

Eliomar da Silva Pereira

SABER E PODER:

O PROCESSO (DE INVESTIGAÇÃO) PENAL



Academia



Copyright© 2019 by Eliomar da Silva Pereira

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

Conselho Editorial Científico:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

P49 **Pereira, Eliomar da Silva**
 Saber e poder: o processo (de investigação) penal / Eliomar da Silva Pereira. – 1.ed. – Florianópolis : Tirant lo Blanch, 2019.
 468p.

ISBN: 978-85-9477-283-1

1.Processo Penal. 2. Investigação Criminal. 3. Instrumentalidade jurídico-penal. I. Título.

1149450

CDU: 343.132

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todas os direitos desta edição reservados à Tirant Empòrio do Direito Editorial Ltda.



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Av. Embaixador Abelardo Bueno, 1 - Barra da Tijuca

Dimension Office & Park, Ed. Lagoa 1, Salas 510D, 511D, 512D, 513D

Rio de Janeiro - RJ CEP: 22775-040

www.tirant.com/br - editora@tirant.com.br

SUMÁRIO

ABREVIATURAS.....	15
PREFÁCIO DE GERMANO MARQUES DA SILVA	17
PREFÁCIO DE MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE.....	21
INTRODUÇÃO.....	27
I. PRELIMINAR	29
§1. Processo de investigação penal	29
1. Tendências da investigação criminal	31
2. Problemas e busca por soluções	34
§2. A estrutura do processo penal, entre função e fim	37
1. O inquérito entre saber e poder	38
2. Levando a sério os princípios processuais penais	39
3. Ainda o processo penal do Estado de Direito	40
§3. O “nó górdio” do devido processo	43
PARTE I - A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL ENTRE CONTROLE DE CRIME E DEVIDO PROCESSO	47
II. O MODELO ACUSATÓRIO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	49
§4. Modelos de investigação criminal	50
§5. A investigação criminal entre instrução e acusação	55
1. “Instruction préparatoire”: fontes do modelo negado	56
i) “Ancien Régime” do processo penal	56
ii) A legislação pós-revolucionária	57
iii) “Code d’Instruction Criminelle”	60
2. Fontes do modelo emergente: a investigação acusatória	63
i) O modelo acusatório de investigação na Europa latina	64
ii) O modelo acusatório de investigação na América latina	71
§6. As razões do modelo acusatório de investigação e seus problemas ...	75
1. O princípio acusatório como limitação de poder	76
2. A vinculação funcional entre investigação e ação	78
3. A imparcialidade acusatória na intencionalidade operativa	80
III. O MODELO DE CONTROLE DO CRIME	83
§7. O paradigma sistêmico da complexidade.....	86
§8. A cultura do controle na sociedade do risco	92
1. O Estado de exceção na sociedade global do risco.....	92
2. A política de segurança na cultura do controle	97
§9. A instrumentalidade jurídico-penal	104
1. O direito penal da nova criminalidade	106
2. A centralidade do processo penal	109
3. A proeminência da investigação criminal	112
IV. O MODELO DE DEVIDO PROCESSO.....	115
§10. O discurso dos sistemas processuais	116
1. A dicotomia tradicional acusatório vs. inquisitório.....	116
2. A ideia de sistema na história da ciência	119

3. A pretensão de correção do sistema.	126
§11. Atuais dicotomias processuais	131
1. A dicotomia de Mirjan Damaska	132
2. A dicotomia de Hebert Packer	134
3. O devido processo como método	137
§12. O que é o devido processo	139
1. O devido processo entre o justo e o equitativo	143
2. O devido processo como síntese de princípios	147
3. Teoria interpretativa do devido processo.	150
PARTE II - O INQUÉRITO COMO PROCESSO POR INVESTIGAÇÃO E SEUS PROBLEMAS	153
V. O INQUÉRITO PENAL	155
§13. As origens do inquérito	155
1. A conjectura histórica de Foucault	155
2. O inquérito como forma de saber-poder	159
§14. O inquérito entre “cognitio” e “inquisitio”	160
1. “Cognitio extra ordinem”	162
2. “Processus per inquisitionem”.	164
§15. O inquérito como processo por investigação.	168
VI. O INQUÉRITO COMO INVESTIGAÇÃO	171
§16. A ideia de investigação	171
1. O padrão geral de investigação	171
2. Investigação, lógica e pragmática	173
3. Investigação, dogmática e zetética.	175
§17. A investigação criminal entre ciência e tecnologias	178
1. A redução tecnológica da abordagem prático-policial	179
2. O cientificismo ingênuo da abordagem metodológica da criminalística ...	182
§18. A investigação criminal como pesquisa histórica.	189
1. A seletividade fática na investigação	189
2. O método histórico na investigação: descrição, explicação e avaliação.	191
3. A construção intersubjetiva do crime	196
VII. O INQUÉRITO COMO PROCESSO	201
§19. A ideia de processo	201
1. Os limites da teoria geral do processo	203
2. Conceito e natureza jurídica.	205
§20. O inquérito como procedimento acusatório	213
1. Pré-processo ou processo preliminar?	213
2. Processo como instrumento de jurisdição	216
3. Processo como procedimento em contraditório	221
§21. O inquérito como processo penal	226
1. A imbricação fático-valorativa dos conceitos	226
2. A imbricação orgânico-procedimental	228
3. O processo penal como procedimento probatório-criminal	229
VIII. PROCESSO, INVESTIGAÇÃO E DISCUSSÃO PROBATÓRIAS	233
§22. Os problemas processuais e suas soluções	236
1. Os autoritarismos processuais.	237

