

O SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO E A NOVA PERSPECTIVA DA VALORAÇÃO DOS ELEMENTOS INVESTIGATIVOS PRÉ-PROCESSUAIS

The accusatory penal system and the new perspective of the valuation of pre-trial investigative elements

Allan Thiago Barbosa Arakaki¹

RESUMO

O presente artigo objetiva cuidar da valoração dos elementos investigativos pré-processuais, buscando identificar se, diante do sistema acusatório brasileiro, justifica-se o ajuizamento e prosseguimento de ações penais, amparadas no princípio *in dubio pro societate*, ainda que o procedimento investigativo não possuísse indícios suficientes para a condenação. Realiza-se, para tanto, uma pesquisa de revisão bibliográfica, sendo que o método empregado é o dedutivo em razão de ser o mais didático à pretensão deste trabalho. Sob tal aspecto, inicia-se a abordagem pelo sistema acusatório brasileiro, buscando diferenciá-lo do sistema inquisitorial. Após, ingressa-se na análise da valoração dos elementos investigativos pré-processuais, o que seria aplicável aos procedimentos investigativos policiais ou do próprio Ministério Público. Por derradeiro, resta enfrentada a questão proposta para análise, procurando-se demarcar se o princípio *in dubio societate* endossaria ou não o ajuizamento e prosseguimento de ações penais, quando os próprios elementos inquisitoriais não fossem, ainda que abstratamente, aptos à condenação. O referencial teórico empregado é a Análise Econômica do Direito, posto que auxilia a inserção de uma visão mais utilitarista e consequencialista no funcionamento da Justiça Criminal, atendendo à pretensão desta pesquisa.

ABSTRACT

This article aims to take care of the valuation of pre-procedural investigative elements, seeking to identify whether the filing and continuation of criminal actions, supported by the principle in dubio pro societate, is justified in the face of the Brazilian adversarial system, even if the investigative procedure did not have sufficient evidence for conviction. For this purpose, a bibliographical review research is carried out, making use of the deductive method, as it is the most didactic for the purpose of this work. In this regard, the approach begins with the Brazilian adversarial system, seeking to differentiate it from the inquisitorial system. Afterwards, the analysis of the valuation of pre-procedural investigative elements begins, an analysis which would be applicable to police investigative procedures or those of the Public Prosecutor's Office itself. Lastly, the issue proposed for analysis remains to be faced, seeking to demarcate whether or not the principle in dubio societate would endorse the filing and continuation of criminal actions, when the inquisitorial elements themselves were not, even abstractly, capable of condemnation. The theoretical reference used is Law and Economics because it helps the insertion of a more utilitarian and consequentialist vision in the functioning of Criminal Justice, meeting the intention of this research.

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Marília. Master em Fundamentos da Responsabilidade Civil pela Universitat de Girona/ES. Pós-graduado em Direito Público pela Uniderp/Anhanguera e em Ciências Criminais e Segurança Pública pelo CERS. Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. ORCID ID: 0000-0001-7105-8371. E-mail: allanarakaki@hotmail.com.

Palavras-chave: sistema acusatório, inquérito policial, procedimento investigativo criminal, Análise Econômica do Direito.

Keywords: *accusatory system, police inquiry, criminal investigative procedure, Law and Economics.*

Sumário: 1. Introdução. 2. O sistema penal acusatório brasileiro. 3. A valoração dos elementos investigativos pré-processuais. 4. A imprescindibilidade de revisão dos elementos investigativos pelo viés acusatório e constitucional. 5. Conclusão. Referências.

Summary: 1. Introduction. 2. The Brazilian accusatory penal system. 3. The valuation of pre-processual investigative elements. 4. The necessity of reviewing investigative elements from an accusatory and constitutional perspective. 5. Conclusion. References.

1 INTRODUÇÃO

A avaliação dos elementos investigativos e das provas judiciais é um assunto de fundamental importância, uma vez que é a partir desse filtro que o Poder Judiciário decide se o indivíduo será absolvido ou condenado, devendo, para tanto, haver a respectiva fundamentação. Dessa maneira, compreender a dinâmica de valoração de elementos pré-processuais, colhidos na fase policial ou ministerial, é importante e um assunto atual, eis que impacta o funcionamento da própria Justiça Criminal.

A partir dessa premissa, o presente artigo objetiva cuidar da valoração dos elementos investigativos pré-processuais, identificando se, diante do sistema acusatório brasileiro, justificar-se-ia o ajuizamento e prosseguimento de ações penais, amparadas no princípio *in dubio pro societate*, ainda que o procedimento investigativo não possuísse indícios suficientes para a condenação ao final.

