

REFLEXÕES SOBRE NOVAS FORMAS DE INVESTIGAÇÃO: POR UM PROCESSO PENAL COMPLEXO E CONSTITUCIONAL

Luís Gustavo Durigon¹

Raquel Buzatti Souto²

Considerações Iniciais:

Em razão do afastamento do processo penal brasileiro à realidade da sociedade globalizada, ainda que tenham ocorrido diversas “mini” reformas processuais penais desde a elaboração do diploma processual penal Rocco, busca-se, através do presente artigo, lançar as premissas iniciais que pretendem trazer o contexto da complexidade para dentro do sistema penal, notadamente na fase investigativa, para o fim de fazer frente à criminalidade inteligente. Esse é o primeiro passo a ser dado.

O segundo, é visualizar se as metodologias investigativas diferenciadas podem contribuir para retirar o processo penal do paradigma da problemática prova testemunhal, de reconhecida falibilidade e não raras vezes inidoneidade.

Essas inserções só terão validade se realizadas em atenção aos ditames constitucionais, sem olvidar da epistemologia “evolutiva” do processo penal e, quiça, calcada em uma estruturação que insira no sistema penal um juiz de garantias, entendido como o modelo mais adequado e apto para a realizar uma filtragem constitucional-penal das demandas não tradicionais da sociedade de risco.

1. Em busca de um processo penal complexo:

Os problemas da violência e da criminalidade na sociedade pós-moderna³ não raras vezes acaba desaguando em um processo penal obsoleto. A estrutura (pré) processual não pode ser analisada como se fosse um organismo estanque e à parte do restante do tecido social. É preciso reconhecer que o sistema penal faz parte de um todo

¹ Doutorando em Ciências Criminais pela PUC/RS. Mestre em Direito pela URI/SAN. Especialista em Ciências Criminais pela UFRGS. Professor de Direito Penal e Processo Penal da UNICRUZ e URI/SAN. Advogado.

² Mestre em Desenvolvimento pela Unijuí (linha de pesquisa: desenvolvimento e cidadania). Pós-Graduada em Direito Constitucional pela UNIFRA. Professora e Coordenadora do Curso de Direito da UNICRUZ. Advogada.

³ Importante ressaltar que alguns autores discordam quanto ao termo (pós-modernidade e/ou modernidade da modernidade) e/ou o corte exato que possa caracterizar a nossa época. Isso porque esse é um período descontínuo.

e que estabelece uma série de comunicações com este tecido social, de fluxos e influxos, comunicações estas que na grande maioria das vezes não são suficientemente visualizadas pelas matrizes jurídicas tradicionais, notadamente o positivismo jurídico, atrelado a um modelo de ciência que não mais se sustenta.

Por tais razões, no recorte do presente artigo, pretende-se trabalhar com a ideia de um subsistema penal - notadamente o brasileiro⁴ - e verificar a efetiva possibilidade ou a existência de espaço político criminal para a inserção de um modelo de sistema calcado no juiz de garantias, fundamental para que as práticas investigativas e instrutórias não convencionais sejam realizadas em respeito aos limites de validade constitucional.

Partimos então da ideia de um sistema (ou subsistema⁵) penal integrado não só com a sociedade globalizada como também com o amplo leque das disciplinas que compõem as ciências criminais, tais como a criminologia e a antropologia, e encontramos em Zaffaroni a conceituação que mais se aproxima desta ideia, cabendo, portanto, salientar:

Chamamos sistema penal ao controle social punitivo institucionalizado que na prática abarca desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a idéia geral do sistema penal em um sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes e funcionários e da execução penal. Em um sentido mais amplo, entendido o sistema penal – tal como o temos afirmado – como controle social punitivo institucionalizado, nele se incluem ações controladoras e repressoras que aparentemente nada têm a ver com o sistema penal. (ZAFFARONI, 1999, p.70)

Nesta perspectiva, não resta dúvida de que o subsistema penal deve se comunicar com diversos outros diversos subsistemas que integram a sociedade pós-moderna, notadamente o político, o econômico, o tecnológico e o social, o que acaba lhe dando uma autonomia própria ao mesmo tempo em que constitui um dos subsistemas mais complexos da sociedade globalizada, o que parece ser ignorado pelo direito positivo e manualesco, que não raras vezes trata dos institutos processuais de maneira estéril e de forma linear, sem qualquer verticalidade ou comunicação com outros setores

⁴ Nos limites deste trabalho, é impossível realizar uma análise de direito processual penal comparado, sem recair em uma mera descrição de modelos processuais penais, razão pela qual remeteremos essa parte da pesquisa para outro ensaio.

