



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD
Programa de Mestrado em Direito

PAULO HENRIQUE RODRIGUES MOREIRA

**A MITIGAÇÃO DO SISTEMA INQUISITÓRIO SOB O OLHAR DA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO – AED: uma percepção a partir da alteração no
Estatuto da OAB**

Brasília

2022

PAULO HENRIQUE RODRIGUES MOREIRA

**A MITIGAÇÃO DO SISTEMA INQUISITÓRIO SOB O OLHAR DA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO – AED: uma percepção a partir da alteração no
Estatuto da OAB**

Tese apresentada como requisito para
conclusão do curso de Mestrado do
Programa de Pós-Graduação *Strictu
Sensu* em Direito do Centro Universitário
de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Buonicore

Brasília

2022

PAULO HENRIQUE RODRIGUES MOREIRA

**A MITIGAÇÃO DO SISTEMA INQUISITÓRIO SOB O OLHAR DA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO – AED: uma percepção a partir da alteração no
Estatuto da OAB**

Banca examinadora

Prof. Dr. Bruno Buonicore

Orientador – Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Prof.

Membro Interno - Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Prof.

Membro Interno - Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Brasília

2022

“O passado tem razão, a dele. Se não damos essa que tem, voltará para reclamá-la e, logo, vai impor a que não tem” José Ortega y Gasset

AGRADECIMENTO

Aos meus pais, Paulo Rodrigues Moreira e Neusa Rodrigues Moreira, pelo apoio na condução inicial desse mestrado, por toda lição de força e fé;

À minha amada esposa, Iara de Moraes Donancio Rodrigues, que esteve presente e apoiando nos momentos mais difíceis dessa etapa, dando total amparo;

À minha filha Maria Donancio Moreira, por ter me lembrado sempre que precisava estudar para o mestrado e ter pedido ao “Papai do Céu” para iluminar o papai nessa reta final.

Ao querido orientador, Bruno Buonicore, por sua dedicação, compressão e amizade.

À professora Michelle Lucas Cardoso Balbino, por suas excelentes aulas que me acompanharam no fim dessa jornada.

RESUMO

Na busca da proteção dos direitos fundamentais, entre eles as garantias da ampla defesa, que está presente na participação do (a) advogado (a) defensor (a) durante o procedimento de investigação do inquérito policial, essa dissertação estudou a confirmação dos elementos contraditórios que devem estar presentes dentro do processo penal brasileiro. Essa participação efetiva da defesa depende de uma análise da alteração promovida no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, mais especificamente em seu artigo 7º. Assim, uma Análise Econômica do Direito é uma forma de verificação sobre a efetividade dessas mudanças na prática processual. A presente dissertação tem como objetivo analisar se, a partir da alteração do EOAB em 2016, houve efetiva participação da defesa na fase investigatória ou se essa modificação não gerou mudanças significativas para a ampla defesa. Tendo como perspectiva a AED para a definição das consequências jurídicas, em prejuízo ou benefício aos direitos. Para tanto, foi desenvolvida uma pesquisa normativa-jurídica de cunho exploratório bibliográfico para análise e elaboração do presente trabalho e pesquisa documental na Comarca de Patos de Minas. Na primeira parte deste trabalho, analisou-se como é existente a contradição na fase administrativa de inquérito acerca dos direitos fundamentais após a alteração legislativa no EOAB. Na segunda parte, estudou-se como a aplicação da AED no instrumento de escolhas racionais dos agentes para maior participação da defesa na fase inquisitorial. Na terceira parte, é apresentado o Direito ao Confronto como meio de aplicação da AED na ampliação da participação da defesa no inquérito. Concluindo que esse instrumentário do Direito ao Confronto é uma alternativa viável, possível e para gerar uma participação maior da defesa na fase de inquérito.

Palavras-Chave: Análise Econômica do Direito. Inquérito Policial. Participação da defesa.

ABSTRACT

In the search for the protection of fundamental rights, including the guarantees of ample defense, which is present in the participation of the lawyer (a) defender (a) during the investigation procedure of the police inquiry, this dissertation studied the confirmation of the contradictory elements that must be present within the Brazilian criminal procedure. This effective participation of the defense depends on an analysis of the amendment promoted in the Statute of the Brazilian lawyer Association, more specifically in its article 7. Thus, an Economic Analysis of Law is a way of verifying the effectiveness of these changes in procedural practice. The present dissertation aims to analyze whether, from the amendment of the EOAB in 2016, there was effective participation of the defense in the investigative phase or if this modification did not generate significant changes for the broad defense. Having the AED as a perspective for the definition of legal consequences, to the detriment or benefit of rights. Therefore, normative-legal research of exploratory bibliographic nature was developed for the analysis and elaboration of the present work and documental research in the Comarca de Patos de Minas. In the first part of this work, it was analyzed how the contradiction exists in the administrative phase of inquiry about fundamental rights after the legislative change in the EOAB. In the second part, it was studied how the application of the AED in the instrument of rational choices of the agents for greater participation of the defense in the inquisitorial phase. In the third part, the Right to Confrontation is presented as a means of applying the AED in expanding the defense's participation in the investigation. Concluding that this instrument of the Right to Confrontation is a viable alternative, possible and to generate a greater participation of the defense in the investigation phase.

Keywords: Economic Analysis of Law. Police Inquiry. Defense participation.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Síntese dos processos analisados	61
Quadro 2 – A Guilhotina de Hume	94
Quadro 3 – Formulário de coleta de dados das decisões	134

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - O ciclo da litigância	98
--	----

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AED – Análise Econômica do Direito

CFRB - Constituição Federal da República Brasileira

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPPB – Código de Processo Penal Brasileiro

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

EOAB – Estatuto da Ordem dos Advogados Brasileiros

HC - Habeas Corpus

LEP - Lei de Execução Penal

MP - Ministério Público

OAB- Ordem dos Advogados do Brasil

RHC – Recurso em Habeas Corpus

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

TJMG - Tribunal de Justiça de Minas Gerais

UniCEUB - Centro Universitário de Brasília

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 A CONTRADIÇÃO EXISTENTE NA FASE ADMINISTRATIVA DO PROCESSO PENAL ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, APÓS A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA NO EOAB	18
2.1 A possibilidade de agir de ofício por parte do magistrado reafirma a permanência do sistema inquisitorial no Brasil	18
2.2 Violação de direitos fundamentais como exceção na formação de convicção do magistrado	31
2.3 Alteração legislativa no EOAB no contexto de defesa na fase de inquérito policial	38
2.3.1 A inovação legislativa gera expectativa de alteração no comportamento social	38
2.3.2 A não alteração na prática dos comportamentos coletivos pela mudança legislativa na fase inquisitorial	44
2.3.3 A maior participação da defesa devido às alterações na visão do STJ bem como do STF com a Súmula Vinculante 14	51
2.3.4 A ausência de participação da defesa em procedimentos de investigação em comarca do interior	60
3 A APLICAÇÃO DA AED COMO INSTRUMENTO DE ESCOLHAS RACIONAIS DOS AGENTES PARA MAIOR PARTICIPAÇÃO DA DEFESA NA FASE INQUISITORIAL	71
3.1 Análise econômica do direito - AED e sua interrelação com o capital jurídico	71
3.2 A aplicação da AED como estratégia de interesse social para as escolhas jurídicas penais	77
3.2.1 A atuação da AED como instrumento de efetivação das políticas criminais no Brasil	78
3.2.2 A aplicação restritiva da AED aos interesses sociais presentes nas decisões criminais	81
3.2.3 A impossibilidade de negociação mercadológica na aplicação da AED nos interesses jurídicos penais	83
3.3 a utilização da AED na identificação de incentivos comportamentais para a participação da defesa na fase de inquérito policial	85

<i>3.3.1 Utilização da AED como ferramenta para a gestão das provas por parte do magistrado e participação da defesa na fase de inquérito policial</i>	86
<i>3.3.2 O impacto positivo da utilização da AED na identificação de incentivos comportamentais para a participação da defesa na fase de inquérito policial</i>	89
<i>3.3.3 A mudança necessária do entendimento da cultura do processo penal, na ausência da estrutura adversarial</i>	97
4 O DIREITO AO CONFRONTO COMO MEIO DE APLICAÇÃO DA AED NA AMPLIAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DA DEFESA NO INQUÉRITO	104
4.1 A necessária adequação da fase investigatória administrativa para processo	104
4.2 A necessidade de inclusão do direito ao confronto no processo penal brasileiro para efetiva participação da defesa na concretização das garantias individuais	111
5 CONCLUSÕES	118
REFERÊNCIAS	126
APÊNDICE 1	134

1 INTRODUÇÃO

A busca da proteção de garantias inerentes à ampla defesa e maior participação das partes, juntamente com a inserção da súmula vinculante 14, foram aspectos primordiais para a alteração do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - EOAB, no ano de 2016. (BRASIL, 2016). Nesse contexto, faz-se necessário analisar a alteração legislativa promovida pela Lei 13.245/2016 (BRASIL, 2016), decorrente dessa alteração do estatuto, através da Lei n.º 8906/94, artigo 7º, inciso XIV (BRASIL, 1994). Essas mudanças objetivaram permitir ao advogado, ainda na fase de investigação, maior participação e acessos às diligências.

Vale ressaltar que, no decorrer da presente dissertação, sempre que possível, far-se-á referência ao ordenamento jurídico brasileiro, mas não se pretende realizar uma análise econômica do direito processual brasileiro e das alternativas brasileiras ao processo judicial, a saber, conciliação, mediação, arbitragem. Ainda assim, numa perspectiva processualística, de maneira geral, seria possível conciliar a teoria geral do processo nesse contexto dos custos sociais, ou até mesmo as “externalidades” geradas pelos processos.

A princípio faz-se necessário apresentar a relevância e contornos da modificação do EOAB no processo penal brasileiro. Neste contexto, destaca - se a construção do direito processual, dividido em 03 (três) sistemas (inquisitório, acusatório e misto).

A situação de indefinição, quanto a aplicação do Sistema Misto ou demais sistemas, foi consolidada com a promulgação da Lei n.º 13.964/2019 (BRASIL, 2019). A presente lei trouxe de forma expressa em seu conteúdo a adoção do sistema acusatório como modelo a ser implementado, alterando especialmente os artigos 3 - A e 3 B do Código de Processo Penal brasileiro. Essa lei veio implantando o “juiz de garantias” e estabelecendo expressamente o acusatório (BRASIL, 1941) além da inserção da figura de um juiz na fase investigatória anterior a denúncia. Assim, essa nova função do magistrado se encarregaria de averiguar as diligências realizadas antes do oferecimento à exordial acusatória. Dessa forma, em conjunto com o artigo 129,1 da Constituição Federal de 1988 - CFRB, (BRASIL, 1988)

extirpou-se qualquer dúvida sobre o caráter acusatório sobre o processo penal brasileiro.

Posto isso, percebe-se que ocorreu, de certa maneira, uma atenuação do inquisitivo na fase de inquérito, promovida pela legislação, o qual causou um contratempo para a jurisdição nacional. Afinal, essa lacuna jurídica com a possibilidade de maior número de movimentação processual (com consequente aumento da participação na fase inicial administrativa, anterior a fase da instrução), levaria a um impacto no comportamento das partes no procedimento administrativo e investigatório.

Desse modo, essa alteração do EOAB, surgiu com intuito de permitir um envolvimento maior do advogado no Inquérito Policial. Esse propósito, considerado na perspectiva da AED - Análise Econômica do Direito (RIEFFEL, 2006), possibilita maior aprofundamento nas consequências jurídicas sobre questões como: ganhos ou perdas de benefícios aos direitos fundamentais dos envolvidos e possíveis delineamentos envolvendo a defesa na fase investigatória.

Ademais, esse estudo viabilizou um balanço sobre a existência de factual cooperação da defesa na fase investigatória ou se essa modificação no EOAB não gerou mudanças significativas para a ampla defesa, tendo como ponto de vista a AED para a definição dos resultados no processo, em prejuízo ou benefício das garantias.

Para atingir esses propósitos, a Análise Econômica do Direito (AED) foi estudada de forma crítica e imparcial no contexto da sociedade atual, com foco nos pontos de vista dos direitos fundamentais amplamente implementados e importados da pesquisa analítica econômica, tanto positiva (o que é) quanto normativa (deve ser). O trabalho objetivou organizá-los a princípio dentro de uma abordagem prática para então adentrar em alguns conceitos fundamentais de importância crítica para a implementação dessa análise.

De forma específica, os objetivos deste trabalho foram: conhecer os possíveis impactos socioeconômicos e processuais que a implantação da alteração do EOAB acarretou o curso do Inquérito Processual sob uma perspectiva da AED; verificar a influência que a mitigação realizada pela aplicação da alteração do EOAB realizou

na atividade *jus litigiosa*, desde a alteração legislativa promovida em 2016; apresentar as consequências jurídicas sob uma perspectiva da AED que a mitigação do inquisitório na fase de investigação trouxe para o processo penal; apurar se a alteração do EOAB trouxe efetiva participação da defesa na fase de Inquérito Policial; sistematizar/categorizar os instrumentos processuais e extraprocessuais que são utilizáveis para efetivar a participação do advogado na mitigação do inquisitório na fase de investigação.

A presente pesquisa justifica-se na medida em que os argumentos apresentados remetem a uma comprovação da necessidade aplicação da AED sob uma ênfase com maior alcance e amplitude, além dos resultados que a análise desse estudo analítico irá mensurar quanto a eficiência da aplicação da lei. Ademais, esse pesquisador que possui experiência e formação acadêmica tanto em administração pública quanto em economia. E devido ao suporte de conhecimento na graduação técnica em formação gerencial, bacharelado em turismo e hotelaria e especialização em gestão de pessoas e marketing, delimitou sua pesquisa para os impactos que as mudanças legislativas ocorridas no processo penal trazem para o ordenamento jurídico brasileiro

O recorte espacial que foi utilizado na análise dos inquéritos policiais da comarca de Patos de Minas, cidade do interior de Minas Gerais, deu-se por essa cidade possuir uma população estimada em quase 155 mil habitantes, e ser uma comarca de entrância especial (TJMG, 2022). Por esse motivo, a qualidade dos crimes tipificados penalmente mostrou uma apresentação relevante para a abordagem do presente estudo.

Diante do exposto, nasce a problemática a ser debatida neste trabalho que consiste na seguinte pergunta: **Na perspectiva da Análise Econômica do Direito, a alteração do art. 7º do EOAB, promovida pela Lei 13.245/2016, resultou numa efetiva participação da defesa no curso do inquérito policial em Patos de Minas?**

Ademais, define-se como hipótese que, tanto uma implantação da mitigação na fase investigatória quanto a presença de um juiz de garantias, trazem a necessidade da presença de outro magistrado, inaugurando uma nova fase processual. Com a mitigação ou implantação do sistema acusatório na fase

investigatória, surge a necessidade de um outro magistrado específico para acompanhar as investigações. Portanto, o que antes não era necessário, agora aumentaria a necessidade de um número maior de magistrados em todo estado de Minas Gerais, com conseqüente aumento do dispêndio de recursos financeiros, gerando impactos na análise da AED.

Metodologicamente, a presente dissertação de mestrado foi definida como pesquisa normativa-jurídica (BITTAR, 2017). A natureza do estudo desta pesquisa foi do tipo exploratória, cujo objetivo é desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias, indo além da descrição de seu objeto de estudo (MEDEIROS, 2017).

Para os procedimentos de coleta dos dados utilizou-se a abordagem de pesquisa qualitativa, aplicando-se o método indutivo e o método dedutivo (LAMY, 2011), além das técnicas de pesquisa documental e jurisprudencial.

A abordagem qualitativa consiste em uma interpretação do pesquisador de fenômenos que darão significados a pesquisa. É uma relação entre fatos externos do mundo real com o sujeito (CRESWEL, 2010), utilizando-se de fontes primárias e secundárias para a coleta dos dados. A fonte primária é a apreciação de um acontecimento ou um fato novo, enquanto a fonte secundária seria a interpretação de documentos, ideias ou acontecimentos primários (BITTAR, 2017).

Entre as fontes primárias escolhidas estão: normas, tratados e acordos internacionais envolvendo a temática estudada e os julgados vinculantes ao tema de inquérito policial e dos poderes instrutórios do magistrado. As fontes secundárias estão definidas nos autores de livros e artigos científicos a respeito do assunto para a construção do referencial teórico ora utilizado.

Quanto aos métodos utilizados, optou-se pela utilização do dedutivo e do indutivo (BITTAR, 2017). O método dedutivo define uma extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais. Este método se aplica na presente pesquisa, por ser parte do contexto das normas aplicáveis ao direito de participação da defesa na fase de inquérito policial e sua aplicação aos casos analisados (aplicação específica). E o método indutivo refere-se à extração discursiva do conhecimento a partir de evidências concretas passíveis de serem generalizadas. Assim, na coleta das normas utilizadas nesta pesquisa aplicou-se o método

dedutivo, enquanto para a coleta dos demais dados, utilizou-se o método indutivo. Em relação às técnicas utilizadas nesta pesquisa priorizaram-se os casos concretos (jurisprudencial) e os processos da 1ª vara criminal da Comarca de Patos de Minas, para encontrar aspectos que demonstrassem a participação da defesa na fase de inquérito policial.

Os documentos selecionados para análise abrangeram processos físicos compreendidos na tipificação penal do Código Penal, ou seja, compreendidos nos artigos 121, 157, 155, 163 (BRASIL, 1941) e da Lei 11343/06 (BRASIL, 2006), Lei de Drogas, o artigo 33, crime de tráfico. Esses processos foram selecionados, por tratarem de crimes de maior potencial ofensivo, com o risco de causar maior repulsa social. Além disso, a escolha por esses processos se deu, pela disponibilidade para consulta física na secretaria da comarca. No total foram analisados 29 (vinte e nove) processos criminais.

Para os procedimentos de análise utilizou-se a Teoria de Análise de Conteúdo para o tratamento dos dados coletados. A Teoria da Análise de Conteúdo (BARDIN, 2016) é capaz de condicionar o agrupamento, inferência e categorização dos resultados coletados para possibilitar a aferição da participação da defesa na fase de inquérito policial. Assim, as teorias contribuíram para a análise dos dados coletados e definição de categorias dos argumentos que embasaram o presente trabalho.

O estudo divide-se em três etapas. Na primeira, analisou-se a existência da contradição na fase administrativa de inquérito acerca dos direitos fundamentais após a alteração legislativa no EOAB. Na segunda etapa, estudou-se sobre a aplicação da AED como instrumento de escolhas racionais dos agentes para maior participação da defesa na fase inquisitorial. Na terceira etapa é apresentado o Direito ao Confronto como meio de aplicação da AED na ampliação da participação da defesa no inquérito.

2 A CONTRADIÇÃO EXISTENTE NA FASE ADMINISTRATIVA DO PROCESSO PENAL ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, APÓS A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA NO EOAB

Após a alteração legislativa do EOAB, promovida pela Lei 13245/16, existiu uma contradição presente na fase administrativa conhecida como fase investigatória ou de inquérito. Essa dicotomia se coloca a margem da proteção de direitos fundamentais e pode ser comprovada pela possibilidade de agir de ofício por parte do magistrado, o que confirma a permanência do sistema inquisitorial no Brasil (2.1), bem como na violação de direitos e garantias fundamentais presentes na utilização de elementos de convicção, colhidos em inquérito policial como formação da convicção do magistrado (2.2) e no estímulo provocado pela alteração legislativa no EOAB, não ampliando a participação da defesa na fase de inquérito policial (2.3), sendo que, esse último se desdobra numa expectativa de maior participação da defesa e mudança comportamental das partes.

O Inquérito Policial é um instrumento utilizado pelo Código de Processo Penal Brasileiro (BRASIL, 1941) como mecanismo para transmitir elementos de informação ao órgão acusador titular da ação pública, isto é o Ministério Público (MP), que é o responsável pela oferta da denúncia (BRASIL, 1941). É importante destacar que esse procedimento investigatório é considerado fase administrativa, também denominada fase pré-processual, fato que eventuais irregularidades não ofereçam risco de gerar nulidade no processo em regra.

2.1 A possibilidade de agir de ofício por parte do magistrado reafirma a permanência do sistema inquisitorial no Brasil

Os modelos normativos dos sistemas adotados pelo CPPB desenvolvem-se através de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico. Assim, o sistema jurídico não existe independentemente das instalações pré-existentes. Inspirado nos escritos de Roxin (2000) é possível afirmar que esse sistema deve permanecer como uma

ciência definitivamente sistemática. Afinal, somente a organização do conhecimento em um sistema garante um domínio claro e manejável de todos os detalhes, domínio sem o qual a aplicação jurídica não progride além do amadorismo.

Embora seja amplamente aceito que os ritos processuais penais não começaram a ser dogmaticamente desenhados no processo penal até o século XX, havia uma "coerência político-jurídica" entre processo penal e direito penal, ambos inseridos na estrutura de controle social (ROXIN, 2000). Lamentavelmente, como consequência de sua separação, o sistema de justiça criminal não acompanhou os avanços da pesquisa em direito penal.

Esse sistema será influenciado pela estrutura da Constituição, pelo processo penal e pelo tipo de administração de uma determinada nação. Mas agora, outra vertente está se tornando clara: o papel do processo penal, tanto em sua finalidade, quanto em função dos princípios constitucionais lhe atribuí. Como consequência, parece que o direito penal "não toca nos cabelos do acusado" e que o processo penal assume tarefa (PACELLI; CORDEIRO; REIS JÚNIOR, 2019).

Enquanto o direito penal deve aguardar a conclusão de uma investigação preliminar, denúncia, instrução, debates, alegações finais, condenação, recurso e outros instrumentos, ele só pode encarcerar uma pessoa depois de confirmada a condenação (AQUINO, 2021). Nessa conjuntura, é justamente o Processo Penal que percorre esse caminho até a sentença tão aguardada pela materialidade contida no Direito Penal.

Como resultado, é necessário iniciar a apresentação dos sistemas normativos penais existentes, a modalidade abordada na legislação brasileira e a Lei 13.245/2016, que reforçou de forma expressa a figura do advogado na investigação criminal, buscando participação mais efetiva na defesa, garantindo o que a legislação propunha, aderindo aos direitos do advogado bem como do acusado.

Os sistemas processuais conectam-se por uma noção básica e unificadora que revela os princípios constitucionais sobre o modelo aprovado, sendo as modalidades atuais dos sistemas processuais penais baseadas em espécies tomadas pelos Estados-Juízes.

No entanto, como o ritual processual deve oferecer confiança ao acusado e valorizar os temas didáticos de estudo, os sistemas processuais devem ser examinados separadamente para desvendar o princípio unificador de cada um deles. O sistema inquisitivo ou inquisitorial é um paradigma histórico em sua forma mais pura. O sistema de acusação durou até o século XII e não houve casos em que um acusador não fosse legítimo e aceito (GONÇALVES, 2019).

Segundo Pacelli (2019, p. 200), “o sistema inquisitivo evoluiu da seguinte forma: a Igreja Católica Romana foi a principal mentora do sistema inquisitorial, [sic] e o IV Concílio de Latrão, convocado pelo Papa Inocêncio III em 1215”. Esse mesmo papa representou um marco histórico desse sistema processual punitivo. O sistema adversarial (ou acusatório) foi criado na Inglaterra durante o reinado de Henrique II, um dos reis ingleses mais significativos para o Direito (GRINOVER, 1999).

Por outro lado, Pinto (2010) destaca que o sistema inquisitorial foi adotado pelo Direito Canônico no século XIII e acabou se estendendo por toda a Europa, sendo utilizados por tribunais civis até o século XVIII. Sua característica mais marcante é que as funções de acusar, defender e julgar estão concentradas em um único indivíduo, que assume a *persona* de um juiz acusador, conhecido como juiz inquisidor.

Por sua vez, o Sistema Inquisitorial foi criado equilibrando os interesses da Igreja e daqueles que comandavam a sociedade diante da expansão econômica, necessitando da centralização do poder repressivo com ação de ofício, independentemente de manifestação do lesado (ROSA, 2018).

No século VII, “o direito canônico quebrou uma longa tradição de influência germânica e romana ao permitir o processo criminal sem um acusador oficial para alguns delitos” (MACHADO, 2014, p. 63). A partir dessa experiência, abriu-se o caminho para o procedimento inquisitorial. Desde o século XII, a persecução penal deixou de ser um assunto exclusivo da vítima e de sua família. O procurador do rei foi nomeado para preservar os interesses monárquicos.

Apesar disso, as principais distinções conceituais entre os dois sistemas processuais penais consistem na iniciativa probatória e concentração de poder nas mãos do juiz e ausência de separação nas funções de acusar, julgar, ausência de

imparcialidade do magistrado, além de falta do contraditório pleno e paridade de armas, existentes no sistema inquisitorial puro (PACELLI, 2019, p. 201).

Além das características expostas acima, Rosa (2018) adiciona outras características em seus ensinamentos acerca do tema, tais como: ter um magistrado fixo, não ter igualdade de jogadores, mas um juiz investigador, com papel de julgar, acusar e numa situação de superioridade, além de acusar de ofício, procedimento secreto e não contraditório, com prova tarifada, na qual a prisão preventiva é a regra.

Como consequência, o sistema inquisitorial assume que o objetivo da atividade probatória é reconstruir todos os fatos para descobrir a verdade, porque a descoberta da verdade absoluta é reconhecida como uma possibilidade. Ela abre as portas para um amplo risco de atividade probatória, seja quanto ao objetivo do processo, seja quanto aos métodos e estratégias para alcançar essa verdade (NEVES, 2014). O magistrado pode proceder a uma investigação detalhada dos fatos criminais, desde que tenha amplos poderes de investigação.

Na sua visão geral do sistema de inquérito, Gonçalves (2019, p. 35) elucida que “cabe a um único órgão acusar e julgar neste sistema”. O juiz é quem inicia o processo penal e depois profere a sentença, sendo fortemente castigado por não garantir sua imparcialidade. Nesse diapasão, fica claro que o procedimento inquisitorial é incompatível com os direitos e proteções individuais e, portanto, viola as normas processuais penais (GRINOVER, 1999). Não há possibilidade de imparcialidade sem que se tenha um juiz equidistante das partes, o que atualmente é considerada um flagrante violação da Constituição Federal no artigo 129, I e da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 8).

Dessa forma, é possível dizer que o sistema inquisitorial é um sistema rígido e secreto que emprega a tortura para obter clareza factual e atingir os objetivos do processo penal (LOPES JUNIOR, 2019). Com isso, o papel do juiz passa de espectador para participante da atividade de resgatar subjetivamente a verdade do inquérito, livre de provas contraditórias, publicitárias e deixando marcas indelévels nos resultados favoráveis aos interesses do Estado. Como consequência, adota uma abordagem paranoica da gestão da prova, rejeitando a imparcialidade e

evidenciando a dissonância cognitiva entre as obrigações do Estado-Juiz na garantia de direitos e as responsabilidades do Estado-Juiz na garantia dos direitos.

Ao contrário do sistema inquisitorial, o sistema processual acusatório – ou adversarial (GRINOVER, 1999) pode ser identificado já na lei grega, onde surgiu da participação direta do povo no processo de acusação e julgamento.

Para os delitos julgados repulsivos pela comunidade, como qualquer um dos indivíduos que se sentiu ferido ou se entendeu que a conduta do agente era imprópria para a convivência em sociedade, imperava o método de ação popular, podendo ele ser acusado por qualquer pessoa. Por outro lado, havia o conceito de perseguição privada por delitos menores, que estava atrelado a conceitos de direito civil (AQUINO, 2021).

A atuação dos magistrados passaria a ser passiva, pois não poderiam tomar iniciativa ou gerir provas, responsabilidades que ficariam a cargo das partes. Não deveria, inicialmente, haver denúncia anônima, muito menos a ausência de um acusador legal e idôneo. O crime de denúncia caluniosa serviria para coibir e punir denúncias precipitadas e os réus não poderiam estar presentes porque a pena é de natureza corporal. A alegação seria feita por escrito, com provas e haveria direito de defesa e refutação após o rito ser realizado oralmente. Finalmente, os julgamentos devem ser abertos ao público, com votação e sem opção de deliberação (AQUINO, 2021).

Para melhor compreensão deste sistema, a seguir estão os principais componentes: a) as partes orientam as provas; b) as funções de acusar, julgar e defender são separadas; c) o processo é aberto ao público, com algumas exceções; d) o arguido é sujeito de direitos e deixou de ser objeto de inquérito; e) com isso, é garantido ao acusado o contraditório, ampla defesa, devido ao processo legal e outros princípios que limitam o poder punitivo; f) as provas não são taxativas e não há resultados pré-determinados (LAGO, 2016).

Por fim, infere que a distinção entre os dois sistemas pode ser teórica ou puramente histórica. As diferenças observadas na teoria nem sempre correspondem às discerníveis no nível histórico pois, nem sempre estão logicamente conectadas. Por exemplo, tanto o modelo teórico quanto a tradição histórica do sistema

adversarial apresentam rigorosa separação entre juiz e acusação, igualdade das partes, publicidade e oralidade. Entretanto, a possibilidade de ação penal, eleição para a magistratura, submissão da acusação ao Poder Executivo, exclusão da motivação do júri, entre outros, estão historicamente associados à tradição do processo adversarial, mas não são logicamente necessários ao seu paradigma teórico (GRINOVER, 1999).

Ou seja, no sistema processual acusatório, há uma separação entre os órgãos responsáveis pela acusação e pelo julgamento, o que garante a imparcialidade do juiz e, conseqüentemente, à ampla defesa e igualdade de tratamento das partes. Além disso, como o órgão acusador tem a iniciativa, a defesa sempre tem o direito de falar por último. Ademais, as partes, no acusatório adversarial, são responsáveis por fornecer provas (LAGO, 2016).

Para concluir as espécies de sistemas normativos processuais e penais puros, será apresentado a seguir o sistema misto, que se caracteriza por características tanto do sistema inquisitorial quanto do acusatório, mas não há determinação de quanto deve ser, permitindo que cada sociedade assuma sua participação de acordo com seu interesse estatal (LAGO, 2016).

Com o Código Napoleônico de 1808, o sistema inquisitorial passou a sofrer alterações, resultando no chamado sistema misto. É um novo paradigma para o período que aparece pela primeira vez no *Code d'Instruction Criminelle* francês, que tem origem no mesmo ano da implantação do sistema prisional, sendo referido também como o sistema francês (PEIXINHO, 2016).

O método é denominado sistema misto porque se divide em duas fases: a primeira é geralmente inquisitorial, com instruções escritas e secretas, sem acusação e, portanto, sem informações contraditórias; e o segundo é geralmente processual, com instruções escritas, com acusação e, portanto, com informações contraditórias. O objetivo desta investigação é apurar a materialidade e autoria do fato criminoso nesta instância. O órgão acusador avança o seu caso na segunda fase, que é de natureza acusatória, o réu se defende e o juiz dá seu veredicto, que muitas vezes se baseia na publicidade e na oralidade. Quando o Código de Processo Penal se tornou lei, era comum considerar que o sistema que ele formou

era misto. O inquérito policial que marcou o início do processo criminal foi inquisitorial (ROSA, 2018).

O chamado sistema misto é, ao final, o próprio sistema acusatório. A instrução preliminar faz parte do exercício da tutela penal, mas serve para preparar a instauração da sentença ou processo penal, não para a resolução do litígio penal.

