurídico de garantias e prerrogativas que lhes confira autonomia funcional, vitaliciedade no cargo e irredutibilidade de subsídios, tal como ocorre com os magistrados e promotores de justiça.

Some-se a tal realidade, o fato de que atividade policial se encontra profundamente sucateada e composta por servidores públicos miseravelmente remunerados, sem estrutura adequada de trabalho, portanto desmotivados e com uma parcela relevante de poderes que lhes são conferidos por lei. Diante desse quadro, é comum notar que os poderes investigatórios são deturpados em razão da falta de preparo e treinamento policial aliado às pressões políticas e propostas tentadoras de corrupção que conduzem à imoralidade, ineficiência e ao desprestígio da função persecutória estatal que fica maculada por estas deficiências notórias.

Certamente, que o abandono pela falta de investimentos do Poder Executivo para com a estrutura administrativa das Polícias Cíveis, evidencia uma postura política interferente na qualidade e eficiência deste serviço público. Tal posicionamento desidioso conduz a uma situação de inconstitucionalidade por omissão, em frontal violação do Princípio da Proibição da Proteção Deficiente ou da vedação à infraproteção, pois na medida em que os órgãos de segurança pública revelam-se desprovido do devido aparato material de que necessitam para o exercício de suas funções, a sociedade também fica automaticamente desguarnecida e exposta à criminalidade que se valendo de tais falhas se subverte e passa a emanar diretamente do próprio Estado pela via do crime organizado.

Por outro lado, não se pode presumir que sempre a politização da investigação criminal, por si só, se revele como um fenômeno depreciativo ou prejudicial, porquanto, desde que as ideologias e interferências políticas propiciem a emancipação e reconheça a cidadania das pessoas fomentando a justiça, não

haverá ilegalidade e se fará presente a preservação dos direitos fundamentais dos indivíduos por atos investigatórios presumivelmente legítimos.

Contudo, com a deturpação injusta da verdade em um contexto investigatório criminal como produto de ingerências políticas, mesmo que em tese representem a maioria da vontade da população e da opinião pública; caberá ao Poder Judiciário como órgão responsável pelo resguardo dos direitos fundamentais, expedir medidas repressivas de natureza contramajoritária visando o controle e a correção de eventuais abusos de poder e ilegalidades que possam ocorrer em razão de tais suscetibilidades.⁸

As correções judiciais dos atos investigatórios abusivo são de elevada importância na concretização da justiça, desde a fase inquisitorial da persecução penal, haja vista, o fato de já nesta etapa haver a prematura manipulação da verdade dos fatos pela ingerência política seja com o fito de abrandar a investigação para a impunidade de pessoas poderosas, seja para desviá-la de rumo em desfavor de terceiros inocentes buscando-se o efeito “cortina de fumaça” para camuflar o verdadeiro suspeito pela prática do delito, ou até mesmo a utilização da investigação criminal como mecanismo de perseguição política dos “inimigos do poder” e das pessoas indesejáveis, tudo em franca ofensa ao Princípio constitucional da Impessoalidade da Administração Pública.

⁸ Antônio Alberto Machado expõe com precisão a gravidade na crise do Estado Democrático de Direito no contexto processual pena: “Um autêntico Estado Democrático de Direito não convive com o altos níveis de exclusão e violência, como os que caracterizam a sociedade brasileira, sem perder legitimidade. Tais níveis elevados de violência, tanto aberta quanto institucional, acabem mesmo correndo a legitimidade do Estado Democrático, a qual se esvai em razão do fracasso de alguns valores e princípios básicos que compõe o seu núcleo ético. Com efeito, os valores da legalidade, da liberdade, da igualdade, da participação e da utopia transformadora, sobre os quais se sustentam os Estados Democráticos, não resistem aos efeitos deletérios de contextos históricos marcados pela desigualdade, pela exclusão e pela violência.

Em contexto assim, com fortes pressões sociais, políticas, e econômicas decorrentes da ausência de legalidade, de democracia, de segurança e justiça, as liberdades fundamentais que compõe o núcleo axiológico dos Estados Democráticos são os valores mais diretamente ameaçados pela crise de deslegitimidade. Tais valores democráticos, muitas vezes, são até mesmo repudiados por um discurso autoritário que vê nas próprias liberdades democráticas uma ameaça à ordem pública.” (MACHADO. Antônio Alberto. Curso de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009 p. 453)

2 SISTEMA PERSECUTÓRIO DO ESTADO

A investigação criminal ao ser considerada como uma atividade legitimada constitucionalmente ao Estado qualifica-se ainda como um serviço público essencial confiado soberanamente aos órgãos públicos legalmente competentes, porquanto, gera como resultado final uma necessária ingerência em uma gama significativa de direitos fundamentais de investigados e demais sujeitos da prova processual penal, tais como: peritos, testemunhas, ofendido, investigadores, dentre outros. Nesse sentido, a persecução penal na fase investigatória se materializa por um sistema persecutório estatal dinâmico e expansivo, que se mobiliza com a sua ampliação e modificação, pois este está constantemente aberto às interferências do meio social.

Aliás, por oportuno convém transcrição das lições sobre conceito de sistema e pensamento sistemático no direito discorre Claus Wilhelm Canaris, dispondo acerca da mobilidade e abertura de um sistema jurídico (1996, p.103):

Com a definição do sistema como uma ordem teleológica de princípios gerais de Direito, ficou determinado, nas suas características mais importantes, o conceito de sistema; no entanto, são necessárias, ainda precisões nalguns pontos. Duas qualidades do sistema desempenham, na discussão jurídica actual, um papel largo que ainda não foi abordado, no decurso já efectuado, da investigação e que se vai examinar de seguida: a <<abertura>> e a <<mobilidade>> do sistema.

Portanto, como atividade constitucionalmente consagrada, a investigação criminal, estrutura-se por tal sistema persecutório delineado implicitamente no texto magno para que o serviço público de segurança e efetivação da justiça penal democrática possa ser efetivado em prol da cidadania e da liberdade das pessoas que integram a sociedade.

Essa também é a exata posição estabelecida pelo jurista Valter Foletto Santin em sua obra Controle Judicial da Segurança Pública, ao definir o dever estatal de prestar segurança pública, com as seguintes lições:

[...] A norma que impõe o dever do Estado de fornecer serviço de segurança pública para a manutenção da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio tem validade forma e material, porque foram obedecidas as condições de competência do órgão legiferante, por meio do constituinte originário, com o poder de traçar normas fundamentais individuais e sociais e outros princípios atinentes ao Estado Democrático de Direito, em que se inclui a matéria relativas à segurança pública como garantia individual e social, dando conteúdo específico do direito (receber proteção do Estado para a manutenção da ordem pública e da incolumidade pessoal e do patrimônio, art. 144, caput, CF) (...).(SANTIN, 2004, p. 81)

Diante dessa premissa, é constatável que a investigação criminal para ser desempenhada na prática com equilíbrio, eficiência e justiça, depende do bom funcionamento integrado do Sistema Persecutório, moldado organicamente nos exatos limites da Constituição Federal.

Faz-se oportuno ainda, a percepção de que o Sistema Persecutório do Estado, atualmente, se vê plasmado em uma sociedade que além de pós-moderna é aberta e pluralista do ponto de vista constitucional. Assim, a concepção de Constituição Aberta dos intérpretes, teorizada inicialmente por Peter Haberle, comporta aplicação na atividade investigatória criminal. Por tal perspectiva, a aceitação da premissa de que a atual Constituição Federal de 1988 é aberta e pluralista gera influências diretas no modo de ser e no funcionamento prático da investigação criminal, que inevitavelmente, não se compactuará com exclusivismos e fechamentos institucionais, cabendo por certo, a prática da universalização e pluri-institucionalização investigatória.

Portanto, infere-se em vários de seus dispositivos, que o Texto constitucional de forma esparsa define e estrutura os órgãos de segurança pública no art. 144 em especial as Polícias Judiciárias dos Estados e da União. Em seguida, a Lei maior preconiza as funções do Ministério Público nos incisos do art. 129, com incumbências de natureza persecutória com relevo especial para a titularidade privativa da ação penal.

Figurando como eixo central do Estado Constitucional de Direito e do Sistema Persecutório do Estado, a Constituição Federal institui o Poder Judiciário como sendo o guardião dos direitos fundamentais das pessoas investigadas e no art. 5º inciso XXXV, contemplando o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição oponível frente a qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos. Portanto, caberá sempre ao Poder Judiciário a elevada tarefa de efetivar o controle de legalidade e de

constitucionalidade das medidas investigatórias praticadas pelo Estado em razão das relativizações e restrições de direitos fundamentais que lhe são inerentes.

Há ainda o investigado como sujeito de direitos fundamentais figurando no Sistema Persecutório como participante indispensável e que tradicionalmente não era inserido para exercer propriamente uma defesa processual, mas apenas para praticar autodefesa por meio do interrogatório inquisitorial. Contudo, na atual etapa de evolução teórica do direito processual penal, é legítima a atuação de advogado para exercer defesa técnica desde a fase investigatória.

Tal participação comunicativa do investigado no procedimento administrativo investigatório abre campo para a consolidação de um modelo democrático de superação da estrutura autoritária e facista, em que as pessoas no curso de um inquérito policial como mero objeto de investigação desprovida de direitos processuais. Essa premissa não se sustenta por força do postulado da dignidade a pessoa humana, até porque se percebe, que em qualquer fase da investigação criminal é possível a impetração de habeas corpus por parte do paciente investigado visando questionar a legalidade dos atos investigatórios que porventura violem direitos fundamentais como a liberdade ambulatorial e a propriedade, perante o Poder Judiciário.

Ao tratar da ética do discurso Jürgen Habermas expõe claramente que a teoria da comunicação serve à solidariedade e ao bem estar geral quando da atuação estatal (1991, p. 71):

Do ponto de vista da teoria da comunicação surge, em contrapartida, uma relação mais estreita entre a preocupação com o bem-estar do próximo e o interesse do bem-estar geral: a identidade do grupo reproduz-se por relações intactas de reconhecimento recíproco. Por conseguinte, o ponto de vista complementar ao igual tratamento a nível individual não é a benevolência, mas antes a solidariedade.

Ainda, no quadro de ação comunicativa inspirando o sistema persecutório do Estado é admissível e legítimo ao investigado exercer o direito constitucional de petição estampado no art. 5º inciso XXXIV, alínea “a” da Constituição Federal que se harmoniza com o art. 14 do Código de Processo Penal, pleiteando a juntada de documentos, perícias e todo o tipo de informação que de alguma maneira venha a interferir nos rumos da investigação criminal. Trata-se a

reação defensiva à imputação que remete o investigado à uma atuação colaborativa com elucidação da verdade dos fatos investigados.

Em conclusão, a investigação criminal imersa em um Sistema Persecutório de estatura constitucional aberta e pluralista, conduz a compreensão de que tal atividade estatal se materializa em um contexto subjacente mais amplo, denominado por Habermas de espaço público democrático e deliberativo, que se dinamiza pela ação comunicativa e racional de todos os agentes envolvidos na elucidação dos fatos e na construção da verdade consensualizada e haurida entre os participantes com as influências de seus respectivos mundos da vida (*lebenswelt*).⁹

Em consonância com a incorporação do aludido paradigma filosófico do agir comunicativo, aplicado ao Direito Processual Penal, inclusive na fase investigatória da persecução penal, predispõe Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, p. 31-32):

[...] Nessa perspectiva tais modelos se localizariam no âmbito de uma teoria discursiva do direito, normalmente assentada na obtenção de legitimidade do ordenamento e do Direito pelo próprio procedimento. Isso seria possível com a ampliação dos espaços deliberativos (esferas pública e privada), na formação de um consenso produzido discursivamente, na e por meio da seleção dos melhores argumentos, de modo a permitir a participação dos cidadãos na definição do sentido das normas jurídicas e próprio caráter vinculante do Direito estatal. A Constituição, então, seria formalmente, o referencial adequado e necessário para o controle de validade da produção legislativa. Nessa perspectiva, o alemão Jürgen Habermas, ora pouco, ora excessivamente interpretado, tem recebido a maior atenção das academias brasileiras de Direito. Como se vê teoricamente ao menos, não há fronteiras da realidade que impeçam a evolução (ou não) do pensamento nacional (...).

Em suma, o propósito de se construir em tempos de pós-modernidade um processo penal e uma investigação criminal voltados para a justiça social e

⁹ Em análise à obra de Habermas acerca da Esfera Pública, explica Filipe Carreira da Silva: “A esfera pública burguesa pode ser concebida, antes de mais, como a esfera em que as pessoas privadas se juntam enquanto público; bem cedo, reclamaram que essa esfera pública fosse regulada como se estivesse acima das próprias autoridades públicas; de forma a incluí-las num debate sobre as regras gerais que governam as relações da esfera de troca de bens e de trabalho social basicamente privatizada, mas publicamente relevante, para concluir que o meio deste confronto político era peculiar e não tinha precedente histórico: o uso público da razão pelos intervenientes (*öffentliches Raisonement*)” .” (SILVA, Filipe Carreira. **Espaço público em Habermas**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2002 p.16)

orientados em um ambiente de democracia pluralista, substancial e deliberativa, implica necessariamente, na superação do paradigma ideológico positivista e autoritário que ainda se encontra limitado pelo atual Código de Processo Penal de 1941, para um novo modelo inspirado na racionalidade comunicativa explanada por Jürgen Habermas.

2.1 O Sistema Persecutório e o Princípio da pluralidade de vinculações institucionais

Seguindo a perspectiva de que a atividade investigatória criminal ocorre em uma primeira fase da persecução penal, como decorrência da interligação e do diálogo institucional travado entre os órgãos que compõe tal sistema, faz-se pertinente a contextualização com o Princípio da pluralidade de vinculações institucionais com fim de se demonstrar cientificamente os reais limites de atuação e potenciais resultados da investigação criminal em uma sociedade pluralista e fraternal.

Por força do Princípio da pluralidade de vinculações institucionais é possível se alcançar a noção de universalização das investigações criminais. Tal norma-princípio se alia à concepção de Constituição aberta e de ação comunicativa entre as instituições que possuem competência e aptidão para esclarecer delitos. Em sede doutrinária, tem-se a obra: *Direito Constitucional Português Organização do Poder Político*, com as preleções (OTERO, 2010, p. 21):

[...] Não existindo uma única modalidade de relacionamento inter-orgânico, observa-se, todavia, que essa diversidade de convivência funcional entre os diferentes órgãos constitucionais pressupõe sempre o respeito por regras de lealdade, boa-fé e civismo democrático entre os protagonistas das instituições: a organização do poder político não pode deixar de postular uma exigência de dignidade de relacionamento entre as pessoas que vivificam as instituições, desde logo fundada na idêntica legitimação constitucional do título de intervenção de que gozam. Há aqui lugar a que se fale num princípio de pluralidade de vinculações institucionais: a diversidade de relacionamentos inter-orgânicos determina

que não exista uma única forma de os órgãos constitucionais se relacionarem entre si, antes se assiste a múltiplas expressões institucionais de materialização do valores da lealdade, boa-fé e civismo democrático (...).

O Sistema persecutório do Estado em que pese não esteja explícito textualmente na Constituição Federal brasileira, é instituto jurídico de extração constitucional, pois se encontra implícito derivando do Princípio da pluralidade das vinculações institucionais. Isso porque investigar crimes de forma eficiente significa em princípio, reconhecer as limitações institucionais de um só órgão público operando na função de elucidar delitos. Faz-se imperativo, admitir necessária a universalização e a pluralização investigatória como forma de democratizar a conformação da verdade dos fatos apurados.

A verdade investigada não virá apenas desvendada por cada órgão de cooperação, como será construída gradualmente com a constante interferência comunicativa de todos os entes participantes da investigação criminal, que de alguma maneira cumprem uma função cognitiva e legitimadora da versão fática em apuração investigatória.

Tal princípio doutrinário português se enalteceu recentemente na realidade do Estado brasileiro, com a edição da Lei Federal nº 12.527/2012, que se dispôs a regulamentar o acesso as informações públicas, tanto por parte do cidadão como para a própria atividade estatal brasileira. O princípio da publicidade ao se tornar regra nas relações administrativas entre os próprios órgãos públicos e entre os cidadãos, viabilizou a promoção e implementação prática do mencionado princípio da pluralidade de vinculações institucionais.

O mencionado diploma legal, além de propiciar uma maior facilidade no diálogo institucional entre todos os órgãos potencialmente aptos a colaborar com a elucidação de crimes, democratiza a investigação criminal pela ação comunicativa de troca de informações relevantes nos espaços públicos de discurso. Assim, as redes de informações se integraram com maior intensidade, e para tanto, se fará possível uma maior qualidade e eficiência na apuração e punição de delitos de elevada relevância econômica e política.

3 DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Em uma concepção clássica de ideologia ainda autoritária, o Sistema Processual Penal, evidencia-se com uma definição doutrinária excessivamente dogmática do conceito de investigação criminal. Sendo concebida como uma atividade estatal materializada por um procedimento administrativo inquisitorial, dispensável e informal presidido pela autoridade policial ou pelo membro do Ministério Público no intento de apurar a autoria e demonstrar a materialidade dos crimes para o ingresso da futura e certa ação penal em juízo.

Pela perspectiva da legalidade, a investigação criminal é apenas um instrumento estatal, que se presta à técnica de agrupar informações que demonstrem a ocorrência de um delito, a princípio, sem qualquer fundo ideológico ou político que não seja a concretização do interesse público primário de promover a justiça penal.

Contudo, diante da lógica puramente legalista já superada, os impactos que uma investigação criminal mal conduzida pode gerar na esfera de direitos fundamentais das pessoas são normalmente irreversíveis e até mais deletérios que uma condenação criminal propriamente dita. A neutralidade na utilização das técnicas investigatórias é valor fundamental que deve nortear uma dada autoridade persecutória, pois é no momento da investigação criminal que o caso penal é em regra quase integralmente aflorado e a versão apurada é mantida no curso da ação penal pelo Ministério Público é acolhida pelo Poder Judiciário, isso se não houver uma efetiva defesa criminal interferente de maneira indisponível. Reportando-se acerca dessa problemática o doutrinador Juan-Luis Gómez Colomber pondera (2002, p. 201)

O aspecto mais problemático, no meu modesto entender, em que os problemas indicados se dão com toda a crueza, apresenta-se na fase da investigação do processo penal. Isto não é por acaso. É na instrução criminal que o legítimo poder do Estado de investigar o feito criminal e de perseguir os criminosos se manifesta com maior intensidade, e é aí, precisamente, que os também legítimos direitos dos cidadãos necessitam de maior proteção. A fase de investigação é assim um campo garantido de tensões, de perigo constante de colisão entre interesses da sociedade e

princípios e valores constitucionais que afetam os cidadãos, daí que nunca se deve impor o desejo ou o critério do mais forte nem do mais inteligente. Em absoluto e muito ao contrário, a preparação do juízo, ou da decisão de arquivamento, deve basear-se na razão do justo, em uma decisão neutra tomada por quem constitucionalmente exerce imparcialmente a função jurisdicional ou tenha encomendado o labor neutro da investigação.

O reconhecimento de que a investigação criminal ocasiona graves impactos na órbita de direitos fundamentais das pessoas investigadas, é uma premissa que deve ficar fixada e esclarecida nos estudos do Direito processual penal como disciplina jurídica autônoma. Tal advertência faz-se oportuna, pois há uma perniciosa tradição doutrinária no Brasil de se banalizar as formalidades legais e os eventuais vícios jurídicos que uma investigação criminal ou inquérito policial possa trazer, sob o argumento falacioso de que esses instrumentos estatais são meros procedimentos administrativos sem qualquer capacidade de macular a futura ação penal, sem um rito rígido, formados pela mera junção de dados e informações.

Pois bem, os estudos doutrinários e a história do direito conforme demonstrado neste trabalho, evidenciam que as investigações criminais não são tão inofensivas quanto parecem; ao ponto de se desprezar as formas legais pela incabível presunção de que tudo pode ser saneado e corrigido pela via judicial no curso de uma futura demanda criminal. Até mesmo porque, na fase judicial da persecução penal os prejuízos aos direitos fundamentais estarão consolidados e as deturpações dos fatos apurados e dos dados obtidos serão suficientes para conformar o oferecimento de uma denúncia injustamente formulada pelo Ministério Público, gerando outros efeitos ainda mais nefastos pela simples capitulação jurídica de uma dada narrativa a um tipo penal que não se configurou na realidade. As inverdades são convertidas em imputação penal no curso de uma demanda criminal, tal ocorrência apenas, é suficiente para impor constrangimentos ilegais graves ao denunciado.