Realiza-se, para tanto, uma pesquisa de revisão bibliográfica, sendo que o método empregado é o dedutivo em razão de ser o mais didático à pretensão deste trabalho. Considerando que o método dedutivo parte de uma premissa geral até se chegar a um ponto concreto e específico, aquele é adequado para atingir a finalidade desta pesquisa, motivo pelo qual se justifica o seu uso.

Sob tal aspecto, inicia-se aqui a abordagem pelo sistema acusatório brasileiro, buscando diferenciá-lo do sistema inquisitorial. Após, ingressa-se na análise da valoração dos elementos investigativos pré-processuais, o que seria aplicável aos procedimentos investigativos policiais ou do próprio Ministério Público, para avaliar o cabimento ou não da propositura da ação penal.

Por derradeiro, resta enfrentada a questão proposta para análise, procurando-se demarcar se o princípio *in dubio societate* endossaria ou não o ajuizamento e prosseguimento de ações penais, quando os próprios elementos inquisitoriais não fossem, ainda que abstratamente, aptos à condenação. O referencial teórico empregado é a Análise Econômica do Direito, utilizando-se aqui principalmente a noção de eficiência econômica de Pareto.

2 O SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO BRASILEIRO

O sistema acusatório possui raízes seculares, surgindo no contexto jurídico grego e romano, na Antiguidade (VASCONCELLOS, 2015, p. 190). Figuram como suas características nodais: a) dissociação do papel entre acusador e julgador, b) oralidade, c) publicidade, d) presunção de inocência, e) existência do contraditório, f) prisão processual como exceção (LYRA, 1975, p. 104). Gustavo Badaró (2013, p. 27) assevera que, nesse período ainda, havia os julgamentos no formato de tribunais populares, com base na valoração íntima da prova, sem motivação.

Avançando no contexto histórico, Vinícius Gomes de Vasconcellos (2015, p. 190) esclarece que o sistema inquisitorial possui como fonte histórica o período do fortalecimento do direito canônico e do Estado, diante do colapso do Império romano, ganhando mais espaço na Inquisição Católica durante a Idade Média. Embora inicialmente tenha sido previsto como exceção, as nuances inquisitoriais tiveram grande ascensão no período da Inquisição.

O sistema penal inquisitorial, nesse ponto, permite ao juiz a função de julgar e acusar, dotando-o de uma postura ativa e inquisidora, rechaça o contraditório, chancela a busca da verdade real e a própria prisão, antes mesmo de qualquer condenação penal (BADARÓ, 2013, p. 28). As características do sistema penal inquisitorial impõem uma submissão do investigado ao próprio poder punitivo estatal, dentro do qual a função dos agentes processuais, principalmente a do juiz, restaria confusa.

Na marcha histórica ainda emergiu um sistema novo a partir do Código Processual Penal francês, datado de 1808, cindindo as fases de investigação e de júizo (KHALED JÚNIOR, 2010, p. 300), ou seja, com feição mista. Pelo sistema misto, haveria uma miscelânea entre as características pertencentes ao sistema acusatório e inquisitório (BORGES, 2013, p. 149). Haveria uma fase prévia com característica inquisitorial e outra ulterior, processual e acusatória, na qual se dividiriam as funções dos agentes processuais, incidindo ainda o contraditório (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 85).

O sistema processual penal brasileiro, datado de 1941, sofreu grande influência do período fascista, na linha do Codice Rocco italiano, de 1930, tendo por norte o sistema inquisitorial, consoante rememora Jacinto Coutinho (2009, p. 110). Sucede que, embora com inegável influência inquisitorial, os processualistas penais concluem que o sistema processual penal brasileiro alinhou-se ao sistema misto, posto que previu uma fase pré-processual ou inquisitorial e outra processual penal, refratando características do sistema acusatório (KHALED JÚNIOR, 2010, p. 300).

Apesar dessa distinção de fases, uma procedimental e outra processual, o fato é que persistiu uma confusão sistêmica entre elas, havendo uma investigação preliminar

com nítidos contornos inquisitoriais e uma fase processual com feições ora acusatória, ora inquisitória (LIMA, 1989, p. 75). Essa bivalência, sem contornos definidos, defluiu de diversas disposições do sistema processual penal.

Cite-se, a título meramente exemplificativo, o art. 28 do CPP, antes da alteração da Lei n. 13.964/19, ao permitir ao magistrado julgar o mérito da causa, ainda que ele tivesse remetido o inquérito policial ao Procurador-Geral de Justiça, discordando do arquivamento inicial. No mesmo contexto, pode ser mencionado o art. 385 do CPP, possibilitando ao magistrado condenar o denunciado, ainda que o Ministério Público tivesse pedido a absolvição daquele.

