

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/372765654>

A investigação criminal e o princípio constitucional implícito da dialogicidade no enfrentamento de fenômenos criminais complexos

Article in *Global Dialogue* · July 2023

DOI: 10.53660/GDIA.114.111

CITATION

1

READS

9

2 authors, including:



Ilton Garcia da Costa

Universidade Estadual do Norte do Paraná

44 PUBLICATIONS 29 CITATIONS

SEE PROFILE

A investigação criminal e o princípio constitucional implícito da dialogicidade no enfrentamento de fenômenos criminais complexos

Criminal investigation and the implicit constitutional principle of dialogicity in combating complex criminal phenomena

Recebido: 21/06/2023 | Aceito: 23/07/2023 | Publicado: 27/07/2023

Everson Aparecido Contelli

ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-0113-9663>
Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Brasil
E-mail: eversonrosana@terra.com.br

Ilton Garcia da Costa

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0093-161X>
Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Brasil
E-mail: iltoncosta@uenp.edu.br

RESUMO

A investigação criminal é um instituto normalmente compreendido de forma isolada no sistema de justiça criminal, que exige iminente e aprofundado debate científico acerca da necessária interdisciplinaridade envolvendo não apenas a instrumentalidade constitucional. Para tanto será realizado um estudo de forma transversal, que comunique com a análise empírica em busca de uma dialogicidade, decorrência da necessária conexão entre direito material, processual, por meio de pesquisa bibliográfica, teórica e documental. Como resultado dos estudos, espera-se produzir material suficiente para uma análise sob perspectiva orçamentária, econômica e financeira, para se afirmar em imposição constitucional implícita, um dever-poder estatal de uma coerente investigação criminal dialógica, sem a qual não haverá o cumprimento da manutenção do monopólio de aplicação da lei penal e entrega de direito fundamental de segurança pública adequada diante de fenômenos criminais complexos em território brasileiro.

Palavras-chave: Investigação criminal dialógica; Direito fundamental; Segurança pública;

ABSTRACT

Criminal investigation is an institute normally understood in isolation in the criminal justice system, which requires imminent and in-depth scientific debate about the necessary interdisciplinarity involving not only constitutional instrumentality. For that, a cross-sectional study will be carried out, which communicates with the empirical analysis in search of dialogicity, due to the necessary connection between substantive and procedural law, through bibliographical, theoretical and documental research. As a result of the studies, it is expected to produce enough material for an analysis from a budgetary, economic and financial perspective, to assert itself in implicit constitutional imposition, a duty-state power of a coherent dialogic criminal investigation, without which there will be no fulfillment of the

maintenance of the monopoly of criminal law enforcement and delivery of the fundamental right of adequate public security in the face of complex criminal phenomena in Brazilian territory.

Keywords: Dialogic criminal investigation; Fundamental right; Public security

INTRODUÇÃO

Investigação criminal não é um fenômeno situado exclusivamente no processo penal ou que perpassa apenas o denominado Direito Penal Objetivo – direito material.

A dialogicidade está em identificar a relação entre a investigação criminal, seus atores, sujeitos e os diversos ramos do direito com a fase de persecução criminal, assim como produzir a interconexão entre Estado-investigação, vítimas, autores de crime e sociedade, a partir de um diálogo franco.

Com efeito, esse diálogo parte da noção de comunicação e do propósito de relacionamento dos diferentes subsistemas sociais que ao mesmo tempo em que devem influenciar a persecução, nesse estágio de desenvolvimento sofrem consequências das investigações.

É chegado o momento em que a sociedade e os sistemas sociais poderão sofrer e se modificar a partir de investigações policiais que remexem o tecido social.

Assim como a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann ultrapassa barreiras transdisciplinares para apresentar uma forma de comunicação entre sistemas sociais autopoieticos, a investigação criminal não existe em si mesma, não é o ponto de chegada ou de partida, mas a conexão entre a realidade, as mazelas sociais, os abusos de autoridade, abusos de direito, a criminalidade e a sociedade. O funcionalismo deve servir à sociedade, na função proteção, incentivo de progresso e criação de um futuro com segurança jurídica para as presentes e futuras gerações.

Esse funcionalismo que parte da autopoiese inicial, não pode isolar a investigação criminal a própria sorte, mas produzir respostas consentâneas com a realidade factual, social e orçamentária experimentada.

No entanto, na prática, sistemas nem sempre se comunicam, a ponto de investigação não se conectar sequer a com própria instrução processual penal, e muito menos, ou com raras exceções há comunicação entre direito processual penal e direito material, um retrocesso de autonomia científica.

Na linha da teoria circular dos planos, tem-se que não há sentido discutir uma instrumentalidade quando na prática, os influxos do direito material não atingem a fase da persecução preliminar, assim como esta não direciona a efetivação daquela.

Com efeito, a investigação não está flutuando no sistema jurídico de maneira isolada, em busca de uma neutralidade, ou melhor dizendo, de uma insensibilidade que a distancie do direito material, processual e da repercussão orçamentária e econômica.