⁵ A utilização da expressão “subsistema” penal não significa adoção de uma matriz luhmanniana, muito menos Jakobsiana, até porque, este último, é incompatível com uma construção humanista e constitucional de análise dos fenômenos penais materiais e processuais.

que também interessam ao processo penal ou podem contribuir para o seu aprimoramento.

Sem dúvidas, a complexidade é a marca das sociedades atuais, no qual está inserido o subsistema penal brasileiro. Ainda assim, o processo penal está calcado em uma perspectiva estritamente cartesiana⁶, mecanicista e normativista pura, tornando o processo penal em todas as suas fases um instrumento obsoleto para compreender e decifrar a dinâmica da criminalidade inteligente.

É preciso, pois, ao lado da ideia de subsistemas, romper com o cartesianismo e migrar para outro paradigma, sendo o pensamento sistêmico um dos caminhos para se desvendar e contribuir para o estudo dos fenômenos criminais, dentre eles a violência difusa⁷ e institucionalizada, raiz do processo penal brasileiro.

Isto porque o conhecimento científico como um todo está calcado na ideia da certeza das pesquisas realizadas, que sempre deu maior ênfase as partes e não ao todo. No universo do direito prevalece a ênfase em teorias puras, tal como proposta por Kelsen - matriz teórica ainda dominante nas práticas jurídicas, atreladas tão somente a aspectos formais e dogmáticos - aonde é dado destaque à ideia de análise das partes dos fenômenos, impossibilitando a análise de tudo que cerca o direito (entorno) no contexto da complexa sociedade globalizada.

Essa forma de pensamento mecanicista, conforme referendado, acaba por impossibilitar uma melhor compreensão dos fenômenos processuais penais de notória complexidade, necessitando haver uma ruptura epistemológica em decorrência da própria dinâmica da sociedade de risco, sem romper, obviamente, com os direitos fundamentais.

É importante salientar também, no que tange a mudança epistemológica necessária⁸ para compreensão de fenômenos complexos, as ideias de Capra:

⁶ Sem falar no fato de que a máquina estatal penal trabalha através da lógica da condenação.

⁷ Talvez a maior demonstração de violência da sociedade atual seja a sua incapacidade de resolver os problemas da fome. Em face de uma criança morta, a náusea não equilibra os pratos da balança. O que significa a literatura num mundo que passa fome?", lembra Sartre. Recorrer a esse autor parece emblemático ao falar-se em violência. A percepção desse fato demonstra a ambigüidade de um tempo inconciliável do mundo ocidental "pensante" com ele mesmo. Como vemos, falar de violência implica uma reflexão que vai muito além da questão da criminalidade. (GAUER, 2011, p. 82)

⁸ Não é demais rememorar que até pouco tempo as questões relacionadas ao direito penal e processo penal estavam fortemente ligadas e legitimadas em um único subsistema, qual seja, a religião, pois esta ainda se confundia com o Estado, sendo o crime sinônimo de pecado, sem qualquer comunicação com outros subsistemas sociais.

A tensão básica é a tensão entre as partes e o todo. A ênfase nas partes tem sido chamada de mecanicista, reducionista ou atomística; a ênfase no todo, de holística, organísmica ou ecológica. Na ciência do século XX, a perspectiva holística tornou-se conhecida como “sistêmica”, e a maneira de pensar que ela implica passou a ser conhecida como “pensamento sistêmico” (1996, p. 33)

Ainda que a complexidade seja a marca do tempo atual, a grande maioria dos juristas insiste em manter referenciais estritamente cartesianos⁹, seja no universo das academias, seja nas práticas forenses, sob o pretexto, dentre outras questões, do mito conservador da segurança jurídica¹⁰. Aliás, neste sentido, é importante pontuar as reflexões de Andrade no que tange a (in)segurança jurídica:

[...] a ênfase conferida no discurso dogmático à segurança jurídica não tem sido acompanhada de uma discussão explícita do seu significado. Por isto mesmo, pode-se dizer que a segurança jurídica é um signo dogmatizado no seu interior; uma ideia-força em nome da qual se fala (1997, p. 138/139).