3.1 Paradigma da Pós-modernidade e a investigação criminal

Diante de tal contexto, a investigação criminal enfocada pela perspectiva meramente positivista não atinge mais aos anseios democráticos da atual sociedade pós-moderna, pois esta passa a exigir uma concepção do conceito de investigação criminal com adequação aos valores em destaque no Direito Constitucional contemporâneo. Podendo-se mencionar prioritariamente o resguardo e a legitimação das restrições dos direitos fundamentais do investigado em consonância com a dignidade da pessoa humana e a eficiência investigatória em apurar crimes praticados pelos detentores do poder político e econômico.

Todavia, a aludida análise padece de superficialidade e de insuficiência conceitual, pois não se atém aos desdobramentos sociais que a investigação criminal vem gerando na sociedade brasileira quando enfocada apenas pela ótica legalista, divorciada da realidade fenomênica e do dever estatal de resguardo dos direitos fundamentais como forma concretizar justiça social pela via do poder punitivo do Estado. O jurisconsulto Eduardo Bittar ao discorrer acerca das dificuldades jurídicas da pós-modernidade expõe com clareza o divórcio grave que existe entre o direito e a realidade em tempos atuais trazendo:

A crise de eficácia é um ponto de comprometimento da própria existência e sobrevivência do contrato social, na medida em que a ausência e inoperância prática das instituições conduz a um profundo abismo entre a legalidade e a faticidade das regras jurídicas. É deste abismo que se nutrem as desavenças sociais, os desvios, as condutas antijurídicas, os criminosos, para afrontarem ainda mais a própria existência dos organismos estatais e oficiais de representatividade popular. Na carência da eficácia da legislação, todo um novo arranjo de forças sociais se fortalece no sentido de criar um novo sentido para a vida social, que acaba tomando a conformação de um Estado de natureza hobbesiano (lei do mais forte, lei de mercado, eticidade de grupos majoritários). (BITTAR, 2009, p.191)

Percebe-se que a investigação criminal no contexto pós-moderno, padece de ausência de diálogo institucional, a informalidade, a padronização e o simplismo na condução das apurações criminais, conjugados com a mera função de investigar delitos como uma atividade mecânica e exclusivamente voltada para amearhar elementos de provas em favor do Ministério Público, demonstra os riscos

de regressão e manutenção de um modelo autoritário, tecnicista e discriminatório de formulação injusta do processo penal. Moldes estes absolutamente desarmonizados com a realidade democrática atualmente instalada no Brasil e no mundo.

O silêncio dos investigados, o obscurantismo, a imprecisão científica, o isolamento institucional e ausência de metodologia adequada são vícios extremamente nocivos para a atuação investigatória do Estado, pois tais posturas geram opressão e dominação do instrumento estatal investigatório e rompem com a lógica da alteridade e da solidariedade, precisamente proclamada pelo filósofo Enrique Dussel ao dialogar com pensador Emmanuel Lévinas, em sua obra *Filosofia da Libertação*, assevera (1995, p. 18):

"Porque a experiência inicial da Filosofia da Libertação consiste em descobrir o fato opressivo da dominação, em que sujeitos se constituem em senhores de outros sujeitos, no plano mundial desde a expansão européia em 1942; fato constitutivo que deu início a modernidade, centro-periferia; no plano nacional (elites-massas, burguesia nacional-classe operária e o povo); no plano erótico(homem-mulher); no plano pedagógico (cultura imperial, elitista, versus cultura periférica popular etc.); no plano religioso (o fetichismo em todos os níveis) etc... Esta "experiência" inicial vivenciada por todo o latino-americano, até mesmo nas aulas universitárias européias de filosofia – se expressaria melhor dentro da categoria "Autrui" (outra pessoa tratada como outro), como pauper (pobre)."

Nessas condições institucionais opressivas a investigação criminal não comporta resultados adequados seja para a necessária e justa punição futura, seja para a eclosão da verdade com uma restrição ponderada e legítima dos direitos fundamentais dos investigados que devem agir em participação comunicativa no contexto inquisitorial do inquérito policial como dos demais instrumentos investigatórios. A investigação criminal na perspectiva pós-moderna reclama a ação comunicativa com uma postura solidária e ética no exercício do discurso argumentativo e probatório, como demonstra Habermas nas seguintes reflexões (HABERMAS, 1991, p. 71):

A justiça entendida numa perspectiva pós-moderna só pode convergir para a solidariedade enquanto sua contrapartida, no caso desta se transformando à luz da idéia de uma formação da vontade geral e discursiva. Sem dúvida que as noções fundamentais de igual tratamento, solidariedade e bem-estar geral, em torno das quais todas as morais giram, também se encontram instaladas em sociedades pós-modernas, desde logo nas condições de simetria e nas expectativas de reciprocidade de toda a

prática comunicativa do dia-a-dia e mais exactamente sob a forma de necessários pressupostos gerais e pragamáticos da acção comunicativa.

Portanto, a comunicação democrática e plena no contexto investigatório-criminal confere as mais variadas possibilidades de controle social da acção estatal e rompe com o silêncio dos excluídos, com a violência e torturas persecutórias, com a manipulação de provas e com os desmandos arbitrários, oferecendo ampla transparência e clareza aos procedimentos investigatórios criminais adotados e aos resultados de justiça obtidos. Toda a atividade estatal de investigar é posta às claras, tanto os atos dos investigados como o sistema investigatório por inteiro passa a ser visto e controlado socialmente.

Dessa forma, o rótulo da exclusão e da manipulação do procedimento investigatório pode ser localizado pontualmente e reprimido judicialmente em prol do interesse público primário de concretização de uma justiça penal democrática.

Seguindo a análise da mesma problemática de um modelo de processo penal opressivo e padronizado pelo sistema capitalista, sob o prisma da filosofia da linguagem discorrem os pensadores frankfurtianos Adorno e Horkheimer na obra *Dialética do esclarecimento*, dispõe (ADORNO, 1985, p.166):

No mundo da produção em série, a estereotipia – que é seu esquema-substitui o trabalho categorial. O juízo não se apóia mais numa síntese efetivamente realizada, mas numa cega subsunção. Se, numa fase histórica primitiva, o julgar consistia num rápido discriminar capaz de desfechar sem hesitação a seta envenenada, nesse meio tempo a prática de troca e a administração da justiça fizeram seu trabalho. Antes, o juízo passava pela etapa da ponderação, que proporcionava certa proteção ao sujeito do juízo contra uma identificação brutal com o predicado. Na sociedade industrial avançada, ocorre uma regressão a um modo de efetuação do juízo que se pode dizer desprovido de juízo, do poder de discriminação. Quando o facismo substitui no processo penal os procedimentos legais complicados por um procedimento mais rápido, os contemporâneos estavam economicamente preparados para isso; eles haviam aprendido a ver as coisas, sem maior reflexão, através dos modelos conceituais e termos técnicos que constituem a estrita razão imposta pela desintegração da linguagem. O percebedor não se encontra mais presente no processo da percepção. Ele não mobiliza mais a passividade ativa do conhecimento, na qual os elementos categoriais se deixam modelar de maneira adequada pelo “dado” convencionalmente pré-formado, e este por aqueles de tal modo que se faça justiça ao objeto percebido.

Nessa quadra de compreensão, em que o processo penal se padroniza para atender à lógica da sociedade de massas pós-industrial é premente uma nova

abordagem científica das características tradicionais da investigação criminal, que permita a visualização deste fenômeno jurídico por um viés crítico, fundado no constitucionalismo contemporâneo e na perspectiva de igualdade material entre os investigados e os órgãos investigadores. Isonomia esta efetivada com individualização e proporcionalidade na utilização dos poderes persecutórios de investigar e das medidas cautelares em detrimento dos direitos fundamentais de seus destinatários.

Por outro lado, há que se destacar a necessária adequação da atividade investigatória do Estado não apenas para gerar igualdade material e preservação de direitos fundamentais dos hipossuficientes, mas ainda para a intensificação do poder persecutório promovido inter-institucionalmente visando o combate da macrocriminalidade econômica e política pela via do Princípio da Universalização da Investigação.

Democratizar a investigação criminal, significa por certo estabelecer uma abertura aos procedimentos legais para os influxos informativos dos cidadãos, podendo nessa ótica, tanto intensificar a ação persecutória com a múltipla participação dos órgãos e instituições colaborativas pela via comunicativa, como viabilizar a interferência do próprio investigado condensando dados e argumentos jurídicos em contraste com os elementos de provas já colhidos, para com isso, evitar a propositura de uma futura ação penal temerária e gerar o arquivamento do feito com uma resolução extra-judicial e pré-processual para a lide penal instaurada. Ou em caso contrário subsidiar adequadamente o Ministério Público para que pratique a dedução da pretensão punitiva em juízo de forma justa. Até porque, não se pode admitir uma postulação criminal inadequada e abusiva em franca desproporção com os fatos efetivamente apurados na investigação criminal.

Na contramão de tal evolução democrática da investigação criminal há em trâmite no Congresso Nacional a proposta de emenda constitucional nº 37, que visa retirar a possibilidade de investigação criminal correlata por parte do Ministério Público juntamente com as demais instituições persecutórias incluindo em especial a Polícia Judiciária. A aprovação de tal modificação constitucional virá como um grave retrocesso no processo de amadurecimento e fortalecimento democrático das instituições republicanas que se fecharam no exclusivismo investigatório.

Portanto, a perspectiva de abertura democrática apregoada por Peter Häberle de se promover uma sociedade pluralista e receptiva às influências e informações diversificadas de vários setores sociais sofrerá um forte golpe, com o fechamento da investigação criminal apenas aos órgãos da polícia judiciária.

3.2 Dever Estatal de Investigar – Proibição de Infraproteção

Em que pese o reconhecimento de que a atividade investigatória criminal causa impacto e limitações severas aos direitos fundamentais dos investigados. É certo também, que o Estado Constitucional não compactua com a criminalidade e com a vulneração da sociedade e da ordem pública diante da prática de delitos que também são lesivos aos direitos fundamentais de outros cidadãos.

Portanto, o paradigma filosófico do agir comunicativo não figura somente como instrumental ideológico de controle dos excessos que porventura o Poder Público possa praticar ao investigar, mas, sobretudo, legitima a pluralização e universalização da investigação criminal para promovê-la em favor dos membros da sociedade.

Assim, ao mesmo tempo em que a democracia deliberativa busca legitimar todo o poder pela participação e pela comunicação das pessoas, visa também expandir as redes institucionais de fluxo de informações entre os órgãos públicos que compõe as diversas estruturas estatais da Administração Pública Direta e Indireta.

A canalização e distribuição das informações obtidas pelos mais variados entes públicos investigatórios, permite de certa forma, que haja um aumento quantitativo e qualitativo da eficiência da investigação criminal com resultados adequados e justos para o enfrentamento da dominação do capital e do poderio político que reiteradamente vem corrompendo as instituições democráticas brasileiras.

Luciano Feldens em seu trabalho intitulado: “O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como

imperativo de tutela” discorre acerca da reformulação dos direitos fundamentais nos Estados Sociais, pela perspectiva positiva de proteção de bens jurídicos. Nesse sentido, o autor categoriza o dever de investigar como sendo uma das atribuições do Poder público como direito fundamental de segunda dimensão (2009, p. 228):

Analisados desde sua concepção originária, os direitos fundamentais garantem aos indivíduos uma zona de liberdade de atuação imune aos ataques provenientes dos poderes públicos. Nessa perspectiva tradicional, própria de um modelo liberal clássico, os direitos fundamentais projetam-se exclusivamente em face do Estado, impondo-lhe obrigações negativas, de abstenção (proibição de intervenção) nas esferas por ele acobertadas. Funcionam essencialmente, pois, como direitos de defesa perante o Estado. Sem embargo, na medida em que o Estado liberal de Direito evolui para formas de Estado Social de Direito os direitos fundamentais dinamizam sua própria significação, deixando de figurar como meros limites ao exercício do poder político para se tornarem um conjunto de fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos.

Tal postura positiva de promoção dos direitos fundamentais se coaduna com a cooperação institucional revelando-se absolutamente legítima em um Estado Constitucional, desde que haja respeito aos valores constitucionais coarctados pela ação das autoridades. Sendo por força de tais argumentos, defensável a possibilidade de investigação criminal por parte do Ministério Público como mais um ente habilitado a estabelecer a ação comunicativa com demais órgãos de investigação que integram toda a estrutura da Administração Pública Direta e Indireta. Isso para que se cumpra a promessa constitucional de proteção estatal dos bens jurídicos penalmente relevantes atingidos ou na ameaça de vulnerabilidade pela ação criminosa.

Em consonância com o contexto de expansão dos espaços públicos de comunicação institucional em prol da investigação criminal, adveio a Lei Federal nº 12.527 de 18 de novembro de 2011, que passou a regulamentar o direito constitucional de acesso às informações públicas tidas como regra e o sigilo como exceção a ser fundamentado pelas autoridades portadoras de informações sigilosas. Nessa perspectiva, o mencionado diploma legislativo amplia a proteção dos bens jurídicos e a eficiência investigativa pela possibilidade de troca de informações entre os órgãos públicos para a conformação e o esclarecimento de fatos penalmente relevantes na investigação criminal.

Partindo-se do pressuposto de que a investigação criminal bem conduzida depende da troca efetiva de informações, a nova Lei de acesso aos dados públicos harmoniza-se com tal desiderato e viabiliza a canalização inter-institucional de elementos de provas, documentos e todos os tipos de informações úteis ao desvendamento do crime, entre os órgãos que compõe a esfera pública e a esfera privada. Essa dinâmica democrática e informativa de comunicações de dados revela a marca de sociedade aberta e pluralista permitindo o alcance do princípio da proibição da infraproteção, pela arregimentação colaborativa de provas para a instrução criminal.

O dever estatal de proteção pela via da persecução penal é uma conquista inerente à evolução da estrutura estatal brasileira para o modelo intervencionista do Estado-providência ou Welfare State, especificamente na seara da justiça penal. Em consonância com o atual Estado Constitucional, resguardar a persecução penal e a investigação criminal é uma decorrência lógica da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas como tarefa prioritariamente conferida aos órgãos policiais como uma modalidade de serviço público essencial à manutenção da sociedade.¹⁰

Dispondo por oportuno acerca do dever de proteção do Estado de bens jurídicos especificamente com relação ao resguardo do valor vida humana, constantes da Constituição Português, J. J. Gomes Canotilho em sua obra Direito Constitucional e Teoria da Constituição, preleciona (2011, p. 393):

¹⁰ O Supremo Tribunal Federal definiu em sua jurisprudência a categorização da segurança pública como modalidade de direito social de natureza difusa no Agravo em Recurso Extraordinário - RE 367.432-AgR/PR, rel. Min. Eros Grau, 2º Turma, DJe 14.05.2010 "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. 1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos [artigo 129, I e III, da CB/88]. Precedentes. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo regimental a que se negaprovisamento. In: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=67&dataPublicacaoDj=08/04/2011&incidente=2548689&codCapitulo=6&numMateria=47&codMateria=3> acesso em 10 de junho de 2012.

Finalmente, em terceiro lugar, mesmo que a dimensão garantística aponte basicamente para a inexistência de agressão ou coação político-estatal, isso não significa que eles não se configurem, igualmente como direitos a exigir o cumprimento do dever de proteção a cargo do Estado (Schutzpflicht) das condições do exercício de liberdade (exs.: o direito à vida consagrado no art. 24º/1, significa não apenas o direito de não ser morto, mas também direito a viver, no sentido do direito a dispor de condições de subsistência mínimas e o direito a exigir das entidades estatais a adoção de medidas impeditivas da agressão deste direito por parte de terceiros).

Em tal perspectiva, nota-se a possibilidade de cumprimento dos deveres democráticos do Estado pela legítima ação comunicativa entre as várias autarquias e entes investigatórios que exercem poder de polícia e que agrupam informações públicas relevantes para a elucidação de um evento delituoso. Com fundamento legal, autarquias federais e órgãos públicos da Administração Direta têm como função primordial a investigação de fatos que em tese caracterizam ilícitos administrativos. Tais dados, porém, podem ser canalizados para a comprovação e o desvendamento de delitos e atos de improbidade administrativa à título de encontro fortuito de provas.

Para tanto, pode-se catalogar os principais entes e órgãos públicos com poder investigatório, quais sejam: CPI Comissão Parlamentar de Inquérito; IBAMA Instituto Brasileiro de Meio Ambiente; CADE Conselho Administrativo de Defesa Econômica; CVM Comissão de Valores Mobiliários; BACEN Banco Central do Brasil; INSS Instituto Nacional de Seguridade Social, INCRA Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, ABIN Agência Brasileira de Inteligência, a Receita Federal, o CNJ Conselho Nacional de Justiça, dentre tantos outros.

Servindo de fundamento para a expansão e universalização da atividade investigatória de delitos, faz-se pertinente invocar as palavras de Paulo Otero ao discorrer acerca do pluralismo e organização do poder político, em sua obra de Direito Constitucional Português, vol. I Identidade Constitucional. O autor é preciso ao definir e defender o pluralismo organizativo como modo de promoção da legitimidade democrática dos poderes no cumprimento de seus objetivos funcionais (OTERO, 2010, p. 63):

O princípio pluralista, apesar de alicerçar o postulado democrático que permite falar num princípio de preferência pelas decisões dos órgãos dotados de legitimidade político-democrática superior, nunca pode conduzir a um sistema de concentração ou centralização de poderes: o pluralismo organizativo postula, em primeiro lugar, a afirmação, o respeito e a garantia da separação dos poderes, entendida como proibição de concentração de poderes, entendida como proibição de acumulação de funções num mesmo titular de um cargo público.

A separação ou divisão de poderes, continuando ainda hoje a ideia de Montesquieu que a torna condição de liberdade, é também instrumento de pluralismo, pois permite que a competência decisória nos domínios político, legislativo, administrativo e judicial se encontre repartida por vários órgãos, existindo entre eles um sistema de freios e contrapesos, nos termos do qual sobre uma mesma matéria é conferida a um ou vários órgãos uma “faculdade de estatuir” (*:faculté de statuer*) e a outros uma “faculdade de impedir” (*:faculte d’empêcher*).

Partindo-se da correlação entre o aludido Princípio pluralista e a Teoria do Agir Comunicativo como fundamento filosófico para a prática da investigação criminal, constata-se a possibilidade de uma atuação cooperativa e pluri-institucional para a implementação prática do Princípio da Proibição da Proteção Deficiente, evitando-se, a impunidade e a ocultação dos delitos que ocorrem nas cúpulas das elites econômicas e políticas do Brasil.

Mantendo o prisma da eficiência investigatória, o Princípio da Proibição da Proteção Deficiente impõe ao Estado o dever de proteger a sociedade contra eventuais ataques a bens jurídicos penalmente relevantes, seja se aparelhando adequadamente do ponto de vista legislativo, seja materializando-se na prática por atos efetivos a punição dos agentes delituosos.

Na mesma medida em que o Estado não deve agir com excessiva intensidade na mitigação de direitos fundamentais para atingir seus resultados institucionais, também não lhe é dado proceder de forma pusilânime, apática e acovardada diante das investidas da criminalidade numa postura de conivência e estímulo à impunidade.

3.3 Inquisitorialidade Investigativa Adaptada à Participação Comunicativa

No modelo legal vigente no Direito Processual Penal brasileiro, a investigação criminal por meio dos instrumentos previstos no ordenamento jurídico, se realiza pela autoridade persecutória unilateralmente, sem a necessária anuência ou concordância do investigado que não é chamado a debater a forma e a legitimar o conteúdo dos atos investigatórios praticados para revelar a autoria e materialidade de delitos. Portanto, não há que se falar, diante do atual panorama processual penal, em aplicação do Princípio do Contraditório como regra geral na fase inquisitorial da persecução penal.

Portanto, o agente estatal que preside a investigação de delitos, não abre oportunidades para que o investigado ou para que outra pessoa exerça o direito de defesa técnica de teses materiais e processuais. Isso porque na realidade, ainda não existe acusação formal ou imputação de fato típico ou de responsabilidade penal especificamente direcionada a qualquer pessoa ou indivíduo nesta etapa da persecução penal.

Contudo, este atributo deve ser focado com temperamentos, pois mesmo não havendo atividade contraditória na investigação criminal, há certamente a participação comunicativa do investigado podendo influenciar na apuração dos fatos, inclusive por meio da autodefesa, inclusive podendo se valer de uma advocacia investigatória defensiva ao peticionar requerendo a juntada de documentos e demais provas que lhe possam beneficiar com base no direito constitucional de petição em conformidade como o que dispõe o art 14 do Código de Processo Penal.