Apesar de a Lei n. 13.964/19 ter feito alterações de relevo no sistema processual penal, uma delas deixando expressa a feição acusatória do processo penal, acrescentando-a no art. 3º-A no CPP, mediante a vedação da iniciativa probatória do magistrado, a mudança foi aquém do necessário, criando um centauro. De fato, se, por um lado, previu-se expressamente o sistema acusatório no âmbito processual penal, incluindo o juiz de garantias e a modificação do arquivamento dos elementos investigativos, em outro vértice, deixaram-se disposições retrógradas e incompatíveis com a nova ótica desenhada.

Não faz sentido o sistema acusatório, construído e aplicado paulatinamente no Brasil, coexistir com normas como as do art. 385 do CPP, denotando que as mudanças da Lei n. 13.964/19 foram muito aquém do que era necessário. Para piorar, houve a judicialização de modificações importantes, promovidas pela Lei n. 13.964/19, por intermédio da ADI 6.928, 6.300 e 6.305, cujo julgamento encontra pendente no Supremo Tribunal Federal, inclusive, quanto à extensão do art. 3º-A, no CPP, o que tornou o quadrante mais inseguro.

Conforme apontado, embora a doutrina informasse que o sistema processual penal se alinhasse ao sistema misto, deve ele ser guinado ao sistema acusatório, porquanto essa mudança de visão decorre da própria imposição da Carta Constitucional de 1988. Em outras palavras, a feição de um processo penal acusatório decorre da própria compreensão constitucional.

O papel central dos direitos e garantias fundamentais, destacando a proteção à intimidade e privacidade, ao lar (art. 5º, X, XI), o princípio da personalidade (art. 5º, XLV), a excepcionalidade da prisão processual (art. 5º, LXVI), aponta um eixo de um sistema processual penal acusatório. O próprio princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX), enquanto principal pilar do garantismo penal (FERRAJOLI, 2010, p. 90-91), denota que o sistema processual penal, à luz da Carta Constitucional de 1988, deve ser acusatório.

A compreensão do sistema penal, divorciado de uma leitura constitucional, guardava coerência com o período autoritário em que foi formulado o Estatuto Processual Penal, o que, contudo, não pode permanecer atualmente. O universo constitucional, inaugurado pela Constituição Cidadã brasileira, de fato, não pode guardar eco com a manutenção de

uma visão maniqueísta e filha de um momento histórico ditatorial

A Carta Constitucional de 1988 e o próprio movimento de Constitucionalização do Direito, tendo por pilares da dignidade da pessoa humana, a proteção aos direitos e garantias fundamentais e a força normativa da Constituição, inauguraram uma nova dinâmica que se espalha, máxime, em relação à ótica do sistema processual penal, conforme rememora Luís Roberto Barroso (2013, p. 269-288).

O fato de ser uma imposição constitucional os contornos de um sistema penal e processual penal garantista e acusatório não significa, porém, cancelar ou incentivar a impunidade. Ao contrário disso, a feição acusatória e garantista do sistema penal e processual penal guarda relação na ideia de que o poder punitivo estatal deve sim existir e ser exercido, contudo, devem ser respeitados os caminhos para tanto. Equivale, em outras palavras, o indivíduo perante o qual se exerce o poder punitivo estatal possui direitos, os quais não podem ser solapados pelo próprio Estado.

3 A VALORAÇÃO DOS ELEMENTOS INVESTIGATIVOS PRÉ-PROCESSUAIS

Analisada a feição do sistema processual penal, mostra oportuno focar na valoração dos elementos investigativos colhidos na fase pré-processual. Estes, apesar de serem dispensáveis, na forma do art. 12 do CPP, não endossam o ajuizamento de qualquer ação penal, independentemente da existência de elementos mínimos que tragam indícios de materialidade e autoria.

Isso porque é necessária a presença de um lastro probatório mínimo para justificar o ajuizamento da ação penal, conforme impõe o art. 395, III, do CPP. Em outras palavras, é imprescindível o mínimo de existência de indicativos quanto à infração penal para justificar a deflagração da fase processual, conforme destacam Afrânio Silva Jardim (2007, p. 97) e Paulo Rangel (2013, p. 281).

A bem da verdade, a justa causa, como elemento fundamental para o ajuizamento da ação penal, refrataria uma das condições da ação, mais especificamente o interesse de agir no binômico adequação-necessidade (MOURA, 2001, p. 221). A justa causa, enfim, alberga os pressupostos da ação e a própria condição da ação (NUCCI, 2013, p. 779), o que denota a sua importância, impedindo arbitrariedades. Aliás, figura como crime o início à persecução penal sem justa causa fundamentada ou contra indivíduo sabidamente inocente (art. 30 da Lei n. 13.869/19).