Como bem pontua a autora destacada, pode-se perceber que a segurança jurídica¹¹ constitui uma verdadeira ficção, que procura impedir novas discussões em relação ao subsistema penal, criações dogmáticas que ainda tomam conta do imaginário dos juristas (WARAT), sendo que mitos da espécie, realimentados por um senso comum teórico, também são identificados através de várias outras expressões, tais como a questão relacionada à verdade real.¹² Neste sentido, Streck aponta com precisão que:

O sentido comum teórico dos juristas é, assim, o conjunto de crenças, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como os parlamentos os Tribunais, as escolas de direito, as associações profissionais e a

⁹ René Descartes foi o criador do pensamento analítico. Sua ideia central consiste em analisar isoladamente as partes componentes do todo, analisando-os como organismos independentes, para o fim de compreender fenômenos complexos. Um exemplo do pensamento cartesiano pode ser identificado pela cronologia do tempo (dias, horas, datas) meras convenções, de quebraimento das partes. Não se encontra, porém, no pensamento de Descartes, a interação entre as partes no funcionamento do todo, composto por algo além da mera junção de todas as partes, bem como a sua capacidade de auto-organização e de autor-reprodução.

¹⁰ Como se fosse possível falar em segurança jurídica em tempos de incerteza e de crise do Poder Judiciário, diagnosticada, dentre outras circunstâncias, pelo baixo número de Magistrados e elevado número de demandas criminais, o que contribui para a morosidade da justiça e inobservância de um tempo razoável de duração das demandas.

¹¹ Nesse viés, indaga-se: como é possível acreditar na segurança jurídica em um sistema processual probatório que ainda está calcado basicamente na prova testemunhal de reconhecida limitação e falibilidade?

¹² É ingenuidade seguir falando em “verdade real processual” ou, mais grave ainda, falar-se na (absurda) verdade real, cuja única “realidade” é a de fundar um sistema inquisitório. No processo acusatório, a “verdade” dos fatos não é elemento fundante (sic) do sistema. O poder do julgador não se legitima pela verdade, tendo em vista que o poder contido na sentença é válido pela versão mais convincente sobre o fato, seja da acusação ou a da defesa. O que importa é o convencimento do julgado (sic). (LOPES JÚNIOR, 2007, p.59/60)

administração pública [...] A significação dada ou construída via senso comum teórico contém um conhecimento axiológico que reproduz os valores, sem, porém, explicá-los. Conseqüentemente, essa reprodução dos valores conduz a uma espécie de conformismo dos operadores jurídicos. Por isso, não é difícil ou temerário dizer que os paradoxos originários da sociedade repleta de conflitos e contradições acabam sendo, exatamente, diluídos no interior desse *corpus* denominado *de sentido comum teórico do saber jurídico*.” (STRECK, 2001, p. 41).

Este senso comum cego acaba se tornando incapaz de compreender a realidade dos fenômenos criminais complexos e conseqüentemente, o processo penal acaba sendo insuficiente para colocar em ação a sua máquina retrospectiva.

Nesta linha de ideias, Capra contribui com a origem do termo (sistema), ainda que advindo do ramo da biologia, como um dos mecanismos capaz de observar a sociedade atual. Assim, vale destacar o seu pensamento no que tange as primeiras observações sistêmicas:

O bioquímico Lawrence Henderson foi influente no seu uso pioneiro do termo “sistema” para denotar tanto organismos vivos como sistemas sociais. Dessa época em diante, um sistema passou a significar um todo integrado cujas propriedades essenciais surgem das relações entre suas partes, e “pensamento sistêmico”, a compreensão de um fenômeno dentro do contexto de um todo maior. Esse é, de fato, o significado raiz da palavra “sistema”, que deriva do grego *synhistanai* (“colocar junto”). Entender as coisas sistematicamente significa, literalmente, colocá-las dentro de um contexto, estabelecer a natureza de suas relações (1996, p.39).

Nessa linha de pensamento, ao transportar a questão da complexidade e dos sistemas para o universo do direito, aqui entendido como o subsistema penal, notadamente no aspecto relacionado ao processo penal, Cunha Júnior aponta, *in verbis*:

O princípio hologramático, um dos mais importantes no paradigma da complexidade, é definido como a inscrição – engrama – do todo em cada uma das partes singulares que lhe constituem. Num holograma, cada ponto contém a presença do objeto inteiro ou quase inteiro, ao passo que todas as partes memorizadas do todo, ou seja, o todo está na parte da mesma maneira que a parte está no todo. Por isso, dividindo-se a imagem do holograma não temos imagens mutiladas, mas várias imagens completas. Esse princípio nos faz perceber como, apesar de terem sua singularidade, as partes somente podem ser entendidas a partir do todo em que se inserem, pois cada uma delas encerra um microtodo virtual. É exatamente dessa maneira hologramática que deve ser compreendida a norma jurídica: ela é parte que encerra dentro de si o todo do ordenamento jurídico, seus valores, princípios e fundamentos, bem como todo o ordenamento encerra em si cada norma jurídica. (CUNHA JÚNIOR, *in* BARRETO, 2006, p.233).