Por outro lado, a inquisitorialidade não é uma qualidade irrefutável e absoluta em sede de investigação criminal. Por essa ótica é perfeitamente possível a prática de excepcionais atos procedimentais sob o crivo do contraditório no curso de uma investigação criminal, são as chamadas provas cautelares. É o que dispõe a nova redação conferida aos arts. 155 e 156 inciso I ambos do Código de Processo Penal, que após o advento da Lei nº 11.690/2008, passou a admitir a realização de um contraditório pontual e pré-processual na etapa investigatória.

O dispositivo em questão contempla medida judicial que possibilita a produção antecipada de provas em caráter cautelar, deflagrada de ofício por deliberação do Juiz competente, que se valerá sob a luz da proporcionalidade e adequação do seu poder geral de cautela para a condução da colheita de prova específica que em razão do curso do tempo sofre o risco de perimir.

Aludida modificação legislativa tem o condão de aproximar o modelo investigatório do processo penal aos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa nos moldes da Constituição Federal de 1988, porquanto, reduz o campo de atribuição do agente persecutório que preside a investigação criminal, na função de arregimentar provas e transfere ao Poder Judiciário, parcela desta atribuição. Por seu turno, o magistrado além de legitimar tais provas para serem usadas futuramente em juízo, poderá aferir a qualidade da atividade investigatória e efetivar o controle judicial de legalidade dos atos investigatórios.

Em que pese indiscutível o caráter inquisitorial da investigação criminal, tal atividade estatal se efetiva imersa em um espaço público de discurso decorrente do Estado Democrático e Constitucional de Direito de viés republicano, e, portanto, deve ser orientada pela legalidade e pelo respeito aos direitos fundamentais dos investigados e das demais pessoas envolvidas nos esclarecimentos dos fatos passíveis de apuração.

O resquício inquisitorial na persecução penal brasileira por anular a condição de pessoa cidadã investigada é criticado por Jacinto Nelson Miranda Coutinho ao esclarecer (2009, p. 255):

A principal e única diferença definitiva remete à extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, no sistema inquisitório, o qual recolhe a prova (antes de qualquer outro) e determina sua produção. Nele o acusado é mero objeto de investigação por isso a regra é que seja decretada sua prisão cautelar, ficando assim, à disposição da instrução enquanto verdadeiro objeto e meio de prova. De certa forma, desaparece o cidadão; ou pode desaparecer

E prossegue, o mesmo autor concluindo pelas sugestões de soluções para os problemas e as distorções estruturais do modelo inquisitorial inerente à gestão da prova na persecução penal brasileira (COUTINHO, 2009, p. 257):

Nesta esteira, o sistema processual brasileiro é indubitavelmente, inquisitório, porque seu princípio unificador é o inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, senhor do processo. A solução parece estar na superação da estrutura inquisitória e, para tanto, há de se dar cabo do inquérito policial, não para se introduzir o chamado juizado de instrução (tão ruim quanto aquele), mas para, aproximando-se da matriz acusatória, permitir-se tão-só uma única instrução, no crivo do contraditório. No mais, a acusação poderia ser formulada com base em investigação realizada pela polícia, função para a qual existe e está preparada mais que ninguém, ainda que sob o controle externo do MP. Sob as penas da lei, um órgão de acusação consciente não deduziria ação – imaginando-o engajado à democracia – por mera elucubração mental. E o juiz, longe da colheita da prova, poderia ter condições suficientes para, sem influências de qualquer gênero, preparar-se para o devido acerto do caso penal.

Partindo da ótica da produção da prova, a inquisitorialidade acaba por neutralizar a participação comunicativa com o investigado cidadão levando-o a submissão a uma gestão e produção injusta e unilateral da prova processual penal por parte da autoridade condutora dos atos investigatórios.

Portanto, a fixação da premissa de que a investigação criminal se materializa no espaço público democrático e deliberativo, faz-se concluir o fato de que o contraditório é passível de inserção no contexto inquisitorial como instrumento de legitimação da verdade dialógica com participação comunicativa dos agentes inseridos implicados no discurso argumentativo travado em âmbito pré-processual.

3.4 Revisão da (In)Dispensabilidade do Inquérito Policial

A doutrina tradicional do processo penal brasileiro predominantemente sempre defendeu a posição teórica de que o inquérito policial e demais peças investigatórias de informações são dispensáveis, e que o órgão do Ministério Público por ser o titular privativo da ação penal não dependeria e nem ficaria vinculado a qualquer instrumento investigatório, nem mesmo à sua própria investigação criminal.

Tal lógica processual se estende para a conclusão de que o inquérito policial e os demais meios investigatórios previstos no ordenamento jurídico brasileiro, não são um caminho procedimental obrigatório e indispensável para a formação de um juízo acerca da ocorrência do crime e de sua autoria. Sendo certo,

portanto, que qualquer falha procedimental ou imperfeição do inquérito policial ou de qualquer outra espécie de investigação criminal não teria o condão de avançar para a fase processual da persecução penal de forma à tornar nula a ação penal por consequencialidade de eventual vício que pudesse inquinar os atos inquisitoriais.

Registre-se, porém, que tal postura dogmática deve ser vista na atualidade com reservas. É bem verdade que o Ministério Público não tem como fonte de prova exclusiva apenas um tipo de investigação criminal, pois o direito de provar do órgão ministerial seja na etapa pré-processual seja no curso da demanda criminal, vai muito além de qualquer vinculação institucional com as Polícias Cíveis e Militares e demais órgãos investigatórios, pois se trata de exercer o seu desiderato constitucional.

Contudo, em tempos de sociedade pós-moderna o que se nota é o avançar de uma criminalidade organizada e cibernética praticando delitos de alta complexidade fática e difícil elucidação, alteração circunstancial essa, que reflete também no modelo da atividade investigatória, que passa a depender de operações e atos investigatórios multidisciplinares e específicos, inclusive quando se tratar de apurar delitos dotados de impactos difusos e coletivos categorizados como modalidades de macrocriminalidade econômica.

Acerca do novo panoram histórico da nova criminalidade pós-moderna e das dificuldades de apuração e punição desses delitos discorre a autora poturguesa Isabel Oneto (2005, p.47):

O último quartel do século XX assistiu ao surgimento de novos tipos de criminalidade, propiciados pelos avanços tecnológicos, em particular no que se refere aos meios de comunicação e às potencialidades proporcionadas pelo desenvolvimento da informática. O crime organizado adquiriu uma dimensão nunca antes conhecida e é nesse contexto que deve ser encarada a adoção, nos diversos ordenamentos jurídicos, da figura do agente infiltrado.

À tipologia diversa que a nova macrocriminalidade assumiu – além do “velho” White-collar e do recente ciber-crime – juntou-se agora o bioterrorismo, expressão que revela a dimensão da capacidade mortífera das organizações terroristas do novo milênio, como se não bastasse já o tráfico de plutônio enriquecido, revelado há mais de uma década, propiciando alguns Estados e/ ou organizações terroristas um terrível reforço de seu potencial bélico e fazendo temer o pior.

É nesse ambiente desafiador de macrocriminalidade que a lógica do agir comunicativo permite a elaboração de fluxos de informações, no sentido de combater e punir tais agentes pela prática investigativa colaborativa e eficiente.

Diante desses novos modelos delituosos há a necessidade de se rever a investigação criminal inclusive para o seu destinatário imediato o Ministério Público. Em que pese haja independência funcional conferida constitucionalmente aos órgãos de acusação do Ministério Público, é sabido também que os Promotores de Justiça e Procuradores da República não possuem formação técnica para a elucidação de crimes dotados de alta complexidade financeira, contábil e até mesmo ambiental, para formarem um juízo de valor seguro acerca do suporte fático subjacente de delitos dotados de tal especificidade.

A pré-concebida deficiência do órgão ministerial o torna até certa medida dependente de investigações criminais devidamente institucionalizadas, pois estas conduzem a um esclarecimento seguro com demonstração pericial afeta às diversas áreas específicas e quase indecifráveis do conhecimento humano que não são próprias do domínio técnico de tais agentes políticos.

Não é por outro motivo, que o dogma da dispensabilidade do inquérito policial e de demais investigações criminais deve ser revisto, pois em determinados casos só será possível a propositura da ação penal com uma condução eficiente da persecução penal e se de fato a investigação criminal ocorrer como norte indispensável ao Ministério Público. Assim, será possível a conjunção cooperativa de esforços institucionais para que a investigação criminal alcance os membros das escalas sociais mais elevadas economicamente e proceda com base na isonomia substancial uma apuração criminal proporcional à vultuosidade do delito praticado.

Sem perder de vista a adoção da Teoria do agir comunicativo na presente abordagem, constata-se que a concepção da investigação criminal como um fenômeno estatal que se desenvolve no espaço público democrático, não se presta apenas para legitimar a preservação dos direitos fundamentais dos investigados, como admite e viabiliza ainda o diálogo institucional entre vários órgãos de diversas instituições republicanas distintas, para com isso desvendar e coibir a criminalidade de grande porte, com fundamento no Princípio da Universalização das Investigações.

Dessa feita, é possível estabelecer proporcionalidade e igualdade na condução das investigações criminais fazendo-as individualizadas e adaptadas caso a caso. Isso porque, fazer justiça penal não consiste em apenas individualizar a pena judicialmente, mas partir de uma persecução penal justa e equânime que permita a adequada demonstração do delito para a imposição de uma sanção penal igualmente justa, tratando-se ora de investigado pobre ou ora do rico com os instrumentais suficientes, adequados e necessários.

3.5 Superação da Investigação Unilateral – Multidisciplinariedade Investigatória

Na atual estágio de evolução da sociedade pós-moderna e da criminalidade que se forma nesse contexto, não se pode mais admitir que a investigação criminal seja um atividade unilateral produzida apenas sob o comando de um agente persecutório, como apenas um Delegado ou um Promotor de justiça.

A complexidade fática dos delitos que começam a aflorar na atualidade demanda dos órgãos estatais, uma indispensável intersubjetividade investigatória nos moldes da ação comunicativa, que se coaduna com o denominado Princípio da Universalidade Investigatória. Isso porque, a especialização da sociedade, por conseguinte, da criminalidade exige como decorrência lógica um modelo interdisciplinar de investigação criminal. Dessa forma, a investigação criminal como atividade administrativa do Estado, se verá fortalecida democraticamente para o enfrentamento de eventuais abusos ou ingerências políticas e econômicas de detentores de alguma forma de poder que não necessariamente estatal.

Não se pode conceber, hodiernamente, uma investigação criminal concentrada apenas nas mãos de uma única autoridade policial ou ministerial. Revela-se salutar a abertura de linhas investigatórias diversificadas e paralelas que se auto-referenciem em um regime de cooperação institucional e federativa, para tornar plausível a adoção da lógica do agir comunicativo com as devidas trocas de informações e dados entre os órgãos aptos a operacionalizar a elucidação dos crimes.

A impunidade do crime organizado e da macrocriminalidade econômica e política se sustentam na fragilidade técnica, cognitiva e operacional de investigações criminais “fechadas”. Ou seja, aqueles inquéritos policiais e demais instrumentos investigatórios conduzidos apenas pelos órgãos investigatórios da Polícia Judiciária ou do Ministério Público, conduzem invariavelmente à insuficiência probatória da culpa. Isso se dá em razão da própria estrutura legal e administrativa da persecução penal se moldarem para punições das massas e de pessoas desguarnecidas pelo Estado-providência.

A rigor, não há uma gestão estatal da investigação criminal politicamente motivada para se voltar contra as elites. Com isso, os instrumentos persecutórios de que o Estado dispõe para a concretização da justiça penal, ficam fragilizados no alcance de suas funções institucionais diante das investidas arbitrárias do poder econômico e político. Na realidade brasileira não é incomum notar interferências de políticos poderosos na independência de magistrados que ficam suscetíveis às mais absurdas formas de pressão antidemocráticas à serviço de uma impunidade autoritária.

Em confrontação às condutas autoritária pela impunidade dos poderosos, resta apenas a atuação do Poder Judiciário com a utilização da própria democratização da investigação criminal como contra-ataque. Assim, pela via da ação comunicativa em atrelamento cooperativo institucional, a investigação criminal ocorrerá como fruto da síntese de várias instituições estatais com poder de esclarecimento fático, implementando-se uma forma de abertura e pluralização das informações que evidenciam a prática delitiva de pessoas poderosas política e economicamente.

Nesse prisma de argumentação, temos as lições de Rodolfo Tigre Maia expondo as dificuldades políticas e técnicas de se punir os poderosos pela estruturação de um ordenamento penal efetivo, ao dispor sobre estudos da Lei de Lavagem de Capitais nº 9.613/98 adverte o autor (1999, p. 15-16):

A terapêutica legislativa afinal adotada pelo Estado brasileiro para enfrentar esta grave questão, através da edição da Lei federal n. 9.613/98, poderá não ter sido a mais eficiente e abrangente, contudo foi a resultante possível do enfrentamento das forças sociais e políticas que integram nosso Parlamento, e, neste sentido, consubstancia significativo avanço.

A hegemonia conservadora neste contexto associada à lamentável tradição de utilização servil e acrítica de modelos e experiências de outros países, bem como a notória capacidade de interferência dos grupos de pressão de “colarinhos brancos” na elaboração e sancionamento de regulações que possam atingir seus interesses (quando não é a eles próprios delegada a responsabilização pela elaboração), dilucidam a relativa tibieza no enfrentamento e na normatização de temas politicamente delicados tais como a (não) inclusão expressa de crimes contra a ordem tributária dentre os crimes antecedentes da “lavagem” de dinheiro, a manutenção da rigidez na quebra dos sigilos bancários e fiscal, as limitações no sancionamento das pessoas jurídicas, as limitadas atribuições e responsabilidades das empresas que conformam o sistema financeiro nacional e de determinados profissionais (e. g., advogados, banqueiros, operadores do mercado de capitais) nos mecanismos preventivos de combate à reciclagem de ativos ilícitos, a tentativa de amesquinamento das missões constitucionalmente cominadas ao Ministério Público no projeto de lei oriundo do Executivo, etc.)

Diante deste contexto social de desigualdades sociais, para que investigação criminal possa trazer resultados efetivos para a elucidação da verdade e para a possibilidade de punição adequada e justa dos agentes criminosos, não basta apenas a ação das Polícias judiciária e do Ministério Público, faz-se ainda premente uma pluralização institucional de órgãos investigatório no sentido de dissipar as interferências indesejáveis de ordem política e econômica na investigação criminal. Aliás, tal postura se mostra em franca consonância com o Princípio constitucional implícito da Proibição da Proteção Deficiente. Portanto, é possível promover resultados efetivos e permitir que a sociedade mantenha-se penalmente protegida pela eficiência da atividade investigatória.

3.6 Superação da Crença de que o Investigado é Mero Objeto de Investigação

Em uma análise das doutrinas clássicas de Direito Processual Penal, percebe-se que no ponto referente à investigação criminal e inquérito policial, se caracteriza pela ausência de contraditório na fase inquisitorial da persecução penal pelo simples fato de que o investigado é tido como objeto de investigação e não como sujeito de direitos.

Ora, tal dogma não se coaduna com as atuais concepções teóricas de um Estado Constitucional de Direito que se estrutura no postulado normativo da dignidade da pessoa humana. Pois todos os indivíduos quando postos diante da

ação estatal em quaisquer circunstâncias conservam a condição de sujeitos de direitos fundamentais. Rigorosamente, o que se pode afirmar é que por não haver dialética processual na fase investigatória, não há, por conseguinte, que se falar ainda em exercício de alguns direitos processuais específicos.

Todavia, é certo que o investigado é titular de direitos fundamentais de todas as espécies e ainda detém legitimidade processual para figurar como sujeito de direitos processuais, pois pode exercer autodefesa e também defesa técnica. Isso se verifica, quando o investigado pratica atos processuais defensivos como: impetração de habeas-corpus contra atos persecutórios abusivos; juntada de documentos favoráveis à sua inocência no curso do inquérito policial pela via da investigação defensiva; participação em medida cautelar de produção antecipada de provas; instauração de incidente de insanidade mental dentre outras providências.

4 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL IMERSA NA ESFERA PÚBLICA ADMINISTRATIVA

Fundando-se nas concepções definidas por Habermas, acerca da esfera pública de discurso e consenso, como estrutura subjacente para o exercício do agir comunicativo, é cabível a transposição de tais reflexões filosóficas para apresentar soluções à sofrível e opressiva realidade investigatória brasileira na atualidade.

O aludido referencial teórico permite uma reinterpretação da atividade investigatória em moldes amplamente democráticos e legítimos com a finalidade de solucionar os graves problemas acima enunciados com resguardo dos direitos fundamentais das pessoas, sobretudo, naqueles contextos que denotam um perfil de atuação autoritária com apego aos ultrapassados dogmas facistas.

Referido modelo filosófico atenderá ainda à superação da ineficiência instrumental para a apuração de crimes de alta complexidade técnica, com inserção da doutrina do agir comunicativo nos diálogos institucionais entre os mais variados órgãos públicos capazes de colaborar de forma multidisciplinar com o esclarecimento e a punição adequada dos delitos.

Assim, a percepção da investigação criminal como fenômeno institucional que se desenvolve na esfera pública de discurso, admite várias abordagens. Em um primeiro enfoque abstrato ou normativo, nota-se a atividade investigatória como sendo regulamentada legalmente no âmbito esfera pública legiferante que ocorre nas Casas Legislativas e nos Parlamentos. Posteriormente, tem-se a investigação criminal na perspectiva efetivamente concreta, enfocada como uma espécie de procedimento administrativo inquisitorial como atividade estatal imersa na esfera pública institucional em patamar infralegal.

É no plano administrativo que a investigação criminal é travada e se materializa pelo confronto dialógico estabelecido entre as autoridades investigatórias, os investigados e demais agentes comunicativos interferentes, com base nos limites democráticos que a esfera pública impõe. Para tanto, a

investigação criminal serve de ambiente para o fluxo de informações e dados com a correlativa argumentação jurídica de cada um dos agentes envolvidos neste fenômeno estatal e democrático.¹¹

Sobre o tema com ênfase nos estudos filosóficos de Habermas quando da estruturação e legitimação dos poderes constitucionais constituintes, discorre a doutrinadora portuguesa Luzia Marques da Silva Cabral Pinto em sua obra intitulada: Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição (1994, p. 129):

Estão aqui postos os termos em que Habermas postula a relação à verdade das questões práticas. Toda a prescrição jurídica tem uma pretensão de validade, isto é, apresenta-se como expressão de interesses universalizáveis. Contudo, só um consenso obtido mediante argumentação acerca da capacidade de generalização dos interesses normativamente contemplados poderá confirmar aquela pretensão. O consenso será, pois o critério de verdade ou de justiça; não – como já fomos percebendo – o consenso efectivo que estabiliza um qualquer status quo, mas justamente aquele que há-de ser crítico em relação a toda a efectividade e que apenas se estabelece na hipótese contrafactual (*Kontrafaktisch*) de uma situação ideal de fala (*Ideal Spraschsituation*). Configurar-se-á essa situação numa estrutura comunicativa livre de distorções ideológicas, na qual a única pressão consentida seja a do melhor argumento e o único motivo o da busca cooperativa da verdade; aí as pretensões de validade problematizadas serão o único objecto de discussão e todos os participantes beneficiarão de oportunidades iguais para escolher e realizar atos de fala.

¹¹Filipe Carreira da Silva discorre sobre espaço público em Habermas dispondo: “Esta mesma noção de esfera pública burguesa, formada por indivíduos privados que, em conjunto, debatem publicamente assuntos de interesse geral e que funciona enquanto instância de controlo e de legitimação do poder político exercido pelo Estado administrativo, remonta a Kant, que em O Que é Iluminismo? (1784) afirma que: por uso publico da própria razão entendo aquele que qualquer um, enquanto erudito, dela faz perante o grande público do mundo letrado. Chamo uso privado àquele que alguém pode fazer da sua razão num certo cargo público ou função a ele confiado. Por outras palavras, na esfera pública burguesa apenas a força do melhor argumento poderia decidir o resultado do debate: quaisquer outros recursos (econômicos ou sociais) não deveriam, em princípio, ser tidos em consideração. Este ponto da argumentação suscita-nos algumas dúvidas: seria possível encetar uma discussão racional sem ter em conta o estatuto social e económico dos contendores em confronto, como se este fosse algo distinto e separável da identidade pessoal? Será possível, através de um mero ato de vontade desactivar parte substancial da nossa identidade, como é o caso dos recursos simbólicos associados ao estatuto social? Não é certamente por acaso que este critério constitui um dos pontos mais criticados pelas comentadoras feministas, para quem este “esquecimento” não só nunca foi respeitado, como também e sobretudo, serviu de justificação para exclusão continuada de grupos sociais étnica, sexual ou economicamente diferentes do grupo social de referência – masculino, educado e europeu continental.” (SILVA, Filipe Carreira. **Espaço público em Habermas**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2002 p.19)

Conceber a investigação criminal como manifestação de poder estatal e fenômeno jurídico conduzido pelo agir comunicativo imerso a uma esfera pública, revela benefícios técnicos, tais como: Eficiência administrativa da investigação criminal pela cooperação e diálogo pluri-institucional em franca consonância com o Princípio da Proibição da Infraproteção; apuração democrática da verdade pela via da integração social das pessoas envolvidas com o fato apurado e com os órgãos persecutórios em ação, permitindo nessa perspectiva a utilização proporcional do poder investigatório em consonância com as condições pessoais do investigado.