Nessa circunstância, o princípio *in dubio pro societate*, cuja natureza principiológica é questionável (LIMA, 2017, p. 1154), guarda extrema intimidade com o sistema inquisitorial, originado no bojo deste, consoante destaca Catharina Fernandez (2018, p. 37). Por intermédio daquele, possibilita-se iniciar marchas processuais e prosseguimento de ações

penais, ainda que sem elementos para tanto, sob o argumento de que no processo penal as provas poderiam ser obtidas. Tal concepção foi de grande serventia principalmente para justificar o funcionamento de sistema jurídicos autoritários ao longo da história, como no fascismo e no nazismo.

No Brasil, apesar de as nuances processuais estarem alinhadas a um sistema misto, consolidou-se equivocadamente o princípio *in dubio pro societate* como uma ferramenta que, em igual sentir, legitima a deflagração da marcha processual em caso de dúvida. De forma totalmente contraditória, apesar de haver previsão expressa de que a justa causa é necessária para a ação penal, franqueou-se a flexibilização, em sentido contrário, para admitir o início da marcha processual em caso de dúvida.

Sob a égide do *in dubio pro societate*, acaso os elementos investigativos fossem deficientes ou, ainda que estes não fossem aptos a ensejar, em uma análise sumária e prospectiva, a possibilidade de condenação ulterior, seria, ainda assim, possível o processamento da ação penal. Arvora-se tal ótica equivocadamente no princípio da obrigatoriedade da ação penal e em uma possibilidade de a fase processual representar um novo marco probatório, possibilitando uma atuação livre e infinita, o que permitiria a produção de provas, a princípio, inexistentes à época dos elementos pré-processuais.

Essa dinâmica clássica e, evidentemente, dissociada do art. 5º, LVII, da CF/88, na realidade, chancela abusos, uma vez que permite a deflagração da fase processual penal, sendo que, ao final, não há chance de condenação, ainda que se repita o padrão de elementos pré-processuais hauridos na fase precedente, seja por inquérito policial, seja por procedimentos investigativos, dentre outros. Ao falso argumento de que se defende um interesse da sociedade, na dúvida, impõe-se uma espada de Dâmocles para que o investigado suporte as agruras processuais, sem sequer haver, na verdade, a própria justa causa (ARAKAKI; RIBEIRO, 2022, p. 72).

Ora, se houvesse a justa causa, isto é, o mínimo de elementos que justificasse ao Estado-acusador movimentar a máquina, não seria o caso nem de se falar do princípio *in dubio pro societate*. Embora seja teratológica e discrepante de um sistema garantista e acusatório, a perenização do absurdo tem legitimado a deflagração de inúmeras ações penais, sob a ótica equivocada de que não seria necessário para o ajuizamento da ação penal, haurir elementos pré-processuais plenamente aptos a permitir a condenação, ainda que de forma prospectiva.

Essa dinâmica canhestra vem se mostrando contraproducente, devendo ser empregado um viés mais consequencialista ao assunto, como sugere a própria Análise Econômica do Direito, ao propor uma visão conjugada entre Direito e Economia, mediante a observância das vantagens e desvantagens de determinada medida (ARAKAKI; RIBEIRO, 2022, p. 72). Não impõe ela apenas uma perspectiva de análise aritmética, mas sim de uma dinâmica

maior, sobretudo, para se chegar à ilação se determinado ponto é ou não eficiente.

Richard Posner (2010, p. 138) advertia que a eficiência não se encontraria divorciada dos “princípios éticos correntes: utilidade, liberdade e igualdade”, sendo que a “maximização da riqueza não é a única concepção do bom ou do justo que influenciou o direito”. Ronald Coase (2016, p. 115) também asseverava a imprescindibilidade de a eficiência defluir de um cenário em que os custos sejam menores do que os resultados visados. Dessa forma, a eficiência é pedra fundamental na Análise Econômica do Direito.

Sob esse signo, a eficiência pode ser compreendida na lógica de Pareto, mediante a qual a melhora da condição de um agente não prejudica os demais. A eficiência de Pareto acarreta a melhora da situação/vantagem a todos os envolvidos, consoante lecionam Antônio Porto e Nuno Garoupa (2022, p. 64). Nesse aspecto, ao se analisar os elementos pré-processuais, seria imprescindível se ter em mente que a deficiência deles (-1) geraria um inquestionável pedido de arquivamento, sendo clarividente o abuso na deflagração da fase processual.