Portanto, do pensamento sistêmico advém à ideia de conexão, na medida em que não se pode analisar as partes isoladamente, da mesma forma que a totalidade

não se traduz na mera soma de todas as partes, o que pode ser apontado como uma verdadeira chave de leitura do pensamento sistêmico, que passa a afastar-se das certezas deterministas e trabalhar com a ideia das probabilidades, de fundamental importância para o contexto probatório penal.

Nesta perspectiva, pode-se acrescentar às ideias de Lopes Júnior no que tange a epistemologia da incerteza, ao apontar que:

Aliado a tudo isso, a epistemologia da incerteza e a Relatividade sepultam as verdades reais e os “juízos de certeza ou segurança” (categorias que o Direito Processual tanto utiliza), potencializando a insegurança. Com EINSTEIN e a Relatividade, sepultou-se de vez qualquer resquício dos juízos de certeza ou verdades absolutas, pois tudo é relativo: *a mesma paisagem podia ser uma coisa para o pedestre, outra coisa totalmente diversa para o motorista, e ainda outra coisa diferente para o aviador. A verdade absoluta somente poderia ser determinada pela soma de todas as observações relativas(...)* Partindo da premissa de que todo o saber é datado, EINSTEIN distingue uma teoria verdadeira de uma falsa a partir do seu prazo de validade: maior tempo para a primeira, tal como décadas ou anos; já para a desmistificação da segunda bastam apenas dias ou instantes. Neste ínterim, *“somente há uma verdade científica até que outra venha a ser descoberta para contradizer a anterior. Caso contrário, a vida se resumiria em reproduzir o conhecimento científico dos antepassados, assim como não haveria motivo para a ciência buscar novas fronteiras. Em síntese, a ciência estrutura-se a partir do princípio da incerteza.* (2005, p. 55/57)

Esta dinâmica, na passagem do século, acabou por invadir o universo social, trazendo uma nova dimensão nas relações e intercomunicações, o que parece não ter sido absorvido pelo direito, em especial, o direito processual penal. Basta analisar a forma com que são realizadas as investigações criminais no Brasil e suas obsoletas ferramentas, bem como a maneira como são realizadas as instruções criminais.

O que falar então do paradigma da prova testemunhal, hoje tratada como verdadeira “rainha das provas” em uma verdadeira substituição a conotação que era dada a confissão em tempos de inquisição declarada.

Como bem observa Cunha Júnior (2006, p.231) *o reconhecimento dessas dimensões mais sofisticadas do real exige um novo paradigma que possa corresponder a essa realidade complexa.*

Para tanto, é necessário uma verdadeira mutação do pensamento, com a finalidade de trazer a complexidade para o universo das práticas processuais e pré-processuais, aparelhando o subsistema penal para que o mesmo se afaste das sombras da escuridão medieval, ao menos do ponto de vista teórico. Esta mutação é muito bem salientada por Gauer para quem:

[...] como a atual mutação no nível do lugar da experiência, hoje “acelerada” de modo irreversível, é possível falar, se não de uma “epistemologia da incerteza” (a validade das leis científicas teria forte caráter de reversibilidade), pelo menos de uma convicção segundo a qual, em vez de verdades universais e imutáveis, estamos diante de interpretações e narrativas (2004, p. 9).

Assim, qualquer que seja o fenômeno delitivo, material ou processual a ser estudado, deve-se partir da ideia geral do subsistema penal e de sua inesgotável complexidade, para que, aos poucos, ela possa ser reduzida com a finalidade buscar uma probabilidade de comprovação científica, notadamente no campo probatório. Primeiro e difícil passo a ser dado, pois implica em remexer estruturas teóricas, trocar a lupa de observação, sair da zona de conforto, da linearidade e da certeza.

2. Inserção de novas metodologias investigatórias (tecnológicas ou não):

Ao lado da necessidade de uma estrutura teórica que capacite o pesquisador a analisar os problemas da violência institucionalizada, difusa e sistêmica e os reflexos destas manifestações no universo do processo penal, desde sua fase pré-processual até o momento da execução da pena, agrega-se a necessidade do processo penal recepcionar aparatos inovadores e tecnológicos que podem constituir uma das portas de entrada do processo penal na pós-modernidade.

Esse ingresso necessita ser realizado, sobretudo, com a observância das bases constitucionais, ou seja, a tecnologia investigatória deve ser uma “tecnologia constitucional” (bem como os novos métodos investigativos) sob pena de realizar um desserviço a sociedade brasileira.