Por acreditar em uma inflexível e inafastável proteção de direitos e garantias fundamentais, muitos institutos necessitaram de um incremento diante das graves violações promovidas pelo próprio Estado ao longo da história e, por vezes, comportamentos abusivos de particulares sequer abrem a possibilidade de discussão e reflexão, porquanto quase sempre encontram barreira no essencial *nemo tenetur se detegere*.

Ao mesmo tempo em que se deve reafirmar a necessidade de não retrocesso quanto as frequentes investidas do Estado-investigação em face dos menos favorecidos ou do uso político, e sem desconsiderar que o monopólio de aplicação de lei penal situa-se nas mãos do Estado, é chegada a hora de analisar se existem externalidades distintas do ilícito penal, seja ao verificar o comportamento ilícito correlato ao direito material penal (direito positivo), seja nos limites de defesa e acusação, principalmente durante a investigação criminal.

Portanto, é necessário analisar a dialogicidade entre segurança pública, repercussão social e econômica da infração criminal e de seus mecanismos de ativação, seja para acusação ou defesa.

A investigação criminal como componente da realização das relações jurídicas do direito é um sistema autopoietico que reduz sua complexidade para atender sistemas que operam fechados em sua própria base operativa.

Esse fechamento estrutural ocasiona severos problemas de dialógocidade entre o próprio sistema jurídico, como pode atingir outros sistemas que as vezes sequer são pensados a partir do resultado das investigações.

Com efeito, sistemas como segurança pública, de recorte estrutural administrativo, muitas vezes não se comunicam com o sistema de justiça criminal, de maneira a não gerar repercussão social ou possibilitar o debate custo da investigação.

Não há falar em políticas públicas de segurança pública, sem nenhum diálogo com a efetividade da implementação desse sistema, ou sem qualquer tipo de foco em transformação social.

Nessa proposta a partir de uma dialogicidade, o sistema jurídico constitui a base de fundamentação e consolidação da segurança pública por meio da aplicação da lei penal, sem afastar a necessária proximidade com a preservação de direitos e garantias fundamentais.

Com a demonstração de que existe iminente risco a segurança pública do país, o estudo busca avaliar se existe um mecanismo de superação do minimalismo de diálogo, para a necessária identificação de um dever-poder de imposição de prestação de um serviço público mais próximo à realidade jurídica e social vivenciada no país e com inegáveis reflexos – com produção de externalidades – ao sistema de justiça criminal e ao orçamento público.

COMPLEMENTARIDADE DIALÓGICA DOS MECANISMOS GLOBAIS E REGIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Identificado o descompasso entre a investigação criminal e os objetivos da segurança pública, tem-se que os efeitos colaterais começam a aparecer, muitas vezes dentro do próprio sistema caótico, obviamente impactando todos os demais sistemas e promovendo o caos social, a desagregação e a reiterada e evidente violação de direitos fundamentais e de direitos humanos.

Essas consequências são também econômicas e provocam externalidades não aferíveis que se traduzem não apenas em violações econômicas, mas afetam à dignidade da pessoa humana, no descrédito das instituições e podem gerar sanções internacionais para o Estado, como rotineiramente se percebe no país¹.

Mostra disso, no Brasil, estão os institutos denominados de incidente de deslocamento de competência e a complementaridade dialógica dos mecanismos globais e regionais de proteção dos direitos humanos.

Sempre que presente a disfunção, os resultados são devastadores. Note-se que os órgãos de persecução como as polícias civis podem ser responsáveis por fomentar graves violações aos direitos humanos e descrédito do Estado, toda vez que não desincumbe com eficiência e efetividade as funções primordiais da investigação criminal. Isso gera um custo em duplo sentido, seja do Estado para com o indivíduo, seja deste a impor custos não necessários ao orçamento público.

O instituto da intervenção, que tem permeado de forma arriscada o sistema de segurança pública evidencia, embora com acionamentos desajustados como o ocorrido em 2018 no Rio de Janeiro², que eventuais descabros nos Estados da federação podem ter relação com a ausência de diálogo entre os mecanismos de segurança pública preventivos e repressivos e os resultados evidenciados.

¹ A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, denominada de Lei Maria da Penha é um bom exemplo de consequências positivas dessas externalidades não aferíveis em tempo hábil no sistema de justiça criminal. Mas antes da lei, muitas consequências negativas atingiram os interessados do processo individual, a exemplo dos custos impostos exclusivamente ao Estado e à vítima, senhora Maria da Penha Maia Fernandes que foi submetida a uma simulação de uma tentativa de assalto. Todos os contornos que envolvem o caso Maria da Penha não podem ser traduzidos em uma sentença penal condenatória e em uma ação de indenização.

² A disputa entre traficantes de organizações criminosas rivais no Rio de Janeiro, deflagrada em 2017, fez com que o Exército realizasse uma incursão iniciada em 21 de setembro de 2017 na comunidade da Rocinha. Essa situação de instabilidade, estopim da intervenção federal na Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro em 2018 desvela a relevância em se analisar a dialogicidade entre fatores sociais; políticos e de Segurança Pública.

Esses desajustes em âmbito doméstico, que podem inclusive levar o Estado a uma intervenção federal, ou até mesmo o deslocamento de competência, a toda evidencia se comunica com os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, patamar somente acionável diante da omissão e da princípio da complementaridade. É certo que a carência da segurança pública tem nítida relação com o fracasso da sociedade e somente em última análise na ineficiência dos organismos de segurança pública do Estado.