4.1 Evolução do Conceito de Esfera Pública

Os estudos acerca da concepção filosófica de esfera pública partiram inicialmente de uma abordagem formulada por Jürgen Habermas em sua obra intitulada *Mudança Estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma sociedade burguesa*. É de se registrar que o conceito de esfera pública ainda está inacabado e passa por constantes modificações e em processo de constante evolução.

Por tais estudos, Habermas define a noção de esfera pública fundando-se em um caminhar histórico que evolui desde o advento do Iluminismo e da Revolução Francesa até a eclosão da conturbada década de 1960 do século XX.

Inicialmente, a esfera pública era representada apenas e tão-somente no ambiente cultural, ou seja, tratava-se de um ambiente de discussão e de crítica literária e artística. Nessa ocasião, nascia a noção de esfera pública como ambiente físico apto para o debate cultural e democratizado que se estabelecia entre pessoas cultas que integravam a classe burguesa. Os debates ocorriam nos cafés e nos bares das principais cidades da Europa continental e estes eram considerados as esferas públicas concretas em que se estabelecia a comunicação racional entre as pessoas letradas e educadas.¹²

¹²Ainda nas palavras de Filipe Carreira da Silva temos: “O passo teórico seguinte é a demonstração de como desta esfera pública literária emergiu a esfera pública política (*politische Öffentlichkeit*). Em

Posteriormente, a percepção de esfera pública se transmuta do ambiente meramente cultural para o contexto político e se estabelece a definição de esfera pública política como pressuposto crítico ao Poder Soberano Absoluto recentemente deposto, em contradição com os novos ideais democráticos de constitucionalização dos Estados-nacionais. Contudo, naquela ocasião a esfera pública atendia apenas aos interesses elitizados da burguesia já consolidada e fortalecida com as revoluções industriais que estavam em andamento.

Infere-se que o conceito ainda inacabado de esfera pública é inaugurado como um modelo elitista pautado no conhecimento e na propriedade exclusiva do burguês. Ou seja, embrionariamente a esfera pública ainda não assumiu um caráter universal de ampla democratização nos moldes em que atualmente é apresentada.

4.2 Esfera Pública e Dignidade da Pessoa Humana

A participação comunicativa das pessoas, nos procedimentos de formação dos poderes por meio da comunicação travada na esfera pública deliberativa, remete em regra à resultados democráticos legítimos apenas do ponto de vista formal, e por isso, essa é a questão de maior crítica contra a efetividade prática da Teoria do Agir comunicativo, por estar delineada apenas por um paradigma filosófico puramente procedimentalista, que por vezes se revela vazio de um conteúdo substancial de justiça. Para tanto, faz-se necessária a

seu entender, existiu um processo de conversão funcional da esfera pública literária, que compreendia fóruns de discussão institucionalizados, no sentido de se apropriar da esfera pública controlada pelo poder do Estado e de a transformar numa esfera de crítica à própria autoridade pública (leia-se estatal). Isto significa que a experiência de uma privacidade orientada para um público, nascida no seio da família burguesa patriarcal, foi essencial para a constituição de uma esfera pública política. No entanto, foi a controvérsia, em termos de direito constitucional, sobre o princípio da soberania absoluta, durante o século XVIII, que esteve na origem da tematização, pela primeira vez, por parte da esfera pública de assuntos de caráter estritamente político." (SILVA, Filipe Carreira. **Espaço público em Habermas**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2002 p. 22)

complementação do agir comunicativo pela perspectiva da dignidade da pessoa humana.

De nada adianta uma legitimação da legalidade substancial própria de um modelo de Estado de Direito se for fundada em uma democracia meramente formal, em que a população sofre com o controle e a manipulação midiática das massas para uma negação aos anseios e a cultura de valorização do ser humano. Ficou devidamente demonstrado pela história recente da segunda metade do século XX, que não basta a legalidade e nem a democracia, quando tanto uma como outra estão corrompidas pela injustiça e pela opressão.¹³

Em correção e complementação, aos aspectos meramente formais da formação da verdade democrática proposta por Habermas, Paulo Otero discorre com precisão sobre os limites do Princípio Majoritário, frente aos valores da democracia substancial e da dignidade da pessoa humana e demonstra a possibilidade de superação da vontade meramente formal da maioria cedendo passo para uma democracia substancialmente humana, (2010, p. 69):

Uma vez que o princípio maioritário não é critério de justiça, nem permite um juízo sobre a validade material do conteúdo das decisões, antes nos diz se o procedimento decisório foi ou não formalmente correcto, a democracia não pode ser uma forma ou um simples procedimento: não basta que a decisão seja o resultado da vontade da maioria, é ainda necessário que essa decisão se mostre materialmente válida – a democracia apela sempre para uma ordem axiológica.

Tal como o Estado de Direito formal se mostra insuficiente para traduzir uma efectiva limitação do poder, antes exige o apelo de uma dimensão material, igualmente uma dimensão meramente formal da democracia,

¹³ Expõe ainda Filipe Carreira da Silva uma análise acerca dos riscos da opressão cultural imposta pela manipulação da comunicação de massas na esfera pública: “De facto, o declínio da esfera pública liberal é identificado com este processo de refeudalização: (Publicidade significava a exposição da dominação política ao uso público da razão; publicidade agora remete para uma disposição agradável e desprendida. Na medida em que é definida por relações públicas, a esfera pública da sociedade civil assume uma vez mais características feudais). Uma das principais características “feudais” diz respeito à linguagem veiculada pela mass media. Uma linguagem segundo Habermas, destituída de carácter crítico racional e dominada pela lógica manipulativa das relações públicas. A legitimidade do poder é garantida através desta linguagem, que evita a exposição pública da natureza daquele. Por outras palavras, e remetendo para o pressuposto teórico aqui em questão (a transparência), podemos afirmar que a opacidade do poder instituído se assegura através da acção de um linguagem refeudalizada.” (SILVA, Filipe Carreira. **Espaço público em Habermas**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2002 p. 37)

podendo envolver a sua própria negação, apela a critérios materiais de densificação: a democracia vive ou morre dos valores que encarna. Compreende-se, neste último sentido, o art. 1º da Constituição, concedendo precedência à dignidade da pessoa humana sobre a vontade popular, exija uma democracia de valores e não meramente formal: aqui reside o cerne do Estado de direitos humanos, pois só uma democracia humana é verdadeira democracia”.

Prossegue o mesmo autor ao predispor acerca da consciência jurídica geral devendo inspirar e nortear todas as manifestações estatais no regime político democrático, se sobrepondo em relação às vontades da maioria e do consenso das pessoas quando em desalinhamento com a lógica da dignidade da pessoa humana (OTERO, 2010, p. 77):

Se o Estado de Direito material não é escravo da lei positiva, nem o parlamento ou a Constituição têm qualquer legitimidade para obrigar através das normas cujo conteúdo é violador da “consciência jurídica geral”, registra-se que a soberania popular está limitada de forma imperativa pelo respeito à dignidade da pessoa humana: não há maiorias, unanimidades ou consensos eleitorais, referendários ou parlamentares que derroquem validamente o sentido último da ideia de Direito – esse é também o sentido do art. 1º da Constituição Federal ao conferir precedência e prevalência à dignidade humana sobre a vontade popular. Significa isto, por outras palavras, que o Estado de Direito democrático antes de ser democrático (e até para ser democrático) é um Estado de Direito: é na “consciência jurídica geral” que se encontra a fonte da heterovinculação axiológica do legislador constituinte e o referencial último de validade do exercício dos poderes constituídos.”.

Seguindo a mesma perspectiva de proteção da justiça a doutrina constitucionalista italiana cunhada por Gustavo Zagrebelsky em sua obra: Direito dúctil, demonstra as dificuldades de compatibilidade do regime democrático baseado na vontade da maioria com a conformação do direito natural inato e sagrado como questão de fundo central das decisões estatais e dos atos normativos editados num regime político democrático (2009, p. 67-68):

“Com efeito, todo o regime democrático, baseado na regra da maioria, introduz no mundo do direito um elemento de artificialidade. O direito produto da vontade da maioria, não se pode predeterminar em seus conteúdos, como não se pode predeterminar as maiorias que o produzem, se não que é a expressão de imprevisível e do não predeterminado (orientações políticas), e para determinar essas orientações ou para participar nelas se desenvolve uma luta entre as partes políticas conforme a estrutura prevista ad hoc pela Constituição. O direito natural, por quanto afirmação de uma ordem que se apresenta como justo e inconversível, não

seria compatível com a democracia em seu sentido atual, que está pelo contrário ligada a opinabilidade e ao contraste entre projetos, isto é, a relatividade.”

No Brasil, a compreensão doutrinária das dificuldades do contramajoritarismo democrático e da preservação da dignidade da pessoa humana, se reafirma pelas convicções doutrinárias de Luiz Guilherme Marinoni, dispondo acerca da vontade das minorias no contexto das jurisdições constitucionais ao se reportar às demonstrações de Alexander Bickel que cunhou a expressão contramajoritarismo.

Quando se pergunta sobre a legitimidade da jurisdição está presente a questão do contramajoritarismo, pois se deseja saber como a decisão do juiz, ao afirmar a norma constitucional ou o direito fundamental, pode se opor à norma editada pelo parlamento. Como demonstrou Alexander Bickel, ao delinear a formulação clássica do problema da jurisdição no constitucionalismo norte-americano, “a dificuldade fundamental é que o controle judicial de constitucionalidade é uma força contramajoritária em nosso sistema. (...) Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo, ou a ação de um representante do executivo eleito, ela frustra a vontade dos representantes do povo real do aqui e do agora; ela exercita controle, não em nome da maioria prevalecente, mas contra ela”. (MARINONI, 2010, p.)

Na mesma linha de resguardo de direitos fundamentais em face de desmandos das maiorias democrática, esclarece Eduardo Cambi a existência de um consenso mínimo e imodificável de valores essenciais ao Estado Democrático de Direito, que devem ser preservados e mantidos imunes diante dos desmandos e excessos invasivos praticados por uma maioria apenas formalmente democrática, mas substancialmente autoritária (2011, p. 25):

Os direitos fundamentais formam um *consenso mínimo* oponível a qualquer grupo político que ocupe o poder. Vinculam às maiorias, porque, além de constituírem *elementos valorativos essenciais* à existência do Estado Democrático de Direito, descrevem *exigências indispensáveis* ao funcionamento adequado de procedimentos de deliberação democrática.

Tais preleções doutrinárias acima, quando contextualizadas para a concretização prática de uma investigação criminal efetivamente democrática conduzem ao inevitável problema do contramajoritarismo na prestação jurisdicional em sede de restrição de direitos fundamentais na persecução penal.

Isso porque, o Juiz Criminal ao efetivar o acompanhamento de uma investigação criminal e determinar medidas de ingerências nos direitos fundamentais das pessoas investigadas, deverá ter condições materiais e psicológicas de se manter incólume às pressões de grupos econômicos e políticos seja para evitar o abrandamento excessivo do poder investigatório estatal em prol de um quadro de impunidade dos mais poderosos, ou para não concretizar na prática uma punição antecipadamente imposta pela opinião pública dos mais fracos se valendo para tanto de providências constritivas de direitos que já condenam e estigmatizam o investigado por uma pseudo-versão construída midiaticamente.

Como antídoto às interferências das maiorias democráticas, tem-se a atividade jurisdicional independente e isonômica afetada apenas ao resguardo da justiça e ao acertamento da lide penal, com um compromisso racional com a argumentação jurídica alinhada com a dignidade da pessoa humana, mesmo que para isso haja necessidade de se mover contra a maioria democrática.

4.3 Esfera Social Politizada – O Modelo Ideal na Visão de Habermas

O modelo ideal de esfera pública para Habermas é aquele em que os membros que integram a sociedade, se encontrem suficientemente esclarecidos e incluídos culturalmente para o exercício pleno de sua cidadania. Em específico no caso da investigação criminal, haverá uma legitimação efetivamente democrática do poder investigatório estatal na exata medida em que houver uma adequada formação técnica e cultural dos agentes que atuam na persecução penal aliado também à um nível mais elevado de cidadania de toda a coletividade que se encontra suscetível à ação persecutória estatal.

Pela perspectiva estatal é indispensável que haja formação e aprimoramento material e humano de todo o Sistema Persecutório brasileiro como forma de possibilitar a concretização do Princípio da Proibição da Proteção Deficiente, inclusive no que tange ao esclarecimento de delitos de elevada gravidade e alta complexidade fática e técnica, para que assim todos os agentes persecutórios envolvidos na rede de informações que permeia a investigação criminal possam

estabelecer a troca de dados e de conhecimentos específicos sobre as mais diversas áreas de especialização científica indispensáveis à resolução de infrações penais de grande vulto.

Por outro lado, percebe-se a importância de formação cidadã e inclusão social da grande maioria da população brasileira no sentido de se preparar para exercer com autonomia seus direitos fundamentais em sede de investigação criminal e poder com isso se defender dos excessos e abusos que a atuação persecutória estatal possa impor. Com isso se diminuiria a disparidade e o desequilíbrio que existe entre os cidadãos de baixa renda excluídos e os desmandos policiais que são comuns em detrimento desta parcela da coletividade.¹⁴

Portanto, o alcance e a estruturação de uma esfera pública politizada e inclusiva é na perspectiva de Habermas um caminho adequado para solucionar as desigualdades impostas culturalmente nos ambientes estatais discursivos, tais como a investigação criminal.

¹⁴ Filipe Carreira da Silva alerta em seus estudos sobre esfera pública traz as ideias de Habermas sobre a importância do debate democrático inclusivo na formação dos atos de poder: “Na sua opinião, o grande risco que as sociedades de capitalismo tardio enfrentam hoje em dia é o constante ataque à infra-estrutura comunicativa da sociedade. A esfera pública surge, neste contexto, como uma forma privilegiada de descompressão (ou descolonização) da estrutura simbólica da sociedade. Pressupõe-se, portanto, no quadro das distinções entre formal e informal, entre formação da vontade e formação da opinião, que o colonizado não pode se transformar em colonizador, que a esfera pública, ancorada no mundo da vida sócio-cultural, não pode assumir funções políticas formais de tomada de decisão. Isto é, pretendemos sugerir que uma das principais dificuldades da proposta de inclusão dos não cidadãos na tese habermasiana da colonização do mundo da vida consiste em relegar estes para a periferia destituída de poder de decisão.” (SILVA, Filipe Carreira. **Espaço público em Habermas**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2002 p. 117)

5 AGIR COMUNICATIVO E A INCLUSÃO SOCIAL NA ATUAÇÃO INVESTIGATÓRIA

A vertente filosófica baseada na Teoria do Agir Comunicativo, aprimorada por Jürgen Habermas, em sua obra *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, apresenta um modelo de Democracia Deliberativa em que as pessoas são chamadas a participar dos processos institucionais de formação do poder por meio do fluxo de comunicação e de interferência ética na busca da verdade pelo consenso.

O filósofo Jürgen Habermas propõe uma mudança no paradigma filosófico antes pautado na razão prática, para evoluir no sentido da razão comunicativa. Nesse sentido, a lógica objetiva de observar o mundo é substituída pela perspectiva da intersubjetividade entre os vários atores que permeiam um contexto de integração social. A verdade passa a ser resultado de um consenso estabelecido entre os interlocutores de um determinado discurso travado na esfera pública democrática.

Dispondo sobre a modificação de paradigma passando da racionalidade prática para a racionalidade comunicativa Jürgen Habermas, assevera (2003, p. 20):

"A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir. Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual. Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significados idênticos a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros."

Infere-se que o agir comunicativo se manifesta como dotado de conteúdo normativo, na medida em que houver um efetivo discurso legitimador no espaço público em que as pessoas participantes apresentam a pretensões de

validade de suas afirmações em uma postura ética, honesta e responsável em relação a si e aos demais interlocutores implicados na ação comunicativa.

A adoção de tais premissas filosóficas no presente trabalho permite enfocar a investigação criminal em todas as suas modalidades, como instrumento de conformação da verdade pela comunicação das pessoas envolvidas no procedimento administrativo, também figurando como fator de inclusão social e de cidadania para a conformação e delimitação dos direitos fundamentais daqueles hipossuficientes que são submetidos à ação persecutória do Estado.

5.1 Agir Comunicativo por Jürgen Habermas

Em sua obra intitulada Discurso filosófico da modernidade, o autor Jürgen Habermas, se propõe a fixar o conceito de ação comunicativa inserido invariavelmente à vida prática das pessoas e as suas experiências cotidianas acumuladas naquilo que denominou mundo da vida (*lebenswelt*). Isso porque, em regra as relações sociais não se formam apenas com base na lógica da ação comunicativa orientada para um consenso, mas constantemente o mundo material se renova por processos caóticos e até violentos na vida histórica das pessoas, mesmo sem qualquer ideal de conciliação e por vezes orientada por uma ação meramente instrumental ou estratégica interligadas também com a ação comunicativa.

Portanto, a evolução da ação comunicativa está atrelada e depende da reprodução material da vida das pessoas. Portanto, a razão comunicativa somente tem sentido de existir se estiver ligada à vida prática das pessoas, não há razão pura pela razão senão houver um contexto fático da vida para ser pensado discutido e até mesmo normativizado.

O Agir comunicativo nunca acontecerá de forma absolutamente ideal em um espaço público ideal livre de conflitos e interferências sociais de todos os tipos. Contudo, quando a ação comunicativa é realizada ocorre uma interação social democrática entre os participantes que apresentam em seus discursos as suas

pretensões de validade, representativas de seus próprios mundos da vida. Estabelecido um ponto de consenso dele derivará os efeitos coordenativos de natureza prática vinculando os participantes e gerará ainda uma eficácia transcendental em que as pretensões aceitas pelos agentes comunicativos se universalizam e adquirindo força vinculante e normativa em um determinado contexto social.

Essas são as ponderações de Habermas (2000, p. 446):

Mais sério é ponderar se com o conceito de ação comunicativa e de força transcendente das pretensões universalistas de validade não se produz novamente um idealismo incompatível com as concepções naturalistas do materialismo histórico. Um mundo da vida que deve reproduzir-se apenas através do médium da ação orientada para o entendimento recíproco não seria apartado dos seus processos materiais de vida? Naturalmente, um mundo da vida reproduz-se materialmente mediante os resultados e conseqüências das ações dirigidas a objetivos, com as quais seus membros intervêm no mundo. Porém essas ações instrumentais estão entrelaçadas com as comunicativas na medida em que apresentam a execução de planos que estão ligados aos planos de outros participantes da interação por meio de definições comuns da situação e processos de entendimento recíproco. Por essa via, as soluções de problemas alcançadas na esfera do trabalho social também estão contidas no médium da ação orientada para o entendimento. Portanto, a teoria da ação comunicativa também leva em consideração que a reprodução simbólica do mundo da vida está retroativa e internamente acoplada com sua reprodução material. Tarefa menos simples é enfrentar a suspeita de que com o conceito de uma ação orientada por pretensões de validade insinua-se novamente o idealismo da razão pura, não situada, ressuscita-se, sob outra forma, a dicotomia ente domínios do transcendental e do empírico. Já Hamann levantara contra Kant a censura do “purismo da razão”.

Prossegue ainda o autor (2000, p. 447):

Não há razão pura que só posteriormente vestiria roupagens lingüísticas. A razão é originalmente uma razão encarnada tanto nos contextos de ações comunicativas como nas estruturas do mundo da vida. Na medida em que os planos e as ações de diferentes atores, mediante o uso da linguagem orientado ao entendimento, se entretecem no tempo histórico e através do espaço social, as tomadas de posição de afirmação ou negação, a respeito de pretensões de validade criticáveis ainda que implícitas adquirem uma função-chave para a práxis cotidiana. O acordo alcançado comunicativamente, medido segundo o reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade, possibilita o entretecimento de interações sociais e contextos do mundo da vida. No entanto, as pretensões de validade têm uma face de Janus: enquanto pretensões, transcendem todo o contexto local; ao mesmo tempo, caso devam sustentar o acordo dentre os participantes da interação, capaz de ter efeitos coordenativos, têm de ser levantadas e reconhecidas facilmente aqui e agora. O momento transcendente de validade universal rompe todo o provincialismo; o

momento da obrigatoriedade das pretensões de validade, aceitas aqui e agora, transforma-as em portadoras de uma práxis cotidiana vinculada ao contexto. Ao levantarem mutuamente pretensões de validade com seus atos de fala, aqueles que agem comunicativamente apóiam-se sempre em um potencial de razões suscetíveis de contestação.