Na realidade, do jeito que as coisas estão, as mazelas do processo penal já se evidenciam em sua fase pré-processual ou investigatória, mais notadamente no Inquérito Policial¹³, que ainda hoje não consegue migrar do paradigma¹⁴ da prova

¹³ Neste parte do trabalho, será dado um enfoque maior a esta modalidade de investigação, sendo que no aprofundar da pesquisa serão trabalhadas outras modalidades, tais como as Comissões Parlamentares de Inquérito e seu uso desenfreado.

¹⁴ Um paradigma não é só um instrumento nas mãos da ordem dominante, mas igualmente a construção de defesas, de críticas e de movimentos de libertação. Todas as formas de resistência repousam sobre princípios não sociais de legitimação. Todo o paradigma é uma forma particular de apelo a uma ou outra representação daquilo que chamo de *sujeito* e que é a afirmação – cujas formas são variáveis – da liberdade e da capacidade dos seres humanos de criar-se e de transformar-se individual e coletivamente. (TOURAINÉ, 2005, p. 13)

testemunhal e sua reconhecida problemática para outros rumos probatórios, cuja retrospectiva penal seja capaz de se aproximar de um juízo de (in)certeza, quando se tratar de vertente condenatória.

A forma obsoleta da investigação preliminar, com problemas de toda ordem, em tempos de preparação da Copa do Mundo no Brasil¹⁵, especialmente nos grandes centros aonde a violência urbana acaba sendo uma característica da sociedade atual, está produzindo ações estatais de discutível legitimidade¹⁶. Nesta linha de ideias, ações da espécie evidenciam um direito penal simbólico, marca do direito penal expansionista, como bem pontua Giacomolli ao referir que:

Enquanto isso, a investigação “à moda rambo” (pela força, com armamento pesado, tanques nas ruas, balões dirigíveis, v.g.), atrelada aos vetustos paradigmas investigatórios (informantes, testemunhas, acariações, reconhecimentos, álbuns de fotografias corroídos pelo tempo, etc.) passou a dar espetáculos ridicularizantes, fomentadoras de mais violência, sem nenhuma eficácia investigativa (ilusão de que a criminalidade permanece fixa e se limita a determinado espaço físico e localizado). Trilha-se o caminho simbólico, por isso meramente formal, da presença física e ostensiva, produtora de uma ilusória segurança. A criminalidade inteligente investiga-se com inteligência, [...] (2011, p. 9)

O simbolismo está presente não só na fase investigatória e decretação de algumas prisões cautelares, como também na produção da legislação penal de plantão, que acaba realimentando o punitivismo (sociedade punitiva) penal e emanando um efeito sedativo para a sociedade.

Marcelo Neves destaca muito bem o simbolismo das normas jurídicas ao manifestar o distanciamento do aspecto jurídico normativo, ao referir que:

Considerando que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico [...]. Evidentemente, quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os

¹⁵ Ao invés de se construir hospitais, escolas e porque não dizer, presídios ou condições de melhoria do subsistema carcerário brasileiro (um dos sistemas mundiais mais violadores de direitos humanos).

¹⁶ As invasões do morro do Alemão e da Favela da Rocinha pela polícia, embora com apoio da comunidade, denotam a precariedade do Estado com técnicas de investigação, pois não conseguem produzir uma investigação eficaz e constitucional que observe a flutuação da criminalidade, tratando-a como se fosse um organismo estático, tendo que se socorrer do Exército e de Tanques de Guerra para buscar a retomada do território e identificação das Unidades Pacificadoras com efeito tranquilizante, porém, aparentemente sedativo.

pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-los, há indício de legislação simbólica (2007, p.31).

Assim, os efeitos do simbolismo penal também se irradiam por todo o subsistema, desde a produção da lei penal, passando-se pela investigação até o momento da execução da pena. Não se criam condições de concretização do mundo da vida sendo o direito penal e processual penal o ramo do direito que mais é afetado pelo simbolismo¹⁷. Neste sentido, Meliá destaca *quando se usa em sentido crítico o conceito de Direito penal simbólico, quer-se, então, fazer referência a que determinados agentes políticos tão-só perseguem o objetivo de dar a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido* (2005, p.58).

Estabelecidas estas premissas do universo da investigação e os diversos problemas enfrentados pela mesma¹⁸, a verdade é que a investigação criminal brasileira precisa se modernizar e aproximar-se do caráter científico do desvelar dos fenômenos criminais, notadamente os de alta complexidade como as organizações criminosas.

Para “combater” a criminalidade complexa, o Estado tem adotado metodologias diferenciadas tais como a delação premiada, os agentes infiltrados, as interceptações ambientais, telefônicas, telemáticas e de dados, as amostras biológicas de DNA, as captações visuais e os monitoramento e controle eletrônico (GIACOMOLLI, 2011, p. 118).