Saídas menos conflituosas passam pelo dever-poder de dialogicidade, muitas vezes de patamar político para dissolver o dissenso, controlar a responsabilidade do Estado e, principalmente, para realizar a verdadeira justiça.

Incorporando a primeira armadura de proteção dos direitos humanos e filtro natural dessas violações, com função de instrumentalizar a judicialização desses conflitos sempre que necessário, o Brasil dispõe da Polícia Judiciária vinculada basicamente aos Estados-membros ou a União, no caso da Polícia Federal, como mecanismo de proteção doméstica.

E as conclusões do Inquérito Policial que outrora era identificado como singelo e dispensável caderno de informações, nessa nova dimensão de mecanismo que busca a verdade poderão ser utilizadas, inclusive, perante cortes internacionais, como é o caso do sistema regional representado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), ao ser provocada pela Comissão Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos (CIDH), perante o Tribunal Penal Internacional ou perante organismos regionais, a depender da extraterritorialidade do agente provocador da infração criminal e da competência de seu país de origem e sistema regional a que estiver afeto.

Essa evolução da Polícia Judiciária a coloca em um caminhar conjunto e comunicativo com a sociedade moderna, em um processo temporal e complexo que considera os direitos humanos mutáveis, adaptáveis e aperfeiçoáveis (OLIVEIRA; LAZARI, 2014, p.41) reveladores da historicidade desses direitos, que não são estacionários.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA

A Administração Pública Dialógica é a consolidação da gestão pública para a abertura da via administrativa à participação política do cidadão, em superação a marca da unilateralidade da ação administrativa.

Cuida-se de um modelo de Administração Pública em conformidade com o Estado Democrático de Direito que apregoa um atuar conjunto com os particulares, inserindo-os na atuação estatal.

Nesse sentido ensina Lima (2013, p.100):

A questão da necessidade de uma interação comunicativa entre o particular e a Administração é antiga, pois apenas através de uma ambiência de reciprocidade de comunicação é possível cotejar um diálogo autêntico e eficaz entre os sujeitos da relação jurídica administrativa.

Contudo, a ambiência de reciprocidade comunicativa exige o sucumbir da reserva, do silêncio da indiferença e da autossuficiência decisória por parte da administração pública. É dizer, impõe o reconhecimento de que a atuação administrativa não pode ser promovida sem o cotejo da perspectiva dos destinatários; portanto, sem o permeio do diálogo.

A dialogicidade da administração prima pela preservação da pluralidade de interesses, alinhando, um diálogo a partir da racionalidade, ainda que diante de uma textura conflituosa da sociedade de risco.

Conforme Lima (2013, p.101), essa é uma forma de promover a gestão pública:

Com a dialogia, por certo, a atuação administrativa imprime uma releitura na análise do interesse público a ser encampado ou defendido no seio da administração pública, pois o espaço dedicado à pluralidade de interesses é preservado, fazendo com que, na expressão de pensamento dos diversos segmentos da sociedade, exsurja um diálogo primado na racionalidade, ainda que conflitivo, afastando, assim, por inevitável consequência, uma expressão monológica do Poder Público e, dessa forma, impõe uma nova forma de promover a gestão pública.

Em outras palavras: na administração pública dialógica há uma margem de intervenção comunicativa, que é permeada por ampla discussão dos atores sociais envolvidos, entre as entidades ou organizações da sociedade civil e os gestores públicos com vista a definir as medidas administrativas a serem encampadas pelo Poder Público, dando-se especial atenção aos entes do terceiro setor, já que atuam na esfera pública não estatal e, assim, possuem uma maior aproximação com a ambiência comunitária que anima a existência das políticas públicas, justamente por necessitar delas.

Com efeito, a Administração Pública Dialógica constitui a superação dos modelos de Administração Pública Patrimonial; Burocrática e da Gerencial.

A Administração Pública Dialógica representa a densificação de participação social nos mecanismos de administração do Estado e uma recolocação do modo de olhar o cidadão pela Administração Pública, decorrência de uma espécie de mutação do direito administrativo.

Quanto a mutações do direito administrativo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p.33) ensina:

Assim, o Direito Administrativo nasceu como um direito do Estado enquanto administrador, passou a ser um direito do Estado e dos administrados, e tornou-se hoje, com seu núcleo constitucional e como seu prolongamento, um direito comum dos administrados face do Estado administrador.

Compreende-se como administração pública dialógica um modelo de prestação de administração pública fundamentado no Estado Democrático de Direito, que possibilita a efetiva interatividade comunicativa dos particulares nas instâncias decisórias do Poder Público.

Conforme ensina Lima (2013, p.102), a administração pública dialógica se caracteriza, essencialmente, por empreender em concepção democrática da função administrativa nos seus mais diversos segmentos; fomentar a consensualidade ao resolver questões públicas; destaca a politização do cidadão na decisão estatal; e cuida da reciprocidade comunicativa.

O modelo de administração pública dialógica sintetiza a teoria do discurso na validade das normas de ação, em que concordariam, na qualidade de participantes de discursos racionais, os cidadãos possivelmente afetados por elas (HABERMAS, 2003, p.321).