Agora, em igual sentir, para se atingir a eficiência de Pareto, seria adequado o arquivamento também em um cenário em que a coleta de elementos pré-processuais não permita uma condenação na fase processual penal porvindoura, ainda que em uma análise prospectiva. No caso do resultado neutro (zero) do filtro dos elementos pré-processuais, inexistiria a justa causa para a ação penal. Caberia, nessa perspectiva, questionar se se repetissem os elementos pré-processuais na fase da ação penal, estes seriam o suficiente ou não para a emissão de um decreto condenatório.

Acaso a resposta seja não, obviamente, o arquivamento justificar-se-ia, exceto em casos pontuais e excepcionalíssimos. Remanesceriam, para o processamento, enfim, apenas os elementos pré-processuais que endossem, a princípio, uma condenação efetiva ao final, com resultado prospectivo positivo (+1). Não se cuida aqui de um exercício reprodutivo da fase inquisitorial, o que feriria o art. 155, caput, do CPP, mas sim de uma visão prognóstica das possibilidades factíveis a partir dos elementos pré-processuais.

Tal visão, encampando uma linha prognóstica e consequencialista, encontra alinhada aos ditames de um processo acusatório e garantista e, ao mesmo tempo, propõe uma maior otimização da máquina judicial, motivo pelo qual soa evidente a imprescindibilidade de sua adoção.

4 A IMPRESCINDIBILIDADE DE REVISÃO DOS ELEMENTOS INVESTIGATIVOS PELO VIÉS ACUSATÓRIO E CONSTITUCIONAL

O viés constitucional, ao impor um sistema acusatório e garantista, exige que os elementos investigativos pré-processuais, neles inseridos aqueles decorrentes de inquéritos

policiais, termos circunstanciados e procedimentos investigativos criminais, sejam analisados de uma maneira mais detida. A alegação da análise perfunctória e sumária dos elementos investigativos, por si só, não franqueia a deflagração de ações penais mambembes.

A propósito, ao diferenciar constitucionalização simbólica e legislação simbólica, Marcelo Neves (2013, p. 68) aponta que a primeira é mais grave do que a segunda, porquanto esta fica adstrita a domínios e temas específicos ao passo que aquela influencia uma perspectiva difusa que se dissemina a partir da deficiência constitucional. Pontua aquele autor (2013, p. 68): “[...] a Constituição apresenta-se como metalinguagem normativa em relação a todas as normas infraconstitucionais [...] Caso não seja construída normatividade constitucional suficiente durante o processo de concretização, a legislação ordinária como linguagem-objeto fica prejudicada em sua normatividade”.

Inegável, dessa maneira, que o sistema acusatório e garantista na ótica processual penal impõe, por coerência, uma análise mais prospectiva, ainda que em sede sumária. Esse filtro de valoração prospectivo deve decorrer de uma concepção acusatória e garantista que encontra guarida constitucional e, para além disso, encampa um enfoque consequencialista, coerente com a Análise Econômica do Direito. Este se propõe a conjugar uma visão conjugada entre a Economia e o Direito.

Trazem-se, dessa maneira, as premissas utilitaristas da Economia e a influência desta nas decisões jurídicas. Parte aquele referencial teórico da premissa de que o Direito não sobrevive hermeticamente em uma realidade paralela, sendo que muitos dos impulsionamentos e da ação dos agentes decorrem nitidamente de estímulos e desestímulos, geralmente situados no plexo da Economia. Essa visão plural e realista torna importante a Análise Econômica do Direito, posto que não se busca a edificação de uma doutrina apartada, porém, sim do que é real e concreto.

Ao se migrar o filtro da Análise Econômica do Direito à Justiça Criminal, é nítida a pertinência da temática, uma vez que adere visões mais práticas à Justiça Criminal e como é possível racionalizar sua eficiência. Logicamente essa racionalização da eficiência não ocorre por meio do comprometimento do próprio resultado. Assim sendo, a verificação das ferramentas existentes e o resultado último, que é a prestação da atividade jurisdicional, resguardando o sistema garantista, devem ser devidamente delimitados.

Nesse sentido, por intermédio da Análise Econômica do Direito, é nítida a necessidade de se extirpar a perspectiva retrógrada do princípio *in dubio pro societate* quanto aos elementos investigativos pré-processuais. De fato, considerando que ao órgão acusatório, ocorre a preclusão consumativa quanto ao rol testemunhal, não faz o mínimo de sentido deflagrar a fase processual penal se não existirem elementos maduros aptos a justificar eventual condenação penal ao final.

Não se ignora que a análise que se faz é sumária, quanto aos elementos pré-

processuais, e exauriente às provas processuais. Sucede, contudo, que é fato que, se desde a fase pré-processual os elementos investigativos, sejam eles decorrentes de inquérito policial, termos de ocorrência e procedimentos investigativos, não são aptos à condenação, não se justifica iniciar a fase processual penal.