Se por um lado estas práticas investigatórias parecem se tornar eficazes na busca, dentre outros elementos, da autoria e da materialidade, por outro, estas práticas apresentam sérios problemas de ordem constitucional, porque acabam por invadir - quando não violar - uma série de bens jurídicos dos cidadãos, tais como a honra, a intimidade, a vida privada, dentre outros.

A normatização de tais práticas investigatórias pelo Código de Processo Penal e pela legislação especial - e neste aspecto o Código e a legislação esparsa

¹⁷ O processo penal resolve o processo, não resolve o conflito.

¹⁸ Sem falar na falta de condições de trabalho a estes profissionais e da influência da mídia na tomada de decisões, ainda que isso se dê de uma maneira velada.

precisam de uma gritante e sistematizada reforma¹⁹ que tenha como baliza o texto constitucional²⁰ - é uma necessidade gritante.

Enquanto isto não vem (se é que virá), tal matéria ficará a cargo da doutrina (provavelmente a não tradicional) e a jurisprudência (também, provavelmente, a não tradicional). Isto porque doutrinas e jurisprudências “tradicionais” estão mergulhadas no paradigma do senso comum teórico dos juristas, calcadas em uma matriz estritamente positivista, insuficiente para analisar as questões que estão no entorno do tecido social. Trabalham na ótica cartesiana, da certeza das pesquisas.

Nesta linha de ideias, no que tange a delação premiada, por exemplo, a legislação penal brasileira, embora tenha contemplado o instituto em diversos diplomas legais²¹ (tais como a lei 11.343/06 em seu artigo 41) não o sistematizou de forma adequada, tal como o fez a legislação processual penal italiana, como bem pontua Giacomolli, *in verbis*:

Na Itália, por exemplo, a legislação premial foi sendo aprimorada, mormente com o estabelecimento procedimental global, de direito material, processual, penitenciário e protetivo, diferentemente do fenômeno brasileiro, carecedor desse matiz legal, circunstância ensejadora de arbítrio, atuação à margem da legalidade e do devido processo constitucional. (2011, p. 119)

Isto traz uma série de problemas operacionais ao passo que rompe com o devido processo legal e suprime a jurisdição, uma vez que não cabe ao Estado investigador a aplicação ou não da minorante. Nesta linha de idéias, mais uma vez, o pensamento de Giacomolli se destaca e também serve para introduzir a ideia da necessidade de ser estabelecido um subsistema do juiz de garantias, ao referir que:

Os acordos de delação premiada, na fase investigatória, onde soem ocorrer, aumentam a problemática, não só em razão da falta de observância da legalidade penal e processual, mas do cumprimento do devido processo constitucional. Isso porque o regime de cumprimento de pena, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, o reconhecimento de

¹⁹ Melhor seria que o Código de Processo Penal tivesse uma ampla e sistemática reforma, que atendesse a ordem constitucional e estivesse sistematizada com todos os institutos do diploma processual e das demais legislações. Chega de reformas pontuais e que atentem contra a política criminal de garantias. Neste sentido, pode-se citar como exemplo a nova redação do artigo 156, I do CPP, que rompe com o sistema acusatório, na medida em que possibilita ao juiz, antes mesmo da iniciada a ação penal, ordenar a produção de provas. Não é preciso dizer que na grande maioria dos casos, provavelmente, estas provas servirão para condenar e não absolver.

²⁰ Daí também a importância da obra de Aury Lopes Júnior para a academia penal brasileira, ao escrever o Direito Processual Penal e *sua conformidade constitucional* (grifo nosso).

²¹ Não se pretende neste breve ensaio esgotar todas as variantes decorrentes dos novos métodos investigatórios, tecnológicos ou não, o que será realizado em outra oportunidade.

causas especiais de diminuição de pena e a declaração de isenção de responsabilidade são provimentos típicos do Estado-Jurisdição e não do Estado-Investigador ou do Estado-Acusador. O controle da legalidade da investigação, por um juiz de garantias, diminuiria o atrito constitucional. O cumprimento do devido processo constitucional, isto é, de um processo justo, com todas as garantias, exige a legalização do procedimento da delação premiada, tanto na fase preliminar quanto na fase judicial. (2011, p. 128)

Assim, conforme já destacado, se por um lado às novas práticas investigativas, tecnológicas ou não parecem constituir uma ferramenta importante para que seja decifrada a criminalidade complexa, por outro, a recepção constitucional e sobretudo a regulamentação processual que atenda ao preceito constitucional quando da colheita prática de tais elementos, é de fundamental importância para que o subsistema do processo penal se torne apto a ser um instrumento que, mantendo a função de garantia, sai da poeira da década de 40 e adentre definitivamente na era da pós-modernidade.