De fato, praticamente todos os ordenamentos jurídicos nos quais a Justiça Criminal tem sido exercida possuem um sistema de proteção penal misto, pois o exercício da proteção penal inicia-se com procedimentos persecutórios e informativos visando à preparação da ação penal (AQUINO, 2021). Existe também um sistema misto no qual não há juízo de instrução ou a instrução preliminar é delegada a autoridades não judiciárias, porque a fase investigativa da tutela penal é classificada como inquisitiva.

Destarte, o processo penal, é dividido em duas fases: pré-processual e processual, sendo a primeira inquisitorial e a segunda acusatória (LOPES JUNIOR, 2020). É uma caracterização comum do sistema brasileiro, pois, admite-se que a investigação seja inquisitorial e a fase processual seja acusatória, tendo em vista que o MP apresenta a denúncia, separando, portanto, suas funções de acusar e julgar do magistrado. Por isso, o termo “sistema misto” é comumente utilizado no direito processual penal, com a premissa de que os sistemas puros são modelos históricos que não condizem com os atuais. Além disso, a divisão do processo penal em duas partes permitiria que a forma inquiridora predominasse na fase preparatória e acusatória na fase processual, resultando, de certa forma, em uma natureza “mista” (GRINOVER, 1999).

Ainda assim, o caminho do processo penal pátrio vem caminhando para uma percepção acusatória também nessa fase investigativa, tendo em vista, a implantação e criação de instrumentos legais para uma participação maior da defesa. Desta forma, esta modalidade no CPPB possui duas fases: uma fase inquisitiva, que se dá no início e onde se procede uma investigação preliminar e uma instrução preparatória. A outra fase, a acusatória, se dá no final onde se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório (AQUINO, 2021).

Ressalta-se que o estilo da fase investigativa é inquiridor e não acusador. Vale ressaltar que o Código de Processo Penal é claramente inspirado no modelo fascista da Itália. Nesse sentido, como consequência, à luz da nova ordem constitucional, é imprescindível à revisão das normas inconstitucionais. Sob outro aspecto, não há como aceitar a tentativa de retirar o sistema inquisitório brasileiro do Código de Processo Penal (ROSA, 2018). Estas são as leis que devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e ideais delineados na Carta Constitucional de 1988.

Por tudo isso, a possibilidade de o juiz agir de ofício é um exemplo de inquirição com resquícios do sistema anterior, apesar do sistema acusatório estar atualmente em vigor no Brasil, com uma clara distinção entre a função acusatória – a do MP nos casos de crimes de ação pública – e a função do juiz de adjudicar o direito através da sentença (GICO JÚNIOR, 2020). É importante lembrar que não se trata de um sistema acusatório puro, pois, embora seja dentro da normalidade, as partes apresentarem suas provas e são permitidas exceções em que o juiz pode optar por produzir provas adicionais de ofício (NETTO; FOGAÇA; GARCEL, 2020).

O sistema brasileiro tinha de certa forma, um aspecto de misto, porém, com as alterações da Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019), essa dubiedade foi mitigada, na verdade extinta, com a exigência de previsão expressa da nova redação contida no artigo 3 - A. Ademais, a Constituição Federal de 1988 também possui uma principiologia processual penal que aponta para a exigência de um sistema acusatório. Não obstante, o Código de Processo Penal ainda institui normas processuais penais com caráter inquisitório, portanto, na prática, os princípios indicam, mas não impõem em sua integralidade, um sistema acusatório (NETTO; FOGAÇA; GARCEL, 2020).

Diante desta alusão, verifica-se o art. 156 do CPPB (BRASIL, 1941), estabelecendo que fica facultativo ao magistrado a produção antecipada das provas. Sendo assim, nesse artigo 156 CPPB, fica inequívoco quanto a possibilidade de atuação *ex-officio*, por parte do magistrado em casos de permitir, ainda que facultativamente a possibilidade de ordenar coleta de provas e realização de diligências para dirimir dúvidas mesmo antes de iniciada a ação penal com o oferecimento da denúncia.

Outrossim, também o artigo 212 (BRASIL, 1941), estipula-se que as partes devem dirigir seus questionamentos às testemunhas, mas que o juiz pode ampliar o inquérito na conclusão sobre os problemas pendentes. Do mesmo modo, o artigo 404 (BRASIL, 1941), estipula que o juiz pode, de ofício, ordenar a conclusão de quaisquer outros processos que julgar convenientes ao final da investigação. Além de tudo, por extensão de aplicação do artigo 404, o tribunal também pode determinar se testemunhas não partes, conhecidas como "testemunhas do julgamento", serão autorizadas a depor.

É fundamental ressaltar que esses artigos são inteiramente legais, uma vez que a Constituição Federal não contém disposição expressa que estabeleça um sistema acusatório puro ou que proíba aos tribunais de concluir investigações de ofício (GONÇALVES, 2019). Tal possibilidade tipificada, em especial, no artigo 156 do CPPB, traz à tona a possibilidade de ação por deliberação da vontade do magistrado, inclusive podendo agir de ofício, o que interfere de maneira evidente no arrimo estabelecido do contraditório. Dessa maneira, fica também notório uma forma de violação dos direitos fundamentais do acusado, interferindo e atingindo, portanto, nas garantias de preservação dos direitos, que serão demonstrados na próxima subseção (2.2).

Vale salientar que, de acordo com o artigo 129, I da CFRB (BRASIL, 1988), a competência do magistrado limita-se a proibir a instauração de processo penal como órgão acusador, mas não a restringir a produção de provas necessárias à explicação da verdade, elemento fundamental no processo penal brasileiro (PACELLI; CORDEIRO; REIS JÚNIOR, 2019).

Suponha, por exemplo, que o promotor não mencione uma testemunha-chave ao denunciar uma pessoa culpada por uma série de crimes. A absolvição seria inevitável sob um sistema acusatório puro, implicando que a sociedade estaria à mercê de um criminoso altamente perigoso se o corpo acusador cometesse um erro.

No entanto, se o magistrado constatar a omissão, pode ordenar a audição da testemunha essencial de ofício ou a pedido da parte. Da mesma forma, se a acusação acusa o arguido de dois crimes e o MP, inadvertidamente, apenas interrogar as testemunhas na audiência em relação a um dos crimes, é possível que o juiz possa complementar a investigação. Tudo isso, a favor da verdade real, a

proteção dos interesses sociais e uma ampla defesa. Para determinar medidas complementares, o poder judiciário pode ser usado em benefício do acusado (LAGO, 2016; NEVES, 2014).

Partindo do pressuposto de que a formação de um sistema persecutório implica o estabelecimento de postulados constitucionais vinculados ao direito processual penal, o sistema brasileiro tem aumentado sua eficácia acusatória nos últimos anos. A construção de um juiz de garantias para fiscalizar e controlar a legalidade da fase investigativa, bem como a proibição declarada de o juiz decidir sobre a busca de provas, mesmo durante a fase investigativa, fortaleceu o sistema acusatório. Portanto é ilegal que o magistrado imponha limites à liberdade de expressão e outros direitos profissionais; o que cabe aos interessados fazer o pedido. (LAGO, 2016; NEVES, 2014).

Para mais, foram introduzidos critérios mais hábeis: o juiz de instrução foi impedido de ver o conteúdo dos autos de investigação, que seriam mantidos em cartório e apenas à disposição das partes. A prova pericial passou a ser, naturalmente, incluída no processo principal, uma vez que é urgente e única. Não obstante, o juiz de garantias pôde permitir que os interessados escolhessem assistentes técnicos para acompanhar os peritos oficiais em qualquer fase do inquérito ou outro procedimento investigativo (BRASIL, 2019).

Em resposta ao depoimento de Victor Eduardo Rios Gonçalves (2019), verifica-se que o art. 385 do CPPB, que autoriza o juiz a condenar o preso por crimes de atividade pública ainda que o MP tenha se manifestado pela absolvição, é a prova mais contundente de que a legislação processual não abraçou o sistema acusatório puro. A Constituição Federal acolheu esse dispositivo legal, que estabelece a dissolução do juiz ou tribunal mediante pedido de absolvição formulado pelo MP.

Conforme afirma o artigo 3º-A do CPPB (BRASIL, 1941), uma inovação legislativa (BRASIL, 2019) possibilitou ao processo penal a exigência de estrutura acusatória, que a partir de então ficariam vedadas à iniciativa do juiz na fase de investigação. Na sequência, o art. 3-B, caput, do mesmo Código dispõe que “ao juiz de garantias compete fiscalizar a legalidade da investigação criminal e proteger os direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à prévia autorização do Poder

Judiciário” (BRASIL, 1941). Nesse artigo, a estrutura acusatória passa a ser exigida pelo legislado e estende ao juiz de garantias a necessidade de garantir o contraditório efetivo, no controle de legalidade.

Como consequência, foi revogada a responsabilidade excepcional do magistrado de fazer valer a ideia de conduta criminosa necessária. Em caso de autuação, o MP informa a vítima, o investigado e a autoridade policial da situação e encaminha o processo à instância superior do MP, conforme a redação alterada do CPPB art. 28 (BRASIL, 1941).

Merece a devida ênfase, quanto à reforma provocada pela Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019) na qual revigorou o sistema acusatório, ainda que de forma limitada por ainda não ter sido limpo, mas abordou dificuldades jurídicas quanto à nomenclatura do sistema. Esse passou a ser compelido pelo acusatório ao sistema normativo penal estabelecido no Brasil. Além disso, o juiz criminal tem a opção de dispensar o advogado do réu, se concluir que sua arguição de defesa é falha (BRASIL, 2019).

Portanto, até mesmo a função anômala, atribuída ao magistrado, de zelar pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal, foi eliminado. A nova redação do art. 28 do CPPB (BRASIL, 1941) prevê que, em caso de arquivamento, o promotor comunique a vítima, o investigado e a autoridade policial sobre essa situação e encaminhe os autos à superior instância do próprio MP (PEIXINHO, 2016), assim uma manifestação judicial, nesse sentido, é retirada.

Toda essa mudança gerada, vai de encontro ao que permeava o sistema inquisitorial, esse processo inquisitório vigorou na Alemanha até o século XIX. Nele, o juiz era identificado como inquisidor, aos poucos incorporaram-se direitos assecuratórios que modificaram o sistema processual penal, porém “quanto à audiência de instrução e julgamento nada mudou em comparação com o antigo processo penal” (SCHUNEMANN, 2013, p. 206).

Entre os alemães e desde ali influenciando o sistema de outros espaços como o Brasil, a audiência de instrução e julgamento no modelo alemão, concentra as forças processuais na figura do juízo (SCHUNEMANN, 2013). Em representação do processo inquisitorial que já deveria ter sido superado entre eles a 200 anos, são

perceptíveis as fraquezas no modelo adversarial especialmente quando tendo por foco o tribunal do júri.

Esse resquício do sistema inquisitorial existe, pois percebe-se a contínua contratação na figura dos magistrados. Surgem questionamentos que se centram na perquirição acerca do juiz que acompanha a investigação, feita unilateralmente pela polícia, com pouca influência da defesa e que pode ser o mesmo que julga. No caso, poderia existir um juízo prévio de culpa fazendo com que a defesa não pudesse influir de maneira substancial (SCHUNEMANN, 2013).

No Brasil, a imposição de respeito à Constituição Federal leva ao questionamento acerca da validade da existência de um sistema do tipo inquisitório no Processo Penal Brasileiro (GIACOMOLLI, 2015). Desta forma, analisar a herança inquisitorial é importante. O sistema inquisitório é o modelo histórico que regeu o Direito Processual Penal.

Com o advento do constitucionalismo clássico e a primeira onda assecuratória de direitos, a feição inquisitorial do processo penal sofre uma modificação, segundo os novos valores que limitavam abusos estatais e instrumentalizavam garantias aos seres humanos. O sistema inquisitório predominou até finais do século XVIII, início do XIX, momento em que a Revolução Francesa, os novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos que surgiram com ela repercutiam no processo penal, removendo paulatinamente as notas características do modelo inquisitivo. Coincide com a adoção dos Júris Populares e inicia-se a lenta transição para o sistema misto, que se estende até os dias de hoje (GIACOMOLLI, 2015).

Em 1941, teve início a atual dinâmica processual penal do país, o desenho do ordenamento. Essa dinâmica foi estabelecida durante o Estado Novo, um período em que o Brasil viveu uma ditadura, motivo pelo qual, como resultado, foi arquitetado um sistema inspirado no italiano de 1930 que ainda possuía espírito inquisitorial (GIACOMOLLI, 2015).

Com o atual movimento constitucional brasileiro houve uma modificação neste sistema, uma vez que a necessidade de garantir as normas constitucionais como norte trouxeram consigo a impossibilidade de exacerbação dos poderes atribuídos

ao juiz, que agora deve ser imparcial e equidistante das partes (LOPES JUNIOR, 2020). Remanescem, porém, heranças inquisitoriais que vem trazendo a discussão sobre a necessidade de reformas, especialmente concentradas na Lei 13.964/19, cuja eficácia do art. 3º-está suspensa por concessão de Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Min. FUX, especialmente baseada na análise econômica do direito.

Assim, o Processo Penal é visto agora como um meio de salvaguardar os direitos e o sistema acusatório passa a separar acusação, julgamento e observar garantias fundamentais ao investigado e ao réu. Inobstante, o Brasil ainda resiste a reformar seu Código de Processo Penal de forma a se alinhar a essas novas diretrizes, mantendo a matriz essencialmente inquisitorial.

O Estado, que mantém a titularidade do poder de punir dividiu o processo em fases e determinou que as atividades de acusar e julgar fosse atribuída a órgãos e pessoas distintas, surgindo assim, a figura do MP, criado para ser um órgão imparcial e possibilitar a estrutura do sistema acusatório (LOPES JUNIOR, 2019).

É reducionismo acreditar que uma acusação seja suficiente para estabelecer um processo acusatório. Como a separação deve ser mantida para que a estrutura permaneça intacta, é consequência natural e inevitável que a iniciativa probatória esteja sempre nas mãos das partes. Só assim o juiz pode permanecer imparcial (GIACOMOLLI, 2015). Não é agindo de ofício na obtenção de elementos probatórios que o acusatório vai ser implementado no Brasil, mesmo assim existe flagrante impacto na violação de direitos fundamentais, afinal ainda é possível que o magistrado utilize elementos colhidos exclusivamente em procedimento de investigação para formar sua convicção.

Portanto, fica apontado que a aplicação do juiz de ofício durante o procedimento investigatório, traz raízes inquisitoriais que podem violar direitos fundamentais além disso, a possibilidade de convencimento com elementos colhidos exclusivamente na fase de investigação comprova essa interferência nos direitos fundamentais, conforme análise a seguir.

2.2 Violação de direitos fundamentais como exceção na formação de convicção do magistrado

Nesse tópico ressalta - se a importância da manutenção da preservação dos direitos do acusado. Assim, a manutenção da estrutura acusatória na dependência da mão do juiz acarreta uma desarmonia no contraditório, o “monstro de duas cabeças”, consubstanciada em um inquérito policial totalmente inquisitório e fase processual com “ares” de acusatório preserva o contraditório apenas no discurso (LOPES JUNIOR, 2019). Desse modo, é possível afirmar uma violação aos direitos fundamentais inseridos no processo, tendo em vista ainda a permanência de formação da convicção do magistrado na utilização de elementos colhidos em procedimento investigatório. Afinal, o artigo 155 do CPPB permite excepcionalmente essa possibilidade que será demonstrada mais adiante (BRASIL, 1941).

Previamente, resta demonstrar uma outra questão da violação dos direitos a qual também encontra enredo na teoria da dissonância cognitiva e no fato de que a prova é colhida no inquérito policial. A teoria da dissonância cognitiva é importada por Bernd Schünemann (2013) para o contexto do processo penal. Para ele, o magistrado que deve traduzir as posições de acusação e defesa incompatíveis e confrontar com a sua própria, logo, a concepção do magistrado sempre será antagônica a uma das outras duas. É aqui que o conhecimento prévio do magistrado acerca do inquérito policial determina a existência de uma fase inicial inquisitorial e uma processual que não é concretamente acusatória, mas tem ares de inquisitorial.

O juiz se vê previamente vinculado - mesmo que de forma involuntária - à investigação acompanhada no inquérito, sem participação substancial da defesa. Apresenta, portanto, uma versão tendenciosa do fato que carrega para a fase processual, motivo pelo qual acaba sendo direcionado pela tese da acusação, com comprometimento de sua imparcialidade e da paridade de armas (SCHÜNEMANN, 2013).

O magistrado tende então à inércia, superestimando as informações que obteve anteriormente e que considera corretas, admitindo como verdadeiro aquilo que se encontra no inquérito e na denúncia. De outro modo, substitui a inércia pela

busca seletiva de informações de forma a ratificar a hipótese a que se dispôs, condicionando a obtenção de mais informações à confirmação de sua própria posição.

Lopes Júnior (2019, p. 201) ensina que o engano está no fato de que “as provas são colhidas durante a inquisição do inquérito, que estão totalmente integradas ao processo, e que, no final, o belo discurso do juiz é suficiente para exonerar o julgamento”. Esse discurso é mascarado pelas mais variadas fórmulas do estilo: as provas da investigação são corroboradas por provas judicializadas; comparação de provas policiais com provas judiciais. Sendo assim todo um exercício de imunização (ou melhor, uma fraude de rótulos) para justificar uma condenação, que se baseia nos elementos recolhidos no sigilo da inquisição. O processo eventualmente se transforma em uma simples replicação ou encenação da etapa inicial.

Há, ainda, outras nuances na herança inquisitorial que suplantam essa discussão sobre a separação das funções de investigar-acusar-julgar. Essa medida deve vir acompanhada de outras para que exista um sistema efetivamente acusatório. Há uma gama de princípios que juntos compõem e dão conteúdo ao todo, especialmente o contraditório, fundamental à existência do sistema acusatório (SILVEIRA, 2017).

Outra discussão, que diz respeito à existência de contraditório e ampla defesa no curso do inquérito é que muito embora o procedimento do inquérito policial tenha caminhado em direção a um maior garantismo e respeito aos direitos fundamentais, o viés inquisitivo ainda perdura especialmente marcado pela ausência dessas garantias fundamentais em fase de persecução penal.

Neste aspecto, ainda subsiste posicionamento pela inexistência dessas garantias. Outros acreditam que, embora exista contraditório na investigação, essa ocorre em menor extensão. Existe, assim, um contraditório “mitigado” ou “diferido” e uma defesa “limitada”.

É preciso ressaltar que a Lei n.º 11690/2008 (BRASIL, 2008) previu elementos garantidores que devem ser observados pelo juiz, de forma a trazer maior equilíbrio entre a acusação e a defesa na fase inquisitorial, recomendando que

magistrados formem sua livre convicção com provas produzidas em contraditório judicial, como por exemplo, a inquirição direta de testemunhas em substituição da oitiva feita pela polícia.

Finalmente, cabe apontar para alguns questionamentos quanto ao valor probatório dos atos do inquérito, onde há distinção entre atos de prova e atos de investigação. Os primeiros dirigem-se ao convencimento do juiz sobre a verdade, neste sentido, eles integram o processo penal com exigência de publicidade, contradição e imediação. São praticados em juízo, porém, ainda assim os atos de investigação continuam servindo para fins de convicção na sentença. (LOPES JUNIOR, 2020). Noutro lado, os atos de investigação, que remetem ao convencimento necessário da opinião delitiva do titular da ação penal.

Mas veja, quanto ao estudo do art. 155 do Código de Processo Penal, fica claro que esse artigo não veda ao juiz a utilização de informações colhidas na fase extrajudicial para formar seu convencimento, desde que não seja a única fonte de provas. O juiz, portanto, deve utilizar de provas produzidas em contraditório judicial, salvo em casos excepcionais - provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 1941). A contrassenso, o magistrado pode utilizar de elementos do inquérito desde que não exclusivamente.

No que tange às provas produzidas extrajudicialmente, Figueiredo (2020, p. 52) destaca o fenômeno da "*hearsay rule*" ("regra do boato"), que tem como objetivo fundamental impedir o uso de elementos criados extrajudicialmente, ou antes do julgamento, para permitir que apenas aqueles produzidos durante o julgamento sejam submetidos ao escrutínio do juiz.

Ou seja, parte da doutrina relaciona a questão da confiabilidade às provas produzidas extrajudicialmente, pois, o julgador poderá não ter a oportunidade de observar o comportamento daquele que prestou a declaração. À vista disso, o direito ao confronto poderia ser uma alternativa para enfrentamento desse dilema contido na fase investigatória (FIGUEIREDO, 2020). Nesse mesmo sentido, existe uma dificuldade de implementação do direito ao confronto por parte do processo penal brasileiro como forma de limitar o abuso de poder do Estado, justamente por ter raízes inquisitoriais.

O direito ao confronto tem uma relação de interdependência com o sistema acusatório. Ao mesmo tempo em que auxilia na preservação desse quadro, é razoável afirmar que, quanto “mais próximo um ordenamento jurídico se aproxima do acusatório, mais resguardado o direito ao confronto” (FIGUEIREDO, 2020, p. 125), o que asseguraria paridade de armas entre acusação e defesa.

Em síntese, é possível apontar a reforma da Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019) como revigoração do sistema acusatório, mesmo de forma atenuada. Porém encerraram-se as dúvidas legais quanto à nomenclatura do sistema, tendo, por ora, sido decretado por acusatório o sistema normativo penal adotado no Brasil.

Nesse contexto, a estrutura cultural inquisitorial na fase de inquérito policial gera dificuldades na mudança sistemática do CPPB. A isso somam-se as possibilidades de o juiz atuar de ofício na busca por provas, subvertendo a aparente separação entre investigar e julgar. O magistrado se posiciona de forma inquisitorial ancorado não na separação de funções, mas na equidistância e alheamento das partes. Um sistema efetivamente acusatório não prescinde da imparcialidade do magistrado (GIACOMOLLI, 2015).

Surge então o imperativo de repensar práticas e normas que vigoram no modelo acusatório do país. Na linha de Ferrajoli (2002), existe a necessidade de separação das funções de acusação, defesa e julgamento no processo penal, como resultado, advém a necessidade de questionamento sobre a coleta de provas na fase inquisitiva.

Em consonância com o que se encontra na tradução da obra de Luigi Ferrajoli (2002), o procedimento de inquérito está revestido de autoritarismo. Ainda existe uma perversão que leva a um processo dirigido “não no sentido da comprovação de fatos objetivos (ou para além dela), mas no sentido da análise da interioridade da pessoa julgada” (FERRAJOLI, 2002, p. 37). No processo inquisitivo, o convencimento dos autores do direito é subjetivo e íntimo, fato que pode gerar distorções no princípio da legalidade e conseqüente abuso do estado aos direitos subjetivos do cidadão. Portanto, existe uma atenuação da estrita legalidade que se coloca no limite da arbitrariedade (FERRAJOLI, 2002).

O garantismo penal a que se busca como forma de respeito aos direitos fundamentais constitucionais, ao contrário, tem como um de seus principais parâmetros, a possibilidade de que uma tese penal seja “verificável”, assim, buscase na verdade, uma forma de verificação processual que a distingue do mero decisionismo (FERRAJOLI, 2002). Por isso, deve ser rechaçado as decisões preferidas apenas com elementos colhidos em procedimento administrativo de investigação. Na verdade, é a busca pela verdade que está distorcida no atual sistema, as partes procuram comprovar suas vertentes, enquanto o magistrado corroborar a versão que acredita previamente, assim, a verdade real é colocada de lado.

As regras postas pelo garantismo são direcionadas a limitar o arbítrio dos juízes ou dos agentes estatais envolvidos na persecução penal, de onde surge a necessidade de respeito absoluto às garantias processuais. Ferrajoli (FERRAJOLI, 2002) explica sobre a teoria garantista que pode excluir o caráter cognitivo da motivação judicial e, conseqüentemente, as condições de uso da palavra “verdade” no processo, embora não sejam de forma alguma “irredutíveis” nessa situação. O grande objetivo da epistemologia penal garantista é desvendar as condições que permitem estreitar essas margens tanto quanto possível e, como resultado, basear o julgamento (em decisões) na verdade processual ao invés de valores de outra modalidade (FERRAJOLI, 2002, p. 52).

Lopes Junior (2020) diverge desse posicionamento e afirma que, para se separar do modelo histórico medieval, o processo penal brasileiro é primordialmente inquisitorial, ou *neoinquisitorial*. Embora o sistema brasileiro seja descrito como misto, a fase processual é inquisitorial ou neoinquisitorial, na medida em que o princípio informante era inquisitivo e o juiz era o responsável pela gestão da prova (LOPES JUNIOR, 2020).

Neste aspecto, ao longo do curso da investigação vigente no Brasil, o sistema inquisitório em que a investigação é feita preferencialmente pela polícia judiciária possibilita a complementação da coleta de provas pelo acusador. O MP, entretanto, executa a filtragem constitucional dos dispositivos que levam ao sistema inquisitório.

Sobre este contexto, retomando o estudo da Lei 13.964 de 2019, promulgada em 23 de janeiro de 2020, chamada “Pacote Anticrime”, prevê em seus artigos 3.º-A

a 3.º-F (BRASIL, 2019) a exigência de um juiz fiscalizador, diferente daquele que presidirá a ação penal, de forma a garantir a legalidade dos atos praticados no curso do inquérito. Tais artigos estão suspensos “*sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário”, em razão de decisão liminar monocrática emanada do ministro Luiz Fux nos autos da Medida Cautelar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade números: 6298, 6299, 6300 e 6305, que aguarda decisão do plenário no mérito da causa. (BRASIL, 2019). O ministro embasou a decisão nos princípios do devido processo legal, duração razoável do processo e eficiência da justiça criminal, que são corolários dos princípios da AED e que serão detalhados na 3ª parte dessa dissertação.

É verificável ler argumentos da decisão em que o juiz das garantias, embora formalmente concebido pela lei como norma processual geral, altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em nível tal que enseja completa reorganização da justiça criminal do país. De sorte que é inafastável considerar que os artigos 3º-A a 3º-F (BRASIL, 2019) consistem preponderantemente em normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa própria (BRASIL, 1988, art. 96).

Além disso, o ministro considerou o impacto financeiro ao poder judiciário sem prévia dotação orçamentária, em violação dos artigos 169 e 99 da Constituição (BRASIL, 1988), bem como do artigo 113 do ADCT (BRASIL, 1988). Os artigos traziam rol que apontava para as atribuições do juiz de garantia, tais como “julgar habeas corpus antes do oferecimento da denúncia”, “determinar a instauração de incidente de insanidade mental” ou ainda “afastamento dos sigilos fiscais, bancários, de dados e telefônicos”.

Em somatória, a lei trará mudanças na dinâmica do inquérito, caso os artigos acerca do juiz de garantias não sejam declarados inconstitucionais no mérito pelo plenário. Assim, por exemplo, prorrogar o inquérito quando existe prisão em flagrante não é possível hoje, pois ele deve ser concluído em 10 dias sob pena de constrangimento ilegal. Entretanto, o art. 3º-B, §2º do CPPB (BRASIL, 2019) define que ouvido o MP, o juiz de garantias, por meio de representação da autoridade policial, deve conceder a possibilidade de prorrogação da prisão por até 15 dias, quando essa extensão for necessária para a investigação e será usada apenas uma

vez. Se o inquérito não for concluído após a prorrogação, a prisão ilegal aparece e o acusado deve ser imediatamente liberado (BRASIL, 1941).

O procedimento inquisitorial ainda existe no processo penal brasileiro. Já havia avançado quando do advento da Lei 11.609/2008 (BRASIL, 2008) que afastou a possibilidade de que um juiz embasasse suas decisões exclusivamente no inquérito policial, entretanto, manteve o uso do inquérito enquanto peça probatória, nos termos do discutido no tópico anterior.

Entretanto, é frequente o número de julgamentos, especialmente do júri, em que não haja produção de provas no curso do processo, mas que utilize apenas as peças produzidas no inquérito. Dessa forma, em franca supressão das garantias constitucionais, os autos do inquérito vão anexados ao processo influenciando sobremaneira na decisão do julgador (LOPES JUNIOR, 2020).

Rosa e Muniz (2020), críticos do atual sistema, avaliam que o pacote anticrime, de viés inquisitorial, inseriu ao longo de sua tramitação dispositivos garantistas. Apontam para o fato de que esses artigos garantidores foram rechaçados pela mídia, maior parte do judiciário e sociedade. Em que pese a constitucionalidade esses institutos possuem impedimentos para serem implantados no cotidiano forense.

Esses autores corroboram com a visão de Lopes Júnior (2020), afirmando que o art. 3º-A do CPPB, reafirmou a opção constitucional pela adoção do sistema acusatório, porém foi suspenso sem sequer ter sido suscitada sua inconstitucionalidade. A figura do juiz de garantias, prevista nos art. 3ºB-3ºF do CPPB, também se encontra com a vigência suspensa por prazo indeterminado sob a alegação de ausência de prévia dotação orçamentária (BRASIL, 2020). Assim, com a suspensão dos artigos referentes à implementação do juiz de garantias no chamado “pacote anticrimes” pelo Ministro Luis Fux, é certo que o mesmo juiz que acompanha o inquérito seja o julgador da ação penal.

Por fim, existe um contrassenso em permitir a condenação do acusado mediante o pedido de absolvição do titular da ação penal, afinal isso perdura como resquício da não aplicação do sistema acusatório e permanência do sistema inquisidor no processo penal brasileiro.

Essa reflexão se consolida no argumento de que existe a violação dos direitos quando a fundamentação da convicção do magistrado se dá por elementos colhidos somente na fase de inquérito policial. A violação está presente nos contornos acima mencionados, em especial no uso atualmente do artigo 155 do CPPB. Tudo isso leva à análise da próxima contradição existente que se refere ao estímulo que foi gerado pela alteração legislativa no EOAB que na prática não gerou efetivamente uma maior participação da defesa.

2.3 Alteração legislativa no EOAB no contexto de defesa na fase de inquérito policial

A Lei 13245/16 provocou uma alteração no artigo 7º do EOAB no intuito de despertar uma participação mais efetiva do advogado da defesa durante a fase de investigação, mas essa alteração não surtiu o efeito esperado. Essa falta de participação foi corroborada na expectativa gerada de sua alteração quanto ao comportamento social (2.3.1), na inalteração prática dos comportamentos coletivos pela mudança legislativa na fase inquisitorial (2.3.2), bem como na maior expectativa de participação da defesa devido as alterações do STF com a Súmula Vinculante 14 (2.3.3) e ausência da participação da defesa em inquéritos policiais em comarcas do interior (2.3.4)

2.3.1 A inovação legislativa gera expectativa de alteração no comportamento social

Em que pese a alteração legislativa promovida no EOAB, de ter a proposta de participação efetiva do advogado na fase de inquérito, na verdade, o intuito legislativo ficou à mercê da vontade legislativa, não conseguindo obter efetividade em seu propósito. Nesse sentido quando ocorre a inovação legislativa gera expectativa de alteração no comportamento social. Quanto a essa comprovação será demonstrada mais especialmente quando for tratado sobre a o estudo da Análise Econômica do Direito.

Por outro lado, é preciso entrar no estudo da Lei 13.345/2016 (BRASIL, 2016) que, conforme mencionado anteriormente, inseriu expressamente a figura do advogado durante a persecução penal investigatória, fato que contraria o que foi estudado anteriormente. Essa inserção ocorreu de forma tangencial ao sistema processual inquisitivo, pois o Ordenamento Jurídico introduziu tal legislação com o objetivo de garantir os direitos dos cidadãos, bem como uma participação maior do advogado defensor.