O regime de preclusão a que se sujeitam corretamente às partes processuais, dentro do processo penal, não permitirá, evidentemente, um panorama probatório diverso do que já havia quando da análise dos elementos pré-processuais, exceto em casos especiais e pontuais. Assim sendo, sob o crivo até mesmo da Análise Econômica do Direito, o arquivamento desses elementos inquisitoriais é a solução jurídica mais correta, implicando igualmente uma eficiência de gestão administrativa.

Com efeito, não adianta esperar por soluções miraculosas e reclamar apenas do atual sistema processual penal, das falhas estruturais, da falta de profissionais nas instituições de justiça, dentre outros pontos. O resultado que se percebe atualmente é um número exorbitante de processos criminais em trâmite, movimentando uma estrutura altamente custosa. Além disso, o número de inquéritos policiais em trâmite nas unidades policiais também não é de se ignorar. Somem-se a isso os procedimentos investigativos criminais a cargo do Ministério Público.

Por outro lado, apenas ofertar os recursos humanos para diminuir a deficiência de profissionais, por si só, não resolverá o problema que é estrutural e complexo. Esperar o cenário perfeito para se encampar providências utilitaristas, evidentemente, nunca ocorrerá, razão pela qual, além do fundamento constitucional, é preciso adotar ferramentas que busquem equacionar o imbróglio existente.

Sob o ângulo da Análise Econômica do Direito, logicamente, atingir-se-ia a eficiência de Pareto ao se promover uma visualização constitucionalizada, ou seja, acusatória e garantista, dos elementos pré-processuais ou investigativos. Eliminar-se-iam expedientes extrajudiciais, inquéritos policiais, procedimentos investigativos, que não tenham perspectiva de condenação ao final. Para tanto, é necessário aos agentes estatais se adaptar ao seu real papel constitucional; não assumir um ônus messiânico que não possuem.

Ao Delegado de Polícia cabe depurar a ocorrência das infrações penais, inserindo, inclusive, nos procedimentos investigativos a seu cargo, elementos defensivos, desde que pertinentes à elucidação do episódio nos inquéritos policiais, entendimento este compatível ao próprio art. 54, §1º, a, in fine, do Estatuto de Roma. De igual forma, cabe ao Ministério Público não acusar deliberadamente os investigados, mas sim fazê-lo nos casos em que houver efetivamente a justa causa (art. 395, III, CPP).

Acreditar que seria possível ao órgão ministerial movimentar a máquina estatal, ao argumento do princípio *in dubio societate*, ou que miraculosamente sobreviria uma prova ao curso da instrução que serviria para corrigir a deficiência probatória anterior, implica

um divórcio ilógico de um sistema penal garantista e acusatório. Isso porque franquearia, nessas hipóteses, a utilização de processos criminais e de investigações como meio de macular a honra objetiva do investigado, causando mais uma reprimenda moral do que jurídica.

Ao final da instrução processual natimorta, com a absolvição do investigado, ainda que por insuficiência de provas, nada lhe seria reparado. Simplesmente aquele sofreria as agruras processuais e, ao fim, a honra que lhe foi maculada, inclusive, não raramente pela imprensa, ficaria lesada, sem qualquer reparação. Na linha de um sistema penal garantista e acusatório, sem prejuízo do enfoque da Análise Econômica do Direito, é necessário afastar, em definitivo, o princípio *in dubio pro societate* quando do filtro dos elementos investigativos para a oferta da ação penal.

Se não há, ainda que em uma análise sumária, elementos na fase pré-processual que, acaso refratados em prova, na fase processual, sejam suficientes para condenação, o caso é de arquivamento do caderno inquisitorial, seja ele inquérito policial, seja termo circunstanciado de ocorrência, seja procedimento investigativo criminal. Não há justa causa se os elementos inquisitoriais não permitem, ainda que convertidos em uma análise prognóstica na fase processual, condenação.

Longe de ser exercício de futurologia, a proposta trazida propõe um funcionamento racional da valoração probatória, que também se coaduna com a Análise Econômica do Direito. A lógica do sistema de preclusão a que se sujeita o órgão ministerial, ao receber os elementos inquisitoriais, devendo arrolar suas testemunhas já na denúncia e indicar as demais provas pertinentes, mostra que o arquivamento daqueles é de rigor acaso não haja espaço ou haja dúvida para sustentar eventual condenação.

O pensamento pueril de que, durante a ação penal, apareça uma prova inexistente anteriormente e que se possa utilizá-la é incompatível com o sistema acusatório e garantista, uma vez que pressuporia que o magistrado pudesse usá-la de antemão. Nesse passo, necessário destacar que cada vez mais, e com razão, a atividade do magistrado, dentro do processo penal, deve ser pontual, não podendo ele se substituir ao titular da ação penal na produção de provas e muito menos, ao argumento da busca da verdade, relativizar ou catapultar a lógica de preclusões.