É bem verdade que isso por si só não possibilitará este ingresso, pois de nada adianta ter-se um processo penal avançado do ponto de vista tecnológico e das garantias, se continuarmos com deficiência ou inoperância do Estado Social, deficiência esta que é um dos fatores responsáveis pela inflação de demandas criminais e conseqüentemente da superpopulação carcerária. Mas sem sombra de dúvidas, poderá ser um dos primeiros passos na busca de uma melhor orientação no pós-iluminismo.

Neste sentido, institutos como o monitoramento e o controle eletrônico (embora o monitoramento eletrônico, ineditamente tenha sido inserido no Código de Processo Penal através de outra reforma legislativa advinda da lei 12.403/11 quando da adoção das medidas cautelares alternativas a prisão preventiva), carecem ainda de uma regulamentação detalhada, que observe o núcleo dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, sob pena de constituir-se em uma prática investigativa ou instrutória inválida.

Assim, mais uma vez vale sublinhar as lições de Giacomolli, para quem *em cada ângulo da terra há um olho que nos controla, sem que saibamos. Por isso a necessidade de estabelecer limites jurídicos, a partir da Carta Fundamental, sob pena de violação dos direitos fundamentais e transformar a pessoa em objeto* (2011, p. 165).

Entretanto, ainda que as provas produzidas na fase investigatória e instrutórias devam caminhar para o seu aperfeiçoamento, aproximando-se do caráter científico, é importante salientar que, ainda assim, continuaremos do universo das

probabilidades e não da certeza absoluta, até porque esta categoria é rechaçada pelo *pensamento processual penal pós-moderno e sistêmico*.

Isto em matéria de prova pericial é ainda mais relevante na medida em que não se tem controle efetivo das técnicas utilizadas tampouco de suas formas de acondicionamento, o que não raras vezes acaba contribuindo para a controvérsia, sem falar na contaminação dos vestígios biológicos, como bem destaca Medeiros:

Admitindo-se que a etapa da coleta, acondicionamento e condução das provas até o laboratório seja correta, ainda assim muitas vezes não resulta em laudo técnico que atenda todos os requisitos necessários ao convencimento das partes que figuram no processo. Os motivos são muitos, entre os quais está a figura do perito, oficial ou não, único ou em parceria; a forma como foram efetuados os exames, técnicas empregadas, reagentes, produtos e materiais utilizados, entre outros(...) Grande problema encontrado na análise de vestígios biológicos é a contaminação por mistura de substâncias oriundas de outras pessoas. Pequenos fragmentos de pele, pelos, cabelos, saliva, muitas vezes confundem a identificação (2009, p. 69/77).

A importância da biologia molecular traz uma delicada relação para o campo probatório, sobretudo do ponto de vista de efetivação do núcleo de direitos fundamentais. Ainda assim, não pode o direito distanciar-se das ciências que envolvem a vida, cabendo à bioética o importante papel para regular os experimentos e os novos rumos da humanidade.

Nesta linha de idéias, mais uma vez Giacomolli destaca:

Não são somente os enigmas arqueológicos, as possíveis moléstias, a personalidade e as paternidades ocultas que podem ser desvendadas através das análises do DNA, mas também o autor de um delito, o lugar e o modo de execução podem ser definidos. Tais análises podem ser realizadas sem necessidade de invasividade, pelas marcas e vestígios deixados pelo criminoso; fios de cabelo (SNPS), fiapos de pele, sangue, saliva, por exemplo. Por isso, se faz mister a utilização da biologia molecular forense. Com isso se descortina um campo novo, mas isso não fornece uma certeza e as informações não fogem da relatividade, por não existir uma indicação segura de certeza. (2011, p. 153)

É extremamente importante que o direito processual penal e todos os seus atores comecem a trabalhar com mais desenvoltura com a temática da tecnologia. No campo probatório, por exemplo, a contribuição seria riquíssima, uma vez que a prova testemunhal, de reconhecida falibilidade, deixaria de ser a “rainha das provas” (problema da memória).

O processo penal acaba sofrendo estas conseqüências uma vez que, sendo retrospectivo (como não poderia deixar de ser), acaba gerando um distanciamento entre o episódio fático e os depoimentos, que não raras vezes são prestados de uma maneira completamente obnubilada.

Na fase da investigação preliminar há a problemática da ausência do contraditório²² e da ampla defesa. E embora o ofendido, ou seu representante legal ou o indiciado possam requerer diligências, de acordo com o artigo 14 do Código de Processo Penal, a verdade é que na grande maioria das vezes tais diligências não são requeridas (por ainda não ter sido constituído um defensor ou por ter sido constituído tão somente para acompanhar o indiciado e a amplitude da investigação).