O inquérito policial, é um procedimento administrativo realizado pela Polícia Judiciária para a realização de atos investigativos com o objetivo de apurar a ocorrência de infração penal, bem como sua autoria. Não busca a certeza, mas um juízo sobre a probabilidade de existência do crime. A relevância do inquérito decorre de sua função instrumental de reunir elementos de informação que possibilitem a formação de uma justa causa para ofertar a ação penal, o qual possui duas utilidades: reunir elementos suficientes e aptos a oferecer a ação penal e apoio à ideia de arquivamento, quando levantada (AQUINO, 2021).

Outro impedimento à declaração de nulidade no âmbito de um inquérito policial pode ser encontrado na explicação de Gloeckner (2017), que coloca a questão de a subordinação da forma processual estar vinculada à uma ideia de impedimento, seja pela verdade, economia processual ou dano efetivo, sendo assim a jurisprudência é uniforme no sentido de ver a nulidade negativamente.

A investigação policial é uma etapa distinta e inicial do processo que se destaca por sua natureza, objetivos e características. A principal razão para a distinção é que o objetivo de uma investigação criminal é reunir esses elementos informativos para que possam ser analisados pelo órgão acusador na fase processual, com a finalidade de determinar a capacidade de sustentar a propositura da ação penal; em seguida, o MP recorre ao juízo com o objetivo de recolher provas para apresentar a materialidade do delito, a validade do testemunho de acusação e outros fatores (AQUINO, 2021).

Na fase inquisitorial, que seria o inquérito policial, há uma entidade central que realiza as operações. A Polícia Judiciária, que se concentra em si mesma. O contraditório e a ampla defesa na investigação preliminar são ambos questionados em decorrência das modificações da Lei 13.245/16 (BRASIL, 2016), assim como o

caráter inquisitivo da investigação preliminar. Essa novidade normativa, em tese, permitiu participação mais efetiva do advogado da defesa na fase administrativa de investigação.

A ampla defesa no curso do inquérito policial não existe justamente por se tratar de procedimento inquisitorial destinado a adquirir informações necessárias à elucidação de crimes. Esse caráter inquisitivo não tem relação com a alteração feita pela Lei 13.245/2016 (BRASIL, 2016) ao EOAB (BRASIL, 1994), afinal, a revisão legislativa não alterou o Código de Processo Penal para tornar obrigatório que o investigado tenha representação legal durante a investigação. Em suma, o legislador não agiu dessa maneira, mas garantiu ao advogado o direito de ajudá-lo, direito que, quando utilizado, não pode ser negado sob pena de nulidade do interrogatório, depoimento e todos os atos subsequentes (AQUINO, 2021).

Porventura, consoante Castro e Costa (2016), a nulidade decorre da prerrogativa do advogado e não da falta de defesa técnica para todas as questões. Nesta conjuntura, Sannini Neto (2016) afirma que a nulidade no presente caso se deve à restrição da prerrogativa do defensor e não à falta de defesa. O Delegado de Polícia, como primeiro guardião dos direitos fundamentais, é responsável por aconselhar o depoente ou questionado sobre os seus direitos constitucionais, incluindo o direito de ser acompanhado por um advogado. Nesse caso, o interrogatório ou mesmo o indiciamento podem ocorrer sem a presença de um advogado.

Nesse diapasão, o legislador introduziu o inciso XXI (BRASIL, 1994 – art. 7º), que prevê a presença de advogado durante o interrogatório do réu, ou seja, a possibilidade de o acusado ser acompanhado por advogado durante seu depoimento. Em consequência, as devidas alterações asseguraram a ausência da produção de provas ilícitas, implementando assim a noção de prova de derivação ilícita, teoria que considera nulas todas as provas geradas em face da ilegalidade, bem como todas as ações dela decorrentes.

A mais importante divergência e discussão doutrinária produzida pela Lei se deu em razão do inciso XXI também no artigo 7º do EOAB, que passou a permitir a nulidade das atividades probatórias, caso decorressem de ilegalidade. Ressalta-se, no entanto, que as nulidades das provas adquiridas durante a investigação só

poderão ser anuladas se causarem dano ao objeto da investigação e esse dano puder ser satisfatoriamente comprovado.

De acordo com essa interpretação, a promessa da Lei era resguardar o direito da defesa, no interesse do representado, de ter amplo acesso a material já registrado em processo investigativo. Bem como garantir que o investigado seja tratado com um mínimo de decência. Suas importantes garantias, independentemente do que diversos pesquisadores declaram sobre a mitigação do sistema indagador durante a investigação, foram colocadas.

No entanto, como observa Aquino (2021), não se trata de estabelecer ampla defesa e contradição no processo investigativo questionador; ao contrário, trata-se de um direito fundamental a ser protegido. O que não altera o caráter do procedimento. Antes de considerar os aspectos-chave de um inquérito policial, é imprescindível levantar as questões mais cruciais, como a necessidade ou não de uma defesa contraditória e ampla ao longo da fase de investigação. No entanto, parece haver uma crescente concordância na doutrina brasileira, de que a presença do contraditório em um inquérito policial é uma obrigação constitucional.

Por isso, ensina o professor e desembargador Paulo Rangel (2019, p. 199), que a “investigação criminal é criteriosamente realizada a fim de resguardar os direitos constitucionais do investigado”. No Estado Democrático de Direito, ninguém quer ser implicado sem um exame minucioso dos fatos que cercam as acusações contra ele. É um mecanismo de proteção ao indivíduo que, para ser eficaz, exige uma mudança de mentalidade das autoridades policiais, assim como dos membros do MP, tendo em vista que o papel da autoridade policial (e do MP) não é lutar contra o acusado como se fosse um malfeitor irreparável. Ninguém pode ser acusado em uma sociedade democrática sem provas e o inquérito policial é exatamente esse suporte que o governo utiliza para resguardar a pessoa.

Mesmo assim, no sentido de que a Constituição Federal, ao criar o direito e a garantia fundamental de um advogado de detento, evitou dar à investigação um caráter conflitante, “Sobretudo porque estabelece que aos litigantes em processos judiciais ou administrativos, bem como aos arguidos, em geral, são garantidos o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos que isso implica” (RANGEL, 2019, p. 200). Isso esclarece que só existe contraditório onde haja uma

acusação, o que não ocorre no inquérito. Como resultado, o direito do advogado de entrevistar seu cliente é nulo e sem efeito em circunstâncias de investigação confidencial, desde que mantido o sigilo aprovado (RANGEL, 2019).

A redação anterior do art. 7º, XIV do Estatuto da OAB (BRASIL, 1994) instaurava que o advogado pode “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”. E, em decorrência das alterações trazidas pela Lei 13.245/2016 (BRASIL, 2016), o referido dispositivo legal passou a ter a redação onde o advogado pode examinar mesmo sem procuração, os autos de investigação, findos ou em andamento, além de poder tirar cópias.

Normalmente, o acesso ao processo de investigação não depende de o advogado apresentar uma procuração. No entanto, tratando-se de uma investigação secreta, a regra do art. 7º, §10º do EOAB (BRASIL, 1994), esse documento torna-se obrigatório. O advogado deverá possuir procuração nesta circunstância, conforme determina o artigo 5º do Estatuto da OAB.

De acordo com o artigo 266 do CPP, “independe de procuração a constituição de defesa, se o acusado a declarar no interrogatório”. Se a pessoa a ser examinada não estiver presente, o regulamento previsto no artigo aplica-se o n.º 1 do referido diploma legal, que dispõe que “o advogado, alegando urgência, pode atuar sem procuração, devendo, no entanto, apresentá-la no prazo de quinze dias, prorrogável por igual período” (LIMA FILHO, 2016).

Logo, em um inquérito policial, o sigilo deve ser escolhido racionalmente, não podendo limitar-se à afirmação de interesse da sociedade ou conveniência investigativa sem evidenciar os fatos que dão origem a tais justificativas. O acesso às provas sobre o exercício do direito de defesa, com exceção daquelas vinculadas às investigações em curso, deve ser precedido de autorização judicial, se o objeto da investigação for organização criminosa, com sigilo exigido pelo órgão judiciário competente (LIMA FILHO, 2016).

A alteração do EOAB promovida pela Lei nº 13.245/16 (BRASIL, 2016) segue a mesma lógica, estabelecendo em seu art. 7º, §11, que pode restringir-se o acesso

às provas relativas à diligência em curso e ainda não documentada quando houver possibilidade de colocar em risco a eficiência, eficácia ou finalidade da *due diligence* (PACELLI, 2019).

De acordo com a linguagem da constituição, é permitido ao preso assistência jurídica (BRASIL, 1988 - art. 5º, LXIII). Essa assistência deve ser empregada no inquérito policial para garantir o preceito constitucional, exceto quando se tratar do sigilo interno inerente à eficácia das investigações que ainda não foram realizadas ou concluídas (LIMA FILHO, 2016). Não se deve esquecer que, pode haver momentos ao longo de uma investigação em que o sigilo é essencial para que a investigação seja eficaz. A escuta telefônica, o levantamento dos dados cadastrais do investigado, ou mesmo a busca e apreensão são exemplos disso. Quando a eficácia, ou finalidade de investigação ainda não documentada nos autos for prejudicada, o Delegado de Polícia poderá limitar o acesso do advogado às provas (art. 7º, §11 do Estatuto da OAB).

Com base na documentação oficial da diligência que foi realizada em sigilo, existe a possibilidade de ver o defensor. O sigilo externo é descrito como a prática de impedir que informações críticas para investigações sejam divulgadas ao público em geral por meio da mídia (SANTOS, 2017).

Diante dessa perspectiva, a defesa e o contraditório estão indissociavelmente ligados, pois, o exercício da defesa origina-se do contraditório, e é ele, como força correlacionada à ação, que garante o contraditório. Como resultado, a defesa assegura a contradição, mas também se manifesta e é assegurada. Defesa e contradição têm uma relação e interação próximas (LOPES JUNIOR, 2020).

Em resposta a não implementação da prerrogativa consagrada no novo art. 7º, XIV, do EOAB por autoridade investigativa, a Lei 13.245/2016 acrescentou regra do §12 do artigo citado, com a responsabilidade criminal e funcional por abuso de autoridade de quem, com o intuito de impedir o exercício da defesa, recusa o acesso à informação. Além da responsabilidade, também foi assegurado o direito do advogado de solicitar ao juiz competente o acesso aos seus veículos. Nesse caso, um advogado pode entrar com uma petição junto ao juiz, solicitando acesso total aos veículos. Além disso, a autoridade investigadora estará sujeita à responsabilidade

criminal e administrativa por abuso de autoridade, nos limites do art. 32º, da Lei 13869/2019 (BRASIL, 2019; LIMA FILHO, 2016; SILVA, 2021).

Concluído o inquérito para avaliação do presidente, os autos devem ser colocados à disposição da defesa sob pena de responsabilidade, desde que não contrariem os prazos legais da autoridade que responde pelo procedimento baseados na ideia de razoabilidade. Neste caso, não há “má-fé” do Delegado de Polícia ou violação da prerrogativa do advogado, desde que haja causa provável (LIMA FILHO, 2016).

Enquanto isso, como resultado, há um direito de defesa restrito, bem como um contraditório e a dificuldade é justamente dar-lhes a eficácia constitucionalmente garantida. Além disso, se o advogado for impedido de assistir seu cliente investigado, há previsão legal expressa de “nulidade absoluta” do ato, derrubando a ideia comum que afirma que não existem nulidades na investigação.

Dito de outra forma, a contradição se manifesta parcialmente no inquérito policial por meio da promessa de “acesso” aos autos do inquérito, bem como à luz do binômio publicidade-segredo, que serão descritos mais adiante. Em consequência, não há como excluir o sujeito passivo da investigação preliminar sobre o alcance da proteção, pois é claro que ele se enquadra na categoria de “acusado em geral”, uma vez que a imputação e o indiciamento são os dois tipos de acusação no sentido pleno (LOPES JUNIOR, 2020).

Finalmente em que pese a alteração legislativa de promover e incentivar uma maior participação da defesa no procedimento de investigação, será demonstrado no próximo ponto que, na prática, os comportamentos por parte da defesa permaneceram os mesmos, não proporcionando o desenvolvimento uma mudança comportamental.

2.3.2 A não alteração na prática dos comportamentos coletivos pela mudança legislativa na fase inquisitorial

Conforme exposto, a alteração legislativa gera uma expectativa maior nas partes e no comportamento social. Entretanto, no estudo da AED, é verificável analisar se algum incentivo de fato gerou mudanças na coletividade. Na verdade, pode ocorrer que, mesmo com alteração realizada na lei, esse comportamento não aconteça, conforme será abordado nessa seção.

Previamente, resta destacar o aspecto mais importante da Lei 13.245/2016, é que ela não garante o direito do investigado de ser assistido por advogado durante a investigação e a prerrogativa do advogado constituído para realizar essa assistência. Pois isso decorre de uma interpretação sistemática da Constituição Federal e, no caso do preso investigado, da regra expressa de um advogado para a sua constituição. Por outro lado, é possível confirmar que não terá participação ativa da defesa pelo fato de não serem realizadas diligências na fase investigatória. Na verdade, a importância da lei reside na imposição de sanção ao ato da autoridade investigadora que obste à referida assistência, nomeadamente, a nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento, em consequência de todos os elementos investigativos e probatórios dele decorrentes ou derivativos, direta ou indiretamente (SILVEIRA, 2017).

Lopes Junior (2020) é apaixonado pela prática da Lei 13.245/2016 sobre o sistema inquisitorial do inquérito policial. Ele demonstra que o sistema atual não foi alterado para garantir que, em caso de inquérito policial, todo e qualquer indivíduo seja sempre representado por um advogado. Note-se que a adaptação foi feita ao “Estatuto dos Advogados”, mas não no Código de Processo Penal. O que pretende sublinhar a elevada atividade da categoria, o regulamento em questão não foi colocado na lista dos “direitos dos advogados” por acaso. Por isso mesmo teve resultado inofensivo a alteração no EOAB, pois a defesa não participa tanto quanto a vontade do legislador foi intencionada.

Para entender a verdadeira profundidade das mudanças trazidas pela Lei 13.245/2016 (BRASIL, 2016) é preciso entender do que se trata o dispositivo evidenciado na Lei 8.906/94 (BRASIL, 1994). Esse dispositivo descreve sobre o EOAB, que por sua vez, enfatiza a regulação da atividade jurídica. O Estatuto prevê, entre outras coisas, a indispensabilidade do advogado para a prestação jurisdicional,

de acordo com os requisitos do artigo 133 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Relativamente às alterações, importa sublinhar que, embora contenciosas, outras instituições, para além da Polícia Judiciária, estão agora a investigar acusações criminais. Isso se deve à ausência de um mandato constitucional específico. Como consequência, parece que o texto original do EOAB era apenas "divisão policial" e "investigação policial", o que era compatível com a conjuntura de 1994 (LAGO, 2016). A linguagem atualizada indica que o advogado tem o direito de estudar os registros de qualquer técnica investigativa, não apenas a policial, como também copiar e fazer anotações em material físico ou digital.

Qualquer alteração legislativa, fato jurídico ou mudança no contexto jurídico gera uma inovação jurídica, o que causa um impacto económico na sociedade. Isto é, a própria sociedade existente em um espaço e tempo ordenado, gera através do ciclo de litigância, impactos financeiros para economia de um país (GICO JUNIOR, 2018). Esse raciocínio que está ligado ao entendimento da AED, precisa ser correlacionado a essa alteração legislativa ocorrida em 2016 no estatuto da OAB.

Retomando quanto aos direitos dos advogados de "vigiar seus clientes investigados durante a apuração de infrações" é acrescentado como novidade textual, implicando que não fica mais a critério da entidade que conduz a investigação (seja em delegacia, no MP, mesmo em qualquer outra instituição). A presença do advogado durante a instrução das infrações, nomeadamente no que diz respeito aos interrogatórios do seu cliente ou mesmo aos seus depoimentos, é exigida sob pena de nulidade do procedimento e de todos os atos subsequentes, podendo ainda apresentar razões e dúvidas durante a instrução preliminar (WALCÁCER, 2015).

A defesa foi reforçada com poderes para atuar na formação de provas em perícias, como questões de enquadramento e o contraditório foi ampliado desde o início. No entanto, ao contrário do que alguns disseram, não se vê onde a cláusula tornou obrigatória a presença de advogado para todos e não poderia, pois, a disposição alterou um estatuto que rege a atividade e as prerrogativas do advogado quando escolhido pelo cliente (WALCÁCER, 2015).

Além disso, quando a eficiência, eficácia ou finalidade das diligências for prejudicada, a autoridade que presidir a investigação, com ou sem sigilo, poderá restringir o acesso do advogado ao material relativo aos processos em curso que ainda não tenha sido registrado nos autos (SILVA, 2021). O descumprimento dos direitos recém-constituídos, bem como a entrega incompleta de autos ou a entrega de autos em que tenham sido retiradas partes já constantes do livro investigativo, resultará em responsabilidade criminal e funcional do responsável por impedir o acesso do advogado a fim de obstruir a defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer autos, conforme o novo ordenamento jurídico (BARROS, 2016).

A Lei n.º 13.245/2016 (BRASIL, 2016) trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro uma ampliação dos direitos concedidos aos advogados no que diz respeito ao acesso dos elementos de informação colhidos durante a fase de investigação preliminar. Buscando, com isso, a defesa técnica e a garantia do contraditório, ainda que de forma mitigada (ROSA, 2018). Reiterando o que já foi dito, a presença de advogado na fase de inquérito policial, por si só, não garante o princípio do contraditório; ao contrário, apenas permite que os advogados tenham acesso a informações documentadas e acompanhem todos os atos dos procedimentos do Inquérito Policial. Desde que não seja violado o sigilo, o que pode causar dificuldades para as autoridades investigadoras (BARROS, 2016).

Como o inquérito preliminar não é uma via de mão única, é fundamental aumentar a participação da defesa no inquérito policial, mesmo depois de concluídas as diligências. O defensor deve ter a oportunidade de se manifestar nos autos do processo policial, tendo em vista que a interferência nas atividades policiais em andamento não pode ser permitida, já que ocorrem em sigilo, ou o aparato do MP será completamente ineficaz. (CASTRO; COSTA, 2016).

Nada, portanto, impede a ocorrência dos postulados do contraditório e da ampla defesa na fase investigativa, ainda que de forma mais tênue do que no processo penal, de modo a evitar a instauração de um utilitarismo exacerbado que acentua o abismo entre acusação e defesa (CASTRO; COSTA, 2016). Ressalta-se que houve um debate sobre o aumento dos direitos básicos e das proteções concedidas às pessoas antes mesmo da implementação da referida legislação.

Costuma-se supor que ter um advogado presente durante a investigação, mesmo que apenas para assistir ao processo, é fundamental.

Lima Filho (2016, p. 122) demonstra essa noção quando afirma que, à primeira vista, “o exercício do direito de defesa nas investigações preliminares, incluindo a necessária presença de um advogado durante o interrogatório policial, pode parecer um obstáculo à eficácia das investigações”. De maneira oposta, conforme indicado anteriormente, as investigações preliminares não servem apenas para reunir fatos para que o autor da ação penal ajuíze uma ação. Eles também esperam impedir o início de um processo criminal injustificado e imprudente. Como resultado, o exercício do direito de defesa durante o inquérito preliminar não põe em dúvida a eficácia da investigação. Apoia essa eficiência ostensiva ao impedir o processo criminal de pessoas potencialmente inocentes.

Analisando a situação de forma objetiva, fica comprovado o direito à informação e não o princípio do contraditório; o escopo é permitir o monitoramento do processo para garantir a defesa tecnológica e o método fica restrito à sua forma jurídica, livre de limites físicos e morais (PEIXINHO, 2016).

Também é fundamental abordar a impossibilidade do procedimento de inquérito, como explica Lopes Júnior (2020), em um sistema de justiça criminal democrático e constitucional, a forma do inquérito é tanto uma garantia quanto um limite ao poder. No contexto da legalidade processual, todo poder é condicionado e requer uma zona de exercício claramente definida.

Além de não conceder direitos positivos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, o contraditório não se aplica no procedimento investigativo, pois o processo penal é uma série de atos entre a fase preliminar penal e a processual. Uma ilegalidade na primeira, contaminaria, ou deveria contaminar todo o processo caso o procedimento investigatório fosse considerado processo.

A Lei 13.245/2016 também acrescentou o Inc. XXI ao art. 7º do EOAB (BRASIL, 1994), concedendo ao advogado o direito de auxiliar o investigado no interrogatório, depoimento e demais elementos investigatórios e probatórios decorrentes ou derivados do inquérito, podendo ainda apresentar razões e questionamentos, sob risco absoluto de nulidade. É importante notar que ele não

precisa de evidências de danos, não é suportado por preclusão e pode ser encontrado *ex officio* a qualquer momento (LOPES JUNIOR, 2019).

O dispositivo que foi alterado na legislação está inserido topograficamente no capítulo da lei que trata dos direitos do advogado no cumprimento de seu dever. Uma dessas funções é prestar assistência ao acusado durante a fase de investigação preliminar. Essa capacidade era bem reconhecida na comunidade policial, mas não foi padronizado, e agora está incorporada no artigo 7º, XXI do Estatuto, dispositivo acrescentado pela Lei 13.245/2016 (WALCÁCER, 2015).

É patente que é aplicável o artigo 7º, inciso XXI, "auxiliar seus clientes investigados", ou seja, somente quando o investigado tiver advogado atuando em seu melhor interesse. Uma mudança no EOAB não poderia levar a uma mudança na ordem processual, pois isso exige uma mudança comportamental e cultural do processo, como a exigência de que todos os presentes durante o interrogatório ou depoimento sejam representados por um advogado. Tal mudança necessitaria de uma mudança na lei de processo penal, como uma revisão no artigo 261 e seguintes do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941 – art. 261)

SILVA (2021) explica que a garantia de assistência jurídica, seja pública ou privada, só pode ser entendida como garantia técnica efetiva e não como garantia de representação legal, em resposta à importância de uma defesa técnica efetiva durante o processo investigativo, como resultado da materialização dos direitos fundamentais. O advogado ou defensor público pode ser obrigado a observar discretamente os atos do inquérito se não estiver autorizado a comentar. Como consequência, o caráter consolador da Constituição de 1988 obriga à reflexão sobre a preservação dos direitos fundamentais.

Ao contrário da fase processual, em que as partes fazem perguntas diretamente, a fase de inquérito policial necessita de consultas por meio da Autoridade Policial. O Delegado de Polícia pode recusar os inquéritos do advogado (perguntas) por justa causa, devendo o advogado registrar-se durante todo o interrogatório ou depoimento. Os exemplos incluem hipóteses nas quais a consulta pode criar a resposta, não tem relação com a causa ou se conecta a uma consulta respondida anteriormente.

Importante enfatizar que o artigo 14.º do CPPB (BRASIL, 1941) permite ao ofendido ou ao seu representante legal, bem como ao arguido, requerer diligências (BRASIL, 1941 – art. 9º), que podem ou não ser realizados, a critério da autoridade que decide com base. Barros (2016) descreve que o advogado tem o poder de questionar, requerer diligências e providências que julgue convenientes para o desenrolar do inquérito policial ou no boletim de ocorrência em flagrante delito, sem prejuízo de o MP conceder ou rejeitar, sempre fundamentadamente, o que lhe foi solicitado.

Em síntese, a Lei 13.245/2016 tentou incluir a alínea “b” no art. 7º, XXI do Estatuto do Advogado, permitindo que os advogados ofereçam sugestões durante as investigações. Devido ao risco de mal-entendido no sentido de que tal solicitação seria necessária, a proposta foi então recusada, mas sua possível aplicação poderia ser a tipificação para a concretude do direito ao confronto. Além disso, o STF rejeitou anteriormente tal interpretação na questão da ADI 1127/DF. Como resultado, a autoridade investigadora, conforme indicado anteriormente, tem a opção de rejeitar as investigações ou ações propostas pelos advogados (CASTRO; COSTA, 2016; SILVA, 2021).

Não há como excluir o sujeito passivo da apuração preliminar do alcance da proteção, pois ele é inegavelmente “acusado em geral”, o qual a imputação e o indiciamento são ambas, formas de acusação em sentido amplo (LOPES JUNIOR, 2019). Com isso, o advogado poderá apresentar os motivos ao Delegado de Polícia em caso de “desincriminação” ou “desindiciação”.

Como consequência, a Autoridade Policial emitirá (ou não) acusação, destacando a autoria, a materialidade e as circunstâncias do fato, conforme estipulado no art. 2º, 6º da Lei 12.830/2013 (BRASIL, 2013).

Como resultado, embora a adoção da supra norma legal não seja uma inovação significativa, como já é permitido pelo artigo 14 do CPP, supostamente aumentaria a participação e eficácia da defesa. Como a polícia e o MP não estão autorizados a apresentar os autos de investigação, é admissível apresentar defesa escrita ao final do inquérito e especular sobre o futuro pedido do MP de arquivamento ao Juiz, caso a faculdade seja utilizada corretamente (LIMA FILHO, 2016). Como resultado, é uma faculdade crítica que deve ser devidamente tratada

de acordo com a estratégia defensiva, preservando a Análise Econômica do Direito Penal. O processo pode ser arquivado se o patrono tiver uma forte defesa prévia e/ou acompanhamento em perante a autoridade competente durante a fase de investigação.

Por outro lado, é necessário verificar e questionar se essas alterações na prática sugestionam a participação do advogado no procedimento investigatório. Essa abordagem é importante, para implementar a visão na perspectiva da AED, bem como conformar ou não a efetividade da alteração legislativa.

2.3.3 A maior participação da defesa devido às alterações na visão do STJ bem como do STF com a Súmula Vinculante 14

Os tribunais superiores se manifestaram quanto a questão de nulidades ou irregularidades, bem como manifestações de participação da defesa durante a fase de investigação. Nesse tópico será apresentado o estudo de alguns julgados que apresentam o posicionamento das cortes superiores a respeito dessa situação da defesa durante a fase investigativa.

Reafirmando o que foi destacado antes, o procedimento investigativo é frequentemente sigiloso, não contraditório e documentado, mas a igualdade processual é desconsiderada e o sujeito da investigação no inquérito ainda é visto como mero objeto da operação. Mesmo sob um sistema de questionamento, tais características podem passar despercebidas. Devido à falta de partes do sistema de acusação tradicional, as funções de contraditório e defesa em uma investigação criminal não podem ser consideradas completas, mesmo assim os direitos fundamentais do acusado devem ser mantidos ao longo da investigação (LOVATTO; LOVATTO, 2020).

Apesar de todas as boas características da nova legislação, há um ponto teórico a considerar, qual seja, os poderes conferidos aos procuradores pela Lei 13.245/2016 resultaram em impactos nos princípios do contraditório e na ampla defesa em inquéritos policiais. Esta subseção dará uma análise de materiais

jurisprudenciais e doutrinários, bem como discorrerá sobre o estudo da mitigação do sistema inquisitorial.

O inquérito policial é uma fonte utilizada para apurar suspeitas de atos ilícitos. Devido ao caráter inquisitivo do inquérito policial, que não prevê esses princípios na fase preliminar, desenvolveu-se nesta etapa um estudo do contraditório e da defesa completa (SANTOS, 2019). Conforme exposto, os direitos individuais do acusado e a regulação da legalidade, por outro lado, devem ser sempre respeitados.

A Súmula nº 14 do STF havia autorizado anteriormente o acesso ao inquérito policial secreto aos advogados legalmente constituídos no caso (BRASIL, 2009). O direito de acesso a documentos públicos é um componente necessário da transparência administrativa, supervisão do interesse público, envolvimento processual, imparcialidade e transparência (PEIXINHO, 2019).

Já a Lei 13.245/2016 continha apenas uma isenção para a atuação efetiva do advogado em processos investigativos, como inquéritos criminais, administrativos e até mesmo do MP. O principal objetivo do legislador ao promulgar a lei foi assegurar aos cidadãos garantias completas dos princípios fundamentais e do sistema legal, evitando assim abuso de poder por parte das autoridades competentes (CASTRO; COSTA, 2016; SANTOS, 2019).

Cabe ainda mencionar que, de acordo com o Código de Processo Penal, os inquéritos policiais são categorizados como inquisitivos, pois, não levam em conta os direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Na verdade, essa fase de investigação, seria meramente administrativa, sendo que o processo efetivamente se inicia após o oferecimento da denúncia (SILVEIRA, 2017).

O procedimento que se concentram nas mãos de uma única autoridade é classificado como inquisitivo. Não requer nenhuma provocação, pode e deve agir de ofício, realizando com discrição as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e de sua autoria (AQUINO, 2021). À vista disso, com a aprovação da súmula vinculante nº 14 do STF, permitiu-se entendimentos que sustentam a contrariedade real no procedimento investigativo. Como consequência, mesmo na ausência de provas contraditórias, é difícil negar que a defesa desempenha um papel na fase de inquérito.

O direito de acesso ao inquérito policial ainda é concedido aos defensores em decorrência da revisão do artigo 7º inciso XVI do Estatuto dos Advogados. Estes passaram a acompanhar todas as investigações realizadas por qualquer órgão competente. O acesso é restrito, excetuando-se nos casos de procedimentos sigilosos - caso em que o advogado deverá apresentar procuração para o efetivo direito mencionado no inciso XVI ou quando houver riscos e comprometimentos à eficiência e eficácia das diligências, em decorrência dos textos acrescentados nos parágrafos 10º e 11º, respectivamente, em decorrência da alteração do inciso XVI do Estatuto da OAB (DOSSO; VELASQUEZ, 2018).

Além dos parágrafos mencionados anteriormente, foi confirmada a inclusão do parágrafo 12º, que acrescenta a possibilidade de responsabilização criminal e funcional para o agente que se recusar a fornecer os documentos que já foram anexados e preenchidos na investigação (DOSSO; VELASQUEZ, 2018). Nesse sentido, o legislador introduziu o inciso XXI, também no artigo 7º do EOAB, que prevê a presença de advogado durante o interrogatório do réu, ou seja, a possibilidade de o acusado ser acompanhado por advogado durante seu depoimento, bem como a anulação das ações se os direitos concedidos por lei forem infringidos (BRASIL, 1994; BRASIL, 2016). Essas alterações surgem no sentido de tentar assegurar a não produção de provas ilícitas, implementando assim a noção de prova por derivação ilícita, teoria que considera nulas todas as provas geradas em face da ilegalidade, bem como todas as ações dela decorrentes.

Enquanto isso, a polêmica e discussão gerada pela aprovação da Lei foi sobre o inciso XXI do artigo 7º do EOAB, que passou a permitir a nulidade das atividades probatórias caso surgissem por ilegalidade. Ressalta-se, no entanto, que as nulidades das provas adquiridas durante a investigação só poderão ser anuladas se causarem dano ao objeto da investigação e esse dano puder ser satisfatoriamente comprovado no processo.

De acordo com essa interpretação, é possível perceber que a Lei pretendia resguardar o direito da defesa, no interesse do representado, de ter amplo acesso ao material já registrado em processo investigativo, bem como garantir que o investigado foi tratado com um mínimo de decência e promessas críticas que serão comprovadas e validadas em detalhes em assuntos específicos.

Como resultado, a referida legis não introduziu nada de novo no ordenamento jurídico nacional; ao contrário, limitou-se a afirmar o que a Constituição Federal sempre garantiu, a saber, que o preso será informado de seus direitos, inclusive o de permanecer calado e que será garantida a assistência de sua família e de advogado, conforme disposto no art. 5º, inciso LXIII da Carta Magna: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado" (BRASIL, 1988).