Na razão comunicativa de Habermas (2003), o racional está afeto ao ato comunicacional, uma nova compreensão da formação social, considerado e identificado como um processo dialógico.

Nas lições de Botelho (2010, p. 63):

No paradigma da comunicação proposto por Habermas, o sujeito cognoscente passa a ser definido não mais pela sua relação com objetos, em que pressupõe-se conhecê-los ou agir através deles, visando dominá-los. O sujeito define-se durante um processo de desenvolvimento histórico, submetido, portanto, às contingências históricas e culturais, sendo levado a entender-se junto com outros sujeitos, que partilham o mesmo horizonte do mundo da vida [...].

Analisando o direito comparado sincrônico, têm-se no Código de Procedimento Administrativo Lusitano, Decreto-Lei n. 4, de 7 de janeiro de 2015 (FONTES, 2017), o direito de participação, impõe crescente transparência da administração pública, assim como aproximação das relações entre cidadãos e poder público

Direcionando para um modelo de maior participação dialógica, a Lei 13.245/2016 alterou dispositivos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, facultando aos advogados maior acesso aos elementos de provas durante a fase investigatória. Em última análise, significa não propriamente o contraditório no Inquérito Policial, mas a possibilidade dialógica de participação do interessado perante o Poder Público.

Tal fato afasta a investigação do modelo de administração pública patrimonial, de gestão pública autocrática, de atuação funcional pessoal e sem a participação administrativa, característica do Estado Legal de Direito; por outro lado, dá lugar a um modelo de administração pública dialógica, de gestão pública democrática, atuação funcional consensual, participação administrativa necessária, decorrente do Estado Democrático de Direito.

Longe da aplicação de um verdadeiro contraditório, reservado para o processo, não é possível negar a existência de algum diálogo, ainda que na forma de maior participação informada.

Segundo Contelli (2019, p.54-55):

Nesse caminhar comunicativo, importante observar a Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015), marco regulatório da autocomposição no Brasil, com intensa repercussão sobre as atividades de persecução criminal e as políticas de segurança pública do país, ao disciplinar a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e, também, a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Além de imprimir segurança jurídica, alinhando-se ao movimento global de autocomposição, o dispositivo legal reafirma o importante papel de pacificação social desenvolvido fora da relação jurídica processual e avança para uma nova perspectiva de disseminação da cultura de soluções consensuais, inclusive na ambiência dos órgãos da Administração Pública.

Extraí-se dessa linha de fundamentação que a Administração Pública antes de mera atividade fundada em razões de Estado, deve atuar de forma colaborativa com os administrados, com os diversos colaboradores e por que não, entre os diversos órgãos, instituições e entes, em nome e em busca de um ideal de verdade, justiça e racionalidade funcional.

Ressalte-se, com efeito, que investigação criminal é uma atividade realizada essencialmente no âmbito prestacional da administração pública e essas mutações da atividade administrativa tendem a influenciar o caminhar comunicativo para o estabelecimento de novos arranjos investigativos.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DEVER DE UMA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIALÓGICA

Administração Pública, no processo de apuração de infrações criminais, embora seja considerada uma atividade administrativa *sui generis*, exige do Estado o dever-poder de uma investigação criminal dialógica.

Tem-se, a partir de um conceito de Administração Pública Dialógica, de recorte proximais à interação com o cidadão e a participação social nas instancias de poder, que lançar suas balizas para a fixação de uma persecução que doravante denominaremos de investigação criminal dialógica.

Nesse modelo dialógico de investigação, além da inserção da participação informada do cidadão, considerado aqui como vítima e investigado, tem-se que a dialogicidade pretendia ultrapassa o patamar dos sujeitos de investigação e do sujeito vítima da atividade criminosa para alcançar um agir comunicativo sincero entre todos os sujeitos da persecução; entre sujeitos da instrução e até mesmo entre os colaboradores do Estado-investigação e obviamente, superar a ausência de diálogo até mesmo entre órgãos ou instituições de cuidam de segurança pública no país, tais como Polícias Cíveis; Polícia Federal; Polícias Militares; Polícia Rodoviária Federal; Guardas Municipais e Sistemas Penitenciários – Nacional ou Estaduais, sempre em busca do

cumprimento efetivo da promessa constitucional de fornecimento do direito fundamental de segurança pública.

Porém, ao cuidar de um modelo dialógico de investigação criminal, não se está a afirmar em um modelo sugerido, mas em um dever-poder do Estado, sob pena de violação de direito fundamental de segurança pública.

Ademais, exigir a investigação criminal dialógica é concretizar o princípio da eficiência; princípio da publicidade, porquanto a não comunicação ocasiona ou estimula ações secretas a alto custo para a sociedade; atende a dignidade da pessoa humana, na medida em que o não esclarecimento de uma infração criminal pode atingir não somente a vítima, mas toda sua família na esperança de segurança jurídica, até mesmo para uma dialogicidade transversal com outras áreas, como com o direito civil; mantém a higidez do pacto federativo, porquanto evita acionamentos desnecessários de incidente de deslocamento de competência e atende a soberania nacional, evitando a aplicação da complementaridade na judicialização de demandas em face do Brasil perante organismos internacionais, com suas consequências negativas ao país e a sua economia.