2. A legitimação pelo procedimento	243
3. A justificação puramente epistêmica.	249
§23. Epistemologia processual	253
1. O problema epistemológico de Gettier.	257
2. Processo, verdade e justiça	259
PARTE III - JUSTIÇA PROCESSUAL, FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS	263
IX. A JUSTIÇA PROCESSUAL E SUAS QUESTÕES	265
§24. A questão da cognoscibilidade da justiça.	269
1. A justiça como ideologia? A noção de programa de pesquisa.	269
2. Além do constitucionalismo democrático formal	275
§25. Questões deontológica e teleológica da justiça processual	281
1. A justiça como conformidade com uma norma. A noção de paradigma	281
2. Conteúdo de justiça, eficiência de uma norma e critérios. A noção de tradição	285
X. O GARANTISMO PROCESSUAL	289
§26. A antropologia do humanismo jurídico.	291
1. A concepção metafísica do homem.	293
2. A dignidade humana	296
§27. A axiologia garantista: utilitarismo e contratualismo	300
1. A reformulação do utilitarismo penal	300
2. A heurística contratualista do processo	303
§28. A epistemologia garantista: cognitivismo processual e refutabilidade	310
XI. A LIBERDADE PROCESSUAL NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.	315
§29. Dignidade, liberdade e inocência.	315
1. A dignidade humana no processo	315
2. A liberdade processual	317
3. A presunção processual da inocência	321
§30. A jurisdição como garantia da liberdade	325
1. Jurisdição penal formal e material.	327
2. A jurisdição como garantia de segundo grau.	328
§31. A jurisdição de garantia no modelo acusatório de investigação	331
1. A imparcialidade do juízo como questão primária da jurisdição	333
2. "Jurisdicito ante iudicium ad acta"	334
3. O juízo de proporcionalidade nas medidas restritivas de direitos fundamentais	337
4. A questão jurisdicional que subsiste	341
XII. A IGUALDADE PROCESSUAL NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	343
§32. Igualdade processual.	343
1. A ideia de igualdade	343
2. A igualdade no direito: estrutura e problema dos critérios	345
3. A igualdade processual	348
§33. Acusação e defesa no garantismo	350
1. A igualdade das partes como exigência do justo processo	350
2. Acusação e defesa como partes e a questão do "processo de partes"	352

3. A paridade de armas, sentido e extensão	355
§34. Acusação e defesa no modelo acusatório de investigação	359
1. A desigualdade na investigação criminal	359
2. A proeminência da acusação na investigação	361
3. A defesa tutelada na investigação	365
4. A questão potestativa que subsiste	370
XIII. A VERDADE PROCESSUAL NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	371
§35. A verdade processual	371
1. Verdade, definição e critérios	371
2. Correspondência, coerência e aceitabilidade justificada	373
3. Assertibilidade garantida pela investigação	378
§36. A prova no garantismo processual	380
1. A prova como justificação	380
2. As condições epistêmicas da prova	382
3. “Nulla probatio sine defensione”	384
§37. A prova no modelo acusatório de investigação	389
1. A insuficiência dos sistemas de controle da prova	390
2. A incapacidade dos princípios proibitivos de obtenção	395
3. As questões cognitiva e probatória que subsistem	398
CONSIDERAÇÕES FINAIS	401
XIV. DEVIDA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, ORGANIZAÇÃO E PROCEDIMENTO	403
§38. A proporcionalidade na investigação criminal	406
1. Alguns problemas relativos à proporcionalidade	411
2. Alcance, limites e equívocos da proporcionalidade	417
§39. A divisão de poder na investigação criminal	422
1. A macrofísica do poder punitivo	424
2. A microfísica processual do poder punitivo	427
3. O princípio investigatório: equilíbrio de sujeitos e controle recíproco	429
XV. CONCLUSÕES	435
§40. Sínteses finais	435
1. O nó górdio do devido processo	435
2. O modelo acusatório de investigação criminal	436
3. Os problemas do inquérito como saber-poder	438
4. As insuficiências garantistas do modelo acusatório de investigação	440
5. O princípio da investigação	443
BIBLIOGRAFIA	447