A prestação de assistência judiciária, pública ou privada, só é considerada como garantia técnica, não podendo, o advogado ou defensor público ser obrigado a assistir passivamente os atos do inquérito sem poder manifestar-se. Se assim fosse, uma garantia nada mais seria do que uma formalidade sem sentido. Assim, o caráter garantidor da Constituição de 1988 exige uma reflexão pautada na proteção dos direitos fundamentais (LIMA FILHO, 2016).

Mesmo as mudanças no Estatuto da OAB trazidas pela Lei nº 13.245/16, sua previsão de apresentação de motivos e questionamentos, não acarreta a responsabilidade de informação à autoridade policial ou a oportunidade de apresentar à defesa, informações adicionais descobertas em fase posterior desta manifestação (ORTEGA, 2016). Embora não haja vínculo entre a imputação criminal feita durante o inquérito policial e a conclusão do processo criminal, o inquérito policial impactará a denúncia em geral. Como consequência, ainda que não seja possível o exercício integral do direito à ampla defesa devido à natureza do inquérito policial brasileiro, o direito à ampla defesa do investigado deve ser respeitado (PEIXINHO, 2016).

Com isso, o direito de assistência passou a se estender a todos os elementos investigatórios e probatórios ocorridos durante a investigação, implicando tanto na ampliação do direito de legítima defesa do investigado, quanto na importância da presença de advogado como meio de garantia da verdade dos fatos e controle da ordem jurídica na investigação, enfatizando a hipótese levantada neste trabalho sobre a redução de inquéritos (DOSSO; VELASQUEZ, 2018).

Pode-se argumentar que a defesa nem sempre se engaja no inquérito policial em tempo hábil. Os materiais serão disponibilizados para a defesa somente quando esses inquéritos forem concluídos e arquivados nos autos. Trata-se de sigilo interno parcial, que proíbe o sujeito passivo de interferir na elaboração de provas e

informações. Nesse caso, é claro que as consequências contraditórias são reduzidas. Assim, de acordo com o artigo 7º, XXI do EOAB, o suspeito pode se expressar de forma ampla, buscando investigações e contraprovas e oferecendo esclarecimentos e questionamentos com base no conhecimento do investigado sobre as atividades investigativas (limitado no tempo até a conclusão do investigações (SANTOS, 2019; WALCÁCER, 2015).

No entanto, o inverso se aplica quanto ao direito à informação regulamentada condicionada à realização de inquéritos policiais, quanto a capacidade de reação, comumente confundida com defesa suficiente, permanecem inalteradas. Isso se deve ao fato de o entrevistado poder se apresentar pessoalmente e por meio de seu defensor ao longo da entrevista. Mesmo que não haja barreira de defesa durante o inquérito policial, deve-se entender que ela é externa (acontecendo fora do inquérito policial), do que endógena (ocorrendo dentro do processo de averiguação) (DOSSO; VELASQUEZ, 2018).

Vale ressaltar também que os Tribunais Superiores estão divididos sobre esse tema. Embora muitas vezes defendam que o contraditório e a defesa adequada não se aplicam aos inquéritos policiais, o STF ao estabelecer a Súmula 14 e o STJ mostram que sim.

Nesse julgado proferido pelo STJ, em especial no HC: 382872 / 2016 (STJ, 2017) ao mesmo tempo em que é informado que deve ser preservado os direitos fundamentais na fase investigatória é taxativo em dizer que eventuais nulidades ocorridas nessa fase investigativa não têm força de gerar potenciais nulidades. Por esse entendimento é possível entender que o próprio STJ coloca que irregularidades aplicadas ao inquérito não tem, de certa forma, uma relevância para o processo como um todo.

Por isso, explica Teixeira (2016, p. 39), que o “advento da Lei 13.245/16 não tem relação com o procedimento preliminar”; ao contrário, aumentou a clareza jurídica e ampliou o alcance de conceitos como dignidade humana e liberdade individual. Primeiramente, vale ressaltar que há um movimento de mudança garantista, portanto, a nova lei é um avanço para a investigação criminal, democratizando ainda mais o processo, através da abertura dos atos praticados nesta fase da persecução criminal e reforço das provas geradas.

Ao mesmo tempo, levanta-se a questão da ampliação da atuação do advogado e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais do acusado na investigação. Acima de tudo, deve demonstrar que a atitude inquisitiva da investigação não mudará. A investigação não deixará de ser inquisitiva por não haver defesa, contraditório ou ampla defesa, mas terá como foco a preservação dos direitos fundamentais, tornando-os uma garantia. Assim, compreende-se que não há defesa contraditória e completa em um inquérito policial, mas também reconhece que a multiplicidade de direitos que o investigado é titular. O desacordo está claramente centrado em um problema terminológico ao invés de substância ou significado (MACHADO, 2018).

Os questionamentos que surgem com os institutos trazidos pela legislação apresentada neste projeto são acerca da ação defensiva e não sobre a sua existência durante o procedimento do inquérito, tais quais as questões jurisprudenciais e doutrinárias sobre a mitigação do sistema inquisitorial e as ramificações entre os Tribunais que serão examinadas com mais detalhes nos parágrafos seguintes.

Na jurisprudência ainda persiste a menção à ausência de contraditório, muito embora o Supremo Tribunal carreie uma série de precedentes no sentido, para modificação de tal posicionamento. Edson Fachin manifestou-se da seguinte forma no acórdão da Petição 7612/DF “Nada obstante, por se tratar de procedimento informativo de natureza inquisitorial destinado precipuamente à formação da *opinio delicti* do órgão acusatório, o inquérito comporta a regular mitigação das garantias do acusatório e da ampla defesa” (BRASIL, 2019, p. 201).

Deste entendimento divergiram outros ministros da suprema corte, com base no dado de que existe a leitura trazida pela Lei 13.245/2016. A divergência, neste caso, foi aberta pelo Ministro Gilmar Mendes e o acompanharam Henrique Lewandowski e o Ministro Celso de Mello nos quais as medidas encontram proteção das garantias fundamentais que são aplicadas no âmbito administrativo da investigação.

Retomando quanto a abordagem da possibilidade de declaração de nulidade em inquérito policial, com base em alteração feita pela Lei nº 13.245/2016, que passou a incluir a categoria de nulidade absoluta na fase investigativa em seu artigo

7º, XXI. Também será investigado se o inquérito policial foi declarado nulo e ilegal por tribunais superiores com base nos argumentos acima mencionados.

Como evidência, o próprio STJ tradicionalmente tem se recusado a reconhecer ou declarar nulidade na fase do inquérito policial por se tratar de peça apenas informativa, nem sequer admitindo que qualquer vício ocorrido nessa fase pudesse contaminar o processo.

O posicionamento do STJ do HC 20729 SP/2015, (STJ) torna-se referência para demais Tribunais que acabam seguindo na mesma linha de raciocínio, de que o inquérito policial não é um ato de jurisdição e sim mero é procedimento informativo. E, por isso, os vícios que eventualmente venham a ser identificados nesses inquéritos, não afetam a ação penal consequente; por exemplo, o julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais contido no APR 10115110000946001 (MINAS GERAIS, 2012).

De acordo com o exame desses acórdãos, os Tribunais Superiores, bem como no julgado do TJMG, não reconheceram que a nulidade no âmbito do inquérito policial e quaisquer erros ocorridos nessa instância não infectariam o processo penal. Como os tribunais não reconhecem o efeito de nulidade nos procedimentos investigatórios, não haveria um estímulo, muito menos interesse da defesa de realizar ou solicitar diligências nesse momento. Tal requerimento seria perda de tempo no sentido produtivo. A principal preocupação nesse momento seria na verificação do respeito às garantias do acusado.

Ademais, conforme indicado anteriormente, a Lei nº 13.245/2016 passou a permitir que a defesa assista seus clientes durante a investigação sob pena de nulidade total do interrogatório ou depoimento, podendo contaminar atos posteriores. Como consequência, a Lei parecia ter reconhecido claramente a categoria de nulidade absoluta no inquérito policial. Entretanto, a implementação realizada pela lei seria apenas informativa (LOPES JÚNIOR, 2019). Apesar da lei reconhecer a categoria de nulidade no âmbito do inquérito policial, o Superior Tribunal de Justiça não decidiu pela nulidade dos procedimentos investigatórios, como demonstra a seguinte decisão.

O STJ no julgado RHC: 132120 MG (STJ, 2021) decidiu por interpretar que as alterações trazidas pela Lei 13.245/2016 no art. 7º, XXI, do EOAB, apenas vieram para reforçar as prerrogativas da defesa durante o inquérito policial, no que tange à apresentação de razões e quesitos. portanto, como verificado no julgado acima, entende-se que “a ausência do advogado na fase de inquérito policial não é capaz de anular o feito” (BRASIL, 2021).

Com base nessas decisões, determinou-se que o investigado possui direitos fundamentais já reconhecidos anteriormente à alteração legislativa, sendo: a aceitação da categoria de nulidade absoluta na fase preliminar, promovida pela Lei nº 13.245/16 e o entendimento jurisprudencial na medida em que o inquérito policial ainda é visto como um procedimento meramente informativo.

Na medida em que a nulidade positiva em relação aos atos praticados durante a investigação que violem o referido inciso, a nulidade homologada pelo inciso XXI do art. 7º da investigação não contamina o restante da ação penal.

Por fim, no mesmo sentido, o artigo 155, estudado anteriormente, em uma ação ilustre o STF corroborou desse mesmo entendimento, quanto a interpretação sistemática do inquérito policial.

STF, AP 470/MG “MENSALÃO”, Plenário, relator Ministro Joaquim Barbosa, fls. 54.050-54.052; STF HC 114.592 – MT, 2ª Turma, relator Ministro Ricardo Lewandowski, 26 mar 2013. Cf. “(...) 2. O art. **155** do Código de Processo Penal não impede que o juiz, para a formação de seu convencimento, utilize de elementos de informação colhidos na fase extrajudicial, desde que se ajustem e se harmonizem à prova colhida sob o crivo do contraditório judicial. Precedentes (BRASIL, 2013).

Lopes Júnior (2019) acrescenta que o papel do Delegado de Polícia, nos termos da Lei 13.245/2016, que expressa a causa de nulidade discutida, é permitir o exercício desse direito, sob pena nulidade absoluta do ato. No entanto, desde 1988, o direito à assistência judiciária é garantido pelo artigo 5º, LXIII da Constituição Federal de 1988 como direito básico do acusado. Apesar disso, os tribunais ainda não declararam a investigação como nula e sem efeito porque foi conduzida sem a presença de um advogado ou defensor.

As alterações feitas pela Lei nº 13.245/2016 mostram que o legislador não alterou o Código de Processo Penal ou qualquer outra lei processual especial, apenas o EOAB, portanto, pode-se concluir que não foi sua intenção assegurar o contraditório e a ampla defesa durante a fase investigativa. Isso porque objetivava estabelecer uma consequência caso fosse impedida a assistência jurídica e não assegurar o direito do investigado ser representado por advogado durante a fase pré-processual. A vontade do legislador foi criar uma lei que pudesse ocasionar uma participação mais efetiva da defesa, porém os tribunais não colaboraram com o início de uma mudança cultural de raízes inquisitórias para raízes acusatórias.

De antemão, essas análises podem corroborar, numa visão *juseconômica*, numa eventual perspectiva da AED normativa, em que a alteração da lei não gerou efeitos práticos. Essa possível inalteração da realidade prática poderia ser justificada também pelo argumento da AED positiva, pois na realidade, o conceito do processo penal como um todo mostra uma necessidade e mudança de valores, ou seja, uma mudança cultural.

Nesse sentido, nem a própria racionalidade da aplicação da AED, poderia justificar o motivo da não praticidade da alteração legislativa realizada, mas poderia sim, com uma análise *juseconômica*, demonstrar caminhos possíveis para aplicar praticidade a essa participação maior da defesa.

Por esse ângulo, as manifestações jurisprudenciais se caracterizaram pelo fato de que, para uma mudança de entendimento da declaração efetiva de nulidade na fase investigativa, seria necessário alterar a legislação processual penal. Essa alteração deveria ser capaz de alterar o caráter e o procedimento do inquérito policial, pois, como se extrai da jurisprudência, este não era o papel plausivelmente atribuído à autoridade condutora do procedimento.

Para a discussão da aplicabilidade e efetividade de uma alteração legislativa é relevante fazer um estudo de campo para aferir a aplicação da lei ou não. Afinal, é preciso demonstrar, analisando racionalmente, se a defesa de fato teve interesse de participar ativamente da fase de investigação.

Afinal, não teria sentido participar de uma fase administrativa, se o processo sequer fosse iniciado. Ademais com análise em campo, dos processos penais

realizados na vara da comarca de Patos de Minas, foi possível confirmar uma inalteração dos comportamentos da defesa do acusado na fase de inquérito. Assim são esses questionamentos que a AED possibilita identificar essa resposta e serão argumentados a seguir.

2.3.4 A ausência de participação da defesa em procedimentos de investigação em comarca do interior

Patos de Minas é um município do interior de Minas Gerais que possui uma população estimada em quase 155 mil habitantes (IBGE, 2021) e é uma comarca de entrância especial (TJMG, 2022).

Por esse motivo a qualidade dos crimes tipificados penalmente mostrou uma apresentação relevante para a abordagem do presente estudo. Afinal os crimes analisados foram aqueles tipificados nos artigos 121, 157 e 155, todos do Código Penal (BRASIL, 1941) e artigo 33 da Lei 11.343/2006 (BRASIL, 2006).

A escolha por esses crimes se deu por dois motivos; primeiramente por serem crimes que causam maior repulsa na sociedade, afetam a liberdade do acusado e despertam grande interesse na defesa em se manifestar. O segundo motivo se deu pelo fato de a secretaria da 2ª vara criminal da comarca permitir acessos somente aos processos que estavam para manifestação do magistrado, excluindo que fossem coletadas outras informações. Ainda assim o campo coletado de informações permitiu que relevantes informações e conclusões pudessem ser realizados.

No quadro 1 serão detalhadas todas as informações coletadas de 29 (vinte e nove) processos pesquisados (TJMG - 2022).

Quadro 1 – Síntese dos processos analisados

N.	Número do Processo	Tipo Penal	Descrição simplificada
01	048021005579-8	155 e 163 do Código Penal	Durante a fase de investigação não teve diligência por parte da defesa
02	0039527-44.2017.8.13.0480	artigo 33 combinado com artigo 35 ambos da lei 11343/06	Durante a fase de inquérito não houve a participação da defesa que apenas se manifestou com a defesa prévia após recebimento da denúncia no dia 14 de julho de 2017.
03	0053438-02.2012	121§ 2º, II e IV c. c. art. 14 II todos do Código Penal	A defesa não teve nenhuma diligência requerida durante a fase de investigação.
04	0099706-51.2011	121 §2º, II e IV CC art. II ambos do Código Penal	Durante a fase de investigação não houve diligências requeridas pela defesa, cuja participação inicial se deu no dia 11 de julho 2011, tão somente para solicitar a revogação da prisão preventiva.
05	0480.19.002748-6	121§ 2º do Código Penal	O inquérito policial teve sua data de conclusão feita no dia 26 de março 2019. Sem participação direta nos procedimentos de investigação preliminar, somente conferindo a defesa sua participação com pedido de concessão de liberdade provisória no dia 16 de julho 2018
06	0480 20 002449-9	157 §2º VII CC artigo 14, I todos do Código Penal	Nesse processo a defesa manifestou pela primeira vez tão somente em ALEGAÇÕES FINAIS no dia 01 de julho de 2020.
07	0480.16.003798-6	art. 157 §2º do Código Penal	A defesa ofereceu sua primeira manifestação em resposta a acusação no dia 10 de maio de 2016 dessa forma sem ter participado ou requerido diligência na fase de inquérito.
08	0480.11.007342-0	art. 121 §2º, I e IV do Código Penal	A defesa teve sua primeira participação no dia 3 de agosto de 2017 com pedido de revogação de prisão preventiva e ou substituição de medida cautelar
09	0480 19 002063-0	157 §2º, I do Código Penal	A defesa teve sua primeira participação em pedido de revogação da prisão preventiva na data do dia 25 de fevereiro, sendo a única manifestação na fase investigatória.
10	0480.19.006106-3	157, §2º do CP em concurso com artigo 28 da lei 11343/06	A primeira manifestação da defesa ocorreu no dia 31 de julho de 2019 com oferecimento de resposta à

			acusação.
11	0480.16.007992-1	121 § 2º, I, III, VI cc §2º A CC 211 todos do Código Penal	A defesa veio se manifestar no dia 3 de agosto de 2016 com pedido de inclusão de procuração, mas com intuito protetivo apenas na data 31 de janeiro de 2017, com alegações finais, ou seja, na fase de investigação não teve participação.
12	0480.14.002127-4	artigos 157 §2º, I, II do Código Penal CC 244 B do ECA	A primeira participação se deu ainda em fase investigatória no dia 01 de fevereiro de 2014 com pedido de liberdade provisória.
13	0053006-46.2013B	121 §2º do Código Penal	A defesa não teve manifestação ou diligência realizada durante a fase de investigação, se manifestando com resposta a acusação, no dia 9 de julho de 2015
14	048018011079-7	157§2º Código Penal	O inquérito policial ocorreu no dia 5 de dezembro de 2018, sendo que a defesa se manifesta somente na data 11 dezembro de 2018 solicitando a restituição do bem com argumento no artigo 120 CPP
15	0480 18 010950-0	157 Código Penal em concurso material com artigo 28 da lei 11343/06	A defesa veio a realizar sua primeira participação no dia 22 de abril de 2019 com pedido de revogação da prisão preventiva
16	0480 18 005332-8	121 §2º do Código Penal	A defesa teve sua primeira participação na data de 22 de maio de 2018 solicitado o relaxamento da prisão
17	0480 01 022534-4	121 §2º, I, IV do Código Penal	A primeira participação da defesa ocorreu em 30 de março de 2022, com resposta a acusação. Esse caso se tratou de réu foragido.
18	0480.01.022534-4	157§2º, II CC art. 61, II alínea H, todos do Código Penal	A defesa ofereceu resposta a acusação no dia 30 de março de 2022 sem outra participação na fase investigatória.
19	048017007838-4	157 Código Penal	Na fase de investigação não houve participação da defesa. A primeira participação desta ainda não foi registrada no processo com autos enviados para defensoria pública
20	0480.16.009366-6	121§ 2 º do Código Penal	Durante fase de investigação não teve manifestação da defesa, que teve seu primeiro pronunciamento em resposta a acusação na data de 16 de janeiro de 2017.

21	0480.20.001911-9	157 §2º do Código Penal	A defesa solicitou no dia 27 de fevereiro de 2020 a liberdade provisória.
22	0011424-32.2014	157 §2º do Código Penal	A primeira manifestação da defesa em resposta a acusação no dia 07 de janeiro de 2014.
23	0480 04 060092-0	artigo 121 §2º do Código Penal	Durante a fase de investigação não houve diligências requeridas pela defesa
24	0480.12.017.414-3	121 §2º, II e IV do Código Penal	Durante a fase de investigação não houve diligências requeridas pela defesa. sendo o posicionamento da defesa realizado na data de 05 de maio de 2021, com pedido de desclassificação.
25	0480.14.014.705-3	art. 121 §2º do Código Penal	Durante a fase de investigação houve diligências requeridas pela defesa solicitando a revogação da preventiva.
26	0480-16-004-956-9	157 caput do Código Penal	Durante a fase de investigação houve diligências requeridas pela defesa. com pedido de liberdade provisória no dia 16 de maio de 2016.
27	0004315-83.2022.8.13.0480	no artigo 157, caput CC 155 Código Penal	Durante a fase de investigação não houve diligências requeridas pela defesa
28	0075796-43.2021.813.0480	157 §2º A, inciso I e do art. 157 §2º A, I CC art. 70 e com art. 71 todos do Código Penal	Durante a fase de investigação não houve diligências requeridas pela defesa
29	0166097-17.2013.8.13.0480	121 §2, II CC art. 14, II e com art. 61, I todos do Código Penal	Durante a fase de investigação não houve diligências requeridas pela defesa

Fonte: Adaptado de TJMG (2022)

Dispõem-se a descrição de alguns Autos de acordo com o número do processo, para então mais detalhadamente esclarecer a data do fato, a sua tipificação e a participação da defesa. A ideia é listar os exemplos acerca da forma como a defesa participou ao longo dos Autos, destacando também, informações acerca do Inquérito Policial.

O processo de número 048021005579-8, cujo fato delitivo foi cometido no dia 26 de julho de 2021, teve como tipificação penal os crimes inculpidos nos artigos 155 e 163 do Código Penal. O inquérito policial teve sua data de conclusão no dia 06

de agosto de 2021, sem nenhuma diligência solicitada por parte da defesa, portanto na fase de investigação não teve nenhuma diligência requerida por parte da defesa, conforme afirmado nesse trabalho.

Já os Autos do processo número 0039527-44.2017.8.13. 0480, cujo fato foi realizado no dia 30 de março de 2017, correspondem à tipificação do artigo 33 combinado com artigo 35 ambos da Lei 11343/06. O inquérito policial teve sua conclusão no dia 28 de abril de 2017. Durante a fase de inquérito não houve a participação da defesa, que apenas se manifestou com a defesa prévia após recebimento da denúncia no dia 14 de julho de 2017. Percebe - se que a defesa se manifesta após a fase de investigação. Portanto durante a fase de inquérito não teve diligências requeridas pela defesa. Corroborando com o pensamento Teixeira (2016) a respeito da alteração da lei 13.245/16 (BRASIL, 2016) no que diz respeito de a lei ter possibilitado o acesso, mas não impactando na prática sua maior participação.

Quanto aos Autos do processo número 0053438-02.2012, cujo fato delitivo foi cometido no dia 18 de março de 2012, teve como tipificação incidente as sanções do artigo 121§ 2º, II e IV c. c. art. 14 II todos do Código Penal. O inquérito policial foi concluído no dia 12 de abril de 2012 e a defesa não teve nenhuma diligência requerida durante a fase de investigação, manifestando-se somente no dia 28 de maio de 2012 em defesa preliminar. Sendo assim, com a manifestação realizada posteriormente com manifestação em defesa preliminar, confirma que na fase de investigação não teve manifestação.

Sobre os Autos do processo número 0099706-51.2011, o fato delitivo foi cometido no dia 23 de junho de 2011. A denúncia ofertada teve como base da tipificação incidente nos artigos 121 §2º, II e IV c. c. art. II ambos do Código Penal Brasileiro. Também durante a fase de investigação não houve diligências requeridas pela defesa, cuja participação inicial se deu no dia 11 de julho 2011, tão somente para solicitar a revogação da prisão preventiva. Nesse processo, existe uma característica interessante, ao notar que a data do fato delitivo foi cometida antes da alteração legislativa no EOAB. Ainda assim, não tiveram manifestações durante a fase de investigação.

Quanto aos Autos do processo número 0480.19.002748-6, o fato delitivo ocorreu no dia 16 de julho de 2018 e foi instaurado o inquérito policial cujo indiciamento foi insculpido nos artigos 121§ 2º do CP. O inquérito policial teve sua data de conclusão feita no dia 26 de março 2019. Sem participação direta nos procedimentos de investigação preliminar, somente conferindo a defesa sua participação com pedido de concessão de liberdade provisória no dia 16 de julho 2018, percebe-se que o pedido de liberdade provisória foi solicitado durante a fase investigativa. Entretanto esse pedido não corrobora com a intenção legislativa de participação no pedido de diligências, mas de fora, como foi requerido seria similar a um pedido geral por liberdade do acusado.

Já os Autos do processo 0480 20 002449-9, cujo fato delitivo foi datado em 10 de abril de 2020, dizem respeito ao indiciado que teve sua conduta tipificada como incurso nas práticas descritas nos artigos 157 §2º VII c.c artigo 14, I todos do Código penal. Nesse processo a defesa manifestou pela primeira vez tão somente em alegações finais no dia 01 de julho de 2020. Nesse sentido, como a primeira manifestação se deu nas alegações finais, comprova a afirmação de não participação da defesa em fase de investigação.

Quanto aos Autos do processo 0480.16.003798-6, em que o fato delitivo ocorreu em 29 de março de 2016, o indiciado teve a tipificação relacionada ao art. 157 §2º do código penal. A defesa ofereceu sua primeira manifestação em resposta a acusação no dia 10 de maio de 2016, sem ter participado ou requerido diligência na fase de inquérito. Nesse sentido, confirma também as afirmações anteriores no sentido de não ter diligência durante o inquérito investigativo.

Sobre os Autos 0480.11.007342-0, a data do fato foi 03 de agosto de 2009. O indiciamento foi datado no dia 19 de agosto de 2014 e embasou-se na tipificação do art. 121 §2º, I e IV do Código Penal. A defesa teve sua primeira participação no dia 3 de agosto de 2017, com pedido de revogação de prisão preventiva e/ou substituição de medida cautelar. Mais um processo datado do fato anterior a lei que altera o EOAB em 2016, cuja manifestação de revogação da preventiva se deu após a fase de investigação.

Por outro lado, os Autos 0480 19 002063-0, cuja data do fato ocorreu no dia 22 de fevereiro de 2019, em que ocorreu a tipificação nos artigos 157 §2º, I, teve a

denúncia oferecida no dia 18 de março de 2019. A defesa teve sua primeira participação em pedido de revogação da prisão preventiva na data do dia 25 de fevereiro, sendo a única manifestação na fase investigatória. Mais uma vez ocorre o pedido de revogação da preventiva em fase de investigação, o que, de maneira geral, confirma um pedido comum nessa fase de investigação. Mesmo assim não determina ou configura um caráter de maior participação da defesa na fase de inquérito policial.

Os Autos do processo 0480.19.006106-3, em que o fato ocorreu no dia 25 de junho de 2019, teve como tipificação no indiciamento os artigos 157, §2º em concurso com artigo 28 da lei 11343/06. O inquérito policial conferiu indiciamento na data do dia 9 de julho de 2019. A primeira manifestação da defesa ocorreu no dia 31 de julho de 2019 com oferecimento de resposta à acusação. Como a primeira manifestação foi em resposta à acusação, percebe-se que a manifestação se deu após a fase de investigação.

Autos do processo 0480.16.007992-1, em que a data do fato ocorrido é 5 de julho de 2016, o MP ofereceu denúncia em face do acusado como incurso no artigo 121 § 2º, I, III, VI cc §2º A cc 211 todos do código Penal. A defesa veio se manifestar no dia 3 de agosto de 2016 com pedido de inclusão de procuração, mas com intuito protetivo apenas na data 31 de janeiro de 2017, com alegações finais, ou seja, sem participação efetiva na fase de investigação. Interessante notar que esse processo ocorreu no mesmo ano da alteração legislativa no EOAB e, ainda assim, não teve mudança substancial de promover participação maior da defesa na fase de inquérito policial.

Sobre os Autos do processo 0480.14.002127-4, a data do fato ocorrido é 31 de janeiro de 2014. MP ofereceu denúncia no dia 06 de março de 2014, como incurso nos artigos 157 §2º, I, II do Código Penal cc 244 B do ECA. A primeira participação se deu ainda em fase investigatória no dia 01 de fevereiro de 2014 com pedido de liberdade provisória. Interessante destacar que esse processo é anterior a alteração legislativa, com mais um pedido de liberdade provisória na fase de inquérito.

Autos 0053006-46.2013B data do fato 6 de setembro de 2012. A denúncia do MP foi oferecida no dia 12 de janeiro de 2015, com embasamento na tipificação do

121 §2º do Código Penal. A defesa não teve manifestação ou diligência realizada durante a fase de investigação, se manifestando com resposta a acusação, no dia 9 de julho de 2015.

Autos do processo 048018011079-7. A denúncia do MP foi oferecida na data do dia 27 de dezembro de 2018 como incurso no artigo 157§2º Código Penal. O inquérito policial ocorreu no dia 5 de dezembro de 2018, sendo que a defesa se manifestou somente na data 11 dezembro de 2018, solicitando a restituição do bem com argumento no artigo 120 CPPB. Nesse processo é importante notar que teve o pedido de restituição solicitado na fase de investigação, sendo possível afirmar que teve um pedido com participação da defesa.

Os Autos do processo 0480 18 010950-0 data do fato ocorrido em 19 de outubro de 2018. O MP ofereceu denúncia como incurso nos artigos 157 Código Penal em concurso material com artigo 28 da lei 11343/06 em 17 de maio de 2019. A defesa veio a realizar sua primeira participação no dia 22 de abril de 2019 com pedido de revogação da prisão preventiva. Mais um pedido de revogação da preventiva durante a fase de inquérito, o que consubstancia que grande parte dos pedidos que são realizados durante a fase de inquérito quando possui réu preso.

Já os Autos 0480 18 005332-8 correspondem aos eventos de dia 21 de maio de 2018. O MP ofereceu denúncia no dia 31 de julho de 2018, como incurso no artigo 121 §2º do Código Penal. A defesa teve sua primeira participação na data de 22 de maio de 2018 solicitando o relaxamento da prisão. Conforme exposto no julgado anterior a respeito do pedido de revogação da restrição de liberdade na fase investigativa.

Os Autos 0480 01 022534-4 tiveram data em 07 de outubro de 2000. MP ofereceu denúncia no dia 20 de setembro de 2004 de acordo com as sanções penais do artigo 121 §2º, I, IV do Código Penal, sendo que a primeira participação da defesa ocorreu em 30 de março de 2022, com resposta a acusação. Esse caso se tratou de réu foragido. Portanto, com a resposta a acusação sendo a primeira manifestação, confirma não realização de diligências por parte da defesa, durante a fase de investigação.

Quanto aos Autos do processo 0480.01.022534-4, a denúncia foi oferecida dia 11 de fevereiro de 2022 com tipificação embasada nos artigos 157§2º, II cc art. 61, II alínea H, todos do Código Penal. A defesa ofereceu resposta a acusação no dia 30 de março de 2022 sem participação na fase investigatória.

Sobre os Autos 048017007838-4, com data do fato ocorrida em 27 de maio de 2017, com emissão de reconhecimento de tipificação no crime de roubo 157 Código Penal. Na fase de investigação não houve participação da defesa. A primeira participação desta ainda não foi registrada no processo com autos enviados para defensoria pública.

Sobre os Autos número 0480.16.009366-6, com data do fato ocorrido 10 de agosto de 2016, o MP ofereceu denúncia na data de 3 de novembro de 2016 como incurso no artigo 121§ 2º. Durante a fase de investigação não houve manifestação da defesa, que teve seu primeiro pronunciamento em resposta a acusação na data de 16 de janeiro de 2017.

Já os Autos número 0480.20.001911-9, correspondem à data do fato 26 de janeiro de 2020. O ministério público ofereceu denúncia no dia 18 de março de 2020, como incurso no artigo 157 §2º do Código penal. A defesa solicitou, no dia 27 de fevereiro de 2020, a liberdade provisória. Dessa forma antes do oferecimento da denúncia, portanto ainda na fase investigativa, teve um pedido de liberdade solicitado na fase de investigação.

Sobre os Autos 0011424-32.2014 com a data do fato dia 06 de janeiro de 2014, o MP ofereceu denúncia com argumento no 157 §2º do Código Penal, sendo a primeira manifestação da defesa em resposta a acusação no dia 07 de janeiro de 2014. Sem pedidos solicitados na fase de investigação.