A análise do conteúdo deste modelo denominado investigação criminal dialógica não se resume a simples fomento de diálogo entre sujeito – um dever que parece óbvio e inerente a todo aquele que ocupa cargo ou função pública –, mas em um dever de diálogo de fontes, interdisciplinar, a envolver relações de direito material e processual, como até mesmo orçamentário e financeiro.

Por outro lado, temos o custo da investigação criminal³ regida por aspectos orçamentários ainda mais complexos que inclui a observância de uma instrumentalidade constitucional, a busca de uma verdade e o princípio da eficiência e seu contraponto nas legítimas limitações constitucionais ao utilitarismo – o complemento eficiência-legitimidade –, a dialogicidade do sistema de justiça criminal, uma investigação criminal com características de independência e imparcialidade nos termos estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴, uma análise *cum grano salis* a não seletividade, ao devido processo legal, à cadeia de custódia, a legitimidade probatória, a participação dos sujeitos processuais e não processuais, assim como a expectativa subjetiva da sociedade.

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO DA DIALOGICIDADE NA COMPREENSÃO DE FATOS HUMANOS INDESEJADOS COMPLEXOS

³ Tema analisado com maior profundidade em tese de doutoramento pela UENP.

⁴ Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Série C nº 333. Sentença notificada ao Estado em 12 de maio de 2017. https://www.cortedh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_345_esp.pdf

Os princípios da Administração Pública são identificados em expressos e implícitos. Os primeiros são encontrados em dispositivos diversos da Constituição Federal e, ainda, em seu art. 37 como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Mas existe espaço de coexistência com os denominados princípios implícitos, como o da responsabilidade civil do Estado, da responsividade e da autotutela.

Ao lado desses princípios e diante de uma investigação criminal dialógica que os permeiam, derivado do dever de prestação de um serviço público *sui generi* com aderência a realidade fática é que pugnamos para existência do princípio implícito da dialogicidade.

Com efeito, conforme ensinam Contelli e Costa em Teoria da Ação de Direito Material no Processo Penal e a Proteção Eficiente da Vítima (p.301, 2015) as diversas facetas do diálogo investigativo, seja do ponto de vista da comunicação institucional, assim como o diálogo de fontes, o diálogo direito infraconstitucional e direito constitucional – incluindo seu patamar de Direitos Humanos – o diálogo apresentado pela teoria circular dos planos para o ambiente criminal – direito material e processual penal –, o dever constitucional de realização desse mesmo serviço público com eficiência, denota a necessidade de reflexão sobre o princípio da dialogicidade, mecanismo necessário para compreender que a dogmática penal não está isolada das disposições constitucionais, infralegais e, inclusive, econômicas e orçamentárias.

A relevância de um princípio da dialogicidade no sistema de justiça criminal está baseado na constatação de que os princípios ocupam lugar de relevância no ordenamento jurídico, posição nuclear, diante de sua capacidade de maior abstração e generalidade em comparação às regras.

Para análise neste trabalho e sem aprofundar na teoria dos princípios e na crítica acerca dos equívocos na distinção com as regras (SILVA. 2013, p.614), preocupa-nos a possibilidade da análise de eventuais conflitos.

No que tange as regras a sua estrutura, embora admita exceções, está atrelada à definitividade, enquanto princípios garantem direitos ou impõem deveres, porém *prima facie* (SILVA.2017, p.45):

Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. É claro que [...] regras podem ter – e quase sempre têm – exceções. Isso não altera o raciocínio, já que as exceções a uma regra devem ser tomadas como se fossem parte da própria regra excepcionada.

Silva complementa:

No caso dos princípios não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.

Em outros termos e complementando com Alexy (1995, p. 204), os princípios se constituem naquelas normas que possibilitam a realização de algo, na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas (SILVA. 2017, p. 46), com uma realização em diversos graus, o que também pode ser representado como mandamentos de otimização.

Avançar no tema conflitos entre regras e princípios demanda uma marcha não perseguida por este trabalho, mas que Silva (2017, p. 51) adianta ser esse, talvez, o ponto mais complexo e menos explorado da teoria dos princípios, cuja resposta ou está no sopesamento, em uma dimensão de peso para verificar a que deve prevalecer e o plano de validade.

Também a colisão entre os próprios princípios demandam uma incursão que não encontra solução na invalidade, mas naquilo que Silva (2017, p. 50) denomina de fixação de relações condicionadas de precedência, embora seja bastante comum que a máxima realização de um princípio seja restringida pela realização de outro, como no infundável debate sobre liberdade de imprensa e proteção da privacidade, o que não se pode afirmar existir uma exceção de um ao outro (2017, p.50).

Nos ensinamentos de SILVA, com suporte em referência de Robert Alexy, temos que (2017, p.50):

Esse conceito costuma ser expresso da seguinte forma: “(P1 P P2) C”. Isso significa, pura e simplesmente, que nos casos de colisão entre dois princípios – P1 e P2 – o princípio P1 prevalece sobre o princípio P2 apenas nas condições daquele caso C. É possível – e provável –, contudo, que em uma situação C’ seja o princípio P2 que prevaleça sobre o princípio P1, ou seja: (P2 P P1) C’. A despeito de se tratar nos dois casos, dos mesmos princípios não é possível formular, em abstrato, uma relação de precedência entre eles. Essa relação é sempre condicionada à situação concreta.