A lição acima transcrita fora extraídas da obra denominada Discurso filosófico da modernidade, e revela uma constata preocupação do filósofo Habermas em estabelecer uma relação de aproximação entre o mundo ideal e abstrato da filosofia e do direito com a realidade dos fatos subjacentes inerentes à vida das pessoas e na qual os seres humanos como entes racionais se encontram efetivamente inseridos.

Portanto, o paradigma filosófico do agir comunicativo aplicado à investigação criminal, permite que tanto as pessoas como os órgãos persecutórios estatais exerçam suas funções comunicativas democraticamente, de modo a aproximar o direito da realidade. Ou seja, pela efetiva ação comunicativa nos procedimentos investigatórios, temos que os regramentos abstratos estabelecidos pelo ordenamento jurídico processual penal que não raras vezes se encontra distante e inadequado ao quadro fático de concretização do direito, sejam compatibilizados com o exercício legítimo dos atos investigatórios na medida exata da justiça a ser concretizada.

As deficiências já descritas na realidade da investigação criminal devem ser aplainadas, com inserção de um modelo jurídico de apuração e punição de crimes, que se revele efetivamente democrático com base na lógica do agir comunicativo. Isso não significa em última análise sempre restringir o poder punitivo do Estado em prol da impunidade pela presunção de que qualquer medida penal ofende direitos fundamentais; mas ao contrário, evitar que o autoritarismo imponha impunidades arbitrárias e também condenações injustas pela manipulação do poder e da verdade para quaisquer casos de exclusão da justiça social.

5.2 Limitações ao Paradigma Procedimentalista do Agir Comunicativo

Algumas das principais críticas, que recaem sobre as convicções do pensador Jürgen Habermas, derivam do fato de ser ele um radical adepto das correntes procedimentalistas de conformação do direito reflexivo. Ou seja, para Habermas a democracia deve apenas promover a possibilidade da livre confrontação de ideias nos espaços públicos de discurso, para a formação do poder, da verdade e do consenso, sem maiores preocupações na prática se tais resultados ou sínteses estariam ou não em consonância com os valores constitucionais já consagrados.

Não é por outra razão, que Habermas passou a conceber como sendo a principal função das Cortes Constitucionais apenas a preservação da democracia pela livre manifestação de pensamento, ao ponto de defender os riscos de um ativismo judicial em desfavor da democracia, quando se tal postura jurisdicional imprimisse controle de constitucionalidade autoritário dos conteúdos normativos das leis obtidos democraticamente pela comunicação e interação social.

Em razão de ser um procedimentalista, Jürgen Habermas advoga uma concepção minimalista do Poder Judiciário com baixa autoridade interferente nos demais poderes, até mesmo quando suas decisões são resultados de um discurso comunicativo legítimo estabelecido pela maioria em consenso.

Todavia, Habermas responde às críticas daqueles que não compreendem com exatidão o verdadeiro conteúdo substancial do paradigma procedimental por ele apresentado. Seu ponto de vista é demonstrado ao sintetizar seu ideal de refrear abusos econômicos e administrativos como poderes ilegítimos, pela adoção de uma nova concepção filosófica de ato jurídico legitimado pela autonomia pública e privada das pessoas que participam da ação comunicativa nos espaços públicos. Tal posicionamento se verifica nas seguintes preleções, (HABERMAS, 2003, p. 148):

O que se tem em mente é domesticar o sistema econômico capitalista, “transformando-o”, social e ecologicamente, por um caminho que permita

“refrear” o uso do poder administrativo, sob dois pontos de vista: o da eficácia, que lhe permita recorrer a formas mitigadas de regulação indireta, e o da legitimidade, que lhe permita retroligar-se ao poder comunicativo e imunizar-se contra o poder ilegítimo. Ora, quem afirma que esse caminho de realização do sistema dos direitos sob condições de uma sociedade complexa, que segue o paradigma procedimental do direito, privilegia uma determinada forma de direito, isto é, o direito reflexivo, do mesmo modo que o paradigma liberal e o do Estado social tinham privilegiado respectivamente o direito formal e o direito material, não está fazendo jus ao paradigma procedimental. Pois a escolha da respectiva forma jurídica tem que continuar referida ao sentido original do sistema de direitos, que é assegurar *uno acto* a autonomia pública e privada das pessoas privadas, de tal modo que todo o ato jurídico possa ser entendido como uma contribuição para a configuração política autônoma dos direitos fundamentais, ou seja, como um processo constituinte duradouro.

Nessa linha de pensamento, caberia ao Poder Judiciário apenas a função de viabilizar o livre debate de ideias nos espaços públicos dentre os quais a própria investigação criminal considerada também como procedimento administrativo. Para que os atos de poder investigatório fossem efetivamente legítimos na constrição de direitos fundamentais das pessoas privadas, teriam que derivar da argumentação jurídica e racionalmente aceitável incidindo no suporte fático apurado pelas pessoas atreladas em alguma posição jurídica na investigação criminal.

5.3 Agir Comunicativo na Sociedade Latino-americana – Confrontações entre Jürgen Habermas e Enrique Dussel

Além das críticas impostas ao paradigma procedimentalista adotado por Habermas na construção da Teoria do Agir Comunicativo, há ainda um significativo obstáculo cultural para a sua adaptação ao cenário latino-americano e brasileiro.

A concepção do agir comunicativo demanda necessariamente um nível mínimo de aproximação cultural, lingüística e educacional entre as pessoas que pretendem assumir uma posição ideal de fala na esfera pública de discurso. Todo o conteúdo humanístico que uma pessoa traz consigo em razão de sua formação

cultural aliada as experiências de vida, Habermas denomina como sendo o mundo da vida ou *lebenswelt*.

Todavia, para que a ação comunicativa aconteça de maneira eficiente e adequada, faz-se necessário, inicialmente, que ocorra uma aproximação mínima dos mundos da vida de cada um dos interlocutores, isso para que as pretensões de validade de seus discursos sejam inteligíveis e assimiláveis para com outro que figura na condição de destinatário dos efeitos ilocutórios dos argumentos apresentados.

Outra dificuldade inerente ao agir comunicativo, reside no cuidado que deve ser dispendido para que os atos de fala não venham a ser deturpados com a finalidade de manipular as convicções dos ouvintes. Assim, em havendo a quebra da ética do discurso a ação comunicativa pode se deturpar em ação estratégica e o debate que a princípio seria orientado para fins ilocutórios – no sentido de apenas expor um ponto de vista – se subverte em uma argumentação perlocutória, lançada no intuito de impor dominação e opressão a determinado grupo de pessoas que figuraram como massa de manobra desprovida de voluntariedade e convicção próprias.

Igualmente, aquilo que era “mundo da vida” se subverte em sistema de colonização cultural eurocêntrica, pois é sabido que o poder não se impõe apenas pela força bruta, ou pelo controle de informação em uma determinada comunidade, mas se faz também pelo autoritarismo e pela manipulação ideológica de hábitos de consumo e de estilos de vida.

Diante de tais desafios, o filósofo Enrique Dussel, em sua obra denominada Filosofia da Libertação Crítica à Ideologia da Exclusão, estabelece um diálogo com o posicionamento filosófico de Habermas, apontado alguns entraves resultantes da Teoria do Agir Comunicativo, mas por outro lado propõe soluções para as desigualdades inerentes nas relações de dominação, sobretudo, a cultural dos homens bem formados em face dos iletrados, vítimas de uma exclusão cultural que obsta o exercício pleno da cidadania. Contudo, a mesma preocupação não fugiu aos pontos tratados por Habermas em sua obra Direito e Democracia entre a faticidade e a validade (2003, p. 149):

Uma linha teórica chama a atenção para a possibilidade de demandar direitos subjetivos. Ela parte da constatação de que o direito materializado, devido às suas relações complexas com situações sociais típicas, exige das partes envolvidas no conflito um nível elevado de competência. Os direitos só se tornam socialmente eficazes, quando os atingidos são suficientemente informados e capazes de atualizar, em casos específicos, a proteção do direito garantida através de direitos fundamentais de justiça. A competência de mobilizar o direito depende, em geral, do grau de escolaridade, da procedência social e de outras variáveis (tais como sexo, idade, experiência em processos, tipo de relação social envolvida no conflito etc.). E a utilização do direito materializado levanta enormes barreiras, exigindo do leigo que decomponha seus problemas cotidianos (do trabalho, lazer e consumo, moradia, doença etc.). em construções jurídicas muito especializadas, abstraídas dos contextos de experiências do mundo da vida.

A perspectiva de abordagem científica não é diferente no ambiente investigatório criminal, quando o investigado é comumente uma pessoa pobre e desprovida da mínima formação cultural ou educacional, para se postar com cidadania diante do exercício do poder que nessas circunstâncias acaba por tender à desmedida.

Ainda acerca dessa problemática, tem-se a demonstração de que o mundo da vida dos oprimidos é na prática subvertido em um sistema de colonização cultural e ideológica decorrente das hegemonias norte-americana e européia:

"Sirva, de início, um esclarecimento indicado anteriormente. Habermas propôs que se fizesse uma distinção entre "mundo da vida" (Lebenswelt) e "sistema". No caso de um "sistema" econômico como o capitalista ou político como o da democracia liberal (ambos vigentes nas sociedades norte-americanas e centro-européias), o mundo da vida mantém em relação a ambas uma dupla relação: por um lado manter certa exterioridade em que a subjetividade possa garantir seu espaço de um dia-a-dia genuíno; por outro lado continuar sendo um ambiente de colonização. Apesar de tudo, o "mundo da vida" do Norte (euro-norte-americano) como o "mundo da vida" do Sul – a periferia, por exemplo como excluído "desvinculado" (como diria Samir Amin), subdesenvolvido, bárbaro etc. Em outras palavras, um "mundo da vida" por ser o hegemônico, o dominador – pode exercer em relação a outros mundos um função muito parecida com a dos "sistemas" colonizadores. (DUSSEL, 1995, p. 67).

Faz-se evidente o obstáculo cultural que limita o agir comunicativo do investigado, que excluído da condição de cidadão pela ignorância, não consegue participar adequadamente no espaço público da investigação criminal próprio do Estado Democrático de Direito. Paulo Rangel comunga do mesmo entendimento ao

dispor sobre a linguagem como instrumento de comunicação e a ética da alteridade, dispondo:

"E aqui reside a finalidade da linguagem como instrumento de comunicação, enquanto forma de integração do homem: proteger a vida, que é condição absoluta e conteúdo constituinte da realidade humana impondo-se-nos mantê-la, defendê-la, conservá-la, em face da nossa responsabilidade comunitária. Ora, se não nos preocupamos com a vida, inclusive e principalmente, do outro, reconhecendo-o como igual, na sua diferença, não há ética da alteridade em nosso agir comunicativo e, por via de consequência, não há legitimidade em nossas ações. (RANGEL, 2009, p. 479).

Transpondo-se a Teoria do agir comunicativo de Habermas para a realidade brasileira, é imperiosa a concessão da cidadania às pessoas investigadas e as vítimas dos delitos para interferirem na construção da verdade investigada, pois apenas pela comunicação livre e substancialmente relevante que é possível admitir a ação comunicativa. A concessão de cidadania e de bases de conhecimento com educação para práticas mínimas de exercício de direitos pelas pessoas, também foi um preocupação que Habermas intitulou com políticas compensatórias de participação na conformação dos direitos:

Daí uma política compensatória de proteção jurídica, capaz de fortalecer o conhecimento do direito, a capacidade de percepção, de articulação e de imposição por parte de clientes carente de proteção. O contrapoder dos interesses sociais pode ser reforçado através da coletivização da imposição do direito, isto é, através de medidas convencionais, tais como seguro de proteção jurídica, assunção dos custos dos processos, etc. O instrumento de demanda em nome de uma associação ou de uma comunidade, bem como a criação de mediadores, de postos de arbitragem etc., pode aliviar clientes impotentes e sobrecarregados; seria preciso no entanto, que a proteção jurídica coletiva não se resumisse a aliviar indivíduos através de uma representação competente, mas o engajassem na percepção organizada, na articulação e na imposição de seus próprios interesses. Se se quiser impedir que a tutela por parte do Estado social se alastre ainda mais por este caminho, é necessário que a pessoa envolvida experimente a organização da proteção do direito como um processo político e que ela mesma participe na construção do contrapoder articulando os interesses sociais (HABERMAS, p. 149, 2003).

Sem dúvida, a questão crucial para a viabilização do agir comunicativo na realidade brasileira e em especial no espaço público de investigação criminal, recai na necessidade de uma inclusão prévia de proteção jurídica. Ou seja, o Estado

inicialmente, deve ser capaz de prover meios para que as pessoas possam exercer e participar efetivamente da conformação de seus direitos. Em matéria de efetivação jurídica de valores constitucionais, mais vale a prática e “um fazer” do que simplesmente a concessão do direito como se fosse um bem material e tangível a ser consumido. A rigor o direito não pode ser dado senão pelo seu gozo decorrente de um exercício constante e evolutivo. Para tanto, faz-se necessária uma postura previa dos indivíduos de formação cultural e educacional que permita o enfrentamento e o diálogo como os poderes instituídos como forma de colaboração democrática na evolução institucional do Brasil.

6 CONTROLE JUDICIAL DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E AGIR COMUNICATIVO

Atualmente, a doutrina é uníssona em reconhecer que a atividade investigatória do Estado, caracteriza-se pela indispensável relativização de direitos fundamentais dos particulares envolvidos em um contexto criminoso, em favor da supremacia do interesse público, consistente na elucidação da verdade dos fatos e na consagração da justiça penal frente aos delitos perpetrados no seio social.

Todavia, quando a investigação criminal é desempenhada por instituições que integram uma esfera pública democrática, faz-se indispensável por imperativo constitucional – art. 5º inc. XXXV da Constituição Federal – que tais supressões de direitos não sejam afastadas da apreciação do Poder Judiciário, isso por se tratar a Jurisdição de função constitucionalmente vocacionada ao amparo de eventuais direitos violados ou em risco de violação, porventura praticados por uma determinada autoridade persecutória.

Em sua obra *Direito e Moral*, Habermas esclarece a importância de um controle jurisdicional dos atos estatais que supere o legalismo e o positivismo opressivo, em que a vontade da maioria é corrompida antidemocraticamente por manipulação ideológica, medo e até mesmo pela violência institucionalizada em franca violação de direitos fundamentais, restando apenas ao Poder Judiciário uma postura tutelar de valores constitucionais com o resguardo do direito e da justiça frente às posturas antijurídicas do Estado:

Uma justiça que se consegue orientar, por princípios jurídicos supra-positivos, deve formar um contrapeso contra o <<positivismo objectivo e o positivismo do poder>> de <<maiorias irresponsáveis, jus-cegas, amedrontadas ou violentadas>>. Como a força legitimadora da vontade democrática comum foi, pouco a pouco, jus-positivamente, destruída, a legislação deveria ser, forçosamente, submetida ao controlo de uma jurisdição que, embora estando obrigada à lei também está submetida <<às leis supremas de uma justiça material>>. É indiferente se, agora, estas mesmas, derivam do direito natural religioso ou de uma ética axiológica material ou, recorrem, de forma neo-aristotélica, ao Ethos acostumado, cumpre-se, no momento, com este recurso à <<inalterabilidade>> de uma ordem axiológica concreta, de facto o receio de Max Weber de que a

desformalização do direito possibilita desenvolvimentos negativos, das afluentes orientações axiológicas materiais, na sua essência, irracionais e, com isso, discutíveis. (HABERMAS, 1992, p. 50-51)

Tais preleções estabelecidas por Habermas são trazidas em um contexto de crítica ao legalismo cego, porém como sempre com a preocupação correlata do autor ante ao fenômeno de desformalização dos métodos de construção do direito em uma postura evidentemente insegura do ponto de vista jurídico, em razão da possibilidade de afastamento e superação da lei como fonte supostamente justa e exclusiva do direito. Contudo, em consonância com as posições de Habermas as formas sempre devem ser mantidas pela adoção do procedimento como veículo propiciador da ação comunicativa e legitimador do poder e da restrição dos direitos.

Seguindo ainda a análise do controle e proteção judicial dos direitos fundamentais do particular investigado pelo paradigma procedimentalista, cabe ainda análise das lições sobre a norma-princípio do devido processo legal expostas por Joaquim José Gomes Canotilho, (2011, p. 483):

Pela própria arqueologia do *due process* verifica-se que este se concebia fundamentalmente com um *direito de defesa* do particular perante os poderes públicos. Quando dos textos constitucionais, internacionais e legislativos, reconhecem hoje, um direito de acesso aos tribunais este direito concebe-se como uma dupla dimensão: (1) um *direito de defesa* ante os tribunais e contra actos dos poderes públicos; (2) um *direito de protecção do particular através de tribunais* do Estado no sentido de este o proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros (dever de protecção do Estado e direito do particular a exigir essa protecção).

Por essa razão, que ainda atualmente, os inquéritos policiais e demais instrumentos investigatórios quando instaurados seja perante a Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público, devem de imediato ser distribuídos a determinada vara judicial competente. Isso, para que todos os atos procedimentais, ao gerarem restrições de direitos fundamentais quando praticados, devam ficar sob a constante supervisão do Poder Judiciário para eventual reparação imediata de violações, mesmo que seus pronunciamentos judiciais sejam apenas de cunho administrativos tais como deferimento de dilações de prazo para a condução do procedimento investigatório.

A rigor não se trata de uma atuação hierarquizada do Poder Judiciário agindo acima das autoridades investigatórias, ambos os agentes persecutórios agem num mesmo patamar jurídico de autonomia. Na realidade, há uma divisão de campos funcionais constitucionalmente estanques, que são normatizados no plano infraconstitucional pelo legislador ordinário. Isso porque as atividades investigatórias em um primeiro momento serão presididas pela autoridade persecutória competente para a obtenção de provas e em outro momento é deliberada as devidas medidas restritivas de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário.

Nessa perspectiva, vale ressaltar a aplicação do denominado Princípio da Equiordenação dos órgãos constitucionais, assim definido na obra Direito Constitucional Português - Organização do Poder Político, pelo autor Paulo Otero (2010, p. 17):

[...] Mostra-se impossibilitado, deste modo, que entre órgãos criados ou previstos pela Constituição se estabeleça um vínculo hierárquico ou relacionamento de supremacia/subordinação jurídica sendo possível recortar, todavia, duas grandes categorias de órgãos constitucionais: (i) Os órgãos constitucionais que são órgãos de soberania; (ii) E, por outro, os órgãos constitucionais que não são de soberania. Em ambas situações, o princípio da separação de poderes e a identidade de legitimidade político-constitucional, uma vez que todos esses órgãos são uma emanção directa da soberania constitucional do Estado ou por ela são aceites, leva a excluir por princípio, o estabelecimento de vínculos jurídicos de subordinação hierárquica: nenhum órgão pode exercer sobre os demais órgãos constitucionais poder de direcção, encontrando-se-lhes vedado dispor da vontade decisória de tais órgãos e, por essa via, esgotar ou esvaziar o respectivo campo de discricionariedade decisória ou liberdade conformadora conferida pela Constituição Federal (...).

Pelas lições supra transcritas, pode-se inferir que o controle judicial dos direitos fundamentais relativizados pela investigação criminal, não representam uma superposição de poderes hierarquizados e nem mesmo um regime de controle interno ordenatório e intra-institucional. Mas sim, um sistema de freios e contrapesos entre os atos persecutórios do Estado-administração, pois ao investigar em contraposição ao controle do Estado-Juiz se dimensiona e limita-se o nível de interferência e de intensidade que a investigação criminal deve se revestir ao repercutir nas esferas jurídicas das pessoas implicadas no contexto procedimental.

A questão fica mais evidente pela ótica do Princípio acusatório, que norteia o processo penal brasileiro, pois pela lógica do princípio da equiordenação

dos órgãos constitucionais, há uma divisão de funções processuais entre diversos órgãos soberanos de estatura constitucional, que não estão dispostos de forma hierarquizada uns em relação aos outros, mas estruturados em uma relação de equilíbrio e contraposição funcional, em que cada um cumpre uma tarefa específica em complemento e fiscalização dos outros.