Os Autos número 0480 04 060092-0 dizem respeito à data do fato 13 de agosto de 2004. MP ofereceu denúncia com tipificação no artigo 121 §2º, sendo que a defesa ofereceu a resposta dia 15 de dezembro de 2004. O que confirma o não pedido de diligências na fase de investigação.

Com respeito aos Autos 0480.12.017.414-3, com a data do fato dia 10 de novembro de 2011, o MP ofereceu denúncia no dia 9 de dezembro de 2015 como incurso no artigo 121 §2º, II e IV, sendo o posicionamento da defesa realizado na

data de 05 de maio de 2021, com pedido de desclassificação. Interessante notar, nesse processo, o distanciamento do primeiro pedido por parte da defesa ocorrido quase dez anos após a data do fato, sem ter maiores participações da defesa.

Sobre os Autos número 0480.14.014.705-3, cuja data do fato é dia 14 de junho de 2013, o MP ofereceu denúncia com fundamentação no art. 121 §2º. A defesa se manifestou no dia 6 de abril de 2017, solicitando a revogação da preventiva. Essa manifestação do pedido de revogação da preventiva se deu após o oferecimento da denúncia, portanto após a fase de investigação.

Quanto aos Autos 0480-16-004-956-9, cuja data do fato foi 13 de maio de 2016, a denúncia feita pelo MP se deu na data de 6 de junho de 2016. A tipificação tratada na denúncia se referiu ao 157 caput do código penal. A primeira manifestação da defesa no processo se deu com pedido de liberdade provisória no dia 16 de maio de 2016. Nesse sentido, durante a fase de investigação teve um pedido de liberdade provisória. O que confirma mais um processo com esse pedido durante a fase de inquérito.

Sobre os Autos 0004315-83.2022.8.13.0480, o denunciado praticou a conduta descrita no artigo 157, caput c/c 155, caput na forma do artigo 69, todos do CP, data do fato 04 de fevereiro de 2022. A denúncia foi oferecida 21 de fevereiro de 2022, sendo que a manifestação da defesa se deu em 05 de abril de 2022, com resposta à acusação após processo já instaurado. Portanto, sem participação da defesa durante a fase de investigação.

Quanto aos Autos 0075796-43.2021.813.0480, o denunciado foi incurso nas sanções do art. 157 §2º A, inciso I e do art. 157 §2º A, I CC art. 70 e com art. 71 todos do código penal. O fato foi cometido 5 de novembro de 2021, tendo a denúncia oferecida no dia 23 de novembro de 21, com oferecimento de resposta a acusação no dia 10 de janeiro de 2022. Por conseguinte, sem participação da defesa durante a fase de investigação.

Sobre os Autos 0166097-17.2013.8.13.0480, onde o denunciado praticou conduta descrita no artigo 121 §2, II cc art. 14, II e com art. 61, I todos do Código Penal, a data do fato delituoso foi 15 de dezembro de 2012 e a data da denúncia é 19 de outubro de 2020 e somente com oferecimento de resposta a acusação na data

de 23 de maio de 2021. Mais um processo com demorada manifestação da defesa no processo sem participação da defesa durante a fase de investigação

Analisando os processos relatados acima, ficou evidenciado que, em torno de 8 processos dos 29 pesquisados, tiveram algum requerimento, como pedido de restituição ou pedido de relaxamento de prisão ou revogação da prisão provisória. Nesse sentido é possível afirmar que, menos de 30 % dos processos analisados tiveram alguma manifestação por parte da defesa, na fase de investigação. Vale destacar que no quadro acima, de análise processual, existem fatos delitivos cometidos antes da alteração legislativa promovida pela lei 13.245/16 bem como processos mais recentes, isto é, com datas após a alteração normativa.

Apesar de grande parte dos pedidos realizados durante a fase de investigação se consubstanciarem em pedidos de liberdade provisória, esse pedido torna-se mais específico ainda na fase de investigação, quando se trata das situações em que o acusado esteja preso. Portanto, após a análise dos dados coletados acima, ficou constatado que a alteração legislativa promovida no EOAB não teve impacto na intenção de obter maior participação da defesa na fase de inquérito.

3 A APLICAÇÃO DA AED COMO INSTRUMENTO DE ESCOLHAS RACIONAIS DOS AGENTES PARA MAIOR PARTICIPAÇÃO DA DEFESA NA FASE INQUISITORIAL

Dado o atual contexto geopolítico, marcado pela globalização e pela desintegração dos governos nacionais, percebe-se a permissão para que o direito alcançasse sua autonomia. O Estado Constitucional exemplifica a autonomia jurídica por meio de formulações constitucionais dominantes e vinculantes. Esse novo estilo de Estado fomenta o direito de institucionalizar novas esferas de relações sociais (GARLAND, 1995). O judiciário é agora responsável por garantir a proteção das liberdades e direitos constitucionais.

Nesse sentido, é possível afirmar que a AED constitui um instrumento de análise da implementar políticas públicas, conforme será demonstrado a seguir.

3.1 Análise econômica do direito - EAD e sua interrelação com o capital jurídico

Em termos de legitimidade, o Estado Democrático de Direito busca distinguir-se do Estado de Direito indo além da ordem do processo básico e buscando a equidade social. A questão decorre da noção de justiça social como método de obtenção de legitimidade constitucional, atualmente considerada alcançável do ponto de vista histórico, tendo em mente que a legitimidade de um estado é determinada pelo motivo pelo qual as pessoas consentem em sua compulsão (ARAÚJO, 2007).

Apesar de abraçar o direito como uma realidade social autocontida, o discurso econômico alcançou autonomia ao afirmar que as instâncias jurídico políticas são determinadas pela instância econômica. No entanto, as ligações que ligam direito e economia são insuficientemente fortes e exclusivas para permitirem a economia legal.

A maior institucionalização da vida privada pode ser atribuída à expansão do ideal democrático, que forçou o Estado a novos setores da esfera privada. Isso infringiu as leis no âmbito legislativo, bem como no Judiciário, que é responsável pela cidadania. Essa tendência pode ser atribuída ao compromisso de igualdade de oportunidades do Estado de Bem-Estar. (GARLAND, 1995). A justiça tornou-se um

substituto para a política e para o Estado, como resultado da ineficiência e da corrupção. A justiça assume assim, um caráter construtivo e útil na distribuição de direitos.

O termo "Análise Econômica do Direito" - AED, foi usado a princípio em artigos e livros publicados nos Estados Unidos, na segunda metade do século XX, que abordaram amplamente a relação entre as ciências do direito e da economia. Essas publicações provocaram não somente um impacto nas atividades dos profissionais do direito, mas também no desenvolvimento da chamada "Análise Econômica do Direito" ou "Direito e Economia". Nesta área de investigação, no entanto, nem as suposições nem as consequências projetadas são consistentes (GICO JUNIOR, 2020).

AED é frequentemente associada às teorias de Richard Posner, que foram publicadas no livro denominado Análise Econômica do Direito, no ano de 1973. Embora este trabalho tenha suscitado um debate significativo sobre a inter-relação entre direito e economia, sua assertividade, aliada às falhas e inconsistências filosóficas, apresentam argumentos que foram propositadamente desenhados para serem isentos de outras considerações relacionadas aos direitos individuais (PORTO; GAROUPA, 2020). Fatos que contribuíram não apenas para uma rejeição absoluta de sua tese, mas também a uma reação, principalmente fora dos Estados Unidos.

A AED, que defende o realinhamento judicial à nova ordem econômica internacional como necessidade da mundialização, beneficia-se com a remoção de fronteiras. Como forma de salvaguardar os direitos fundamentais, o ordenamento jurídico relativiza a propriedade privada e a liberdade da vontade para atingir os objetivos sociais, criando uma barreira ao sucesso econômico ao repelir o capital investido, em especial o estrangeiro (SICSÚ; CASTELAR, 2009).

Através da perspectiva analítica da AED é possível verificar, pelo comportamento social, o motivo de cidades com o número de habitantes equivalente possuírem índices de avaliação social ou econômica distintas umas das outras (BRASIL, 2020). Existe um descompasso na qualidade da prestação de serviços nas comarcas dos grandes centros urbanos em relação às comarcas localizadas no interior.

Fato esse que não se justifica exclusivamente pelo número de habitantes ou pelo número de processos distribuídos, mas pela perspectiva econômica de forma analítica somada a outros parâmetros. Esse descompasso emerge da realidade da comarca ser assumida por apenas um magistrado, à frente de todas as demandas do local ou então, na existência de uma grande demanda de processos por juiz (BRASIL, 2020).

Desse modo, qualquer alteração legislativa, fato jurídico ou mudança de contexto, gerará uma inovação jurídica no espaço, fator esse que cria o estoque de capital, causando um impacto econômico na sociedade jurídica. Esse fenômeno relaciona-se ao “ciclo de litigância”, isto é, a própria sociedade existente em um espaço e tempo ordenado que geraria, por meio do ciclo de litigância, impactos financeiros para economia de um país. (GICO JÚNIOR, 2013).

Esse Capital Jurídico - conceituado como o conjunto de regras jurídicas aplicáveis ao caso concreto, representaria, em um contexto empresarial, o estoque de uma fábrica (GICO JÚNIOR, 2013). Na analogia, o estoque seria o conjunto de formação de leis, doutrinas, julgados e todo conhecimento formado até então, por uma dada composição factual.

Diante disso, a teoria da AED se posiciona como a alternativa lógica para validar uma eficiência quantitativa aos serviços jurídicos, apresentando as respostas objetivas do pensamento neoliberal. Essa validação transformaria o Direito em uma ciência plenamente racional e positiva, desprovida de embasamento teórico.

Por ser difícil centralizar todas as funções do Estado Constitucional, a AED eleva a proteção da propriedade privada e a capacidade de contratação ao grau de crucial. Como consequência, a legitimidade jurídica passa do nível normativo para o econômico, possibilitando o funcionamento dos livres mercados.

As eventuais repercussões das decisões judiciais sobre a liberdade de mercado devem ser consideradas, da mesma forma o cumprimento dos objetivos econômicos constitui a base para a tomada de decisões. No entanto, no Direito, a economia é frequentemente empregada para abordar a política econômico-financeira, em vez de questões legais. (GICO JÚNIOR, 2020). Essas decisões contradizem o Estado Democrático de Direito, que declara que o custo da precaução

não pode ser superior ao custo da integridade física ou mesmo da pessoa humana. Nesse sentido, uma melhor análise da aplicação da lei, para contemplar amplitude ao que o legislador busca pode ser trabalhado em uma visão na AED.

Consequentemente, pressupõe-se que o Direito seria uma ciência interdisciplinar, que envolveria as demais ciências ligadas ao comportamento humano, sendo a ciência econômica a que mais próxima do estudo científico do pensamento humano. Afinal, através da análise econômica do direito, seria possível determinar as causas ou consequências de determinados comportamentos dos indivíduos.

Gico Júnior afirma que

abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não. Toda atividade humana relevante, nessa concepção, é passível de análise econômica (GICO JÚNIOR, 2018, p. 9).

Por conseguinte, a AED auxilia na escolha entre as alternativas possíveis e mais eficientes, com possibilidade de escolher o melhor arranjo institucional dado um valor previamente definido.

Além disso, a AED possibilita a verificação de reflexos dentro e fora do processo, compreendendo o uso da Economia em sua totalidade no estudo dos comportamentos sociais, bem como as implicações dessas repercussões para a aplicação do direito processual, devido ao seu caráter interdisciplinar (GICO JUNIOR, 2020). Como consequência, o que deve ser considerado como AED pode auxiliar no alcance dessa eficiência.

A AED pode contribuir para (i) a identificação do que é injusto – toda regra que gera desperdício (é ineficiente) é injusta, e (ii) é impossível qualquer exercício de ponderação sem a compreensão das consequências reais dessa ou daquela regra.

A AED também auxilia na descoberta sobre o que as possibilidades adquiridas com uma dada política pública (prognose) e o que está se abstendo para alcançar aquele resultado (custo de oportunidade). Apenas detentores desse conhecimento serão capazes de realizar uma análise de custo-benefício e tomar a

decisão socialmente desejável. (GICO JÚNIOR, 2018). Em termos de legitimidade, o Estado Democrático de Direito busca distinguir-se do Estado de Direito, indo além da ordem do processo básico e buscando a equidade social.

A questão decorre da noção de justiça social como método de obtenção de legitimidade constitucional, que atualmente é considerada alcançável do ponto de vista histórico. Então, é preciso entender que a legitimidade de um Estado é determinada pelo motivo pelo qual as pessoas consentem em sua compulsão (ARAÚJO, 2007).

Vale ressaltar, que esse ciclo de litigância gera um aumento nos custos processuais, o que aumenta conseqüentemente a demanda de serviços nas comarcas e serviços processuais. Tal fato implicaria em um aumento no tempo de conclusão do desfecho do processo, prejudicando a celeridade processual, um dos princípios basilares protegidos na CFRB 88 (GICO JÚNIOR, 2013).

Em suma, a Lei 13.245/2016 incluiu no art. 7º, XXI do Estatuto do Advogado, uma maneira que possibilitasse aos advogados oferecer diligências durante as investigações. Essa inserção poderia ser mais bem utilizada na concretude do direito ao confronto (CASTRO; COSTA, 2016); SILVA, 2021). O direito ao confronto, de acordo com Figueiredo (2020, p. 32- 41) seria algo similar “ao direito do contraditório, mas com esse não se confunde, pois na verdade, seria um oponente defensivo específico”. Esse instrumentário pertence ao acusado, enquanto o contraditório pertence ao processo.

Como a legislação buscou participação mais efetiva na investigação, se o direito ao confronto fosse efetivamente implantado no Brasil, daria a parte envolvida um incentivo maior e interesse em participar com diligências na parte investigativa. Entretanto, por ter raízes inquisitoriais no Inquérito Policial, essa modelagem participativa não foi adotada no Brasil. Além do mais, faltaria uma mudança necessária, que permitisse que a fase investigativa pertencesse ao processo e não mais ser apenas considerado procedimento administrativo (FIGUEIREDO, 2020).

Por conjectura, a mudança legislativa realizada em 2016, que inseriu uma proposta para mitigação ao sistema inquisitório, resultou em alterações e impactos na AED. Esses impactos econômicos foram confirmados nos estudos de Gico Júnior

(2018), ao expor que qualquer alteração legislativa implicando inovação trouxe suas consequências ao sistema. Assim seria admissível afirmar que, para ter maior participação da defesa, deveria surgir uma maior incidência de recursos e diligências. Nesse contexto, a lei incentiva a defesa participar, tudo isso aumentaria o desejo da defesa do acusado em aumentar a possibilidade de enfrentamentos processuais.

Para que a AED tenha um entendimento sobre o fenômeno jurídico, é necessário entender se uma alteração ou norma legislativa seriam capazes de atingir algum resultado social (CARVALHO, 2015) almejado ou pretendido em sua criação. Por esse fim específico, não seria necessário promover o dispêndio de alterar o Código de Processo Penal nem mesmo o EOAB para ter as garantias do acusado estabelecidas.

De acordo com Gico Júnior (2013) a economia fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis e aos incentivos. A economia fornece um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas. Dessa forma, as leis não são apenas argumentos técnicos, elas são o instrumento para se atingir objetivos sociais importantes.

O conhecimento prático é necessário para compreender a importância da AED para o entendimento do comportamento social na interpretação econômica. No meio acadêmico, os discentes deparam-se com mudanças legislativas que promovem a necessidade de compreensão da nova proposta legislativa e do novo conceito dado, além da atualização do conhecimento já adquirido.

Malgrado, no âmbito de análise é importante ressaltar esta visão econômica ou *juseconômica*, quando relacionada também com aplicação jurídica. Considerando que a econômica estuda e interpreta o comportamento social, é importante verificar as reações e mudanças comportamentais das pessoas quando motivadas por algum elemento provocado pelo direito. Seja essa mudança provocada pela alteração legislativa, de interpretação jurisprudencial ou ausência de acesso a jurisdição por má distribuição dos recursos pela administração pública. A economia também permite aferir a adequação da escolha realizada pelo legislador ou pela gestão pública, no sentido da operacionalidade e eficiência.

Inicialmente, a AED possui uma rica história que será explorada ao lado de questões cruciais para uma compreensão abrangente da atual situação jurídico-econômica do direito brasileiro. Sua aplicação é possível como instrumento das escolhas dos agentes, pois a atuação da AED é possível como instrumento de efetivação das políticas criminais no Brasil (3.2.1) ademais, sua aplicação deve ser restritiva aos interesses sociais presente nas decisões criminais (3.2.2) além de ter uma impossibilidade de existir uma negociação no estilo mercadológico na aplicação da AED, quanto aos interesses jurídicos penais (3.2.3).

3.2 A aplicação da AED como estratégia de interesse social para as escolhas jurídicas penais

Usar ideias econômicas para entender melhor o direito não é uma ideia nova. Suas origens podem ser rastreadas até Maquiavel, Hobbes e Locke, bem como pensadores iluministas escoceses. No século XIX, havia um impulso na Europa para combinar direito e economia. A partir desse momento o conceito de política toma conta do Estado e o direito assume, assim, o papel de instrumento para a consecução de fins políticos, com aumento significativo do processo de produção legislativa, mediado pela concepção hierárquica entre legislação e jurisdição (MACHADO, 2014). Segundo Oliveira Junior (2011, p. 140), “as origens do AED remontam aos trabalhos de Cesar Beccaria e Jeremy Bentham”. O primeiro foi o autor do livro *Dei Delitti e Delle Pene* (Dos Delitos e Das Penas), de 1764, no qual as sanções legais eram examinadas não apenas do ponto de vista da punição, mas também como meio de gerar desincentivos ao comportamento criminoso. A segunda foi influenciada por Beccaria no desenvolvimento do Utilitarismo, um ramo menor do Consequencialismo que serve como pilar principal do AED.

Outros autores, como Ejay Mackaay e Stéphane Rousseau (2015) e Ivo Teixeira Gico Junior (2020), acreditam que a tendência atual se originou na América do Norte e seria, sem dúvida, a corrente intelectual que mais influenciou o mundo jurídico nos Estados Unidos nos últimos 50 anos (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

3.2.1 A atuação da AED como instrumento de efetivação das políticas criminais no Brasil

A AED pode ser usada, conforme dito, como estratégia de aplicação das políticas públicas de cunho penal. Além disso, serve como mecanismo de efetivação para aplicação das políticas criminais. Dentro do processo é possível estabelecer a forma com que isso poderá ser implementado. Dessa forma será transposto a seguir a forma de atuação dessas políticas de interesse público.

O movimento atual, na AED, está ligado a duas correntes antecedentes. Desde a década de 1950, o imperialismo econômico utiliza metodologias de análise econômica fora do campo tradicional da economia, como fenômenos políticos, discriminação, relações familiares e não comerciais, entre outras. O outro é o movimento jurídico do Realismo Jurídico, que surgiu entre a Primeira e a Segunda Guerra Mundiais e cujos adeptos pensavam que a economia e a sociologia não eram apenas ciências ligadas, mas também parte do direito de alguma forma (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

As quatro fases da evolução da análise econômica do direito nos Estados Unidos da América são: lançamento, aceitação do paradigma, raciocínio desde os fundamentos e movimento estendido. A dinâmica surge pela primeira vez fora dos Estados Unidos da América em 1975. Houve respostas positivas e negativas, que devem ser interpretadas à luz da distribuição legal do valor (SUNSTEIN, 1999). No final dos anos de 1950, economistas procuraram aplicar seus conceitos e técnicas a problemas que antes eram considerados fora de seu campo. Em 1957, Downs propõe uma teoria econômica da democracia e, no mesmo ano, Becker defende uma tese importante sobre a economia da discriminação. Em 1962, Buchanan e Tullock lançaram uma série de estudos políticos baseados em uma análise econômica sobre as tomadas de decisões do legislativo, com ênfase nos benefícios das políticas apenas um pequeno número de pessoas votantes. Em 1965, Mancur Olson apresentou sua teoria da lógica da ação comunitária. Houve um problema com a ação coletiva quando um resultado só podia ser obtido com a colaboração de quase todos os interessados, mas uma vez alcançado, beneficia a todos, mesmo aqueles que não participaram. Como consequência, há um forte desejo de "surfar"

nos esforços dos outros. Existem vários exemplos. Como uma greve só pode ser bem-sucedida se todos os funcionários participarem; ainda assim, cada trabalhador decide continuar trabalhando se acredita que seus colegas de trabalho também farão greve (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015; PORTO; GAROUPA, 2020). Outro exemplo, é o de que todos pensam que os limites de pesca são necessários para proteger a extinção das espécies de peixes; depois de implementadas as restrições, todos têm interesse em enganar, o que tem exatamente o resultado que buscavam evitar (PORTO, GAROUPA, 2020; COASE, 2008).

Outra contribuição notável veio da Universidade de Chicago. O *Journal of Law and Economics*, que começou a ser publicado em 1958, proporcionou um fórum para a divulgação das incursões dos economistas no campo do direito. O ponto de partida foi o estudo de Ronald Coase, de 1960, sobre o custo social, pelo qual recebeu o Prêmio Nobel em 1991. Se a atividade de A tem efeitos ruins para B sem que A esteja ciente deles, os economistas acreditam que há uma "externalidade" ou um descompasso entre o custo privado de A e o "custo social", que Coase atribui a Pigou (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

Segundo Coase (apud PORTO; GAROUPA, 2020, p. 91), tal avaliação não esclarece a questão. Ele acredita que o problema está equivocado. A má alocação nem sempre ocorre, pois os "indivíduos afetados têm o direito legal de dispor dos resultados de sua interação", se lhes for conveniente B, que é responsável pela externalidade de A, nisso B pode negociar um acordo com A e pagá-lo para evitar a externalidade. Se A pode suportar a carga melhor que B, esta opção será menos onerosa para B do que suportar o peso da externalidade.

Nesse sentido, um contrato é atraente – ou, dito de outra forma, benéfico – para ambas as partes. Mesmo que não se chegue a um acordo, ainda que seja benéfico para ambos os lados, é importante analisar os obstáculos. Coase propõe a expressão custo de transação para este componente. O estudo dos custos de transação é um dos pilares da análise econômica jurídica, esse estudo pode se correlacionar quanto ao meio de efetivação dos interesses sociais ao implementar políticas públicas.

Porto e Garoupa (2020) propõem a seguinte definição sobre custos sociais:

E, se é verdade que litígios significam, em alguma medida, desperdício de riqueza, o melhor é que impliquem a menor perda possível. Cabe, portanto, na linha do que propõem Cooter e Ulen, introduzir a visão normativa da literatura econômica a respeito do direito processual, que é o meio pelo qual os litígios se desenrolam: o direito processual deve servir à redução dos custos sociais com litígios. [...] Os acordos entre os promotores de justiça e os acusados de cometer crimes com base na regra do artigo 76 da Lei dos Juizados (Lei nº 9.099/1995) também poupam os custos de administração do processo penal (PORTO; GAROUPA, 2020, s/p).

A partir disso, surge o pressuposto que alterações legislativas que não afetem comportamentos, geram um custo alto à sociedade, tendo em vista que esta é quem mantém os custos do poder judiciário e da gestão administrativa. O processo deve servir para redução de custos sociais, incluindo as políticas criminais e a atuação do direito material dependente do processo.

Ao longo dos anos de 1960, Alchian, Demsetz, Furubotn e Pejovich produziram ensaios sobre a função da propriedade, definida como o direito de administrar um recurso escasso em seu sentido mais amplo. Essas teorias são aplicadas ao direito das sociedades comerciais por Henri Manne (PORTO; GAROUPA, 2020).

Em um mundo cheio de incertezas, Cheung examina a função e a natureza dos contratos. Segundo ele, a lei de responsabilidade civil extracontratual pode ser avaliada de forma lucrativa, como se fosse projetada para reduzir custos de acidentes. No geral, a primeira etapa promove uma interação mútua excepcional entre um pequeno grupo de pesquisadores diante da descoberta de um novo instrumento, uma anarquia benigna. Calabresi e Manne são os únicos não economistas entre os participantes (PORTO; GAROUPA, 2020).

Ainda assim, como esses conceitos seriam aproveitados no âmbito penal, resta destacar que, apesar de não haver litígios de cunho privado, com interesse civilista, seria possível haver um paralelo correlacionando o processo penal. Essa correlação não entraria o litígio civilista, mas sim, no interesse do Estado de Direito em promover a pacificação social, afinal o indivíduo responde aos incentivos gerados pelo sistema de justiça penal. Dessa maneira, a AED, pode se utilizar de instrumentos para atingir ao interesse público, nas motivações das decisões criminais como será demonstrado a seguir.

3.2.2 A aplicação restritiva da AED aos interesses sociais presentes nas decisões criminais

Em que pese a AED poder ser utilizada como um mecanismo de aplicação das políticas públicas, ela pode também ser utilizada nas decisões do processo. Desse modo, dentro ainda da historicidade conveniente da AED, será demonstrado de que forma essa aplicação restritiva pode ser levada dentro do processo penal.

Em continuidade quanto aos modelos de abordagem aplicativa da AED, destaca – se que ao final da década de 1960, esforços foram feitos para levar a disputa ao tribunal. Henri Manne organiza seminários de verão para professores de direito se familiarizarem com esses novos conceitos, bem como com os fundamentos microeconômicos essenciais. As primeiras tentativas de síntese são feitas. A pesquisa "O Custo dos Acidentes" de Calabresi é publicada em 1970 (PARISI, 2004).

Em 1971, Tullock tentou uma síntese maior sob o título "A lógica da lei", mas teve pouco sucesso. Em 1972, foi publicado um texto de autoria de um professor de direito, cobrindo praticamente todo o direito em um estilo acessível aos estudantes de direito. O título desse livro é Análise Econômica do Direito, e o autor é Richard Posner, que será a figura mais influente do movimento pelos próximos 10 anos (PARISI, 2004).

As faculdades de direito mais severas rapidamente acompanharam e coleções de literatura sobre análise econômica do direito foram lançadas nos anos seguintes, expressamente para o ensino do direito. As análises abrangem todos os aspectos da legislação. Esse instrumento simples e eficaz, assim como a análise econômica, parecia interessar aos advogados. Eles pretendiam criar uma filosofia jurídica. O *Journal of Legal Studies*, cujo editor inaugural é Posner, é uma nova plataforma que reforça esse ponto de vista (TEIXEIRA, 2011; PARISI, 2004).

Houve muitos artigos desde então, mais de mil em apenas 10 anos. Se os *insights* intuitivos dos pioneiros devem ser formalizados matematicamente ou novas

ideias devem ser exploradas, vale a pena notar que o paradigma foi aceito. A todo momento haverá pessoas que discordam, mas não serão capazes de perturbar a paz (SUNSTEIN, 1999). Em apenas alguns anos, o movimento da análise econômica do direito estabeleceu-se como uma grande corrente de pensamento, até mesmo como a principal fonte de renovação da teoria jurídica, nas principais faculdades de direito norte-americanas. A partir de então, a análise econômica do direito é ensinada em quase todas as faculdades de direito (COASE, 2008).

Mesmo os cursos tradicionais, como os de bens, obrigações e responsabilidade, foram modificados com os professores acreditando que ser impossível limitar-se ao direito positivo e que era preciso dotar os alunos de instrumentos – econômicos – para determinar a adequação de um direito apto a cumprir sua função. Economistas eram frequentemente contratados como professores em faculdades de direito, sozinhos ou em colaboração com o departamento de economia (COASE, 2008).

Fora do ambiente educacional, o conhecimento de economia é valioso. Os governos são influenciados por isso ao formular políticas, particularmente ao estabelecer (ou abolir) organizações reguladoras (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015). Os tribunais reconhecem os argumentos econômicos apresentados pelos litigantes sobre as consequências de suas decisões.

O entendimento convencional dos juristas norte-americanos é desafiado pela tendência de análise do direito econômico. No início dos anos 80, a resposta tomou a forma de colóquios destinados a determinar qual seria a contribuição dos analistas econômicos para o direito (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015). A questão essencial é se ela é, como afirmam seus defensores, uma teoria do direito eficaz do ponto de vista do conhecimento.

Posner volta-se para a análise econômica do direito em meio à acalorada disputa. Ele enfrenta filósofos, especialistas em direito natural, liberais, economistas austríacos e economistas neoclássicos que reconhecem que seu modelo é simplificado demais. A disputa centra-se em saber se a atribuição de direitos pode ser feita a partir de considerações de efetividade ou se é imprescindível, no mínimo, definir antecipadamente alguns direitos básicos para explicar a ideia de efetividade (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

Ao selecionar a primeira opção, é preciso se posicionar em uma mentalidade utilitarista e se expor às acusações daqueles que se opõem a essa ideologia. Entender como evitar a arbitrariedade ao reconciliar lucros e perdas e escolher vencedores e perdedores exige descobrir como evitar a arbitrariedade ao reconciliar todos esses fatores. Principalmente no contexto penal, por isso existe, dentro da abordagem processualista penal uma restrição de aplicação da AED, para justificar sua aplicação aos interesses sociais correlacionados às adjudicações contidas nas decisões criminais.

Posner tenta contornar a dificuldade dizendo que os valores a serem maximizados são o produto social, que é medido em termos de disposição e capacidade de pagamento das pessoas, conforme revelado em transações voluntárias (GAROUPA, 2009; PARISI, 2004). Essa técnica, no entanto, não resolve a questão, uma vez que a maioria das pesquisas econômicas compreende o desenvolvimento de regras para situações em que as partes interessadas não conseguem chegar a um acordo e por essa razão surge uma impossibilidade de conciliar a aplicação da AED, dentro de uma perspectiva mercadológica. O que existe de fato são interesses sociais justificados na proteção do Estado nas perspectivas penais, mas sem que seja voltado ao mercado financeiro. Portanto será demonstrado, a seguir, sobre a impossibilidade de negociação com fundamentação mercadológica dentro do interesse processual penal.

3.2.3 A impossibilidade de negociação mercadológica na aplicação da AED nos interesses jurídicos penais

Apesar de ficar demonstrado que a aplicação da AED dentro do processo penal deve ser restritiva aos interesses das partes, é relevante demonstrar sobre a restrição de seus conceitos de aplicação mercadológica. Dessa forma é válido ressaltar a seguir quanto a impossibilidade do uso da fundamentação mercadológica dentro dos interesses jurídicos penais.

Dando sequência quanto a aplicação econômica no direito, é importante reforçar que a análise de aplicação econômica não é a mesma utilizada em

negociações mercadológicas - mais comumente reconhecida, mas sua base empírica pode ser com ela utilizada. Nesse sentido, exemplificando, as teorias de responsabilidade civil não contratual enfatizam essas preocupações. Considere o que pode acontecer em uma piscina se um nadador ferir outra pessoa na água enquanto pula. Quem deve ser priorizado e quem deve ser visto como irresponsável, essa seria uma abordagem plausível.

Posner, nesse sentido, sugere desenvolver um palpite informando sobre como as partes envolvidas se comportariam se pudessem negociar: um contrato hipotético. Implicitamente, tal contrato hipotético nos leva a avaliar as vantagens de ambos os lados. A escolha da alternativa nos leva a pensar que, sem a anuência do interessado, nenhum dano ou tentativa de prejudicar seus direitos será permitido (ARAÚJO, 2015).