É muito provável que a ausência de diálogo decorra não da colisão entre princípios – princípio do silêncio; princípio da eficiência; princípio da legalidade; princípio da economicidade –, mas sim a ausência de diálogo e da compreensão de muitos institutos, ou da falsa interpretação de existência de princípios absolutos, de conservadorismo, sem valorar a necessidade de uma simples subsunção no aspecto da validade, precedida da correta compreensão dos institutos jurídicos como mecanismo de identificação e alocação em cada “caixinha” do rol dos suportes fáticos dos preceitos fundamentais, em que as externalidades ainda não ocupam lugar.

Valorar o princípio da dialogicidade na investigação criminal não é sugestão ou possibilidade, mas um dever-poder que em algum momento da histórica será alçado a princípio constitucional expresso – ao lado do princípio da eficiência.

Sem aprofundar no estudo paralelo das consequências da Investigação Criminal e das externalidades, a maior dificuldade está em identificar se existe um suporte fático abstrato, ou seja, se atos ou fatos correspondentes as consequências encontram correspondência em alguma norma.

Enquanto isso não ocorre é suficiente considerar fatos humanos complexos aqueles comportamentos que além de constituir crime, manipulam, por exemplo a investigação criminal em busca de atribuir responsabilidade a um inocente ou provocar um gasto anormal do Estado.

Conforme ensina de Costa, Contelli e Pedrão (2020, p. 1-493), terceiros inocentes têm a liberdade desafiada pelos falsos cadastros telefônicos, o que ainda é desprovido de tipos penais adequados, com evidente impacto na eficiência da investigação criminal.

Nesse sentido, ao encontro da dialogicidade, a expansão do direito penal negocial, como mecanismo de também sopesar a condição necessidade-utilidade da ação penal. A despeito do acordo de não persecução criminal, da transação e de tantos outros mecanismos, percebe-se que esses mecanismos ainda não foram pensados para limitar as consequências sociais e estatais, uma das alternativas dialógicas de repressão.

Por evidente não existe hipótese de transação penal ou de acordo de não persecução com relação a um inocente. De qualquer forma a investigação deve ser levada a efeito até mesmo para possibilitar os mecanismos negociais, como ocorre na colaboração premiada, porém, sem previsão legal se durante esta investigação sobrevier externalidades. Os mecanismos negociais ainda não estão preparados para suportar esta hipótese. Quando muito, o acordo de colaboração premiada, pelo caráter negocial, até pode prever formas de ressarcimento, embora isso nunca tenha ocorrido por um outro impasse: a ausência de aferição do custo da investigação criminal.

Essas externalidades se identificam com fatos humanos indesejados complexos que exigem uma resposta, ou ao menos uma alternativa, ou ponto de debate público em busca de novas soluções, com reflexos em todos os institutos penais e processuais penais.

As investigações criminais, portanto, têm o propósito de apresentar soluções a casos complexos, por meio de um conjunto de técnicas de raciocínio que podem ser instrumentalizadas em um procedimento administrativo em busca de uma verdade científica.

Mas investigação criminal consiste em um conjunto de técnicas e de raciocínio que podem ser instrumentalizados por meio de um procedimento administrativo, desenvolvidos na primeira fase da persecução criminal, composto de atos interligados que objetivam a elucidação da infração penal e a descoberta do criminoso.

Ocorre que esse conceito é insuficiente quando despido de dialogicidade, em especial no enfrentamento da criminalidade organizada e cibernética.

Ainda, a investigação criminal tem por finalidade a formação da convicção e certeza acerca da existência do crime e do criminoso.

Sem analisar o conceito filosófico de certeza, extrai-se da tradução da obra de Nicola Framarino Dei Malatesta (1995, p. 153) que a investigação deve ser considerada como uma ligação entre a prova concreta e uma verdade concreta:

A prova não faz mais que refletir no espírito humano a verdade objetiva (...) Sempre que se fala de substância de provas, não se fala da relação da prova com a verdade abstrata ou uma verdade concreta qualquer, cuja verificação não está em vista. Não, fala-se da relação determinada da prova concreta com a verdade concreta que se queira verificar. (...) É nesta relação das provas com a verdade que se queira verificar, que assenta seu critério objetivo, destinado a classifica-las segundo sua natureza substancial.

Ilacões ou meros juízos de valor não integrarão a Investigação criminal científica, que busca um juízo de convicção e certeza.

A investigação criminal, porém, não é sinônimo de inquérito policial, identificado como instrumento.

Ensina Tourinho Filho (2004, p.196), que “Inquérito policial é o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.”

O inquérito policial necessariamente será presidido pelo delegado de polícia e as investigações decorrentes deste procedimento serão denominadas de investigação criminal, embora algumas informações e conhecimentos obtidos no inquérito policial sejam tratados em forma de conhecimento de inteligência.