O titular da ação penal, por sua vez, sujeita-se, consoante declinado, a um regime de preclusões. Ademais, a atividade probatória na fase da ação penal, ainda que para o titular da ação penal, não é livre. Ao contrário disso, é ela sujeita a regras e imposições que propiciem uma limitação, principalmente, na acusação a ser feita pelo Estado/Ministério Público, e no julgamento a ser empreendido pelo Estado/magistrado, como meio de frear o jus puniendi. Dessa maneira, a proposta aqui defendida não se confunde com um exercício de futurologia, mas traz sim uma análise garantista e acusatória do próprio sistema criminal.

Situações que inspirem dúvidas, portanto, quanto à autoria delitiva, materialidade e até mesmo dinâmica do fato devem ser arquivadas. Cite-se, a título meramente exemplificativo, uma infração penal em que haja versões opostas somente dos envolvidos (vítima e investigado) ou da própria vítima somente. Seria possível condenar acaso de mantivesse esse panorama probatório? Seria possível a condenação no dissenso entre a palavra da vítima em desfavor do investigado ou apenas da palavra da própria vítima? Óbvio, que não.

Não se ignora que, em certas infrações penais, em razão de sua especificidade, a palavra da vítima assume especial relevo, contudo, isso não significa que se autoriza a condenação penal apenas lastreada na versão da vítima, sem outros elementos. Se houver outros elementos, por seu turno, estes devem estar na fase pré-processual, como, por exemplo, o exame de corpo de delito. Veja-se, enfim, que não há qualquer justificativa para não se promover uma análise constitucional dos elementos investigativos.

A eficiência econômica, por sua vez, frise-se, não se cinge aos recursos financeiros apenas. É uma grande ilusão acreditar que movimentando uma máquina onerosa e cara, como o Estado, em procedimentos investigativos e ações penais natimortas, promover-se-ia uma pacificação social. Ao contrário disso, perde-se o tempo útil e recursos humanos e financeiros em investigações mambembes, deixando outras, mais promissoras muitas vezes, ao relento. Evidentemente que essa compreensão de eficiência e economia, entre os benefícios e desvantagens, deve ser mensurada.

O Estado nunca conseguirá investigar, processar e punir todas as infrações penais (FARIA, 2022, p. 152). A própria Análise Econômica aplicada no Direito Penal parte da premissa de uma faixa de infrações que, por diversos motivos, o ente estatal não conseguirá investigar, processar e punir, posto que não é onisciente e onipotente, consoante destaca Renato de Faria (2022, p. 152). A realidade sobre a qual o Estado atua, seja ele investigador, acusador ou juiz, é apenas formal e depende de reconstrução probatória e da interpretação desta; não é ela presumível (MITTERMAYER, 1909, p. 79).

Acreditar que apenas o preenchimento dos quadros de pessoal supriria a questão do excesso de investigações nas unidades policiais e no funcionamento do Ministério Público, do Poder Judiciário, é reverberar uma solução cândida. Nessa perspectiva, é necessário se mudar a maneira como se vem lidando com os elementos investigativos, promovendo, de antemão, uma projeção prospectiva em caso de eventual manejo de ação penal, para aí defluir se é viável arquivar o expediente extrajudicial ou deflagrar a fase processual.

Essa economicidade vai além de satisfazer o interesse do próprio investigado. Na realidade, a impressão da linha acusatória e garantista atinge o interesse social. Atende essa ideia ainda os interesses das próprias instituições, posto que possibilita que estas se dediquem a demais questões que realmente demandem uma análise mais acurada. A

imprescindibilidade de racionalizar o funcionamento das instituições perpassa pela análise dos elementos investigativos.

O caos decorrente do excesso de expedientes investigativos e de ferramentas processuais, sem o mínimo racionamento da máquina, ou seja, sem incorporar um filtro mais elaborado da análise dos elementos pré-processuais, franqueia um solapamento maior dos direitos da sociedade. O funcionamento da máquina estatal, sobretudo, dentro do sistema penal acusatório, necessita de urgente racionalização, máxime em uma sociedade altamente litigante.

Não há dúvidas de que os institutos de justiça penal consensual buscam conciliar os desafios da jurisdição nos tempos atuais, porém, é preciso não olvidar a densidade axiológica de um sistema acusatório e garantista, decorrente da própria vocação constitucional. Tal visão merece e deve ser assimilada na análise dos elementos pré-processuais, pois se trata do norte da própria Constituição Federal de 1988.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz de um sistema processual penal garantista e acusatório mister se faz catapultar o princípio do *in dubio pro societate*, mediante o qual vem chancelando a deflagração da fase da ação penal de forma deficiente e sem perspectiva de condenação ao final. Diante de um processo que funciona com regime de preclusão e de forma racional e estruturado, é falaciosa a ideia de que o cenário de dúvida, na análise dos elementos pré-processuais, justificaria a instauração de um processo penal.