6.1 Reflexos do Agir Comunicativo no Controle Judicial da Investigação Criminal

Há atualmente no Brasil, uma tendência de reinterpretação do Direito Constitucional pela ótica de um fenômeno jurídico que se propugnou chamar por alguns de Neoconstitucionalismo, para outros, Pós-positivismo ou Direito Constitucional contemporâneo. Independentemente do rótulo ou denominação teórica que se repute mais adequada, o fato certo é que o Direito Constitucional da atualidade tem se fortalecido doutrinariamente ao longo dos últimos anos, com uma inserção das normas morais no contexto legalista de elaboração e aplicação do direito.

Como decorrência natural de tal amadurecimento teórico, sobreveio a clara noção de que as Constituições dos Estados Democráticos são dotadas de força normativa na precisa constatação do doutrinador alemão Konrad Hesse. Assim, a compreensão de que a Constituição Federal é um diploma político dotado de força normativa como qualquer norma jurídica infraconstitucional, possibilitou uma ampliação no parâmetro de controle de constitucionalidade pela interpretação das normas constitucionais. Comandos jurídicos estes que além de seu sentido literal passaram a ser enfocados e sistematizados sob os vários métodos novos de aplicação e interpretação, sempre no afã de fortalecer a postura ética e moralmente aceita por um consenso racional.

Não tardou para que a lei infraconstitucional que tradicionalmente ocupava posição de maior destaque e importância como fonte do direito, se tornasse um comando jurídico deficitário, ultrapassado e depreciado valorativamente. Foi o que a doutrina constitucionalista optou por chamar de crise da legalidade. Ou seja, a

Lei e o Princípio da Legalidade que eram dogmas sagrados quando da edificação do Estado de Direito por ocasião do advento do Iluminismo em plena eclosão da Revolução Francesa, atualmente não se revelam como o melhor instrumento estatal para expressar a Justiça.

Expondo tal entendimento Eduardo Cambi demonstra que a crise não é apenas da legalidade, mas, sobretudo, da democracia representativa que perdeu a capacidade de retratar com a necessária verossimilhança a vontade popular da maioria em seus atos de poder:

[...] vive-se a *crise da democracia representativa*, uma vez que presentes tais fatores como: a vontade do representante não se identifica com a do representado; cada vez mais se verifica o afastamento do povo do processo político; falta de igualdade de participação no processo político (os *lobbies* ou grupos de pressão, por exemplo, exercem uma influência avassaladora no processo legislativo); existe a previsão de mecanismos antidemocráticos no seio do parlamento (p. ex. voto de lideranças); e, enfim, a falência do Parlamento como principal órgão legislativo (...).(CAMBI, 2007, p. 11)

Essa crise da legalidade se deve em um primeiro momento, pelo fato de que as leis começaram a ser editadas com várias falhas não apenas formais como também substanciais perante os preceitos constitucionais que disciplinam o devido processo legislativo. Não bastando tais deficiências procedimentais, a lei como instrumento de regulação do direito vem sofrendo constantemente uma crise ética de confiança por parte da população perante os vários parlamentos de inúmeros países e de forma bem mais aguda no Brasil. Tal realidade se evidenciou em razão da disseminação da corrupção e dos desmandos no exercício das funções representativas, os parlamentares como agentes políticos responsáveis pela formatação do conteúdo jurídico das leis encontraram-se desacreditados frente ao eleitorado e a opinião pública.

Na mesma linha de argumentação assevera Luís Roberto Barroso (2007, p. 02): “O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era.”

Diante do descrédito da norma legal, o Poder Judiciário que tradicionalmente exercia a Jurisdição de forma positivista com fundamento seguro na aplicação do texto expresso da Lei, passou a se pautar pela aplicação principiológica e ética do direito, incursionando no risco de recair em uma grave margem de insegurança e subjetivismo ao proferir suas decisões.

Sem os balizamentos legais como fonte legítima do direito, o Poder Judiciário, sobretudo no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal passou a experimentar as influências doutrinárias das chamadas Teorias da Argumentação Jurídica, com influxo das ideias de pensadores de renome internacional como o alemão Robert Alexy e o norte-americano Ronald Dworkin. Tais doutrinadores dentre outros, são uníssonos em propugnar uma construção teórica fundada na adequada metodologia para que uma decisão judicial possa ser proferida de forma justa e racional de acordo com os argumentos corretos e mais adequados para a solução de um determinado caso concreto.

Contudo, há que se esclarecer que toda a lógica adotada para a estruturação das Teorias da Argumentação Jurídica, parte da premissa de que a atividade de fundamentação de uma decisão judicial decorre de uma ação comunicativa entabulada entre as partes que figuram nas relações jurídicas processuais. Portanto, em última análise, admitir a utilidade prática da argumentação jurídica como baliza para julgamento em substituição ao positivismo legalista, implica também em aceitar a modificação do paradigma filosófico da razão prática para a razão comunicativa nos termos propostos por Jürgen Habermas em sua obra *Direito e Democracia entre a Faticidade e a Validade*.

A vertente procedimentalista da Teoria do Agir Comunicativo remete necessariamente a noção de participação democrática na formação de todos os atos de poder emanados de institutos jurídicos imersos na esfera pública de consenso, inclusive no contexto investigativo criminal.

No cenário do controle judicial da investigação criminal, é de se constatar que a participação comunicativa se mostra como eficaz e indispensável ferramenta de cognição e de interferência na supervisão judicial de inquéritos policiais e demais instrumentos investigatórios submetidos ao crivo do Poder Judiciário, representada como um contraditório em sentido lato.

Na mesma linha de entendimento, o doutrinador português Jorge Figueiredo Dias, estabelece com precisão as diferenças entre participantes processuais e sujeitos processuais, dispondo:

O processo penal, como relação da vida comunitária, não se conforma a si mesmo mas exige uma actuação de pessoas e entidades como força ou meio de desenvolvimento processual. Designamos justamente por *participantes processuais* todas as pessoas e entidades que, investidas nas mais diversas funções, actuam juridicamente no processo e para as quais, por isso, nascem daquele diferentes direitos e obrigações. Sabemos por outro lado, que o objecto do processo penal é em princípio indisponível, encontrando subtraído à influência da vontade de quem nele intervém; o que não significa todavia, que certos participantes processuais não possam, em certa medida, condicionar e conformar concretamente a tramitação do processo penal. Chamaremos precisamente *sujeitos processuais* aqueles participantes a quem competem direitos e deveres processuais autônomos, no sentido de que através das suas próprias decisões podem codeterminar, dentro de certos limites, a concreta tramitação do processo. (DIAS, 2004, p. 240)

Portanto, fica evidente que na investigação criminal em que pese não se suponha a presença de sujeitos processuais propriamente ditos, exercendo atos processuais em um contraditório específico, se nota a presença dos participantes processuais em intensa atividade cognitiva informando e comunicando dados para o esclarecimento de fatos relevantes ao deslinde da lide penal.

Certamente, que tal participação comunicativa no curso da investigação criminal não cumprirá o papel idêntico ao Princípio do Contraditório em sua plenitude, pois não há nessa fase persecutória imputação ou acusação de fatos criminosos aos investigados com uma confrontação pontual e exata de teses jurídicas, mas sem dúvida há a necessidade invariável de fluxo de informações, opiniões e argumentos que pela lógica do agir comunicativo permitirá ao juiz competente estabelecer de forma legítima as necessárias medidas de restrições de direitos fundamentais em prol da construção da verdade dos fatos apurados pela via procedimental investigatória.

Ainda vale ressaltar na perspectiva teórica do clássico doutrinador italiano Vincenzo Manzini, em sua obra: Tratado de Direito Processual Penal Italiano, a concepção de contraditório por um prisma ampliado que se alinha à concepção de participação comunicativa, nos seguintes termos:

Para a defesa requerida pelo contraditório é conceitualmente necessária e suficiente a presença do imputado, com o fim de defendendo-se a si mesmo se acredita oportuno de contrapor-se aos motivos da acusação aos motivos de defesa.

Mas todavia: o contraditório não implica por necessário um debate direto entre a acusação e a defesa, mas simplesmente pressupõe uma livre possibilidade de contrapor os elementos de defesa e os elementos de acusação por qualquer forma idônea de iluminar o juiz acerca da verdade real. (MANZINI, p. 281, 1949)

Pelas lições do jurista italiano, a mera resistência ante a qualquer atividade persecutória por parte do investigado, significaria em última análise o exercício do contraditório em sentido lato, nesse ângulo se equiparando à participação comunicativa inerente à investigação criminal. Por outro lado, teremos ainda uma forma mais específica de participação comunicativa que se efetiva pelo contraditório em sentido estrito, que é travado apenas no curso da ação penal com o debate específico de questões fáticas e jurídicas pela instrumentalização de teses acusatórias e defensivas apresentadas em juízo.

6.2 Isonomia Material e Princípio da Individualização da Investigação Criminal

O controle judicial da investigação criminal, como toda atividade que implica o exercício de Jurisdição, deve ser individualizada diante da realidade dos fatos a serem apurados e ao contexto pessoal do investigado. É certo, inclusive, que a consecução da justiça pressupõe tratamento particularizado aos casos que lhe são conferidos especificamente. Para que se possa alcançar uma exata individualização da pena ao final da persecução penal, faz-se indispensável de antemão e como pressuposto de racionalidade, a individualização da própria investigação criminal. Daí se afirmar acerca da existência do Princípio da Individualização da investigação criminal como forma de manter os atos investigatórios adaptados à proporcionalidade e à regra da isonomia material. Nesse sentido, uma adequada individualização da investigação criminal levará a uma adequada aplicação da pena.

Tal princípio da individualização da investigação criminal é resultado da inferência que se extrai do texto expresso do art. 6º do Código de Processo Penal inciso IX, ao determinar por seu comando normativo que a autoridade investigante proceda, *in verbis*: *a averiguação da vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuïrem para a apreciação de seu temperamento e caráter.*

Portanto, ao se constatar quem é a pessoa do investigado, faz-se imperiosa a adequada supervisão dos atos investigatórios pelo Poder Judiciário devendo este pender entre os extremos da proibição de excessos estatais à vedação da proteção deficiente decorrente de sua inércia. Ou seja, o magistrado ao tomar conhecimento do caso a ser apurado figurará como censor da atuação persecutória do Estado, ora para prover medidas que limitam os abusos das intervenções investigativas, ora para promover a efetividade nas restrições indispensáveis de direitos fundamentais do investigado como forma de fazer emergir a verdade dos fatos no procedimento investigativo sob seu crivo.

Diante de tal panorama processual, é que se faz relevante a promoção igualitária da restrição dos direitos fundamentais dos investigados, para evitar as possíveis discriminações indiretas em detrimento do Princípio da isonomia material, a aplicação da Teoria do Impacto Desproporcional, atualmente compreendida nas duas vertentes consagradas no Direito Constitucional alemão, quais sejam: exigência de tratamento igualitário *gleichbehandlungsgebot* e proibição de tratamento discriminatório *ungleichbehandlungsverbot*.¹⁵ Nesse prisma, se constata que o tratamento desigual buscando a igualdade não pode extrapolar o limite da obtenção da igualdade material, pois são nefastos os efeitos jurídicos de um impacto desproporcional na aplicação de uma norma jurídica com propósitos de equiparação de direitos. Ou seja, o legislador e o aplicador do direito, no intento de dar tratamento preferencial a uma pessoa ou grupo de pessoas excluídas para gerar

¹⁵ Considerando-se o fato de que a investigação criminal é uma modalidade de atividade estatal que gera modulação nos efeitos dos direitos fundamentais dos indivíduos investigados, caberá ao legislador, aos órgãos persecutórios e, sobretudo, ao Poder Judiciário buscar o tratamento igualitário em relação à investigados que se encontram em uma mesma situação jurídica.

isonomia material se excede e cria um contexto de privilégios indevidos como novo quadro de desigualdades pelo excesso de uma ação afirmativa.

Nas palavras de Joaquim Barbosa tem-se a teoria do impacto desproporcional que é conceituada em sentido amplo podendo abarcar os casos de investigação criminal, como mais uma modalidade de atividade estatal, definidora de direitos fundamentais das pessoas:

[...] toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas. (BARBOSA, 2001, p. 24)

Em alinhamento com a linha de argumentação já estabelecida, segue o Princípio da Isonomia Material e a Teoria da Discriminação Indireta, pela ótica de Gilmar Ferreira Mendes, que incorporou os conceitos advindos do Direito Constitucional alemão em matéria de consecução da igualdade, para a realidade brasileira:

O princípio da isonomia pode ser visto tanto como exigência de tratamento igualitário (Gleichbehandlungsgebot), quanto como proibição de tratamento discriminatório (Ungleichbehandlungsverbot). A lesão ao princípio da isonomia oferece problemas sobretudo quando se tem a chamada 'exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade' (willkürlicher Begünstigungsausschluss). Tem-se uma exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade se a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas. (MENDES, 2002, p. 04) (MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002)

Seguindo a mesma linha de estudo, temos ainda o constitucionalista Joaquim José Gomes Canotilho que ao analisar as funções dos direitos fundamentais preconiza a ampla aplicação da não discriminação a todos os setores de atuação estatal, cabendo, portanto, no caso vertente a aplicação específica ao

contexto investigatório criminal como forma de mensuração e dosagem da restrição dos direitos fundamentais do investigado:

Uma das funções dos direitos fundamentais ultimamente mais acentuada pela doutrina (sobretudo a doutrina norte-americana) é a que se pode chamar **função de não discriminação**. A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. Esta função de não discriminação abrange todos os direitos. Tanto se aplica aos direitos, liberdades e garantias pessoais (ex: não discriminação em virtude de religião), como os direitos de participação política (ex: direito de acesso aos cargos públicos) como ainda aos direitos dos trabalhadores (ex: direito ao emprego e formação profissional). Alarga-se, de igual modo, aos direitos a prestações (prestações de saúde, habitação). É com base nesta função de não discriminação que se discute o problema das quotas (ex: parlamento paritário de homens e mulheres) e o problema das *affirmative actions* tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades(ex: quotas de deficientes). (CANOTILHO, 2011, p. 403)

Pela ótica da igualdade substancial, cabe ao Juiz competente quando praticar a supervisão da investigação criminal determinar as providências jurisdicionais que possibilitem um equilíbrio entre o poder punitivo estatal de obter provas acerca de fatos penalmente relevantes e o *status libertatis* do particular de suportar até certa medida a restrição de seus direitos fundamentais, tudo em nome do interesse social da justiça penal.

Proporcionalizar o poder investigatório do Estado, representa certamente, estabelecer tratamento isonômico aos indivíduos que estão sendo investigados e à gravidade com que os delitos são praticados seja do ponto de vista da reprovabilidade da conduta ou do desvalor do resultado naturalístico ocasionado com a prática do delito.

Portanto, pode-se inferir que ao se submeter ao crivo do controle judicial a investigação criminal como modalidade de atividade estatal limitadora de direitos fundamentais, deve esta ser submetida à lógica da proporcionalidade pela interpretação do Poder Judiciário. Isso no sentido de se estabelecer o equilíbrio na intensidade do poder persecutório do Estado e para proceder ao esclarecimento de delitos, com a menor restrição jurídica possível e com a exata medida nos impactos de direitos fundamentais das pessoas investigadas.

É certo, que cabe primeiramente ao Legislador, definir em caráter abstrato e genérico os instrumentos legais pelos quais o Juiz competente poderá efetivar, até mesmo de ofício, a igualdade material no contexto investigatório criminal. Frise-se que o ordenamento jurídico pátrio ainda é muito escasso no tocante à disciplina legal de tais instrumentos investigatórios. Posteriormente, caberá à própria autoridade investigante proceder com razoabilidade e equilíbrio na escolha de medidas investigatórias adequadas e na liberação de seus razoáveis efeitos ao caso apurado para se evitar uma descabida interferência judicial diante de sua desídia.¹⁶

Por este prisma, de forma inovadora, a Lei Maria da Penha nº 11.340/2006, instituiu um vasto instrumental investigatório a ser utilizado perante o Poder Judiciário no sentido de promover de forma individualizada as devidas restrições de direitos fundamentais do investigado agressor que exerce violências contra a mulher se valendo das facilidades do contexto de confiança afetiva e convívio doméstico.

Não foi por outra razão, que o sincretismo processual penal se revelou na Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011, que alterou a disciplina jurídica das medidas cautelares e prisões processuais no Código de Processo Penal, se inspirando na Lei nº 11.340/2006 para prever algumas das medidas cautelares individualizantes da investigação criminal, previstas na nova estrutural legal do art. 319 do estatuto processual penal, tais como: proibição de freqüentar determinados lugares e proibição de manter contato com pessoa determinada.

¹⁶ Acerca da divisão de tarefas entre o Legislador e o Juiz na construção do direito discorre Ingo Wolfgang Sarlet: “Sob um primeiro ângulo, podemos encontrar um evidente limite em considerando que a distribuição de competências inerentes ao Estado democrático de Direito, de modo especial na formulação do princípio da divisão de tarefas entre os diversos órgãos do poder estatal, não permite que o Judiciário substitua o legislador na tarefa precípua de criação do direito, quanto mais em se tratando de direito constitucional. É evidente que a linha divisória entre a atividade judicante e legislativa não é muito precisa, o que se evidencia ainda com maior intensidade na seara constitucional, onde se multiplicam os exemplos de conceitos abertos e fluidos, carecendo de concretização na via interpretativa. Por mais que se possa (e deva) colocar em discussão essa problemática, devemos ter em mente que a tarefa do Judiciário, no campo da identificação e localização dos direitos fundamentais situados fora do catálogo da Constituição, é, acima de tudo, a de identificar e revelar o que já existe, ainda que de forma implícita, sem prejuízo de uma atividade criadora de cunho suplementar e ampliativo (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11^a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 138)

Por seu turno, a Lei nº 11.340/2006 dos artigos 18 a 24 contemplou de forma inédita um rol de medidas protetivas de urgência, partindo da presunção de que há uma relação de desequilíbrio fático e natural entre o homem e a mulher por razões históricas, sociais e biológicas e visando proteger a mulher das mais diversas formas de violência decorrente do convívio afetivo e de confiança com um homem, possibilita que um Juiz investido em órgão jurisdicional especializado no tema, determine restrições de direitos fundamentais do homem agressor haurindo tal poder jurisdicional de um contexto pré-processual e de viés meramente investigatório.

As medidas judiciais de urgência variam em dois grandes grupos. Assim, no art. 22 estão dispostas aquelas que obrigam o agressor e nos artigos 23 e 24 há previsão de medidas de urgência em relação à ofendida. Certo é que o Juiz que acompanha a investigação criminal terá competência para extrair poderes suficientes para proteger a mulher vítima presumivelmente hipossuficiente na relação de violência familiar inclusive pela perspectiva patrimonial.

Com relação ao agressor de acordo com a Lei Maria da Penha o Juiz competente poderá determinar as seguintes medidas: suspensão da posse ou restrição de porte de arma de fogo; afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; proibição de aproximação ou contato do agressor junto à ofendida ou seus familiares e testemunhas por quaisquer meios de comunicação; proibição de frequentar lugares determinados para a preservação da integridade física e psicológica da ofendida; restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe multidisciplinar; prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Registre-se ainda, que as aludidas medidas impostas ao agressor não são taxativas, sendo admissível ao Juiz adotar outras que reputar adequadas para preservar a integridade da vítima e a comprovação dos fatos a serem apurados no curso da investigação criminal.

Poderá ainda o Juiz competente impor restrições aos direitos da ofendida para a própria preservação de seus direitos fundamentais inclusive patrimoniais, valendo-se da via do ativismo judicial oficiando aos cartórios

competentes, isso quando se tratar de proibição de contratar por parte da ofendida e suspensão de procurações outorgadas pela ofendida ao agressor.¹⁷

As medidas dispostas pela Lei nº 11.340/2006 são as seguintes: encaminhamento da ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou atendimento; determinar a recondução da ofendida e seus dependentes ao seu domicílio após afastamento do agressor; determinar o afastamento da ofendida do lar sem prejuízo dos direitos aos bens, guarda dos filhos e alimentos; determinar separação de corpos; restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor; proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra e venda e locação de propriedade, salvo autorização judicial; suspensão das procurações conferidas ao agressor pela ofendida; prestação de caução provisória pelo agressor mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

É de se salientar, que esse conjunto de medidas enérgicas determinadas em face de um agressor e da ofendida, detém como fundamento de validade procedimental apenas uma investigação criminal para apuração de eventual delito de violência doméstica contra a mulher. Sem dúvida que não há um rito em contraditório estabelecido com relação jurídica processual e procedimentos plenos para orientar o Poder Judiciário ao impor tais deliberações, mas há participação comunicativa na esfera pública investigatória, cumprindo função cognitiva e legitimadora para que o Juiz competente possa eleger fundamentadamente a providência mais justa, proporcional e adequada para o caso concreto.