Qualquer outra consideração retrocede ao direito subjetivo fundamental. Esta é a posição liberal e, em menor medida, também a de Dworkin. Essa posição reconhece a ideia de subjetividade última dos valores, mas impõe a unanimidade como regra operacional de todas as instituições. Obriga à percepção de ilegalidade qualquer coerção imposta por uma autoridade em todas as situações se a ação não for apoiada por um acordo unânime. Qualquer que seja seu apelo ético, tal paradigma pode à indecisão, em vez de um reflexo genuíno sobre o funcionamento das sociedades atuais (SUNSTEIN, 1999; TEIXEIRA, 2011).

À vista disso resta esclarecer o apelo que existe quanto ao melhor meio de aferir uma coesão desse denominado “acordo unânime”. Afinal, o modelo democrático nacional, a eleição de representante para fazer a vontade popular pode, com frequência na verdade, representar a vontade de interesses ideológicos, representados em especial por uma vontade minoritária. Surge, a partir desse contexto, a dificuldade de mensurar os reais interesses jurídicos penais e encontra enredo na possibilidade de verdadeira representatividade dos interesses coletivos.

De acordo com a lei das culturas ocidentais contemporâneas, o gozo dos direitos, mesmo os fundamentais, não pode ser limitado em nome de outros princípios (o bem-estar de todos) (PORTO; GAROUPA, 2020). Não há direito absoluto e nenhum arranjo comercial, como proposto pelos princípios utilitaristas

que possa erradicá-lo completamente. O desafio é determinar os limites sobre sujeito e as circunstâncias em que se pode realizá-los.

Portanto, não são os interesses do mercado financeiro que são avaliados na aplicação do AED, mas sim os interesses sociais envolvidos nas decisões tomadas em políticas públicas. Afinal, toda decisão que implique alguma alteração legislativa, voltada para o interesse coletivo gera uma alteração no comportamento coletivo.

Por fim, como os incentivos comportamentais podem ser identificados, resta saber a maneira de utilizar os instrumentários da AED para gerar maior participação da defesa na fase de inquérito policial, é o que se passa a analisar no tópico a seguir.

3.3 A utilização da AED na identificação de incentivos comportamentais para a participação da defesa na fase de inquérito policial

No estudo anterior, foi abordado uma possibilidade de aplicação da AED, como meio estratégico e instrumento de efetivação dos interesses sociais, além dos meios de realizar escolhas jurídicas penais e formas de decisões que possam atender interesses jurídicos. Nessa próxima seção será apresentado como a AED pode ser utilizada na identificação de incentivos comportamentais para obter a participação da defesa na fase de inquérito policial.

Para isso, será abordada a possibilidade de utilização da AED para gestão de provas por parte do magistrado como garantia de maior participação da defesa na fase investigativa (3.3.1), analisar o impacto positivo da utilização da AED, na identificação de incentivos comportamentais de modo que a defesa tenha participação mais efetiva na fase de investigação (3.3.2) e demonstrar a mudança necessária do entendimento cultural do processo penal para um modelo adversarial (3.3.3).

3.3.1 Utilização da AED como ferramenta para a gestão das provas por parte do magistrado e participação da defesa na fase de inquérito policial

Para considerar a AED como uma ferramenta de trabalho com maior inserção da defesa no processo, em especial na fase investigativa, é importante lembrar os aspectos históricos quanto ao desenvolvimento da análise econômica do Direito.

Logo, os acalorados debates a respeito dos fundamentos estimularam o surgimento de novas escolas de pensamento sobre o estudo econômico do direito. Havia a corrente convencional principal, ou seja, a escola da moda, materializada nas Escola de Chicago, institucionalistas e neoinstitucionalistas, a Escola Austríaca, a Escola de Normas Sociais (especialmente Ellickson e Eric Posner) e aqueles preocupados com Direito e Economia Comportamental.

Essa variedade de escolas de pensamento e suas linhas de pensamento deveriam ter resultado na fragmentação e, em última análise, na extinção do movimento. Alguns previram tal morte – observe seus votos – em 1980 por Horwitz, depois em 1989 por Fiss, seguido por promessas de um futuro brilhante para a escola Critical Legal Studies. Essas projeções têm a vantagem de serem prontamente refutadas. Isso foi demonstrado na análise econômica do direito por Duxbury desde 1991, e novamente em 2007, sucintamente na nota de rodapé de Posner (PORTO; GAROUPA, 2020).

Posner continuou a produzir artigos e livros desde sua nomeação para o Tribunal Federal de Apelações em 1981. Cooter e Ullen lançaram um trabalho notável em 1988, com uma segunda edição revisada em 1996, uma terceira em 2000, uma quarta em 2003 e uma quinta em 2007. Concorre com sua introdução tradicional, cuja terceira edição foi publicada em 1986, a quarta em 1992, a quinta em 1998, a sexta em 2003 e a sétima em 2007. Sob a direção de Oliver Williamson, Yale A Universidade apresenta um novo periódico, o Journal of Law, Economics, and Organization, em 1985 (PORTO; GAROUPA, 2020).

Williamson investiga até que ponto as organizações – corporações e outras – são escolhidas com base nas estruturas que incorporam para reduzir os custos de transação, como ensina Coase. Só que, como apontou Coase, há gastos associados

ao uso do mercado. Por se basear em instituições, esse ponto de vista às vezes é chamado de neoinstitucionalista. Em 1993, o Prêmio Nobel Douglas North publicou um estudo que empregou um método semelhante, mas o aplicou a problemas históricos (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

Além da corrente dominante, surge uma segunda corrente, inspirada nos economistas austríacos Menger, Schumpeter, Von Mises, Hayek e Kirzner. O Prêmio Nobel de Economia de Hayek em 1947 provavelmente ajudou a trazer esse problema à atenção do público.

Essa escola de pensamento enfatiza a subjetividade dos valores, bem como a imprevisibilidade inerente de toda atividade econômica, que é uma das razões pelas quais economias planejadas e social-democracias análogas são irrealistas. No plano econômico, essa abordagem prioriza a pesquisa sobre inovação e empreendedorismo acima dos estudos de equilíbrio econômico que começam com os economistas neoclássicos. As ideias dos neoinstitucionalistas parecem estar ligadas às implicações jurídicas dessa teoria. O professor Mario Rizzo, da Universidade de Nova York, procurou determinar as consequências jurídicas da abordagem austríaca e uma tese recente na Holanda oferece uma avaliação mais abrangente em contraste com cursos analíticos de inspiração neoclássica (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015; TEIXEIRA, 2011).

Essa apresentação histórica faz sentido, afinal, se a liderança, exercida por Posner, está interessada no funcionamento do mercado, é evidente que, além das leis existentes, o mercado político deve ser explorado. No início dos anos 1960, o trabalho de Downs, Buchanan, Tullock e Olson despertou o interesse por esse mercado, o mercado político. Como resultado, a chamada escola de "escolha pública", que atraiu cientistas políticos, mas não advogados não produziram os mesmos resultados. A escolha pública e a análise econômica legal não estavam conectadas até os anos de 1980 (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

Em 1988, Buchanan recebe o Prêmio Nobel da Paz e cria o autodenominado departamento de estudos de economia política constitucional da Universidade George Mason. O objetivo do grupo é pesquisar sistemas constitucionais que deem à comunidade escolhas que reflitam a vontade dos cidadãos o mais próximo

possível, em vez da vontade de grupos selecionados, seja majoritário ou minoritário (ARAÚJO, 2015).

Diversos recursos surgiram no final dos anos de 1990 na forma de enciclopédias, dicionários e coleções de obras clássicas destinadas a consolidar o conhecimento da análise econômica do direito. Esses livros mostram como a análise econômica do direito está entrelaçada com a teoria jurídica nos países de língua inglesa (PORTO; GAROUPA, 2020).

O que parecem ser correntes dissidentes são progressivamente incorporados à corrente principal ao longo da primeira década do novo século. O objetivo de *Behavioral Law and Economics* é explicar aquelas anomalias que não são explicadas no pensamento dominante, bem como as normas que proíbem os agentes de sucumbir aos limites de seu próprio raciocínio. Em outras palavras, busca ampliar e aprimorar a análise econômica jurídica. A tese de Coase, North e Williamson de que as instituições são cruciais para determinar o espaço para a escolha de atores econômicos é aceita pelas escolas dominantes à época (SUNSTEIN, 1999).

Propriedade intelectual e empresa, conceito dinâmico de concorrência da Escola Austríaca, papel do empreendedorismo e inovação fazem parte do estudo econômico do direito. Ao longo da primeira década, aumentou o número e a relevância das publicações históricas e empíricas sobre o assunto. Os textos de análise econômica jurídica foram desenvolvidos em ritmo crescente (COASE, 2008).

Conversas críticas no final da década de 1970 abriram caminho para uma ampliação do conhecimento econômico dos fundamentos do direito e, conseqüentemente, de seu potencial. Assim, a escolha política, conseqüentemente de políticas públicas voltam seus olhares para AED.

Por fim, é importante ressaltar que, da maneira que ainda é realizada dentro do processo penal brasileiro, ao permitir que de certa forma o magistrado tenha participação na gestão das provas, interfere para que a defesa do acusado participe no procedimento de investigação. Nesse sentido, a AED pode propor mecanismo de incentivos comportamentais para que a defesa participe da fase de inquérito, o que

seria consubstanciado em uma mudança necessária da cultura do processo penal brasileiro, que se passa a analisar a seguir.

3.3.2 O impacto positivo da utilização da AED na identificação de incentivos comportamentais para a participação da defesa na fase de inquérito policial

A AED é uma forma de abordar a pesquisa econômica que é conduzida pela eficiência da ciência jurídica e motivada pela busca da justiça. Nessa perspectiva, busca aplicar ideias e métodos científicos econômicos ao direito, tanto na forma quanto na aplicação (CASTRO, 2015). Na realidade, há um choque entre justiça e eficiência; assim, embora nem sempre seja viável vincular a noção de eficiência ao direito, isso não é um problema, mas sim uma possibilidade de gerar um impacto positivo na gestão pública.

O AED tem a tarefa de examinar os incentivos e consequências que os padrões estabelecem. Nesse sentido, a AED defende que os resultados produzidos pela norma adotada devem ser examinados para determinar a eficácia do pretendido pela norma. A AED emprega métodos econômicos, particularmente da microeconomia, para realizar exercícios de diagnóstico e prognóstico, bem como para prever os potenciais repercussões das regras na sociedade à luz das estruturas de incentivos (SANTOS *et al.*, 2019).

Esses instrumentos econômicos fornecem um bom critério para determinar o cumprimento do objetivo social através das leis e políticas públicas, com base em critérios científicos. Isso indica que os estímulos oriundos das regulamentações influenciam o comportamento dos Agentes Econômicos - pessoas físicas, jurídicas e até mesmo o governo (SANTOS *et al.*, 2019).

É crucial realizar comparativos dos resultados entre leis distintas, para obter resultados mais realistas. Isso permite determinar qual a eficiência em termos de redução de custos e desperdícios, por exemplo. Também ajuda a determinar se os estímulos ou regras fornecidas pelas instituições levam ao que parece ser desejável pela norma.

Sem as restrições de simplificações essenciais aos modelos teóricos, as instituições que têm o objetivo de reduzir os custos de transação em teoria também podem criar custos no mundo real, confirmando a importância das comparações (SANTOS *et al.*, 2019). Isto posto, AED é o uso de técnicas analíticas e empíricas da economia, notadamente a microeconomia e a economia do bem-estar social, para entender, explicar e prever as repercussões factuais do sistema jurídico. Bem como a lógica (racionalidade) do próprio sistema jurídico. Em outras palavras, AED é a aplicação também de ideias econômicas ao estudo do direito internacional e do direito nacional (LEAL, 2010).

Deve-se notar que, o uso de técnicas econômicas no estudo jurídico não significa que os economistas sejam especialistas no tema. No entanto, na maioria dos casos, os investigadores que o realizam são juristas ou têm dupla formação. Em todo caso, eles são *juseconomistas*. A AED distingue-se pela aplicação da metodologia econômica a todas as áreas do direito, dos contratos ao direito constitucional, da regulamentação ao processo civil, do ambiente ao direito da família, bem como na esfera penal e processual penal. Assim, é esta amplitude de aplicação que distingue o AED da simples aplicação do conhecimento econômico nas áreas tradicionalmente associadas à economia (ROSA; LINHARES, 2009).

Para Gico Junior (2020), quando um tribunal precisa calcular os ganhos perdidos e os danos resultantes da destruição do automóvel de um taxista por um motorista bêbado, é evidente que ele terá que recorrer à teoria econômica.

Prescindível será dizer que sem uma boa compreensão das ferramentas econômicas, é impossível discutir ou executar a concorrência e o direito regulatório. Como por exemplo, decidir sobre programar ou não um sistema de subsídio cruzado ou determinar a adequação de um determinado plano de controle de preços para um setor regulado é claramente econômico. Entretanto, a AED vai além desses vínculos mais imediatos entre direito e economia. Como resultado, quando se utiliza o termo “análise econômica do direito”, refere-se ao uso de métodos econômicos para situações em que as dificuldades econômicas geralmente não são identificadas (GICO JUNIOR, 2020).

A *juseconomia* pode ajudar na redução de estupros (Política Criminal), na redução de apelações prolongadas (Direito Processual) e na compreensão sobre a

causa de efetividades de algumas leis em detrimento de outras e porque o Congresso aprova uma lei que será sabidamente vetada pelo presidente (GICO JUNIOR, 2020). Tudo isso gera um impacto e uma possibilidade na identificação dos incentivos comportamentais, em especial nesse estudo da participação da defesa na fase de inquérito.

A Jurisdição começa com a transação, enquanto os economistas iniciam com a mercadoria ou o sentimento de um indivíduo por ela. Sua unidade investigativa final não é uma única pessoa, mas duas ou mais pessoas, autor e réu, em extremidades opostas de uma ou mais transações. Embora *commodities* e sentimentos estejam implícitos em todas as transações, eles são apenas o prelúdio, o acompanhamento ou o impacto dessas transações. Em um mundo de escassez, a “transação é composta por duas ou mais vontades dando, recebendo, persuadindo, coagindo, fraudando, comandando, obedecendo, competindo e governando processos e regras de conduta” (GUEDES, 2013, p. 284). O Tribunal está preocupado com o exercício, ou seja, adjudicar a vontade das partes.

Economistas jurídicos geralmente se preocupam em abordar duas situações básicas: (i) identificar quais são os impactos de uma determinada estrutura ou regra jurídica; e (ii) estabelecer qual norma jurídica deve ser adotada. Seria possível concordar que, a resposta para a primeira situação é independente da identificação para a segunda, mas o inverso não é verdadeiro, ou seja, precisa-se entender as consequências para decidir sobre a legislação ideal.

A primeira metade da averiguação preocupa-se com a AED positiva (o que é), enquanto a segunda, com a AED normativa (o que não é e o que deveria ser) (GUERREIRO, 2010).

Essa teoria é baseada na premissa econômica subjacente de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações em todos os seus atos. Esse ponto de vista pode ser rastreado até Jeremy Bentham, que inventou a expressão "interesse próprio". Ele diz que as pessoas agem em seus próprios interesses com base em padrões utilitários, mesmo que o interesse não seja claro. De acordo com esse ponto de vista, é o indivíduo, e não o Estado, quem está mais qualificado para buscar a satisfação (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

Os defensores desse movimento reconhecem que outros fatores além do interesse próprio influenciam o comportamento, como religião e costumes locais. Esses fatores modificam o conceito de benefício próprio, que muitas vezes está atrelado ao prazer alheio. Apenas o propósito consciente do sujeito é usado para julgar seu comportamento. Outros aspectos, como “hereditariedade, química, neurologia e até mesmo o inconsciente do agente”, são descartados (GUERREIRO, 2010, p. 132).

Os tribunais resistem à implementação da AED, tendo em vista que as teorias interpretativas atuais entendem que a moral, a ética e a economia devem ser excluídas dos discursos políticos, portanto, os fundamentos devem ser exclusivamente legais, conforme definido pelo ordenamento jurídico (GUERREIRO, 2010). A autora (2010, p.132) entende como correta a positivação da análise econômica da riqueza, onde o AED avaliaria o “potencial de eficiência das normas desde o início de suas formulações”, pois, tem como objetivo vincular eficiência e eficácia na produção de regras. A eficácia é definida como a capacidade de produzir efeitos, enquanto a eficiência é definida como a capacidade de alcançar o melhor resultado com o menor número de erros ou perdas, atingir ou almejar o maior rendimento e desempenhar a função pretendida da maneira mais eficiente.

O ponto positivo para aplicação da AED, seria justamente na identificação do conceito de eficiência. Esse conceito é múltiplo, por isso, existem outras atribuições a esse complexo conceito. A definição mais simplória traduz no sentido de a “eficiência ser a maximização do bem-estar social, ou seja, políticas públicas que busquem o bem comum” (GICO JUNIOR, 2020, p.48-49).

O conceito mais complexo envolve a divisão entre “eficiência produtiva e eficiência alocativa”, a saber:

Assim, enquanto na eficiência produtiva o foco é no processo produtivo e na taxa output/input dele resultante, assumindo-se que a escolha do produto já foi feita, na eficiência alocativa se analisa o bem-estar extraído de cada produto e, portanto, a adequação da escolha realizada. Haverá eficiência alocativa quando houver a distribuição ótima de bens e serviços levando se em consideração as preferências da sociedade, ie., quando o resultado do processo produtivo, o produto, for aquele que gerar a maior utilidade ou bem-estar social possível. (GICO JÚNIOR, 2020, p. 50)

Assim, essa eficiência alocativa seria a melhor vertente para uma análise legislativa para o processo penal, a qual a realidade do processo deve ser aquela que gere maior utilidade ou bem-estar social para a coletividade. Por esse motivo a alteração legislativa deve ser voltada para uma excelência direcionada às preferências sociais somadas a maior aplicabilidade do bem-estar social possível.

Para Mackaay e Rousseau (2015), a AED reintroduz a razão de ser das instituições jurídicas, através de ferramentas conceituais. A AED não se restringe a questões econômicas como comércio, moeda, bancos e concorrência. Por consequência, examinam-se as correntes da Análise Econômica Positiva e da Análise Econômica Normativa do movimento Direito e Economia. Essa divisão foi formada como consequência do uso dos objetivos teóricos da pesquisa econômica nas formulações legislativas.

A distinção entre o mundo dos fatos - que pode ser investigado e verificado por métodos científicos e cujos resultados são suscetíveis de falsificação, também chamado de análise positiva e o mundo dos valores - que não é suscetível de falsificação, serve de fundamento para a conceito aqui apresentado. Esse conceito será referido como análise normativa, uma vez que carece de investigação empírica, evidência ou falsificação e, portanto, não científica. Nesse sentido, alguém fazendo uma investigação positiva está investigando se A matou B. Por outro lado, embora os fatos sejam importantes na decisão, quando o legislador pergunta sobre a punição em determinadas circunstâncias para tal comportamento, faz uma análise normativa (GICO JUNIOR, 2020; ARAÚJO, 2015).

Segundo Gico Junior (2020), essa postura está fortemente relacionada à proposição Guilhotina de Hume, cujo modelo está representado no quadro 2. Nela é afirmado o argumento de ser impossível deduzir o dever-se apenas do ser, ou seja, que proposições puramente factuais só podem implicar ou implicar outras proposições puramente factuais e nunca juízos de valor. Em outras palavras, os fatos não levam necessariamente a julgamentos éticos e vice-versa. Essa abordagem implica uma clara distinção entre o mundo dos fatos e o mundo dos valores. Assim, demonstra uma dificuldade enfrentada pelo ordenamento jurídico na separação da separação desses dois mundos, conforme indicado a seguir:

Quadro 2 – A Guilhotina de Hume

NORMATIVO	POSITIVO
Deve ser	É
Valores	Fatos
Subjetivo	Objetivo
Prescritivo	Descritivo
Arte	Ciência
Bom / Ruim	Verdadeiro / Falso

Fonte: GICO JUNIOR (2020, p. 12)

Naturalmente, as preocupações culturais surgem quando essa diferença é aplicada à lei. Afinal os juristas estão tão acostumados a pensar em termos normativos e discutir questões em termos avaliativos que seus argumentos em debates públicos ou privados sobre assuntos muito fundamentais transitam facilmente de uma área para outra (GUERREIRO, 2010). Há uma tendência a má interpretação de um argumento normativo por um *positiv*, e vice-versa. A este respeito, um jurista que não tem formação substancial pode ter dificuldade em aceitar e apreciar completamente a distinção entre análise positiva e normativa.

É importante enfatizar, entretanto, que a distinção entre "ser" e "dever ser" não é tão fácil quanto a Guilhotina de Hume defende. A formação cultural, a ideologia, a visão política e a história do pesquisador podem afetar o objeto de estudo e a abordagem utilizada, o que pode alterar os resultados da pesquisa. Além disso, embora a diferenciação entre proposições de ser e proposições de "dever ser" seja simples, aceitar um enunciado como um ser requer um consenso prévio da comunidade sobre os critérios para decidir o que é (GICO JUNIOR, 2020).

Seja a ciência neutra ou não, parece relativamente simples reconhecer que, quando comparado ao grau de miscigenação entre fato e valor que ocorre no direito, a aplicação da Guilhotina de Hume representa uma melhora significativa na clareza da comunicação e estabelecimento de pontos de vista. Mesmo que apenas pragmaticamente e mesmo que divergentes. É conveniente poder restringir possíveis conflitos a preocupações normativas ou positivas e a distinção é

importante e necessária para a pesquisa e, portanto, para o AED, mesmo que apenas por razões pragmáticas (GICO JUNIOR, 2020).

Dessa forma, pode-se dizer que quando um praticante de AED usa suas ferramentas para realizar uma análise positiva (o que é), ele está se engajando em ciência econômica aplicada ao direito (por exemplo, um exercício de prognóstico). Nesse cenário, o *juseconomista* não consegue fornecer sugestões de políticas públicas ou tomadas de decisão. Ele pode apenas identificar possibilidades normativas prospectivas e examinar seus impactos potenciais, bem como avaliar a eficiência de cada solução concebível para auxiliar na análise de custo-benefício (GICO JUNIOR, 2020).

Quando o *juseconomista* usa seus métodos para realizar uma análise normativa, como por exemplo, declarando que a política pública X deve ser decretada à custa da política Y, ou que a situação A deve ser tratada de forma W, ele é capaz de fazê-lo. Um *juseconomista* é aquele que já estabeleceu o padrão normativo de ponderação das opções oferecidas (GICO JUNIOR, 2020).

Se o gestor público quiser reduzir a quantidade de sequestros relâmpago, por exemplo, o AED normativo pode auxiliar na descoberta da política de condenação correta, a melhor estrutura processual para esse tipo de crime e assim por diante. Nesse sentido, qualquer objetivo, desde uma maior preocupação com a justiça financeira até a abordagem mais eficaz para facilitar a reconciliação entre casais em dificuldades, pode servir como guia para o AED normativa (GICO JUNIOR, 2020).

Para Guerreiro (2010, p. 135), o fato de a teoria econômica do direito não explicar por que, na realidade, os “juízes do *common law* decidem ou devem decidir segundo critérios de maximização da riqueza” se deve ao seu caráter essencialmente positivista, que se preocupa principalmente em descrever, muitas vezes, a partir de modelos hipotéticos. A Análise Positiva baseia seus argumentos em modelos econômicos que demonstram o desenvolvimento da riqueza por meio de parcerias voluntárias em mercados reais ou imaginários.

Por outro lado, a autora discorre também sobre a Análise Normativa da Economia do Direito, afirmando que esta possui uma postura prescritiva em relação

às modificações que a lei deve fazer para incitar os indivíduos a agir para maximizar a eficiência (GUERREIRO, 2010).

As normas de Direito e Economia definem a eficiência como referência para analisar a adequação das normas vigentes nos termos estabelecidos. Tendo em vista que tentar modificar um sistema para atingir os propósitos desejados, tem-se um processo de valoração, por vezes não apresenta uma visão isenta de ideologia. Entretanto, toda decisão jurídica e administrativa, deve ser pautada pela eficiência e a teoria prevê quais decisões e reformas na realidade socioeconômica levarão ao resultado desejado (GUERREIRO, 2010).

No entanto, existem várias objeções a essa tendência. No embate entre maximização da riqueza e igualdade de riqueza, a primeira opõe-se às noções de os consumidores terem a liberdade de fazer compras em um mercado livre e os empobrecidos terem direitos sociais em função de suas circunstâncias. De acordo com a teoria econômica, o “governo deveria intervir na aplicação de incentivos para maximizar o valor das interações sociais”, limitando o livre mercado, mas não criando uma rede pública de regulação social. Ou seja, os princípios igualitários vão além da maximização da riqueza (GUERREIRO, 2010, p. 139).

Nesse contexto, se a busca por aconselhamento não for apenas sobre como alcançar um resultado específico (consequência), mas também sobre qual objetivo perseguir, a análise de justiça econômica pode não oferecer vantagens significativas sobre a análise fornecida por outros campos do conhecimento ou ciências e deve ser considerada ao lado dos demais, dentro de suas limitações (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

Em consequência, a AED na abordagem positiva ajudará a conhecer a norma jurídica, sua lógica e as muitas consequências prováveis da implementação desta ou daquela norma. Ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. A AED normativa ajudará a identificar qual é a escolha mais eficiente e o melhor arranjo institucional dado um valor previamente estabelecido (SANTOS; RODRIGUES, 2017). Quanto a esse aspecto de abordagem conceitual comportamental lei deu acesso ao advogado de defesa, entretanto isso não muda o comportamento das partes no sentido geral, afinal não alterou sua essência jurídica.

À luz do íterim apresentado sobre a história e as origens da AED, a Lei 13.245 de 2016 deve ser estudada também por essa versão normativa do que se pretende ser, uma vez que se tornou possível afirmar que as investigações criminais continuam tendo um caráter inquisitivo. Mas com o advento dessa legislação no EOAB, a intenção do legislador se voltou na busca por maior participação da defesa, como garantia de direitos fundamentais. Essa patologia de modelagem inquisitiva na investigação, poderá ser revista numa perspectiva analítica da AED, que irá demonstrar a necessidade de mudança cultural com visão para o processo penal, para obter uma estrutura que estimule às partes a participarem mais efetivamente do processo de investigação contido no inquérito policial.

3.3.3 A mudança necessária do entendimento da cultura do processo penal, na ausência da estrutura adversarial

A Economia estuda os comportamentos sociais, não somente no sentido financeiro mercadológico, mas também toda mudança realizada e promovida pelo poder público e que reflita uma alteração no cenário. Desse modo, qualquer alteração legislativa, fato ou mudança no contexto jurídico iria gerar uma inovação jurídica no espaço, o que formaria o estoque de capital jurídico.

Como mencionado, o capital jurídico de uma sociedade é a acumulação de suas experiências e ideais ao longo do tempo. Em uma sociedade, quanto maior for suas experiências, maior a possibilidade de provisão de mais cenários e melhor a previsão sobre o resultado de um desacordo específico em caráter judicial. Essa segurança jurídica permite o planejamento de longo prazo, “maior alocação de riscos”, evitar certas ações oportunistas e, em última análise, a colaboração dos agentes envolvidos no processo (GICO JUNIOR, 2013, p. 448).

A possibilidade de os agentes anteciparem-se quanto aos atos que são permitidos proibidos por lei, bem como as punições legais vinculadas a cada infração, inclusive sua gravidade, torna útil o fluxo de informações proporcionado pelo estoque de capital jurídico. Nesse sentido, a eficácia com que as normas jurídicas controlam o comportamento dos agentes está intimamente ligada ao valor

do capital jurídico. Como resultado, uma norma jurídica puramente nominal (como “a famosa lei que não pegou”) não constitui capital jurídico, ou se o faz, sua utilidade é nula ou possivelmente negativa (GICO JUNIOR, 2013, p. 452).

Com base nas análises de *juseconômica*, pode-se demonstrar de forma resumida a dinâmica que decorre de um desequilíbrio de curto prazo entre o capital jurídico em um determinado período e os níveis a longo prazo, “como um ciclo de expansão e de retração das taxas de litigância”, que caracterizam aumentos e diminuições de processos de forma cíclica e contínua, conforme observado na figura 1 (GICO JUNIOR, 2013, p. 457).

Figura 1 - O ciclo da litigância



Fonte: Gico Junior (2013, p. 457)

Tudo isso causaria um impacto econômico na sociedade jurídica, relacionando-se ao “ciclo de litigância” (GICO JÚNIOR, 2013, p.455). Ou seja, a própria sociedade existente em um espaço e tempo ordenado geraria, através do

ciclo de litigância, impactos econômicos para jurisdição nacional. Numa visão social, a insegurança jurídica provocada por constantes alterações nas leis um descrédito nas instituições que deveriam ser referenciais para o cidadão. É natural que o cidadão mediano tenha confiança no poder público como aplicador e garantidor dos seus direitos. É possível exigir que o poder público cumpra suas missões, mas para isso, é necessário que o Estado promova aos seus cidadãos uma acessibilidade às garantias constitucionais.

Além do mais, existe um ativismo judicial nas instâncias superiores na aplicação da lei e com isso, automaticamente também ocorre uma interferência na estabilidade que o cidadão espera do poder judiciário. Para esse ativismo do judiciário, as pessoas precisam dispende do seu tempo para ficarem atualizadas diariamente. Caso contrário, elas ficarão isoladas sob a nova interpretação jurídica a qual os tribunais superiores deram entendimento. Tudo isso torna o direito obsoleto e lento sendo que esses assuntos deveriam estar sedimentados no contexto dos conceitos jurídicos.

É amplamente reconhecido que o direito à informação (ou conhecimento) do processo em andamento, suas ações e partes informativas, bem como o direito de participar de seu crescimento e interferir ou influenciar sua conclusão, são definidos como incompatíveis. Existem duas vertentes em termos de defesa: legítima defesa e defesa técnica na figura do advogado. A primeira vertente inclui o direito a uma entrevista e a uma audiência pessoal, bem como a legítima defesa à autoridade responsável sem a assistência de um advogado ou ser competente.

Em termos de investigação, o direito de informação e participação do investigado foram substancialmente ampliados, auxiliado por uma defesa tecnológica, notadamente desde a Súmula Vinculante 14 (BRASIL, 2009) e a adoção da Lei 13.245/2016 (BRASIL, 2016). A súmula do STF e o Estatuto do Advogado garantem que a defesa tenha acesso a material já documentado em processos investigativos criminais. Além disso, a vigilância técnica do arguido durante o interrogatório ou outros tipos de audiência é garantida por lei, assim como as diligências necessárias, com possibilidade de prestar esclarecimentos e perguntas.

Em termos de legítima defesa, o interrogatório policial parece ser o momento mais adequado para tal, uma vez que será dada ao investigado a oportunidade de comparecer perante a autoridade investigadora, bem como de fazer ou não uso da palavra, com base em seu próprio interesse. Apesar de não ter a mesma dialética verticalizada do processo e, portanto, menos opções de efetivação, o investigado pode ainda intervir na condenação do delegado responsável pela presidência do feito.

As candidaturas, com ou sem advogado, são sempre acessíveis, mas ficam sujeitas à discricionariedade da comissão examinadora com base na posição majoritária. Como consequência, qualquer desvio de poder ou ilegalidade pode resultar em reação nos autos do inquérito policial ou em conflito com autoridades de controle interno e externo.

Dito isso, vale notar que o direito de acesso do advogado, evidenciado pela Lei 13.245/2016, possui características significativas que devem ser levadas em consideração. Primeiro, o advogado tem total acesso à investigação para que possa instruir seus clientes e, com isso, preparar melhor a defesa técnica no nível processual adequado. Segundo a capacidade do advogado de auxiliar na investigação a fim de encontrar a verdade material.