Os interesses da sociedade não são satisfeitos na movimentação de uma estrutura estatal cara para, ao final, chegar-se a processos penais que poderiam – e deveriam – ter sido extirpados na fase pré-processual. A utilização das agruras do processo penal para penalizar investigados não é democrática e nem compatível ao processo penal acusatório e garantista. Não há defesa da sociedade em um cenário de movimentação da máquina estatal se, em uma perspectiva prognóstica, os elementos pré-processuais hauridos não permitem a condenação.

O cotejo dos elementos pré-processuais neutros (zero) deve implicar igualmente arquivamento em razão de ausência de justa causa, como inquestionavelmente ocorre em quadrantes em que os elementos pré-processuais refratam ausência completa de justa causa (-1). Assim sendo, apenas seria legítima a movimentação da máquina estatal, com a deflagração da fase processual, acaso os elementos pré-processuais propiciem, em um filtro prognóstico, o contexto de condenação, ou seja, promovem um quadro positivo (+1).

Essa ideia encampa nitidamente a premissa da eficiência econômica de Pareto, uma vez que todos os envolvidos, acaso se adotasse essa ótica constitucional e garantista,

ganhariam, racionalizando o funcionamento da própria máquina pública. Não faz qualquer lógica sequer falar do princípio *in dubio pro societate* em um sistema processual penal garantista e acusatório. A dúvida, ainda que no cotejo de elementos pré-processuais, jamais pode ser interpretada em desfavor do investigado.

Nenhuma sociedade é beneficiada no processamento de inocentes, os quais, independentemente do fundamento da absolvição, não podem ser constrangidos em razão da dúvida. Admitir o quadro de movimentação da marcha processual em cenários duvidosos somente pereniza abusos, seja pelo ajuizamento de ações penais mambembes, seja pela manutenção de inúmeros procedimentos investigativos sem futuro. É necessário se racionalizar o funcionamento da máquina estatal, tanto do Estado-investigador, como do Estado-acusador e do Estado-julgador.

Para tanto, uma melhor compreensão e a incorporação de filtro dos elementos pré-processuais são imprescindíveis. Identificar e realizar uma análise prognóstica dos elementos colhidos na fase investigativa implica racionalizar o funcionamento da própria máquina, permitindo otimizá-la. De nada adianta propor reformas para a gestão e funcionamento das instituições de justiça, enquanto, havendo ferramentas, houver uma negativa de se aplicá-las a pretexto de um discurso moralista. É necessário, enfim, que as instituições de justiça volvam os olhos à sua real vocação constitucional.

REFERÊNCIAS

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa; RIBEIRO, Maria de Fátima. A Análise Econômica do Direito e seus impactos na (in)aplicação do princípio *in dubio pro societate*. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 24, n. 47, p. 65-78, jan./jun., 2022. Disponível em: https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/47/artigos/artigo04.pdf?v=47. Acesso em: 23 ago. 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 104, a. 21, p. 147-171, set./out., 2013.

CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro**. Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. vol. 1.

- COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, a. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set., 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>. Acesso em: 23 ago. 2023.
- FARIA, Renato de. **Teoria econômica do crime**. Florianópolis: Habitus, 2022.
- FERNANDEZ, Catharina Maria Tourinho. **A inaplicabilidade do in dubio pro societate na decisão de pronúncia**. Salvador, 2018. 69 p. Monografia (Curso de Direito), UFBA
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- KHALED JR., S. H. O Sistema Processual Penal brasileiro acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas: Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293–308, 2010. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6513>. Acesso em 23 ago. 2023.
- LYRA, Roberto. **Direito penal normativo**. Rio de Janeiro: José Kofino Editor, 1975.
- LIMA, Roberto Kant de. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 10, p. 65-84, 1989.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor J. Ribeiro dos Santos, 1909.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 2001. vol. 5.
- NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. In CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (coord.). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67-74.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12. ed. São Paulo: RT, 2013.
- PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA. **Curso de Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2022.
- POSNER, Richard A. **Economia da justiça**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. O “sistema acusatório” do processo penal brasileiro: apontamentos acerca do conteúdo da acusatoriedade a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 47, p. 181-204, jul./dez, 2015. Acesso em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo08n47.pdf>. Disponível em: 23 ago. 2023.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 30.08.2023 Aceito em: 17.11.2023
--