Define-se como investigação criminal dialógica o conjunto de atividades de colaboração que buscam a verdade possível do processo, a partir de pesquisas, técnicas, procedimentos, aplicação do direito, criação da norma e gerenciamento de atividades conectadas e dialogadas com a realidade social, com os direitos e interesses fundamentais, com o bem jurídico e com os sujeitos, agentes, instituições e com repercussão econômica.

Assim como o sistema jurídico depende de fato, valor e norma, a investigação criminal dialógica não se resume a simples uso de técnicas e pesquisa em busca da verdade quanto a autoria e da materialidade.

Exige-se do operador do direito e do pesquisador, um olhar para além da simples instrumentalidade a fim de atingir interesses e promover a função essencial da polícia que é a proteção de pessoas, de bens, transformação social e a da própria sobrevivência da sociedade.

O formalismo exacerbado tem contribuído para que o mero cumprimento de um rol de requisitos, encadernações ou cumprimento de leis se constitua em investigação criminal, ainda que despido e distante da realidade social, da alteridade e dos compromissos para com a coletividade.

Contudo, investigar não é cumprir um *check list*. Aliás, mesmo os protocolos de atuação – necessários à investigação – constituem obrigações básicas.

O trabalho de investigação vai além e exige dos agentes do Estado a escolha dialogada da melhor técnica de trabalho e do gerenciamento colaborativo com todos os envolvidos no procedimento de investigação, pena de todo o esforço se esvair em um conjunto sem sentido de papéis ou de arquivos eletrônicos, em uma instrução processual fadada ao insucesso.

O tema Diálogo – como participação – chama o pesquisador a refletir sobre democracia e seu futuro no Brasil, assim como exige suporte ontológico que perpasse uma democracia em Habermas para investigar os conceitos fundamentais da teoria discursiva, aspecto de política deliberativa, procedimentalismo democrático, esfera pública e sociedade civil, sob o ângulo de uma teoria da ação comunicativa.

Ademais, investigação criminal dialógica encontra relação com democracia informada, diálogo e informação para governança participativa.

A INSTRUMENTALIDADE DA INVESTIGAÇÃO

Assim como a instrumentalidade do processo proposta por Candido Rangel Dinamarco, a investigação criminal não deve se preocupar tão-somente com o escopo jurídico, mas também com as dimensões sociais, políticas, humanitárias e econômicas.

Mas a instrumentalidade busca a otimização do sistema ou da efetividade da investigação criminal.

Conforme defende Contelli (2019, p. 18) o tempo constitui grande obstáculo à obtenção das expectativas dos interessados e, especificamente, no processo criminal o tempo pode, inclusive, produzir espetáculos de autotutela.

Há uma dialogicidade tempo-espaco que não pode passar despercebida pelo pesquisador.

Com efeito, é necessário que a efetividade do processo não ocorra apenas no acesso a ele, mas que alcance outras dimensões, inclusive a teleológica e instrumental de todo o discurso, como adverte Dinamarco (2003, p. 372):

O que se impõe, portanto, é um novo “método de pensamento” a ser perenemente aplicado na interpretação dos textos, dos casos particulares e do sistema processual em si mesmo. Superada a fase “conceitual” do direito processual civil e não mais sendo objeto de preocupações a sua autonomia

nem prevalecendo a visão interna do sistema, cada vez mais nítida se torna a necessidade de encarar o processo de uma perspectiva teleológica, instrumentalista, com o reconhecimento de sua importantíssima missão perante a sociedade e as suas instituições políticas.

E, com essa preocupação, a mensagem que o presente estudo contém é, em síntese, a da justiça, da pacificação, da liberdade e da participação democrática através dessa instrumentação que a técnica do direito põe à disposição dos indivíduos e dos agentes do poder.

É certo, porém que o desejo de otimização e de efetividade da investigação criminal encontra limites exatamente no risco de violação instrumental a direitos e garantias fundamentais, tais como liberdade, intimidade e privacidade. Disso decorre que a instrumentalidade do processo penal é mais acentuada que no processo civil (LOPES JUNIOR, 2015, p. 53).

Com efeito, a investigação criminal de simples resultados deve retroceder um passo para analisar os custos do direito e sociais, mas que suplante o binômio materialidade-autoria.

O dialogar da investigação criminal proposta neste trabalho consiste em repercutir os efeitos da investigação em diversas áreas, seja da própria Administração Pública, impondo condutas do administrador, seja até mesmo modificando processos de empresas eventualmente utilizadas na prática criminosa, interferindo no processo de controle ético, como na crítica formada pelo protocolo PIX em detrimento da investigação (CONTELLI, 2022, 221-237).

Esse alcance da investigação criminal deve ocorrer não como uma via de mão única, mas em uma multiplicidade de possibilidades de acesso a partir da notificação da empresa, inclusive para futura análise de direito material quanto uma espécie que passaremos a denominar de exasperação do dolo.

Com efeito, quando a dialogicidade de uma investigação alcança uma empresa, novas infrações criminais doravante perpetradas podem estar sujeitas a um novo olhar investigativo, desta vez podendo alcançar o tormentoso tema de direito material que consiste na demonstração interna do dolo, ou da decisão de delinquir, ainda sem solução pelo direito penal econômico.