¹⁷ Comungando do ideal de um processo penal garantista e inclusivo para os hipossuficientes investigados temos: “Do exposto, de um lado, se o processo corresponde a uma série de atos que procuram certificar a existência de um fato delituoso e a prática deste fato por uma determinada pessoa, de outro, o processo torna-se fundamental para a preservação das liberdades fundamentais do acusado. De fato a finalidade do processo não é apenas a aplicação do direito penal. É mais. Sua principal finalidade é oferecer garantias ao hipossuficiente. Exsurge daí o que se pode denominar de função garantista do processo penal.” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Salvador: Editora Juspodium, 2009 p.217)

6.3 ADI nº 4424 – Intensificação Persecutória na Lei Maria da Penha

Em julgamento inédito proferido no dia 09 de fevereiro de 2012, o Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de controle de constitucionalidade abstrato, dimensionou no plano legislativo a intensidade da persecução penal em face do homem agressor que pratica violência contra a mulher no ambiente familiar. Trata-se a ADI nº 4424, que declarou atribuiu interpretação conforme a Constituição ao art. 16 inc. I da Lei nº 11.340/06.¹⁸

A importância do precedente firmado na Suprema Corte, se deve ao fato de que pela primeira vez se fez aplicar interpretativamente os Princípios da Proibição da Proteção Deficiente e da Vedação à discriminação indireta, por intermédio da técnica de interpretação conforme a Constituição.

Na prática, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de forma inovadora admitiu pela via interpretativa, mantendo em vigor um dispositivo legal, a correção da intensidade da persecução penal em casos onde havia uma situação fática de discriminação histórica. Ou seja, tratou-se de um julgado estipulando com ineditismo a instrumentalização prática de ação afirmativa na esfera persecutória penal.

Interpretou-se no curso da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, que a lei penal e processual penal ao estabelecer o regime jurídico de proteção penal da mulher violentada no seio familiar estava em posição jurídica insuficiente seja para deflagrar e manter em curso a persecução penal contra o

¹⁸ O trecho do voto do Ministro-Relator Luiz Fux esclarece de forma clara a questão: Uma Constituição que assegura a dignidade humana (art. 1º, III) e que dispõe que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações (art. 226, § 8º), não se compadece com a realidade da sociedade brasileira, em que salta aos olhos a alarmante cultura de subjugação da mulher. A impunidade dos agressores acabava por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de sevícias, em clara afronta ao princípio da proteção deficiente (*Untermassverbot*). Longe de afrontar o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, da Constituição), a Lei nº 11.340/06 estabelece mecanismos de equiparação entre os sexos, em legítima discriminação positiva que busca, em última análise, corrigir um grave problema social. Por óbvio, todo *discrimen* positivo deve se basear em parâmetros razoáveis, que evitem o desvio de propósitos legítimos para opressões inconstitucionais, desbordando do estritamente necessário para

agressor seja no tocante à intensidade das medidas punitivas cabíveis no caso vertente.

Assim, no que se refere aos arts. 12 inc. I, 16 e 41, todos da Lei nº 11.340/06, fora atribuída interpretação conforme à Constituição Federal, declarando dispensada a representação a ser feita pela mulher violentada ao Ministério Público, para que tal órgão de acusação pudesse posteriormente propor a ação penal pública. Isso porque, a norma processual penal ao impor a condição de procedibilidade consistente na necessidade da mulher representar o agressor, por si só já revelava uma postura discriminatória em detrimento do gênero feminino.

Do ponto de vista técnico, fica afastada a incidência do regime jurídico da Lei nº 9.099/95, em especial a norma processual constante do art. 88 que teve o efeito de tornar os crimes de lesões corporais em todas as suas modalidades como sendo delitos de ação penal pública condicionada à representação da ofendida. Pois bem, com o afastamento desta regra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal teve o condão de restabelecer a sistemática da ação penal pública incondicionada que vigorava antes da entrada em vigor do art. 88 da Lei nº 9.099/95, quando se tratar de violência doméstica resguardada pela Lei nº 11.340/06.¹⁹

Ademais, as condições sociais, culturais e econômicas em que vivem a maiorias das mulheres, já se mostraria bastante para desencorajá-las a proceder à representação contra o agressor ou até mesmo para manter tal postura. Sendo certo, que na maioria dos casos a mulher não conseguia evitar pressões de várias ordens, sobretudo afetivas, vindo a se retratar, com a retirada da representação e

a promoção da igualdade de fato. Isso porque somente é possível tratar desigualmente os desiguais na exata medida dessa desigualdade.

¹⁹ Sobre o tema, adveio a jurisprudência dispondo:

Lei Maria da Penha e ação penal condicionada à representação - 3

Entendeu-se não ser aplicável aos crimes glosados pela lei discutida o que disposto na Lei 9.099/95, de maneira que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que de natureza leve ou culposa, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, a ação penal cabível seria pública incondicionada. Acentuou-se, entretanto, permanecer a necessidade de representação para crimes dispostos em leis diversas da 9.099/95, como o de ameaça e os cometidos contra a dignidade sexual. Consignou-se que o Tribunal, ao julgar o HC 106212/MS (DJe de 13.6.2011), declarou, em processo subjetivo, a constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/2006, no que afastaria a aplicação da Lei dos Juizados Especiais relativamente aos crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista.

IN:http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativo_mensal_fevereiro_2012. acessado em 10/06/2012.

fomentando com isso um quadro de impunidade já consolidado e em franca expansão.

Constata-se, portanto, o início de uma tendência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, em admitir a regulação do ordenamento penal e processual penal infraconstitucional ao âmbito de proteção dos valores constitucionais. Seguindo a mesma linha de raciocínio, poderia se pensar na mesma lógica de proteção suficiente quando se tratar de crimes contra idosos e crianças e adolescentes, no sentido de se remover qualquer entrave legal que restrinja a ação das autoridades persecutórias na defesa das minorias historicamente discriminadas na realidade social brasileira.

6.4 Princípio da Universalização da Investigação Criminal

O direito-dever de investigar crimes por parte das autoridades públicas vocacionadas para tal missão, deriva do direito fundamental à informação como decorrência natural de estarmos situados num Estado Constitucional e Democrático de Direito. Assim, investigar fatos antes de tudo significa se informar de fatos. Lembrando que o direito à informação é uma garantia constitucional alçada ao patamar de cláusula pétrea.

Portanto, quando alguém investiga, sob certa análise está se informando. Ter conhecimento de fatos de forma verídica clara e isenta de manipulações ideológicas, remeta à uma verdadeira promoção da Democracia como valor social inafastável. Diante desse prisma, a investigação criminal se materializa como uma forma específica de o Estado se auto-informar acerca de fatos penalmente relevantes.

Assim, quando o Estado se informa sobre fatos criminosos praticados pelos particulares, se vale da sua supremacia fática e jurídica. Isso porque, os órgãos públicos, em regra estão mais bem aparelhados instrumentalmente para

descobrir fatos, mas também detém prerrogativas administrativas para impor por autoridade auto-executória restrições de inúmeros direitos fundamentais indispensáveis para que os delitos sejam desvendados e punidos. No caso vertente, cabe a incidência de um regime jurídico de direito público com a vigência plena das normas-princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e da indisponibilidade do interesse público primário de distribuição da justiça penal.

Conclui-se então, no plano constitucional, que a investigação criminal se evidencia como um direito-dever estatal de informação qualificado pela restrição procedimental e democrática de direitos fundamentais dos investigados em prol da verdade consensualizada e da concretização da justiça penal.

Partindo-se da premissa de que o direito à informação é pleno no Estado Constitucional, constata-se também a necessidade de universalização das investigações criminais, como corolário lógico do primeiro. Todavia, pelo fato da investigação criminal gerar infindáveis impactos jurídicos nos direitos fundamentais, bem mais amplos e intensos do que o simples ato de informar, é de necessidade premente a fixação de um regime jurídico legalmente mais específico e seguro para a prática da persecução penal apuratória, com base inclusive no dogma do devido processo legal como elemento de legitimação participativa democrática.

7 PROCEDIMENTO E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A investigação criminal, conforme frisado, constitui-se em uma atividade estatal necessariamente comunicativa e coercitiva, pois para que se obtenha a elucidação e comprovação de delitos, os órgãos persecutórios dotados de auto-executoriedade, devem impor pela via das informações comunicadas ao procedimento investigatório as restrições a certos direitos fundamentais em favor do interesse público da investigação. É comum inclusive notar a dimensão dos poderes persecutórios na investigação criminal, quando se percebe em alguns casos que a constrição de direitos tais como a liberdade de locomoção e a propriedade privada sofreram mais gravames na fase inquisitorial do que no próprio curso da ação penal, pois em razão de posterior absolvição categórica haurida pela via do devido processo legal judicial todas estas constrições serão desfeitas.

Paradoxalmente, a investigação criminal enfocada como um procedimento pré-processual desprovido de contraditório pleno tem por parte do Estado-acusação, mais restrições de direitos fundamentais como menos garantias e segurança jurídica, do que a própria imposição da pena que de certa medida ainda traduz um nível maior de certeza com a intensidade dosada e imposta pelo Poder Judiciário. Nesse sentido é de se frisar a indispensável atuação da participação comunicativa do investigado em inquéritos policiais e demais instrumentos investigatórios conduzido pelas autoridades persecutórias competentes.

Comungando dessa linha de entendimento o doutrinador espanhol Nicolas Gonzáles-Cuellar Serrano, em sua tese de doutorado intitulada *Proporcionalidad Y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, apresenta a concepção, de que a prisão provisória é mais gravosa e invasiva ao direito fundamental de liberdade do preso, porquanto, ainda reina a incerteza no tocante à exata quantificação do tempo de duração de tal medida constritiva, expondo:

Como é sabido, a prisão provisória constitui a medida mais grave que pode sofrer um cidadão no processo penal antes de sua condenação. O imputado, enquanto não estiver sido provada sua culpabilidade, é privado do livre exercício de um de seus direitos mais preciosos, o direito de liberdade de movimentos, junto com outras restrições adicionais. Neste

sentido a prisão provisória afeta materialmente o direito a presunção de inocência. Igualmente, como consequência da situação de prisão, o imputado sofre prejuízos muito sérios de caráter pessoal, familiar, profissional e social, e inclusive psicológico, posto que, como tantas vezes sem tem posto a revelia, a antecipação dos efeitos da pena que a prisão provisória supõe é mais gravosa para o sujeito que o cumprimento da própria pena, já que se encontra submetido a incerteza derivada do desconhecimento do tempo real que será privado da liberdade. (SERRANO, 1990, p.204)

Conforme demonstrado, em razão da concepção do Estado social, a investigação criminal por representar um ato de força deve ser pautada não apenas pela legalidade, mas também pela preservação proporcional e inclusiva dos direitos fundamentais dos investigados e demais sujeitos que figuram no ambiente inquisitorial pela via da ação comunicativa. Inclusive, a investigação criminal também virá para gerar a inclusão de direitos da vítima lesada pelos delitos, quando o poder público se presta a apurar adequadamente um delito, com o devido poder investigatório dosado para determinado caso.

Por certo que, diante desse prisma, não se tem como afirmar em termos abstratos se o Ministério Público pode ou não investigar todos os crimes. Há sim determinados delitos em que o *parquet* poderá e até mesmo deverá investigar e em outros não. Para tanto, deve-se analisar a relação jurídica de direito penal subjacente que se viu instalada e havendo hipossuficiência da vítima e do Estado diante do criminoso ou da organização criminosa é evidente a necessidade ministerial de atuação investigatória colaborativa.

Situação bem diversa dessa é aquela em que o autor do delito é que se encontra em situação de hipossuficiência diante da vítima patrimonialmente poderosa. Como exemplo, pode-se ter um furtador de pão de uma grande rede de supermercados. Ora, tal delito não depende de uma ação conjugada de várias instituições incluindo o Ministério Público, para a sua apuração, podendo o caso ser resolvido inclusive com a iniciativa da própria vítima por vezes dispensada a atuação da autoridade policial.

Diante desse contexto, para que se torne possível o exato cumprimento da lei com a adequada restrição e interferência na órbita de direitos fundamentais dos indivíduos, faz-se indispensável o respeito ao postulado do devido processo legal especialmente na sua vertente administrativa. Ou seja, somente se admite

como legítima uma restrição ou limitação de um direito fundamental, se tal cerceamento, além de motivado juridicamente, haurir seu fundamento diretamente de uma base ou suporte procedimental que propicie a conjunção, análise e conferência de informações obtidas em atos e diligências investigatórias, com um possível controle interno e externo dos atos investigatórios sendo pela via da atividade jurisdicional, bem como pela participação efetiva das pessoas investigadas ou pela prática comunicativa, para que haja a devida configuração dos atos de poder que daquele procedimento venham emanar.

A doutrina norte-americana cunhou a expressão *due process defense*, como instrumental processual de controle dos abusos e excessos que autoridade policial venha a praticar na atividade persecutória. O *due process defense*, ainda é instrumentalizado para reprimir eventual atuação governamental na prática de crimes que pelo abuso do poder político pode levar à supressão de direitos fundamentais do cidadão. Tal perspectiva do devido processo legal permite uma abertura na participação comunicativa dos investigados desde o momento da instauração da investigação criminal, colaborando de forma lícita e ética para a conformação da verdade dos fatos pelas provas trazidas e pelos argumentos apresentados.

Pela via do *due process defense*, a atuação defensiva desde o momento da investigação criminal pela ação comunicativa se dará sem um contraditório específico, evitando-se que os atos investigatórios fossem levados a efeito em franca violação de direitos fundamentais dos investigados.

Sobre o tema Isabel Oneto discorre com precisão ao tratar de agentes infiltrados (2005, p.45-46):

Muito próximo da *entrapment defense*, nomeadamente do seu modelo objectivo, está o *due process defense*, aplicado contra o *outrageous governmental conduct* (condutas excessivas do governo).

Neste caso, o tribunal analisa a conduta dos agentes policiais, independentemente do seu efeito sobre o acusado, mas do ponto de vista da observância das regras processuais. O que está em causa, nesta defesa, é apurar se o comportamento dos agentes policiais atingiu níveis suportáveis para a esfera privada do cidadão. Exemplo da aplicação do *due process defense* é o do processo *United States v. Russell*, em que o tribunal admitiu ter existido um intolerável grau de participação governamental na execução do crime.

Na base desta defesa está o direito do cidadão de ser submetido a um *due process of Law*, previsto na *Bill of Rights*. Segundo Louis Scholl, a

jurisprudência utiliza a referência ao *due process* para proteger os cidadãos dos abusos, brutalidades, torturas ou invasão da vida privada que possam ser cometidos por agentes do Governo.

Não é por outra razão que no Brasil o dogma do devido processo legal, foi alçado doutrinariamente e pela jurisprudência ao patamar de postulado normativo aplicativo conforme as lições do autor Humberto Ávila, e atualmente orienta o funcionamento de todas as searas do direito, inclusive no âmbito de restrições de direito privado pelo enfoque da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Em especial, no âmbito da investigação criminal, o devido processo legal administrativo substantivo, também possui incidência para possibilitar estabelecer um controle de justiça e de racionalidade na consecução dos atos persecutórios pretendidos e realizados efetivamente no curso da atividade persecutória. Portanto, o procedimento figura como elemento legitimador do poder e de sua ingerência na vida e nos direitos dos indivíduos.

Acerca da teoria substantiva do devido processo legal, predispõe (CANOTILHO, 2011, p. 482):

A teoria substantiva pretende justificar a ideia material de um processo justo, pois uma pessoa tem direito não apenas a um processo legal mas sobretudo a um processo legal, justo e adequado, quando se trata de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares. Esta última teoria é, com salienta a doutrina norte-americana, uma *value-oriented theory*, pois o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios da justiça.

Ainda versando acerca da processualidade administrativa como meio de legitimação e de limitação da autoridade das decisões estatais, faz-se pertinente as preleções de Odete Medauar, que assevera (2008, p. 70):

"A processualidade está associada ao exercício do poder estatal; o poder é, por si próprio autoritário. No âmbito estatal, a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade, no processo pré-constituído. Daí a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído"

Em consonância com tal abordagem, infere-se que a investigação criminal como esfera pública administrativa se materializa em forma de procedimento legal e pauta-se pela lógica da processualidade inerente a todas as atividades estatais que ensejam restrições de direitos fundamentais. Assim, todo o poder exercido fora de um parâmetro procedimental se revelará como abuso de poder, porquanto, não se fará viável seu controle de legalidade e nem sua fonte de legitimidade pela participação do particular, como signo representativo do regime democrático.

Pautando-se na mesma linha de estudo da processualística temos as palavras de Luiz Guilherme Marinoni, que explicita a importância da participação em procedimento como forma legítima para a imposição de restrições à direitos fundamentais:

É claro que essas ações não podem ser vistas como simples procedimentos instituídos para a tutela de direitos. Lembre-se que os direitos fundamentais exigem a possibilidade da participação na sociedade e no poder. Essa participação deve ser oportunizada e incentivada não apenas através da reserva de locais de participação em órgãos públicos ou em procedimentos voltados a decisões públicas, na esfera administrativa. Os procedimentos judiciais são indispensáveis à participação do cidadão em defesa de seus direitos fundamentais e do patrimônio público. Nesses casos a participação é viabilizada pela Jurisdição e, assim, incorpora-se ao processo uma outra particularidade.

O processo nessa dimensão assume a condição de via ou conduto de participação e não apenas de tutela jurisdicional. Além de instrumento da jurisdição para a tutela de direitos na perspectiva dos direitos fundamentais, o processo passa a ser instrumento para que o cidadão possa participar em busca da realização e da proteção dos seus direitos fundamentais e do patrimônio público.

Ou melhor: o processo, nessa perspectiva, mais do que instrumento do poder, é instrumento para a participação no poder, contribuindo para a otimização da participação do povo ou, em outros termos, para democratizar a democracia através da participação. (MARINONI, 2008 p. 430-431)

Infere-se, por conseguinte, que a participação em todos os processos e procedimentos, além de se democratizar pela participação os atos de poder emanados do Estado, também enseja em especial uma legitimação dos atos investigatórios no sentido de relativizar ou restringir direitos fundamentais tornando possível, sobretudo, a motivação das decisões penais emanadas de tais órgãos persecutórios competentes, pois pelo procedimento e pela comunicação institucional

que se cumpre a função cognitiva de esclarecer fatos e formar opiniões das autoridades julgadoras.

Enaltecendo a importância das motivações das decisões exaradas no contexto processual penal, temos as lições de Antonio Magalhães Gomes Filho, em sua obra: *A motivação das decisões penais*, expondo (2001, p. 96-97):

Dentre tais *funções instrumentais* da motivação, no âmbito interno do processo, a primeira e mais evidente é a de assegurar que as decisões adotadas – tanto no final como no curso do *iter* procedimental – constituam o resultado de uma efetiva apreciação pelo juiz, de todas as questões de fato e de direito suscitadas.

Se, no conjunto as atividades processuais representam uma garantia ao correto exercício do poder, assegurando uma *metodologia* que possibilita a ampliação das hipóteses de solução dos problemas concretos, não seria razoável admitir pudesse o juiz, ignorando os resultados de todas as atividades, proferir decisões que constituam produto de simples vontade pessoal.

Além da legitimação do poder devidamente motivado pelo procedimento como forma de participação das pessoas, em sede de atividade estatal, faz-se relevante admitir que a investigação criminal por representar uma espécie de procedimento persecutório classifica-se como forma de exercício da esfera pública administrativa de discurso, na qual se inserem inúmeras informações e dados que são confrontados e comunicados racionalmente pelos agentes inseridos no contexto da investigação. A conjunção de todos os dados probatórios apresentados na investigação criminal servirá de base informativa para a atividade argumentativa dos sujeitos de direitos fundamentais que figuram no contexto investigatório criminal.

Os conteúdos dessas comunicações permitem uma análise e uma cognição fática mais aprofundada e exata, extraídas pelo caminhar do devido processo legal administrativo, na sua vertente substancial. Pelas informações confrontadas no curso de um inquérito policial ou até mesmo por um procedimento investigatório criminal de atribuição do Ministério Público, é possível se aferir e dimensionar na esfera administrativa e até judicialmente, quais medidas cautelares ou restritivas de direitos revelam-se proporcionalmente cabíveis e em que justa medida caberá eventual interferência estatal nos diversos casos concretos, para viabilizar um resultado útil e prático da investigação criminal com a devida

preservação efetiva de uma futura ação penal com o mínimo de impacto na órbita dos direitos fundamentais dos indivíduos afetos ao cenário investigatório-criminal.