É fundamental que a Autoridade Policial, o Judiciário, o Ministério Público e as organizações da sociedade civil reconheçam que a advocacia não se resume à prestação de serviços privados e econômicos. A Constituição Federal de 1988, que estabeleceu que o advogado fosse indispensável à administração da justiça, não estabeleceu uma proteção corporativa, apenas prevê ao advogado a missão de zelar pela proteção dos direitos e garantias fundamentais da sociedade (PEIXINHO, 2016).

A terceira razão importante para o envolvimento de um advogado em uma investigação policial é permitir uma maior gestão das atividades de investigação policial, a fim de evitar arbitrariedades e abuso de autoridade. Quando um advogado acompanha as atividades investigativas policiais de seus clientes, está exercendo “controle sobre atos ilegais e arbitrários” que possam ser perpetrados contra instituições jurídicas, além de atuar em seu melhor interesse (PEIXINHO, 2016, p. 1072-1073).

Eis que, apesar da compreensão por parte de Paulo Rangel (2019), destaca seu ponto de vista quanto ao desdobramento da Lei 13.245/2016 no ordenamento jurídico, ressaltando que os princípios da publicidade, do contraditório e da ampla defesa não foram devidamente aplicados ao longo do inquérito policial, de acordo com o previsto na Lei nº 13.245/2016.

Foi assegurada a participação do advogado no inquérito, nomeadamente no interrogatório ali oferecido, embora isso não lhe retirasse o carácter inquisitivo. Nos processos judiciais e administrativos, a Constituição garante o contraditório e ampla proteção aos litigantes. Apesar de ser um "procedimento administrativo", o inquérito policial não atende a essa ideia constitucional devido à sua natureza. Noutra sentença, caso tivesse natureza de processo atenderia um maior interesse de participação, até pelo fato antes demonstrado da impossibilidade de aferir nulidade quando ocorrer irregularidades.

De fato, observa-se que a nova lei não eliminou o aspecto inquisitivo da investigação, mas deu a opção de uma incidência regulada de uma parcela do contraditório e da defesa, assegurando a necessária "paridade de armas" no método de defesa (AQUINO, 2021). Sendo assim, corrobora a necessidade de mudar o entendimento da cultura processualista brasileira, pois caso queira obter maior participação da defesa na fase investigativa o CPPB necessita criar um incentivo adversarial para as partes.

Lopes Junior (2020, p. 298-299) é enfático ao referir-se que para o efetivo desempenho de suas funções, "o defensor público deve estar protegido por um conjunto de garantias que lhe confirmam total independência e autonomia em relação ao juiz", ao MP e às autoridades policiais. A este respeito, o art. 133 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), afirma que o advogado é indispensável à administração da justiça e que é inviolável por seus atos e manifestações no exercício de sua profissão, desde que dentro dos limites da lei.

Por isso, tal direito do advogado de acesso aos autos, deve se fazer presente diante da autoridade competente, sobretudo como a recusa de acesso aos autos de instrução, a entrega incompleta ou em casos os quais tenham sido retiradas partes já incluídas no livro de inquérito. Também implicam responsabilidade criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impeça o acesso ao

advogado para prejudicar o exercício da defesa. O acesso deve ser obtido junto ao juiz de garantias nesta situação, conforme previsto no CPPB art. 3-B, inciso XV (LOPES JUNIOR, 2020).

Em suma, o acesso às informações previamente estabelecidas no processo investigativo pela defesa não carece de prévia autorização judicial. No entanto, tratando-se de investigação de organização criminosa, uma vez que a investigação tenha sido declarada sigilosa pela autoridade judiciária competente, o acesso do defensor às informações deve ser precedido de autorização judicial para assegurar a celeridade e eficácia das medidas investigatórias, exceto nos casos de investigações em andamento (LOPES JUNIOR, 2020).

Merece o friso ainda acerca dos estudos de Peixinho (2016), quando trata da mitigação do sistema inquisitivo, especificamente quanto à evocação dos princípios do contraditório e da ampla defesa no procedimento administrativo do inquérito policial, em casos da exposição da presença de advogado no inquérito policial não implica a garantia do contraditório e da defesa completa, como ocorre no processo judicial. Ainda que não haja dinâmica de contraditório ou ampla defesa, o inquérito policial, como uma espécie de “ato administrativo praticado pelas autoridades administrativas”, exige a adesão aos princípios norteadores e direitos fundamentais da Administração Pública. As mudanças trazidas pela Lei nº 13.245/2016, que revisou o Estatuto dos Advogados, foram consequências também de conflitos reais entre policiais e advogados (PEIXINHO, 2016, p. 1072).

Decerto, o cidadão tem uma expectativa de otimização da Administração Pública, entretanto, de maneira perniciosa, o Brasil possui um histórico infeliz de gestores que surrupiam os bens públicos e administraram o Estado como empresa pessoal na obtenção do lucro próprio. Esse histórico trágico precisa ser alterado com implantação de novas concepções. Em muitas situações, foi negado aos advogados o acesso aos inquéritos policiais devido à crença ultrapassada de que um inquérito policial é apenas um processo inquisitorial. No entanto, antes da inovação legislativa que tornou obrigatório o acesso e atuação do advogado nas investigações policiais, a Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal de 2009 já havia atenuado esse conceito restrito (PEIXINHO, 2016).

Parece não haver dúvidas sobre a existência de certo nível contraditório e defensivo no inquérito policial, muito embora não seja a mesma dimensão plena ou ampla da esfera instrutória judicial.

Na verdade, é impossível negar que a Lei 13.245/2016 amadureceu uma ideia ultrapassada no sentido de que as garantias fundamentais vinculadas ao devido processo não têm influência na fase de inquérito à medida que a contradição e a defesa crescem. Mesmo nos Tribunais Superiores, diversas condenações são baseadas em elementos obtidos durante o processo investigativo, esse modelo, aliado às limitações dos equipamentos de defesa, torna extremamente difícil provar a inocência do acusado.

Diante dessa conjuntura conceitual, a AED poderia emprestar uma importante ferramenta na identificação de sua aplicação, tendo em vista que o conceito de Economia não se restringe tão somente ao estudo de mercados financeiros, mas ao comportamento humano como um todo. Assim, através da AED seria possível buscar uma eficiência juntamente com o ideal finalístico proposto pela lei (RIEFFEL, 2016, p. 58).

A *juseconomia* auxilia na descoberta sobre a prognose e o custo de oportunidade. Apenas detentores desse conhecimento serão capazes de realizar uma análise de custo-benefício e tomarmos a decisão socialmente desejável” (GICO JÚNIOR, 2018).

Vale ressaltar, que esse ciclo de litigância abordado por Gico Júnior (2013, p. 440) gera um aumento nos custos processuais provocando maior demanda de serviços nas comarcas e serviços processuais.

Finalmente, uma proposta de mudança comportamental, na perspectiva analítica e econômica que poderia ser orientada para início de mudança comportamental no processo penal brasileiro seria a aplicação do confronto das partes dentro da fase investigativa. Esse mecanismo será a seguir demonstrado.

4 O DIREITO AO CONFRONTO COMO MEIO DE APLICAÇÃO DA AED NA AMPLIAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DA DEFESA NO INQUÉRITO

A proposta de utilização do instrumentário da AED como promoção mais efetiva da participação da defesa no inquérito soma-se a uma adequação necessária da fase investigatória para que se torne processo (4.1) uma outra necessidade de inclusão do direito ao confronto no processo penal brasileiro para maior participação da defesa na efetivação das garantias individuais (4.2) é a análise que se passa a demonstrar a seguir.

4.1 A necessária adequação da fase investigatória administrativa para processo

O confronto das partes na fase investigatória pode ser uma alternativa de adequação para que o contraditório entre as partes seja aplicado no sistema processual brasileiro. Desse modo, esse instrumento precisa antes de uma necessária adequação do modelo processual, fazendo com que a fase de inquérito policial seja processo e não mais fase administrativa.

Quando se trata do comportamento criminoso, a abordagem econômica é criticada por seu quadro utilitário de análise, particularmente por sua eficácia em termos do pressuposto da racionalidade econômica. Isso ocorre, pois, a teoria postula que os indivíduos respondem aos incentivos do sistema de justiça criminal de maneira substancial. Ao contrário de tais críticas, há evidências empíricas para a inferência do modelo econômico: as taxas de criminalidade respondem a mudanças nas penas (PORTO; GAROUPA, 2020).

Conforme o exposto, da mesma forma que as pessoas respondem aos incentivos gerados pelo sistema de justiça criminal, com tal característica esse sistema precisa criar métodos para que a cultura comportamental, dentro do processo, seja também alterada. Portanto, conforme a vontade do legislador em efetivar a participação da defesa na fase de investigação a alteração legislativa no

EOAB foi um incentivo que gerou expectativa para essa mudança. A alteração visou maior participação na fase de inquérito, porém não deu alteração para que essa mesma fase pudesse se tornar processo e estimulasse essa participação, dado que não é interesse participar, em um momento que, em regra, não gera nulidade para o processo posteriormente.

De acordo com Porto e Garoupa (2020), não há como fazer uma mudança que beneficie alguém sem prejudicar outra pessoa, de acordo com a eficiência econômica. Uma mudança é eficiente se aqueles que se beneficiam compensam aqueles que perdem, resultando em que ninguém fique em pior situação como resultado da mudança. Isso é conhecido como a “eficiência de Pareto”.

A abordagem econômica do crime refere-se à análise econômica de um pesquisador dos incentivos e desincentivos que certas leis e políticas criminais podem ter sobre os criminosos. A análise econômica final do criminoso, por outro lado, baseia-se em uma avaliação lógica dos benefícios que ele obterá ao cometer o crime *versus* as despesas de fazê-lo, ou seja, a pena possível de ser aplicada, multiplicada pela probabilidade de ser apanhado (PORTO; GAROUPA, 2020).

No entanto, não se explica porque as pessoas têm certas preferências ou como as políticas de execução e aplicação da lei podem afetá-las. A AED foi projetada para preencher esse vazio. No entanto, uma abordagem complexa da conduta criminosa ainda não foi desenvolvida em um grau aceitável (PORTO; GAROUPA, 2020).

Em termos do significado normativo da análise econômica comportamental do direito, ela compartilha a simplicidade do desenho de políticas com o método clássico, notadamente em termos e métodos de aplicação. O problema com a abordagem comportamental é que, criminosos, vítimas, agentes da lei e políticos não são totalmente lógicos. Como resultado, as abordagens tradicionais para o desenvolvimento de políticas de aplicação da lei não são mais viáveis. O impacto do excesso de confiança ou reciprocidade sobre eles, não é mais óbvio ou objetivo, pois, influencia não apenas os criminosos, mas também as opiniões dos policiais (PORTO; GAROUPA, 2020).

Quando o ganho previsto do litígio supera o custo deste, o indivíduo que busca um recurso jurídico entrará com uma ação judicial. Como resultado, ao determinar sobre a possibilidade de ajuizar uma ação, o autor nem sempre considera os benefícios sociais do litígio, particularmente os incentivos e desincentivos que uma decisão judicial pode criar (PORTO; GAROUPA, 2020).

Porto e Garoupa (2020) entendem que estudiosos que se valem da AED comportamental acreditam que isso é incorreto, porém, que a teoria dos jogos oferece uma solução alternativa. De acordo com essa ideia, o autor espera ganhar o caso, assim como espera que o réu receba uma dura condenação. Enquanto o réu aguarda ser condenado ou recebe uma pena leve (menor do que a reivindicada na petição inicial). Isso é chamado de “otimismo relativo”. Ou seja, alude ao otimismo das partes sobre o resultado do julgamento. Se o autor estiver otimista, ele pedirá um acordo que seja particularmente benéfico para seus interesses, enquanto o réu pedirá um pequeno pagamento ou nenhum. Segundo a teoria dos jogos, o otimismo relativo é o que impulsiona tantas ações para as etapas de sentença e apelação (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 133).

Com isso, é possível apontar, que se porventura, não ocorrer a participação efetiva da defesa na fase investigativa, a fase introdutória pode emergir como resolução plausível. Uma maior quantidade de peticionamento na fase investigatória, poderia demandar mais tempo e com isso aumentar os custos operacionais da parte defensiva.

Por outro lado, os acordos de condenação colocam em dúvida o caráter público da lei e do processo penal, podendo levar à privatização e informalização. Isso, no entanto, é incompatível com a importância dos direitos e interesses afetados e protegidos, o que impede que o processo penal seja informal e as partes tenham acesso à aplicação do direito penal (DE-LORENZI, 2020).

O sistema jurídico penal não se trata de um mercado, no qual os interesses coletivos, os individuais e as normas penais se tornam mercadorias a serem livremente negociadas. Assim, dada à natureza do direito penal, é mais conveniente um “processo público e formal, instruído em contraditório, em que as partes apresentem provas e se oponham às suas versões dos fatos e da lei aplicável, com posterior decisão por terceiro imparcial”, apropriado para obter uma resolução justa

(DE-LORENZI, 2020, p. 155). Por isso mesmo, defensores devem estar revestidos de garantias que possam possibilitar exercício pleno e eficaz de sua atividade, atuando com autonomia e independência com relação ao julgador, ao promotor e à autoridade policial.

Atualmente, no Brasil é obrigatória a presença de um advogado que represente o acusado nas fases judicial e de execução penal. Fingermann, Zapater e Custódio (2016, p.199) realizaram pesquisas com membros da defensoria Pública do Estado de São Paulo e concluíram que para os defensores atualmente há “obstáculos para uma defesa de qualidade”.

Ainda de acordo com os autores, não há menção explícita ao direito de representação legal do suspeito indiciado e alguns autores defendem que o envolvimento de um advogado formado na fase pré-processual é completamente inadmissível. Fato justificado pela permissão dada pelo Código de Processo Penal, de que o preso ou alguém que atue em seu nome se apresente ao juiz por simples petição, no caso de atraso na concessão de fiança pela autoridade policial, sem necessidade de autorização judicial e capacidade postulatória para impetrar habeas corpus (FINGERMANN; ZAPATER; CUSTÓDIO, 2016).

No entanto, o advogado tem o direito de examinar os registros de inquérito policial em um órgão policial. Além disso, o Código de Processo Penal especifica a aplicabilidade das regras relativas ao interrogatório da fase judicial ao interrogatório da fase policial, isso pode ser visto como fundamento para exigir a presença de um advogado neste momento (FINGERMANN; ZAPATER; CUSTÓDIO, 2016).

Há dúvidas, portanto, se no Brasil este direito alcança a fase de inquérito policial. Para Lopes Junior (2020), não existe sigilo para o advogado, não podendo ser negado acesso às peças ou o direito à extração de cópias como lastreia o fato no art. 7º, §§ 11 e 12, da Lei n. 8.906.

A dissonância estende-se, inclusive, quanto à hipótese de limitação do acesso ao próprio investigado, há aqui controvérsia instaurada, pois, chocam-se os direitos de os advogados consultarem o inquérito em consonância com o art. 7º, XIV, do EOAB, com a necessidade de resguardar informações de maneira que a eficácia da diligência seja efetiva.

Como já anotado anteriormente, a Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal impõe que é direito do defensor ter acesso amplo aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa. Em desdobramento, o Supremo decidiu em algumas ocasiões acerca do tema. Como por exemplo, no Agravo Regimental na Reclamação 28.903/PR – Paraná o qual ficou ementado que “o direito do investigado de ter acesso aos autos não compreende diligências em andamento” e ainda que “o Supremo Tribunal Federal assentou a essencialidade do acesso por parte do investigado aos elementos probatórios formalmente documentados no inquérito” (BRASIL, 2018).

Portanto, a questão que vem sendo abordada diz respeito à economicidade da participação da defesa nesta fase, inclusive, considerando as discussões em torno de reformas no sistema brasileiro, que mantem traços inquisitoriais e ao custo de adição da figura do juiz de garantias como forma de assegurar a plenitude de garantias ao investigado e posterior acusado.

Sobre a necessidade de participação de advogados na fase inquisitória, Schunemann, estudando o sistema norte americano, parte da atitude que considera “pouco crítica” dos juízes quanto aos autos da investigação preliminar. Segundo ele, sua pesquisa evidenciou que “os juízes tendem a pressupor que promotores tenham examinado os autos da investigação e considerado suficientes os elementos para propor denúncia” (2013, p. 216).

O autor menciona que os resultados obtidos em sua pesquisa estão alinhados à sua própria experiência e à relatada por outros defensores, de que no cotidiano forense americano os advogados percebem que o resultado da audiência de instrução comporta divergência considerável quando comparado com o conteúdo dos autos da investigação preliminar, que é construído do ponto de vista da polícia sem que seja submetido a uma análise crítica exatamente por “a defesa ocupar um lugar inferior ao longo do curso do inquérito policial” (SCHUNEMANN, 2013, p. 216).

Neste cotidiano forense, o advogado considera ser possível prever um fracasso em uma denúncia enquanto o juiz não tem sequer uma dúvida, afastando, desta forma, o princípio do *in dubio* pró réu, o defensor se vê, assim, compelido a comprovar a incorreção da denúncia caso queira obter a absolvição do réu.

Nota-se, com isso, que a participação substancial de advogados nesta etapa, assegurando os princípios da ampla defesa e do contraditório, em tese resultaria no não oferecimento de denúncias vazias, economizando o tempo judiciário e garantindo os direitos fundamentais do investigado.

Outro fator notado na pesquisa de Schunemann (2013) é que, após o final da inquirição, o magistrado perde a atenção, não se preocupando de maneira equivalente com a subsequente participação do defensor. As perguntas dos advogados e respostas do acusado não aparecem em nenhuma parte das sentenças.

Para este autor, a compatibilidade da pesquisa realizada com a experiência cotidiana dos defensores aparece, ainda, na encenação entre juiz e promotor, aquele atribuindo, na sentença, pena inferior à requerida por esse, que ciente disso requisita pena mais rigorosa. O promotor assume papel de guia do juiz, pessoa relevante que serve de padrão de orientação. O defensor, por outro lado, é visto como um obstrutor ao processo que contribui para a demora do judiciário (SCHUNEMANN, 2013).

Esse mesmo autor, analisando o modelo alemão, afirma que, desde 1924, entre eles vige o princípio da acumulação de forças processuais. Assim, todas as funções da audiência se reúnem em uma única figura: o presidente que também decide com discricionariedade sobre o exercício dessas funções, cujas decisões podem ser revistas por uma instância superior, inclusive no que se refere à gestão das provas (SCHUNEMANN, 2013, p. 225).

Para ele, a defesa tem uma presença forte no modelo alemão e ainda mais forte na audiência de instrução e julgamento alemã que no processo americano. O advogado alemão pode acessar autos de forma ampla, desde o fim das investigações de forma irrestrita, além disso, o advogado alemão pode apresentar e requisitar provas na audiência (SCHUNEMANN, 2013, p. 227).

Esse modelo está alinhado com o brasileiro. Em primeiro lugar não é pacífica a possibilidade de ampla defesa e contraditório no curso do inquérito policial, havendo uma posição majoritária sobre o entendimento de que determinadas partes do processo podem repousar em sigilo. Em segundo lugar, há dúvidas quanto à

valoração das provas colhidas na fase pré-processual, existindo quem defenda que os autos do inquérito valem até prova em contrário (LOPES JUNIOR, 2008).

Porém, os autos do inquérito teriam valor de permitir o juízo de pré-admissibilidade da acusação e servir para admissão judiciária da denúncia, sendo que a formação probatória deverá ocorrer na fase processual e o inquérito remanescerá com caráter instrumental e sumário (LOPES JUNIOR, 2008).

Após a conclusão do inquérito, porém, não há qualquer dissonância quanto à possibilidade ampla de defesa e contraditório, podendo ser contraditada, inclusive, a prova pericial. É possível às partes apresentar quesitos 10 dias antes da realização da perícia, requisitar a produção, acompanhar a colheita de elementos, manifestar-se sobre a prova, requisitar nova perícia, indicar assistente técnico e obter uma manifestação do juiz sobre a prova pericial realizada (LOPES JUNIOR, 2020).

A audiência de instrução e julgamento é o momento apropriado não apenas para produção e colheita de prova pericial, mas também testemunhal e documental. Todos os atos da audiência demandam a participação de um defensor, sendo o interrogatório o último ato com participação obrigatória do defensor, conforme artigos 185 a 196 do CPPB (BRASIL, 1941).

Ainda sobre a paridade entre defesa e acusação no processo penal, Tucci (2002, p. 203) explica que é decorrente da determinação de “igualdade substancial”, que somente é atingida com equilíbrio de situações, ou seja, o contraditório deve ser substancial em um processo regularmente desenvolvido. Essa igualdade coloca a defesa em pé de paridade perante o Estado, perante o Juiz, podendo influir significativamente para o deslinde da causa.

Por tudo que foi até o momento exposto, existe uma clareza em afirmar que é fundamental uma mudança do olhar da fase investigatória para o processo como um todo. Apesar do processo penal dever ser permeado por defesa de garantias e comandado pela presunção de inocência, existe uma “política de memória”, que devolve às épocas ditatoriais, fazendo com que as políticas públicas voltem suas raízes para inquisição. O que seria um “caráter plural da sociedade impossível de ser suprimido” (PRADO; MARTINS; CARVALHO, 2012, p. 39). Por isso, a

implementação da adequação desse modelo de processo torna-se de difícil execução.

Por isso, não seria suficiente somente uma adequação onde a transformação da fase de investigação para processo daria uma maior participação da defesa. Além disso existe uma necessidade de incluir o mecanismo de confronto dentro do CPPB. Afinal, esse direito de confronto entre as partes na fase de inquérito, além de efetivar as garantias individuais proporcionará maior participação da defesa dentro do inquérito e conseqüentemente dentro do processo.

4.2 A necessidade de inclusão do direito ao confronto no processo penal brasileiro para efetiva participação da defesa na concretização das garantias individuais

O devido processo penal assegura o tratamento paritário entre os sujeitos processuais com a plenitude de defesa do indiciado, do acusado ou do condenado com todos os recursos e meios inerentes à defesa, sendo inafastável a correlação entre a acusação e a sentença de mérito. O direito na defesa penal cabe a todo o imputado e se confirma com a assistência técnica de um advogado defensor que detenha capacidade de reagir de maneira efetiva à pretensão penal (TUCCI, 2002).

Desse modo, carece de necessidade de realizar uma inclusão do direito ao confronto dentro do processo penal brasileiro, em especial, na fase de inquérito policial. Esse mecanismo de uso por parte da defesa irá estimular uma maior participação da defesa o que, conseqüentemente, irá efetivar a proteção das garantias do acusado.

A AED auxiliará na escolha entre as alternativas possíveis, com foco no melhor arranjo institucional, dado um valor previamente definido (GICO JÚNIOR, 2018). Isso posto, quanto ao ideal de estruturação, o assento do modelo adversarial ideal traz ele próprio algumas contradições. Schunemann (2013, p. 229) demonstra, em primeiro lugar, a participação das partes e o amplo direito de produção de

provas, em análise do “sistema americano” nos quais aponta que este acaba sendo uma estratégia das partes e não uma forma de descobrir a verdade.

Além disso, há uma desarmonia entre a compreensão das partes e do juiz, ao examinar a teoria da dissonância cognitiva de Festinger (1957). Schunemann (2013, p. 229) explica que a determinação de um sentido depende da “pré-compreensão” de quem o formula e de quem interpreta a resposta, dentro do quadro de sua própria “pré-compreensão”. Assim, o horizonte de compreensão das partes torna-se diferente daquele imposto pelo juiz, uma discrepância que aumenta gradualmente.

O juiz que vivencia a colheita de provas como um expectador mudo está fora do círculo de comunicação que possibilitaria suplantar esta discrepância, além disso, o juiz mudo não pode realizar perguntas e esclarecer entendimentos. No caso do júri, o juiz togado apenas acompanha a audiência, decidindo sobre o juízo de culpabilidade sem que seja possível formular perguntas (SCHUNEMANN, 2013).

Também o modelo alemão comporta incongruências, sendo que o juiz que acompanha a colheita de provas e decide acaba acarretando fragilidades sempre em desfavor do defensor do acusado. Um primeiro problema é a inquirição de testemunhas no inquérito, influenciada por hipóteses prévias do policial. Uma dissimetria contraria ao acusado que o acompanha ao longo de todo o processo. O juiz, então, analisa a colheita de provas com efeito de perseverança ou inércia, participa do julgamento na direção das hipóteses da acusação com assimetria desfavorável à defesa (SCHUNEMANN, 2013).

Ainda sobre o modelo alemão, o juiz responsável pela inquirição, em razão do dever de preocupar-se com a condenação do acusado culpado, torna-se, por uma necessidade psicológica, o adversário do acusado. Diante do qual o magistrado deve formular perguntas desconfortáveis, procurar contradições e servir-se de uma tática de condenação o mais bem-sucedida possível.

A unificação dos poderes nas mãos do juízo torna-se o calcanhar de Aquiles para o estado de direito no modelo processual alemão, não havendo qualquer garantia contra esquecimentos ou mal-entendidos, sem mencionar o perigo de um [sic] proposital redação cuidadosamente imune a qualquer recurso da sentença escrita (SCHUNEMANN, 2013, p. 233).

Schunemann (2013) sugere não à adoção do modelo americano, já que sua pesquisa especifica os dilemas deste mesmo, mas ao contrário reformar o modelo alemão com uma dentre duas soluções, ou se reforma o papel do juiz, ou executa alterações na investigação preliminar.

No primeiro caso, ao juiz passivo caberia formular perguntas e interrogar suplementarmente no quadro da audiência de instrução e julgamento. Para Schunemann (2013, p. 234), porém, o fato de que ainda teria contato com os autos da investigação preliminar acarretaria a perseverança da sentença e as propostas para mitigar essa problemática são insatisfatórias para frear a “larga supremacia das investigações policiais”.

Por outro lado, reformas na investigação preliminar inquisitorial seriam realizadas a partir da “introdução de quatro princípios aptos a assegurar um equilíbrio entre os interesses do estado, persecução e o controle dos atos pela defesa”. Em primeiro lugar a instituição de uma “protodefesa” estatal que pudesse assegurar as garantias do acusado ao longo de fases sigilosas do inquérito, o que poderia ser realizado pela defensoria pública brasileira (SCHUNEMANN, 2013, p. 235).

Além disso, a gravação das inquirições de testemunhas em vídeo possibilitando ao advogado ao receber os autos averiguar a fidedignidade do que é coletado. Seria também assegurado ao advogado um direito de inquirição próprio e privado de testemunhas também gravadas em vídeo. Por fim, a substituição de medidas mais severas pelo uso de técnicas de comunicação e observação modernas em favor do acusado (SCHUNEMANN, 2013).

É neste contexto de mudança e complexidade que se procura reformar a participação da defesa no processo penal, especialmente no Brasil, país em que se verifica “desarmonia entre os textos originais do Código Penal e do Código de Processo Penal” com as garantias estabelecidas na Constituição federal de 1988 (FINGERMAN; ZAPATER; CUSTÓDIO, 2016, p. 183).

No ideal de Schunemann (2013), quanto ao processo penal brasileiro, é permitido afirmar que existe uma intenção legislativa confirmada na alteração do EOAB, cuja intenção foi fazer com que o advogado defensor participasse mais das

investigações preliminares consubstanciadas no inquérito policial. Ademais, como existe uma indefinição da estrutura acusatória ideal para o modelo processual brasileiro, persiste um anseio que se almeja para efetivar o desenho melhor do modelo adversarial no Brasil (PRADO; MARTINS; CARVALHO, 2012).

Dentro da busca pela inclusão do direito ao confronto na investigação, ou seja, “contraditório defensivo específico” de acordo com Figueiredo (2020, p. 32, 41) coloca em pauta essa proposta de participação maior das partes. Esse instrumento, é semelhante ao direito do contraditório, entretanto, como foi dito seria mais específico, pois há distinções importantes. O direito ao confronto pertence ao acusado ou investigado, enquanto o contraditório pertence a ambas as partes. Destacando inclusive a história de Raleigh e Cobhan, um caso paradigmático, cuja história reflete acerca da possibilidade de graves injustiças cometidas em decorrência de declarações unilaterais por parte de testemunhas. Um fato relevante para o surgimento do “*right of confrontation*”.

De maneira ampla, como a prova poderá obter valoração pelo julgador na formação de sua convicção, o defensor teria direito de se defender confrontando ou interrogando, por exemplo, as testemunhas que depusessem contra seus interesses, acarretando a garantia de outros direitos (FIGUEIREDO, 2020). Ademais, possui sua origem ligada a “proteção do indivíduo contra práticas existentes nos países da Europa continental” nesses países é permitido uso das declarações de testemunhas de forma oral e seus depoimentos são sujeitos ao teste adversarial (FIGUEIREDO, 2020, p. 67).

O direito de confronto aplica-se aos “atos processuais que envolvam a produção de prova oral”, enquanto o contraditório se aplica à produção de prova de outras fontes (documental, pericial), bem como outras etapas processuais (alegações finais, recursos) ou outros atos processuais determinados por lei (FIGUEIREDO, 2020, p. 129-130).

Esse mecanismo permitiria a efetivação plena de uma proposta adversarial, conseqüentemente saindo das raízes inquisitoriais, além de possibilitar maior participação da defesa na fase investigativa. Além do mais, o juiz pode se convencer em sua decisão final com elementos colhidos na investigação. Essas informações, por pertencerem aos elementos de informações colhidos fora do processo em fase

administrativa, devem ter um acompanhamento mais próximo por parte do advogado de defesa. Entretanto o processo penal brasileiro não oferece essa possibilidade de maneira expressa.

Desse modo, no direito ao confronto dentro do seu objeto, existe a aplicação do “*hearsay rule*”, que seria uma forma de impedir a “utilização de elementos produzidos extrajudicialmente ou anterior ao julgamento ‘*hearsay evidence*’, como forma de permitir que apenas aqueles produzidos no julgamento sejam submetidos”, tal possibilidade permite dar “confiabilidade’ às provas” (FIGUEIREDO, 2020, p. 52). O que de fato possui um fundamento plausível para surtir interesse na defesa quanto a sua maior participação.

Diante dessas considerações, o confronto também atinge a uma proteção de dimensão social, afinal contribui com uma “participação da parte no procedimento e na produção da prova oral”, o qual conseqüentemente legitimará as decisões judiciais, dando caráter de paridade de armas e processo justo a todo procedimento de investigação (FIGUEIREDO, 2020, p. 77).

A importância quanto a aplicação desse direito no Brasil, andaria em consonância com a proteção dos direitos humanos, assegurada no artigo 8º, n. 2, f, da Convenção Americana dos Direitos Humanos (doravante CADH) (FIGUEIREDO, 2020, p. 172). Nessa Convenção existe uma previsão na qual o acusado teria a prerrogativa de inquirir testemunhas presentes no tribunal, o que assegura o julgamento justo “*fair trial*”, bem como uma correspondência próxima ao devido processo legal.

Noutra perspectiva, a implantação desse instrumento, além da paridade de armas, pode retirar a raiz inquisitória do procedimento investigativo de cunho inquisitório, afinal, garante que a “produção de prova oral não será realizada em segredo” (FIGUEIREDO, 2020, p. 173). Tudo isso iria garantir ao imputado, através do seu advogado de defesa, o papel de sujeito do processo e não um mero objeto de prova.