Por outro lado, na fase judicial, o distanciamento temporal entre o episódio fático e a realidade é ainda mais gritante, gerando depoimentos controversos, de baixíssima credibilidade, quando não prestados por pessoas que acabam tendo algum interesse (in)direto na causa (Malatesta).

Não bastasse isso, há a tendência que os depoimentos se pautem em aspectos emocionais, quando em realidade, a fidedignidade está calcada em aspectos não emocionais, como bem salienta Lopes Júnior:

Trazendo a questão para a seara criminal, colocamo-nos diante de mais um problema. O delito, sem dúvida, gera uma emoção para aquele que o testemunha ou que dele é vítima. Contudo, pelo que se pode observar, a tendência da mente humana é guardar apenas a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e despida de contaminação (emoção, subjetivismo ou juízo de valor). (LOPES JÚNIR, 2007, p. 62).

Ainda que os aspectos não emocionais não raras vezes sejam os mais relevantes para a prova testemunhal, é importante dizer que tais aspectos são indissociáveis do campo emocional, sendo aqui abordados sob esta perspectiva. Como bem salienta, mais uma vez, o professor Gauer:

Portanto, o corpo e o cérebro formam um organismo indissociável. O cérebro recebe sinais não apenas pelo corpo, mas também de partes de sua própria estrutura, as quais recebem sinais do corpo. A parceria cérebro-

²² (...) inegavelmente, existe uma atuação de caráter coercitivo contra uma pessoa determinada, configurando uma “agressão” ao seu estado de inocência e de liberdade, capaz de autorizar uma resistência em sentido jurídico-processual. Essa resistência é o direito de defesa. O direito de defesa é um direito natural, imprescindível para a administração da justiça. Negá-lo implica violar os mais elementares postulados do moderno processo penal. (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 247)

corpo interage com o ambiente como um conjunto, não sendo a interação só do corpo ou só do cérebro. Porém, os organismos complexos como os humanos fazem mais do que interagir, mais do que gerar respostas espontâneas ou reativas que no seu conjunto são conhecidas como comportamento. Eles geram respostas internas, algumas das quais constituem imagens (visuais, auditivas, somatossensoriais) que são a base da mente. (GAUER, 2011, p. 32)

É certo que a inserção tecnológica e de novos métodos investigatórios, sobretudo no campo probatório, trará inúmeros avanços ao processo penal, eis que não se quer a impunidade, mas sim um modelo de justiça ou um aparelho processual penal que não trabalhe através da lógica condenatória, aplicando, quando necessário, uma sanção com equidade e equilíbrio, o que somente será possível se estas práticas forem realizadas em respeito à ordem constitucional.

Considerações finais:

Assim, longe de apresentar uma conclusão exaustiva neste breve ensaio, é possível dizer que o processo penal brasileiro necessita sair do conforto da certeza, da linearidade, da poeira das prateleiras, para ser inserido na sociedade pós-moderna através do paradigma da complexidade, do pensamento sistêmico, da epistemologia da incerteza.

Ao mesmo tempo, para que o processo penal deixe de ser um instrumento obsoleto nas mãos da máquina estatal condenatória, é necessário que abarque novas formas de produção de provas, tecnológicas ou não, que se aproxime ao máximo da cientificidade. E mais, estas tecnologias devem estar acessíveis aos pesquisadores e operadores do (sub)sistema penal, fazendo com que a retrospectiva processual penal seja realizada com idoneidade, migrando da lógica condenatória para a cientificidade processual.

Não restam dúvidas de que a complexidade e tecnologia devem caminhar de mãos dadas com os princípios constitucionais, notadamente o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, sob pena desta inserção significar um retrocesso em termos processuais penais democráticos.

Referência Bibliográfica:

ANDRADE, Vera. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARRETO, Vicente de Paulo. Coord. **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.

CAPRA, Frijot. **Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. A teia da vida.** Tradução de Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

GAUER, Ruth M. Chittó. **A qualidade do tempo: para além das aparências históricas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____. **Memória, Punição e Justiça: Uma abordagem interdisciplinar.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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

JÚNIOR, Aury Lopes. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista).** 3º Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. **Falsas Memórias e Prova testemunhal no Processo Penal: em busca de redução de danos.** Sapucaia do Sul: Nota Dez, n.º25, 2007.

MEDEIROS, Roberto José. **A Genética na Prova Penal.** São Paulo: Pillares, 2009.

NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri Símbolos e Rituais.** 4º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma para compreender o mundo de hoje.** 2º Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem.** 2º Ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** 2º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.