Aludidas possibilidades de aferição proporcional da restrição de direitos fundamentais do investigado pelo procedimento investigativo, ainda na fase inquisitorial, estão em franca consonância com espírito da nova Lei Federal nº 12.403 de 05 de maio de 2011, que reformulou o sistema de medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro, ao conferir ao Juiz Criminal e ao Delegado de polícia um extenso rol de medidas processuais alternativas frente às prisões cautelares. Certamente, que a novel legislação adveio para expandir as hipóteses legais conferidas aos Magistrados para preservar o resultado prático da persecução penal, pondo fim à crença de que somente se resguarda o processo penal prendendo o investigado.²⁰

Percebe-se, que tecnicamente, as medidas cautelares pessoais que substituem a prisão no processo penal, são modalidades de penas restritivas de direitos ou condições para cumprimento do período de prova dos sursis e do livramento condicional que foram alçadas processualmente à condição de medidas cautelares proporcionais à gravidade dos delitos que se pretende investigar e punir futuramente.

Com isso, evita-se uma punição prisional, sumária, antecipada e desproporcional do investigado antes mesmo de ser processado e de se defender em juízo em caso de delitos de média e reduzida potencialidade ofensiva. Portanto, as prisões cautelares passam a ser a última medida a ser adotada para que

²⁰ Ensina Eugênio Pacelli de Oliveira acerca das medidas cautelares: “ De se atentar, então, para o fato de que novas regras das cautelares pessoais, que surgem precisamente para evitar o excesso de encarcerização provisória, não podem ser banalizadas, somente justificando a sua imposição, sobretudo quando não for o caso de anterior prisão em flagrante, se forem atendidos os requisitos gerais previstos no art. 282, I e II, CPP, fundada portanto, em razões justificadas de receio quanto ao risco à efetividade do processo.

E, por fim, todas as restrições de direitos pessoais e à liberdade de locomoção previstas em nosso Código de Processo Penal, antes do trânsito em julgado e a partir da nova Lei nº 12.4403/11, recebem a alcunha ou a designação de medidas cautelares. Outras cautelares já existiam, desde o início do Código de Processo Penal, sem porém carregar esse nome. São exemplos de medidas cautelares, de natureza patrimonial, aquelas relativas a restituição de bens, ao arresto, ao sequestro e à instiuição da hipoteca legal, consoante as regras do disposto no art. 120 e seguintes do Código de Processo Penal. São também medidas cautelares, já agora de natureza probatória, as providências relativas à quebra da inviolabilidades pessoais previstas em Lei ou na Constituição - interceptações, busca e apreensão etc. – art. 5º, X e XII, CF. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 490

preserve a investigação criminal e o próprio processo penal contra atos prejudiciais decorrentes dos investigados e do acusado, até mesmo porque é sabido que a mera execução de qualquer forma de prisão comporta a detração penal diante de uma evidente antecipação dos efeitos da tutela penal em face do investigado ou acusado.²¹

²¹ Tourinho Filho expõe: Por mais que se queira negar, a pena é castigo: se o cidadão comete uma infração penal sujeita à pena privativa de liberdade, proferida sentença penal condenatória, uma vez transitada em julgada, deverá ser ele segregado do convívio social, como retribuição pelo mal cometido, e, ao mesmo tempo, serve de intimidação a todos os possíveis e futuros infratores da lei penal. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009)

8 MEDIDAS CAUTELARES NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Considerando-se toda a análise estabelecida acerca do agir comunicativo na investigação criminal, faz-se necessária a correlação de tais constatações aplicadas na prática efetiva da elucidação de delitos por meio da utilização de medidas cautelares a serem determinadas judicialmente em prol da persecução penal e na efetivação de uma justiça penal democrática.

A razão para o estudo das medidas cautelares nesta etapa do presente estudo se deve ao fato de que tais providências servem prioritariamente à investigação criminal como fase introdutória da persecução penal. Isso porque as determinações judiciais de cunho cautelar são comumente proferidas no início das demandas em geral visando um resultado assecuratório para a manutenção do resultado prático e eficiente de uma futura ação penal.²²

É consabido ainda, que em sede de investigação criminal a busca por fatos e evidências deixadas pelos delitos perpetrados exigem uma atuação estatal específica de natureza invasiva e que impõe restrições e relativizações de direitos fundamentais de inúmeras espécies à várias pessoas inclusive em face das próprias vítimas dos crimes.

Todavia, para se admitir tais ingerências no âmbito de direitos das pessoas implicadas no contexto investigatório faz-se imperiosa a autorização do Poder Judiciário como ente estatal legitimado para agir com sua autoridade contramajoritariamente na concessão de medidas cautelares estabelecendo a exata conformação do âmbito de proteção destes direitos fundamentais mitigados em benefício do resultado prático e útil da investigação criminal.

²² Discorre Antônio Alberto Machado sobre a cautelaridade no Direito Processual Penal: "O direito processual penal, tal como o direito processual civil, admite também uma cautelaridade específica com o fim de garantir a efetividade do processo principal. Essa cautelaridade encontra fundamento jurídico tanto na norma processual penal quanto no plano constitucional e se submete, via de regra, aos mesmos pressupostos das medidas cautelares em geral, tais como o *fumus* e o *periculum*. No caso específico, por exemplo, das medidas cautelares que recaem sobre a liberdade do indivíduo, nas hipóteses das prisões provisórias, esse requisitos conhecidos como *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*." (MACHADO. Antônio Alberto. Curso de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.449)

Portanto, as medidas cautelares se diferenciam quanto ao nível de interferência que exercem nos direitos fundamentais das pessoas, partindo de modalidades mais brandas que atingem apenas a posse ou o patrimônio dos indivíduos evoluindo para interferências mais drásticas tais como proibições de freqüentar determinados locais chegando até mesmo às prisões processuais.

Diante destas diferenciações as medidas cautelares podem ser divididas em dois grandes grupos: medidas cautelares reais que impõe gravames patrimoniais no acervo de bens do investigado e as medidas cautelares pessoais que recaem sobre os atos, comportamentos e liberdade de locomoção dos indivíduos submetidos à investigação criminal, nesta espécie incluem-se as restrições mais gravosas de direitos fundamentais.

Tal classificação de medidas cautelares somente veio fazer sentido no âmbito do direito processual penal brasileiro após o advento da Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011 ao modificar inúmeros artigos do Código de Processo Penal e em especial o art. 319 que instituiu um rol de diversas medidas cautelares diversas da prisão cautelar como formas alternativas de preservação das investigações criminais e das persecuções penais e com isso encerrar o dogma dicotômico “prisão-liberdade provisória”, tidos até então meios exclusivos de vinculação do investigado ao procedimento persecutório-criminal.

A redação do art. 319 do Código de Processo Penal operada após a edição da Lei nº 12.403/2011 ampliou o Princípio da Individualização da investigação criminal e generalizou a possibilidade de utilização de algumas das diversas medidas cautelares constantes na legislação penal esparsa, se integrando sistematicamente com os demais subsistemas investigatórios. Assim, passou-se a admitir as medidas cautelares constantes dos arts. 22 a 23 da Lei nº 11.340/2006 de combate à violência doméstica. Ainda nessa seara, adveio a integração das medidas cautelares do Código de Processo Penal com aquelas previstas nos arts. 60 a 64 Lei nº 11.343/2006 que coíbe o tráfico ilícito de drogas.

Seguindo o mesmo sentido de individualização investigatória e levando em considerações os aspectos econômicos, políticos e sociais dos investigados envolvidos na relação jurídica de direito penal subjacente, adveio a Lei nº 12.683 de 09 de julho de 2012, que ao alterar a redação originária da Lei nº 9.613/98 Lei de

lavagem de capitais e propiciou um fortalecimento institucional e democrático da investigação criminal visando coibir delitos praticados por membros que compõe a elite econômico-financeira no Brasil e no mundo. A participação comunicativa democrática em contraditório pré-processual, já na fase investigatória, se vê instituída pela Lei nº 12.683/2012 que no art. 4º dos parágrafos primeiro a quarto, quando disciplinou as medidas assecuratórias a serem impostas em face dos investigados por crimes de lavagem de dinheiro. Isso porque, os investigados destinatários das medidas cautelares terão condições de demonstrar a origem lícita de seu bens e a desvinculação do patrimônio com a prática do crime de lavagem de dinheiro.

O agir comunicativo na perspectiva teórica de justificar uma investigação criminal democrática e fortalecida se revela substancialmente relevante no contexto procedimental ora descrito, pois de maneira inovadora o Estado-legislador tem procurado legiferar em matéria processual penal para os fins de se possibilitar instrumentais investigatórios que elucidem crimes complexos para os fins de se desarticular a criminalidade organizada e elitizada economicamente, por vezes fundada no abuso do poder político e social.

Porém, todas as restrições de direitos fundamentais ali constantes, dependem necessariamente de supervisão e acompanhamento judicial, pois estão submetidas ao crivo da denominada cláusula de reserva de jurisdição. Ou seja, apenas por ordem judicial com o sem contraditório prévio é possível se admitir um nível de ingerência na órbita de direitos das pessoas. Isso porque, tais medidas cautelares para se legitimarem dependem indispensavelmente ao menos de uma participação comunicativa das partes integradas no contexto investigatório e em tal deliberação jurisdicional.

Nesse sentido, a doutrina do agir comunicativo permeia a atuação jurisdicional em sede de investigação criminal, inclusive quando se tratar de deliberação de medidas cautelares, pois permitirá a legitimação das restrições de direitos fundamentais dos investigados bem como cancelará o resultado final das elucidações perpetradas no procedimento persecutório-criminal.

A função jurisdicional na investigação criminal não figurará apenas como fator de legitimação na restrição de direitos fundamentais, mas também servirá

para evitar abusos e ilegalidades por parte dos agentes persecutórios que iram executar tais deliberações. Portanto, pela via do agir comunicativo todos os atos investigatórios praticados no curso das investigações criminais são passíveis de correção e adequação por parte do Poder Judiciário seja quanto à intensidade seja quanto as suas formas ou modalidades de ingerência estatal.

Portanto, faz-se premente a proteção judicial frente aos atos investigatórios abusivos em razão da elevada importância na concretização da justiça, desde a deflagração da fase inquisitorial da persecução penal, haja vista, o fato de já nesta etapa existir a possibilidade de prematura manipulação da verdade dos fatos pela ingerência política, seja com o fito de abrandar a investigação para a impunidade de pessoas poderosas, seja para desviá-la de rumo em desfavor de terceiros inocentes buscando-se o efeito de se camuflar o verdadeiro suspeito pela prática do delito, ou até mesmo para a utilização da investigação criminal como mecanismo de perseguição política.

Ainda pela perspectiva de aplicação do agir comunicativo em sede de investigação criminal e de medidas cautelares houve também um significativo fortalecimento prático, sobretudo, em favor da independência e do fortalecimento do Poder Judiciário na fase investigatório-criminal com a criação da Lei nº 12.694 de 24 de julho de 2012. O novo diploma legislativo passa a contemplar a possibilidade de reunião de três magistrados em primeiro grau de jurisdição para os fins de deliberar acerca de restrições de direitos fundamentais e condenações de membros integrantes de organizações criminosas. A mesma lei se propôs a estabelecer um conceito legal para as organizações criminosas dispondo o art. 2º : “ Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.”

Todavia, a alteração mais discutível da Lei nº 12.694/2012, recai na suposta inconstitucionalidade na formação de um órgão jurisdicional colegiado de primeira instância, estruturado por três magistrados após a ocorrência do fato criminoso dispondo-se a deliberar, com fundamentação parcialmente sigilosa sobre a ocorrência de delitos. As decisões judiciais versarão sobre os seguintes temas: “I)

decretação de prisão ou de medidas assecuratórias; II) concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão; III) sentença; IV) progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena; V) concessão de liberdade condicional; VI) transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima; e VII) inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado.”

É de se notar que todas as providências jurisdicionais acima descritas implicam em restrições de direitos fundamentais das pessoas que estão sendo submetidas à força persecutória estatal, desde aqueles que ainda estão sob o crivo investigatório até àqueles que já se encontram em fase de cumprimento da pena já imposta.

9 CONCLUSÃO

O agir comunicativo figurando na investigação criminal como referencial teórico e filosófico permite a configuração de parâmetros democráticos na atuação estatal desempenhada e permeada de forma multi-institucional na elucidação de crimes. Por um prisma inicial se percebe que a investigação criminal ficará apta ao fortalecimento frente ao domínio do poder econômico e político na medida em que se universaliza e se individualiza com a indispensável ampliação da participação democrática das pessoas e dos entes públicos competentes.

Por outro lado, a investigação criminal adquire ainda legitimação democrática como mecanismo de atuação do poder estatal pela procedimentalização da argumentação e do discurso na prática dos atos investigatórios, pelo exercício pleno da igualdade material na modulação e equalização dos efeitos persecutórios refletidos na órbita de direitos fundamentais das pessoas envolvidas na investigação criminal.

A questão atinente aos níveis de intensidade que a atividade persecutória estatal e o poder investigatório repercutem em cada caso concreto apurado e por conseqüência na vida e no comportamento das pessoas inseridas no contexto investigatório perpassa necessariamente, pela observação e deliberação do Poder Judiciário como ente constitucionalmente imbuído do resguardo de direitos fundamentais em um Estado Social e Democrático de Direito.

Tal análise judicial da investigação criminal servirá não apenas à preservação de direitos fundamentais relativizados pelas restrições coativas, mas também atenderá aos fins da persecução penal, que se revela, por certo, no sentido de se produzir justiça penal com isenção e neutralidade. Todavia, a imparcialidade do magistrado será indispensável desde a deflagração da investigação criminal para que ao final por ocasião da sentença de mérito a resposta estatal a ser imposta também reproduza uma postura institucional justa, neutra e desinteressada por parte do Poder Judiciário ao aplicar seu comando decisório.

Portanto, o agir comunicativo como fundamento filosófico da democracia deliberativa trará a devida elucidação para uma investigação criminal voltada às relevantes questões processuais ainda pendentes de solução doutrinária e jurisprudencial no âmbito do direito processual penal brasileiro, dentre as quais podemos suscitar:

a) Adoção do agir comunicativo aplicado à análise da legitimação da denúncia anônima como medida apta à deflagração de uma investigação criminal e verificar se informações anônimas atenderiam ao funcionamento de uma apuração democrática de infrações penais;

b) A conformação e adoção do princípio do contraditório em sede de inquéritos policiais e demais instrumentos investigatórios criminais demonstrando a necessária participação comunicativa na construção legítima da verdade fática investigada;

c) Interpretar o agir comunicativo como referencial teórico, enseja um pluralismo constitucional e democrático em sede de investigação criminal que permite uma implementação prática da persecução penal em prol da abertura e da universalização investigatória democrática. Nesse sentido, se poderá aderir a uma interpretação constitucional que admita a atuação do Ministério Público na apuração de delitos desde que respeitado princípio da isonomia material e da individualização investigativa, com a devida deliberação jurisprudencial a ser firmada pelo Supremo Tribunal Federal;

d) Dimensionar o direito fundamental ao silêncio e a não auto-incriminação dos investigados pela perspectiva do agir comunicativo e inferir se de fato, a ausência de participação comunicativa voluntária por parte das pessoas implicadas no contexto investigatório, poderá de alguma forma trazer algum efeito válido para os esclarecimentos dos fatos investigados frente ao dever de investigar do Estado;

e) A criação da figura do Juiz das garantias teria relevância ou utilidade concreta para na prática propiciar uma investigação criminal democrática, com suficientes efeitos persecutórios em face dos crimes mais complexos e por outro lado a contenção dos excessos do poder investigatório em se tratando de

investigados hipossuficientes frente ao Estado e diante da gravidade dos fatos a serem apurados.

f) Eventuais interferências da mídia e da imprensa representando a vontade da maioria democrática no seio social figurará como uma forma legítima de influir na conformação e apuração de verdade dos fatos investigados pela perspectiva do agir comunicativo;

g) A utilização da delação premiada como instrumento investigatório pautado pelo agir comunicativo de um membro da quadrilha ou bando, visando apurar condutas criminosas praticadas por organizações criminosas. O diálogo e o fluxo de informações e dados estabelecidos entre o Estado-investigador e um indivíduo envolvido com a criminalidade organizada permite um aperfeiçoamento da investigação criminal na busca da verdade e na implementação da justiça penal.

h) A adoção de audiências públicas para ouvir os mais diversos setores interessados da sociedade civil acerca das políticas públicas de melhoria e aperfeiçoamento as atividade investigatória criminal, ou até mesmo a utilização de audiências públicas, praticadas por parte das autoridades investigativas para condensar informações e conhecimentos específicos úteis à elucidação e prevenção de infrações penais.

Enfim, pode-se constatar que apenas teremos no Brasil um Estado Democrático de Direito efetivamente concretizado, se os institutos jurídicos se afinarem aos ideais democráticos por um constante processo de amadurecimento e participação popular de todas as pessoas envolvidas direta ou indiretamente nas esferas públicas de conformação dos poderes já constituídos.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 3º Ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

_____. **Eichmann em Jerusalém um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARNS, Dom Paulo Evaristo. **Brasil: Nunca Mais**. Petrópolis: Editora Vozes, 1985.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre Acusação e Sentença**. 2ª Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil. Brasília, ano 23, n. 82, 4º trimestre, PP. 109-157, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentizen. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2001.

BETHENCOURT, Francisco. **História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália Séculos XV-XIX**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-modernidade e Reflexões Frankfurtianas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BREGA, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CANARIS, Calus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. António Menezes Cordeiro. Berlim: Duncker und Humblot, 1983.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Almedina, 1982.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Lisboa, 1997.

CALAMANDREI, Piero. [et. al.]. **A Crise da Justiça**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

COLOMBER, Juan-Luis Gómez. A Investigação Criminal Problemas Atuais e Perspectivas de Unificação Internacional. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). **Processo Penal e Estado de Direito**. Campinas: Edicamp, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um Devido Processo Legal (Constitucional) é incompatível com o sistema do CPP de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs.). **Processo Penal e Democracia Estudos em Homenagens aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição: Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão**. Tradução de Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995.

_____. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lúcia M.E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2012.

FELDENS, Luciano. O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativo de tutela. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luis Flávio (orgs.). **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **A Reação Defensiva à Imputação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Trad. Roberto Machado. 29ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GARCIA, Juvêncio Gomes. **Função Criadora do Juiz**. 1ª Ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1996.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Salvador: Editora Juspodium, 2009.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

HABERMAS, Jürgen. **Comentários à Ética do Discurso**. Lisboa: Ed. Instituto Piaget, 1991.

_____. **Direito e democracia entre faticidade e validade**. v. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e moral**. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Ed. Instituto Piaget, 1992.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa.** Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **O Discurso Filosófico da Modernidade.** Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 7ª Ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2006.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário.** Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal.** 2ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

MACHADO, João Batista. **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador.** 13ª Reimpressão. Lisboa: Editora Almedina, 2002.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro: lavagem de ativos provenientes de crime – Anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98.** São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Processuale Penale italiano.** Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1949. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo GONET. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1ª Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRABETE. Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ONETO, Isabel. **O Agente Infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português - Identidade Constitucional**. Lisboa: Almedina, 2010. v.1.

_____. **Direito Constitucional Português - Organização do Poder Político**. Lisboa: Almedina, 2010. v.2.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1994.

RANGEL, Paulo. A Linguagem pelo Averso: a Denúncia Anônima como causa (I)Legitimadora da Instauração de Investigação Criminal: Inconstitucionalidade e Irracionalidade. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs.). **Processo Penal e Democracia Estudos em Homenagens aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá. 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, Filipe Carreira. **Espaço público em Habermas**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2002.

SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. **Proporcionalidad Y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal**. Madrid: Editorial Colex, 1990.

SOUZA, Gelson Amaro de. **Curso de Direito Processual Civil**. 2ª Ed. Presidente Prudente: Data Júris, 1998.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA. João Batista da. **Processo Romano – Instrumento da eficácia jurisdicional**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.

SCHIMDT, Eberhard. **Los Fundamentos Teóricos Y Constitucionales del Derecho Procesal Penal**. Trad. José Manuel Nuñez. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **A permanência do caráter compromissório (e dirigente) da Constituição Brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica, n. 39 p. 1-623. Bauru: Instituição Toledo de Ensino de Bauru, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1988.

VIANNA, Luiz Werneck. **Poder Judiciário, “Positivção do Direito Natural” e Política**. Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n. 18, 1996. Disponível em: <<http://www.cpdoc.fgv.br/revista/arq/195.pdf>>. Acesso em 21 mar 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Trad. Marina Gascón. 9ª Ed. Madrid: Trotta. 2009.