Visto que essa possibilidade de confrontar aos depoimentos testemunhais na fase investigatória permite maior equidade para defesa, também seria uma forma de preservação dos direitos e garantias fundamentais, sendo assim atingiria ao que a

CRFB exige em seu artigo 5º (BRASIL, 1988 – art. 5, §2º), passando portando os direitos considerados em normas de tratados internacionais dos direitos humanos a serem normas de força constitucional.

De acordo com Figueiredo (2020, p. 179) o “direito ao confronto tem natureza constitucional, pertencente ao bloco de constitucionalidade por autorização do §2º, artigo 5º”, dessa forma sua efetivação e proteção devem ser garantidas pelo ordenamento pátrio.

Outrossim, como o direito ao confronto tem uma ligação direta com provas de cunho pessoal ou decorrentes de fonte pessoal, como as obtidas por testemunhas, a sua proteção deve ser feita com uma participação ativa do defensor do acusado. Afinal, o artigo 155 do CPPB ainda possui força de aplicação, permitindo ao magistrado, ainda que não exclusivamente, fundamentar suas decisões com elementos colhidos em investigação.

Finalmente resta saber como poderia ser aplicado, na prática o direito ao confronto no Brasil. Ante ao exposto, deveria, inicialmente, ser alterado o entendimento da natureza jurídica da fase de inquérito policial. Ou seja, essa fase, também reconhecida pela jurisprudência como fase administrativa ou investigativa precisa perder esse caráter passando, portanto, para uma fase processual, na qual sejam exigidas diligências como notificação e manifestação das partes, assim como são exigidas na fase de instrução.

Outra alteração necessária, além da mudança da natureza administrativa para processual, seria a alteração legislativa a partir dos artigos que iniciam o tratamento do inquérito policial no CPPB (BRASIL, 1941 – art. 4º). Portanto ser incluída a exigência de manifestação da defesa ao final do relatório produzido no inquérito, de modo que essa possa se manifestar, após o relatório da investigação, com seu posicionamento quanto a legalidade e garantias dos direitos do acusado, nesse momento de apuração investigatória.

Além dessas alterações normativas, à luz da implantação do direito ao confronto no Brasil, irão implantar uma ação afirmativa ao Estado colocando na estrutura de produção de prova oral (FIGUEIREDO, 2020). Além de um julgamento

paritário e ideal, que conseqüentemente irá solucionar essa lacuna jurídica dos problemas na produção da prova oral.

Somente assim, essas duas propostas, uma de natureza procedimental, ao reconhecer a fase de inquérito como processo e outra, uma mudança exigindo a manifestação da defesa nessa fase de investigação proporcionariam uma transformação na cultura do processo, permitindo o início da mudança de perspectiva de raiz inquisitória que, ainda persiste no ordenamento jurídico brasileiro.

5 CONCLUSÕES

O presente trabalho teve o desígnio de analisar, a partir da alteração do EOAB em 2016, se houve efetiva participação da defesa na fase investigatória ou se essa modificação não trouxe mudanças significativas nesse processo. A referida análise, teve como perspectiva a AED para a definição das consequências jurídicas, em prejuízo ou benefício aos direitos fundamentais.

O primeiro objetivo específico deste trabalho foi atingido e teve a intenção de verificar os possíveis impactos socioeconômicos e processuais que a implantação da alteração do EOAB acarretou o curso do Inquérito Processual, sob uma perspectiva da AED. Quanto ao resultado socioeconômico, por ter uma dimensão mais ampla carece, portanto de dados empíricos mais relevantes. Ainda assim, este resultado pode ser verificado, no recorte espacial da comarca de Patos de Minas, no item 2.3.4 da Aplicação da AED como estratégia de interesse social para as escolhas jurídicas penais. Ao descrever sobre os fundamentos da AED e opções de escolhas da AED na pesquisa foi também demonstrado a sua fundamental importância para a construção incentivos criados pelo sistema de justiça penal.

O segundo objetivo específico, por sua vez, buscou apresentar as consequências jurídicas sob uma perspectiva da AED que a mitigação do inquisitório na fase de investigação trouxe para o processo penal. Este resultado pode ser verificado no item 3.3, ao relatar sobre o estímulo provocado pela alteração legislativa no EOAB, que não gerou uma maior participação da defesa na fase de inquérito policial, ocasionando conseqüente inalteração na prática dos comportamentos da defesa no processo.

O terceiro objetivo específico possibilitou apurar se alteração do EOAB, trouxe uma efetiva participação da defesa na fase de Inquérito Policial ou se isso ocorreu ou ainda acarretou prejuízos aos direitos do acusado. Este resultado pode ser verificado também no item 2.3.4, ao descrever na comarca de Patos de Minas a não impactação de efeitos com a alteração legislativa no EOAB, como alternativa de mudança e paradigma para implementar o acusatório na fase de investigação. Para

tanto, utilizou para análise dos dados o quadro constante no Apêndice 1 deste trabalho.

Já o quarto objetivo específico deste trabalho consistiu em sistematizar/categorizar os instrumentos processuais e extraprocessuais que são utilizáveis para efetivar a participação do advogado na mitigação do inquisitório na fase de investigação. Este resultado pode ser verificado no item 4.2, pois conforme infere-se demonstrou uma necessidade de inclusão do direito ao confronto no processo penal brasileiro, visto que esse instrumento promove participação mais efetiva da defesa na fase investigativa, dando a segurança do direito às partes para a garantia do contraditório no processo.

O quinto objetivo específico, visou identificar as formas de participação no processo que permitiram, na prática, maior participação do advogado na fase investigatória, contribuindo, dessa forma para a mitigação após a alteração normativa descrita. Este resultado pode ser verificado nos itens 3.1.2 e 3.1.3, vez que, como inexistente formalmente uma impossibilidade de negociação mercadológica dentro do processo penal a AED possibilita, na realidade prática, identificar os meios que possibilitam para efetivação da defesa no processo.

O sexto objetivo específico teve a finalidade de identificar os limites e exceções para a mitigação na fase inicial de investigação para prevenção impactos negativos nos direitos fundamentais. Este resultado pode ser verificado no item 2.2, no qual ficou apontado o risco da violação dos direitos fundamentais, presentes na utilização de elementos de convicção colhidos em inquérito policial. Com exceção da formação de convicção do magistrado, vez que é necessário a vedação de decisões proferidas apenas com elementos colhidos exclusivamente em procedimento administrativo de investigação.

Por fim, o sétimo objetivo específico, teve a finalidade verificar, sendo a economia um método de investigação do comportamento social, se a alteração legislativa trouxe maiores vantagens no plano da eficiência para a gestão pública. Este resultado pode ser verificado nos itens 3.3 e 3.3.1, uma vez que, foi gerado um impacto positivo da análise da AED na identificação de incentivos comportamentais para a participação da defesa na fase de inquérito policial. Afinal foi essa a intenção do legislador ao promover a alteração do artigo 7º do EOAB.

A primeira hipótese testada neste trabalho consistia em analisar sobre os impactos econômicos ou melhor, os impactos jus econômicos como exemplo, uma alteração legislativa, implicando inovação com consequências comportamentais. Ela foi confirmada, afinal no item 3.3 bem como no item 3.3.1. Ficou claro na dissertação que os incentivos gerados pelo ordenamento jurídico geram consequências na sociedade. Sendo que essas consequências podem ser de maneira direta ou indireta no processo.

A segunda hipótese testada neste trabalho consistia em confirmar se a alteração legislativa na fase investigatória sob perspectiva da AED, teve intenção de escolher, entre as propostas alternativas possíveis, as mais eficientes para obtenção de resultados. Essa hipótese foi refutada, pois não foi possível confirmar com dados empíricos tangíveis o aumento da incidência de recursos ou diligências na fase de inquérito no processo penal brasileiro como um todo. Os dados coletados foram feitos num recorte delimitado da comarca de Patos de Minas. Dessa forma, para afirmar tal hipótese, para isso o campo de pesquisa deveria ter uma amostragem mais significativa para confirmação dessa afirmação.

A terceira hipótese teórica testada neste trabalho consistia em verificar a necessidade da presença de outro magistrado inaugurando uma nova fase processual, tanto numa análise da implantação da mitigação na fase investigatória, quanto na presença de um juiz de garantias. Nesse sentido, a presença de outro juiz provocaria a necessidade de um número maior de magistrados em todo estado de Minas Gerais, o que aumenta o dispêndio de recursos financeiros e consequentemente gerando impactos na análise da AED. Ela foi refutada tendo em vista que, ainda não foi implantado o juiz de garantias para mensurar, conforme é apresentado no item 3.2.

A quarta hipótese testada neste trabalho consistia em perceber, na visão da AED, um entendimento sobre o fenômeno jurídico, a necessidade de entender se uma alteração legislativa ou até mesmo uma determinada norma seria capaz de atingir satisfatório resultado social, almejado ou pretendido em sua criação. Por esse fim específico, não seria necessário promover o dispêndio de alterar o Código de Processo Penal nem mesmo o EOAB para ter as garantias do acusado estabelecidas. Ela foi confirmada no item 4.1, afinal realmente a alteração legislativa

não alcançou seu fim específico com a alteração contida na Lei 13245/16. O que precisaria ser alterado seria uma mudança de entendimento da maneira de enxergar a fase de investigação como fase processual.

Por fim, a quinta hipótese testada neste trabalho consistia em ver a visão de acordo com Robert Cooter e Thomas Ulen, na qual a Economia fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis. Assim a implantação da mitigação na fase de investigação não trouxe substanciais benefícios sociais na prática. Ela foi confirmada no item 4.1 e 4.2, na apresentação de todo estudo demonstrado da AED, bem como nas proposições realizadas do instrumentário do direito ao confronto como proposta de efetiva participação da defesa na fase de investigação.

Assim, a questão problema levantada nesta dissertação de mestrado tem como resposta a confirmação da não efetivação da participação da defesa na fase de inquérito policial em Patos de Minas. Em razão disso, com a perspectiva abordada, com os parâmetros instrumentários da AED, foi possível responder que somente a alteração legislativa promovida pela lei 13245/16 não foi possibilitada maior participação da defesa na fase investigatória. Afinal, por terem raízes inquisitoriais ainda presentes no sistema normativo processual brasileiro, a simples alteração legislativa não seria suficiente para essa mudança de raiz inquisitória, para se transformar um acusatório pleno.

Outro ponto relevante foi a análise da violação do direito fundamental presente na utilização dos elementos de convicção coletados a partir do inquérito policial, levando em consideração a exceção na formação de convicção do magistrado.

Nessa questão, é viável citar a contradição existente na ampla defesa no curso do inquérito, na qual ainda subsiste um posicionamento vinculado a inexistência dessas garantias. Conforme foi possível observar, parte da doutrina que se encontra relacionada a questão de confiabilidade das provas que são produzidas em âmbito extrajudicial, a oportunidade de observação das partes pode ser prejudicada, a partir do comportamento daquele que prestou a declaração. Nesse contexto, o confronto poderia ser um direito e/ou uma alternativa para que o enfrentamento desse dilema seja viabilizado diante da fase investigatória.

É necessário ter em mente que a estruturação cultural inquisitorial na fase do inquérito policial pode ocasionar diversas dificuldades, no que diz respeito as mudanças sistemáticas do CPPB. Além disso, também há a possibilidade de o juiz atuar de ofício, no que diz respeito as buscas por provas, gerando uma subversão a separação entre o ato de julgar e investigar. Inserido nesse contexto, o magistrado pode se posicionar de maneira inquisitorial, alicerçando-se na equidistância e alinhamento das partes e se desvinculando da separação de funções. Nesse sentido, um sistema efetivo no que diz respeito ao âmbito acusatório, não prescinde de uma imparcialidade do magistrado.

Ademais, ainda é possível citar a existência de um contrassenso sobre a condenação do acusado mediante a um pedido de absolvição do titular a partir de uma ação penal. Sendo uma ação que perdura como uma espécie de resquício da não aplicação do sistema acusatório, o que contribui para a permanência do sistema inquisidor no processo penal em âmbito brasileiro.

Toda essa reflexão acaba se consolidando a partir da argumentação de que é possível violar os direitos fundamentais quando existe uma fundamentação convicta do magistrado, a partir de elementos colhidos somente na fase de inquérito policial. Essa violação, por sua vez, encontra-se presente em diversos contornos do sistema penal brasileiro, levando a uma próxima contradição que existe no estímulo do que foi ocasionado pela alteração legislativa no EAOB, que por sua vez, na prática, acabou não gerando uma participação de defesa efetiva.

A partir desse contexto, o estímulo provocado pela alteração legislativa não gerou uma participação efetiva da defesa na fase do inquérito policial, corroborando à expectativa gerada de uma alteração vinculada ao comportamento social, bem como na inalteração da prática de comportamentos coletivos, a partir de alterações legislativas na fase inquisitorial. Ainda, é possível citar boa parte da expectativa de participação da defesa devido às manifestações do STJ e STF, em especial com a Súmula Vinculante 14, além da ausência da participação da defesa em inquéritos policiais em comarcas do interior.

No que diz respeito à inovação legislativa e todas as expectativas geradas a partir da alteração do comportamento social, é importante mencionar que o intuito legislativo acabou se submetendo a vontade legislativo, não sendo possível obter

uma efetivação do seu propósito, que por sua vez foi demonstrado no estudo da análise econômica do direito devido a todas as expectativas geradas e alterações ocorridas no comportamento social.

Outro ponto que deve ser mencionado é o impedimento a declaração de nulidade no processo inquisitorial policial, que coloca questões como a subordinação de maneira processual e vinculada a uma concepção de impedimento, seja a partir de um dano efetivo, uma economia processual ou até mesmo pela verdade, questão envolve a análise da jurisprudência analise quanto à nulidade de maneira negativa e uniforme.

Mais uma questão que merece ser enfatizada é a participação do advogado de defesa na fase administrativa da investigação devido ao caráter inquisitivo da investigação preliminar. Amplitude da defesa, no que diz respeito ao curso do Inquérito policial, não tem a sua existência apenas baseada no procedimento inquisitorial destinado a aquisição de informações e dados pertinentes a elucidação de crimes. Em poucas palavras, o legislador garante ao advogado o direito de ajudar, direito este que quando é utilizado não deve ser negado sob pena de nulidade do interrogatório, depoimento ou qualquer outro ato subsequente.

Resumidamente, a contradição se manifesta de maneira parcial no inquérito policial, através da promessa de um acesso aos autos do inquérito. Assim, como a luz do binômio de publicidade e segredo são fatores decisivos impertinentes, não é possível excluir totalmente o sujeito passivo da investigação preliminar no que tange ao alcance da proteção. Uma vez que fica claro que esse sujeito se enquadra no quesito de acusado em geral, já que a imputação e o indiciamento têm sentido pleno.

Nesse viés, alteração legislativa acaba promovendo e incentivando participação efetiva da defesa no processo de investigação, principalmente no que diz respeito às práticas e comportamentos por parte dela, mas acaba deixando para o segundo plano uma mudança comportamental.

Além disso, com base neste contexto, não é possível identificar um sentido na participação de uma fase administrativa se o processo não foi iniciado. Ainda, é possível citar ausência da participação da defesa dos procedimentos de

investigação em comarcas do interior, que por sua vez não impacta diretamente nos efeitos a partir da alteração legislativa como alternativa de mudança do paradigma, no que tange à implementação do acusatório no Brasil.

Tais questões elucidam a aplicação da AED como instrumento de escolhas dos agentes para maior participação da defesa na fase inquisitorial. Nesse contexto a sua aplicação deve ser realizada de maneira restritiva aos interesses sociais que compõem as decisões criminais, além de lidar com a impossibilidade da existência de uma negociação em relação ao estilo mercadológico na aplicação da análise econômica do direito, principalmente quando vinculada aos interesses jurídicos penais.

Ante o exposto, o direito ao confronto com o meio de aplicação da análise da economia do direito respeitou uma ampliação da participação da defesa do inquirido. Isso deve ser mencionado, uma vez que é necessária adequação da fase investigatória administrativa para o processo. Toda essa necessidade de inclusão dos direitos ao confronto no processo penal brasileiro se dá a partir do instrumento que promove uma participação maior da defesa.

É justamente nesse contexto que é possível observar mudanças e complexidade no que se instaura a reforma da participação da defesa no processo penal, principalmente no Brasil, como país onde se verifica uma desarmonia entre os textos originais do Código Penal e do Código do Processo Penal, a partir das suas garantias estabelecidas na Constituição Federal de 1988.

Em síntese, a análise econômica do direito pôde contribuir de maneira direta para identificação das injustiças, a partir da compreensão das consequências reais das regras disponíveis. Essa análise auxiliou o delineamento de um caminho possível para a política pública.

Em conclusão, como uma das contribuições deste trabalho, sugere-se como uma temática relevante para futuros estudos, podendo os dados tratados aqui serem utilizados de forma compartilhada a levantamentos e pesquisas futuras. Para que possibilite dessa forma, confrontar e cruzar informações com o que foi aqui exposto e analisado nessa aludida pesquisa. Ressalta-se sua importância também, em razão da possível proposta de arranjo na configuração de um novo cenário para o

processo penal brasileiro, no que tange a obtenção de efetiva participação da defesa na fase de inquérito policial. Tudo Isso para vislumbrar uma nova realidade e a real efetivação de direitos fundamentais na apuração do processo persecutório.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Vinícius Martins de Freitas. **O moderno conceito de inquérito policial: uma releitura a partir da devida investigação criminal constitucional.** 202. 55 p. Artigo científico (Bacharel em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, 2021.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. **O Estado democrático social de direito em face do princípio da igualdade e as ações afirmativas.** 2007. 291 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado Constitucional) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Paulo, 2007.

ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Uma proposta modesta: uma visão da análise econômica do Direito à luz da teoria dos sistemas e possibilidades de sua aplicação.** 2015. 281 f. Tese (Doutorado em Pensamento Jurídico e Relações Sociais) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

BALBINO, Michelle Lucas Cardoso *et al.* **A pesquisa como método de autonomização discente para um ensino jurídico de qualidade.** Londrina: Thoth, 2020.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo.** São Paulo: Edições 70, 2016.

BARROS, Francisco Dirceu. As alterações provocadas pela lei 13.245/2016 no inquérito policial. [s.l]: **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/297608462/as-alteracoes-provocadas-pela-lei-13245-2016-no-inquerito-policial>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica.** 15 ed. Saraiva: São Paulo, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 362452/DF-2016/0181618-5.** Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Impossibilidade. Atentado violento ao pudor contra crianças por seis vezes. Direito ao silêncio em interrogatório policial. Procedimento administrativo. inexistência de obrigatoriedade do registro em ata. Nulidade que demanda dilação probatória. impossibilidade. Presença de advogado no interrogatório policial. Inexigência. Prisão preventiva. Gravidade concreta da conduta. Crianças abordadas em praça pública. Promessa de pagamento de 5 reais para permitir a prática de ato libidinoso. Vítimas com idades de 8, 9 e 12 anos. Fuga do distrito da culpa. Habeas Corpus não conhecido. Relator: Joel Ilan Paciornik. Brasília: DJe, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 207294/SP-2011/0114341-0.** Processual penal e penal. Habeas Corpus Substitutivo de Recurso Especial, ordinário ou de revisão criminal. Não cabimento. Latrocínio. nulidade da prova produzida no inquérito policial. Inocorrência. Eventuais vícios no inquérito não contaminam o processo. Prejuízo não demonstrado. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Sexta Turma. Brasília: DJe, 2015.

BRASIL. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). **Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016**. Brasília, 12 de jan. de 2016.

BRASIL. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. **Lei nº 11.689, de 9 de julho de 2008**. Brasília, 9 de junho de 2008.

BRASIL. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008**. Brasília, 9 de junho de 2008.

BRASIL. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Brasília, 23 de agosto de 2006.

BRASIL. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Brasília, 27 de setembro de 2019.

BRASIL. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Brasília, 20 de junho de 2013.

BRASIL. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília, 29 de abr. de 2021.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-lei no 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Rio de Janeiro, Senado, 1941.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Brasília, 5 jul. 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 622247/SP-2020/0285648-3**. Agravo regimental em Habeas Corpus. Impetração indeferida liminarmente. Súmula 691/stf. Ausência de patente ilegalidade. Tráfico ilícito de entorpecentes. Participação da defesa do investigado na produção de prova testemunhal. Lei 13.245/2016. Mitigação do caráter inquisitório. Não ocorrência. Agravo regimental improvido. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília: DJe, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 382872/TO-2016/0329809-3**. Penal. Processual penal. hHabeas corpus. Tráfico de droga. Flagrante. Inquérito policial. Interrogatório perante autoridade policial sem a

presença de advogado. Nulidade do processo penal. Não ocorrência. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília: DJe, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso de Habeas Corpus nº 132120/MG-2020/0198053-9**. Relator: Laurita Vaz. Brasília: DJe, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2 turma). **Agravo Regimental no Recurso Ordinário do Habeas Corpus nº 171571/GO-0319558-95.2018.3.00.0000**. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília: DJe, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Sessão Plenária). **Súmula vinculante 14**. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. fev. de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.299**. Relator(a): Min. Luiz Fux. jan. de 2020.

CARVALHO, Vinicius Soares. Análise Econômica do Direito e sua problemática constitucional. **Economic law review and its constitutional issue**. Mestrando em Direito da Universidade Federal da Bahia Salvador, agosto 2015.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro; COSTA, Adriano Sousa. Advogado é importante no inquérito policial, mas não obrigatório. [s.l.]: **ConJur (Consultor Jurídico)**, 2016. Disponível em: www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policialnao-obrigatorio. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. (Brasil). **Produtividade Mensal**, 2020. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNPJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shPDPPrincipal.

COASE, Ronald. O problema do custo social. **The latin american and caribbean journal of legal studies**. Virgínia: Universidade da Virgínia, v. 3, n. 1, out. 2008.

CRESWEL, John W. **Métodos qualitativo, quantitativo e misto**. Trad. Magda França Lopes. 3 ed. Porto Alegre: Sage, 2010.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. **Justiça negociada e fundamentos do direito penal**: pressupostos e limites materiais para acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

DOSSO, Sthephanie Gabrielle; VELASQUEZ, Fernanda Garcia. A lei 13.245/16 e o caráter inquisitivo do inquérito policial. **Akrópolis**, Umuarama, v. 26, n. 2, p. 195-208, jul./dez. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Tradução por Eduardo de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. **O direito ao confronto na produção da prova penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

FINGERMANN, Isadora; ZAPATER, Maíra; CUSTÓDIO, Rafael. Análise por país. Brasil. *In*: _____. (org). **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo: Conectas, 2016.

GARLAND, David. **Punishment and modern society**: a study in social theory Oxford: Claredon Press, 1995.

GAROUPA, Nuno. Special issues in Law and Economics. **Portuguese Economics Journal**, v.8, n. 3, p. 137-139, Dec. 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de **de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Análise Econômica do Processo Civil**. Indaiatuba: Foco, 2020.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**. v. 1, n.1, p.7-33, 2018.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. O Capital Jurídico e o ciclo da litigância. **Revista Direito GV**. v. 9, n. 2, p. 435-464, 2013.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidade no processo penal**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrinni. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 27, p. 71-79, 1999.

GUEDES, Sebastião. lei e ordem econômica no pensamento de John R. Commons. **Revista de Economia Política**, v. 33, n. 2, p. 281-297, abr./jul. 2013.

GUERREIRO, Júlia de Castro. Uma Discussão Democrática da Autonomia Jurídica: a análise econômica do direito no Estado Constitucional. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 10, n. 2, p. 122-151 jan./jun. 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Brasileiro de 2021**. Patos de Minas: IBGE, 2021.

KHALED JUNIOR, Salah H. - O Sistema Processual Penal brasileiro - Acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas-Revistas de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. **Sistemas Processuais Penais**. Centro de Estudos de Justicia de las Americas, 2016. Disponível em: <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5400>. Acesso em: 14 jan. 2022.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica técnicas de investigação, argumentação e redação**. Amsterdã: Elsevier, 2011.

LEAL, Rogério G. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios**. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, Brasília, 2010. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1768. Acesso em: 15 out. 2011.

LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. Lei 13.245/2016: uma análise do caráter democrático do inquérito policial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 126, dez. 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. (Des)velando o risco e o tempo no processo penal. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **A qualidade do tempo: para além das experiências históricas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des) acordo de não persecução penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 26, n.1, p. 65-84, 2020. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/upload/arquivos/202009/11151457-revista-26.pdf>. Acesso em: 30 maio 2022.

MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça Criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MACHADO, Leonardo Marcondes. O inquérito policial goza de contraditório (mitigado) e defesa (limitada). **Consultor Jurídico (ConJur)**, 04 set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-04/academia-policial-inquerito-policial-goza-contraditorio-mitigado-defesa-limitada>. Acesso em: 29 maio 2022.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MEDEIROS, Antônio Henriques João Bosco. **Metodologia Científica na Pesquisa Jurídica**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais (6 câmara criminal). **Apelação criminal nº 10115110000946001**. Comarca de Campos Altos, 6ª Câmara Criminal. Relator: Evandro Lopes da Costa Teixeira. Campos Altos: DJe, 2012.

NETTO, José Laurindo de Souza; FOGAÇA, Anderson Ricardo; GARCEL, Adriane. Lei anticrime e a paradoxal afirmação do sistema acusatório. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 9-20, 2020.

NEVES, Luiz Gabriel Batista. Sistemas Processuais Penais. **Revista Direito UNIFACS**, Salvador, n. 163, 2014. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2924>. Acesso em: 14 jan. 2022.

OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso de. **A análise econômica do direito e o uso da curva de Laffer na efetivação do direito fundamental à vedação do confisco tributário**. 2011. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito. Fortaleza: UFCE, 2011.

ORTEGA, Flávia Teixeira. Após a Lei 13.245/16, a presença do advogado passou a ser obrigatória durante a investigação criminal? **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/348993550/apos-a-lei-13245-16-a-presenca-do-advogado-passou-a-ser-obrigatoria-durante-a-investigacao-criminal>. Acesso em: 31 maio 2022.

PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião. **Direito penal e processual penal contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2019.

PARISI, Francesco; KLICK, Jonathan. Functional Law and Economics: The Search for Value-Neutral Principles of Lawmaking. **Chicago-Kent Law Review**, Chicago, v. 79, n. 431, p. 431-450, 2004. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1131/. Acesso em 07 jan. 2022.

PEIXINHO, Manoel Messias. Aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial: breves anotações sobre as inovações da Lei nº 13.245/2016 (Estatuto da Advocacia). **Revista Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/22575>. Acesso em: 13 jan. 2022.

PINTO, Felipe Martins. A inquisição e o sistema inquisitório. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, v. 56, p. 189-206, 2010.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **A história do Law & Economics**. [s.l.]: GenJurídico, 2020.

PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo. **Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RIEFFEL, Luiz Reimer Rodrigues. **Um mundo feito: o consequencialismo na análise econômica do direito de Richard Posner**. 2006. 130 p. Dissertação. (Pós-graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/8053>. Acesso em: 01 nov. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José M. A. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. **Procedimentos e nulidade no jogo processual pena**: ação, jurisdição e devido processo legal. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da; MUNIZ, Gina Gonçalves. Resta algo do pacote anticrime? Mais punição e menos garantias. **CONJUR**, 13 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-13/limite-penal-resta-algo-pacote-anticrime-punicao-garantias>. Acesso em: 05 maio 2022.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANNINI NETO, Francisco. Lei nº 13.245/2016: contraditório e ampla defesa na investigação criminal? Revista Síntese: direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 16, n. 96, p. 38-49, fev./mar. 2016.

SANTOS, Angélica Cidália Gouveia dos *et al.* A eficiência da compensação financeira pela exploração mineral (CFEM) na promoção de melhorias no bem-estar social em municípios de Minas Gerais. In: ENCONTRO NACIONAL DE ENSINO E PESQUISA DO CAMPO DE PÚBLICAS, 3., 2019, Ponta Negra. **Anais...** Ponta Negra: ANEPCP, 2019, p. 2408-2421. Disponível em: https://zone.inatto.com/acp.root/acp_data/anais2020/trabalhos/st17/02_a_eficiencia_da_compensacao_financeira_pela_e.pdf. Acesso em 31 maio 2022.

SANTOS, Natália Batista da Costa; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. Os Jogos da leniência: uma análise econômica da lei anticorrupção. **RDU**, Joinville, v. 14, n. 78, p. 54-71, 2017.

SCHUNEMAN, Bernd. **Estudos em direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SICSÚ, João; CASTELAR, Armando (org.). **Sociedade e Economia**: estratégias de crescimento e desenvolvimento. Brasília: Ipea, 2009.

SILVA, Jader Carlos. A Lei 13.245/2016: caráter inquisitivo do inquérito policial. **Consultor Jurídico (CONJUR)**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56563/a-lei-13-245-2016-carter-inquisitivo-do-inquirito-policial>. Acesso em: 13 jan. 2022.

SILVEIRA, Marcos Aurélio Nunes da. **Por uma teoria da ação processual penal**: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. Behavioral Law and Economics: a progress report. **American Law and Economics Review**, v. 1 n. 1/2, p.115-157, 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/42705351>. Acesso em 07 jan. 2022.

TEIXEIRA, Mascos Pineschi. **Princípios, direito e economia**: considerações sobre a análise econômica do direito. 2011. 98 p. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade de Brasília (UnB). Brasília: UnB, 2011.

TEIXEIRA, Priscila Flávia. **O advento da Lei n. 13.245/2016**: mutação do procedimento inquisitorial ou ampliação dos direitos fundamentais do acusado? Niterói: UFF, 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Comarca de Patos de Minas, 2022.**

Díspõnível em:

https://www8.tjmg.jus.br/servicos/gj/guia/primeira_instancia/consulta.do?linesByPage=10&codigoMunp=0480&codigoComposto=MG_0480&opcConsulta=1. Acesso em 01 de jun. de 2022.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**: jurisdição, ação, e processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WALCÁCER, E. A investigação e a Lei 13.245/2016: mudanças para quem? [s.l.]:

JusBrasil, 2015. Disponível em:

<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/303074584/a-investigacao-e-a-lei-13245-2016-mudancas-para-quem#:~:text=133%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20de,das%20investiga%C3%A7%C3%B5es%20preliminares%5B1%5D>. Acesso em: 12 jan. 2022.

APÊNDICE 1

Quadro 03 - Formulário de coleta de dados das decisões

Tribunal Pesquisado: Comarca de Patos de Minas – Vara Criminal	
Número da Decisão:	
Referência da Decisão conforme ABNT ou Manual Institucional:	
Questões Norteadoras	Dados Coletados / Conclusões
Situação fática (Quais são os fatos jurídicos discutidos nas decisões dos tribunais ou administrativas?)	
Fundamentos legais (Quais foram as normas jurídicas invocadas pelas partes no litígio/processo administrativo?)	
Pedidos evocados/teses jurídicas defendidas (Quais as pretensões das partes?)	
Argumentos das partes / Fundamentos jurídicos/ (Qual a conexão entre a norma e os fatos?)	
Conclusão do tribunal (Qual a tese jurídica vencedora?)	
Argumentos do tribunal ou administração pública nos processos administrativos / Fundamentos jurídicos (Qual a conexão entre a norma e os fatos/razões de decidir?)	
Posicionamento / análise crítica do acadêmico-pesquisador	
A decisão foi assertiva/adequada aos fundamentos apresentados?	
Os fundamentos legais foram suficientes para a discussão jurídica?	
Os fundamentos jurídicos (argumentos) foram suficientes para a discussão jurídica?	

Fonte: BALBINO *et al.* (2020, p. 56/57).