Dessa forma, conformidade de condutas não pode servir como um simples ajustamento de posturas éticas de uma empresa, um *slogan*, sem sentido técnico-jurídico algum, ou de nenhuma repercussão à sociedade.

Para a investigação criminal dialógica, conformidade interfere não somente na demonstração de novos tipos penais, mas podem constituir parte integrante de novas investigações criminais, em que empresas, não somente relacionadas a autores de crimes, mas também de vítimas de crimes – como instituições financeiras e suas reiterações de recusas de dados, mesmo quando são vítimas – em um novo patamar de pressuposição de condutas lesivas ou contraditórias as regras de *compliance* ou de orientações correspectivas expedidas pelo delegado de polícia quando da conclusão de inquéritos policiais.

E multiplicam os exemplos de repercussão das conclusões de inquéritos policiais na postura de pessoas e de empresas, a exemplo a comunicação para suspensão de porte de armas de pessoas relacionadas a ameaças no contexto de violência doméstica, com a ressalva de que eventual descumprimento pode levar o notificado a ser submetido a um procedimento de análise de dolo ou culpa tanto quanto ao crime, como com relação a eventual ressarcimento civil ou fiscal com relação aos custos das investigações.

Significativo exemplo de investigação criminal dialógica também está na recente alteração legislativa, com a criação de um dever de comunicação pelo estado-investigação para fins de ressarcimento do SUS – Sistema Único de Saúde⁵, nos casos de violência doméstica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema de justiça criminal está submetido a uma crise diante do pensamento de que investigação criminal constitui mais um serviço público, sem interferência de uma instrumentalidade constitucional e despido de considerações e valorações interdisciplinares.

Outros setores da Administração Pública têm recebido esse tipo de influência, com o aprofundamento da análise acerca de um modelo de Administração Pública Dialógica.

Constatou-se no estudo que é necessário pensar a investigação criminal não como simples sistema jurídico fechado ou como aplicação metódica e científica dos conceitos de investigação criminal a partir dos parâmetros oferecidos pelo distante Código de Processo Penal, mas que é essencial uma investigação criminal dialógica, conceito que exige a comunicação entre processo penal e direito material, direito tributário, direito administrativo, economia e com os impactos sociais e financeiros, inclusive em patamar de políticas públicas, no processo legislativo e na previsão orçamentárias.

Esse conceito não está isolado no sistema jurídico teórico, mas é a conclusão, a partir de uma análise sistematizada da Constituição Federal que possibilita a construção de um Princípio Constitucional Implícito da Dialogicidade, como mecanismo suficiente e proporcional ao enfrentamento do fenômeno criminal complexo e suas múltiplas repercussões, sem o qual a sociedade será submetida a uma iminente crise de efetividade.

Acredita-se que a ausência de diálogo decorra não da colisão entre princípios, mas sim da ausência de diálogo e da compreensão de muitos institutos, ou da interpretação com a crença de existência de princípios absolutos, sem valorar a necessidade de uma simples subsunção no

⁵ Conforme alterações trazidas pela Lei nº 13.871, de 17 de setembro de 2019 a Lei nº 11.340/2006, de 07 de agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha, um fomento a nossa denominação de investigação criminal dialógica, por sua dimensão social e econômica, que pode contribuir no controle da violência de doméstica e familiar, a partir de um agir comunicativo do delegado de polícia com as Fazendas Públicas e as Cortes de Contas.

aspecto da validade, precedida da correta compreensão dos institutos jurídicos como mecanismo de identificação e alocação em cada “caixinha” do rol dos suportes fáticos dos preceitos fundamentais, em que as externalidades ou consequências negativas do fenômeno criminal complexo ainda não ocupam lugar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

Alexy, Robert. Zum Begriff des Rechtsprinzips”, in: Robert Alexy, Recht, Vernunft, Dishurs: **Studien zur Rechtsphilosophie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995: 177-212. (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft; 1167).

BOTELHO, Marcos César. **A Legitimidade da Jurisdição Constitucional do pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 2 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 2 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016**. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113245.htm. Acesso em: 2 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.871, de 17 de setembro de 2019.** Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre a responsabilidade do agressor pelo ressarcimento dos custos relacionados aos serviços de saúde prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) às vítimas de violência doméstica e familiar e aos dispositivos de segurança por elas utilizados. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113871.htm. Acesso em: 2 jul. 2023.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura.** vol.1. 17. ed. São Paulo: Paz&Terra, 2016.

CONTELLI, Everson Aparecido. **Acesso à Justiça Criminal: NECRIM's – Núcleos Especiais Criminais como alternativa Consensual, Restaurativa e Dialógica na Persecução Criminal.** 2.Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CONTELLI, Everson Aparecido. **Governo Digital, Pix e Medidas Assecuratórias Per Saltum:** em busca da efetividade da persecução criminal patrimonial digital. In: SÃO PAULO. Pedro Luiz de Freitas Banietti. Acadepol. **ARQUIVOS DA POLÍCIA CIVIL:** revista técnico-científica. 59. ed. São Paulo: Acadepol, 2022. Cap. 10. p. 221-237. (ACADEMIA DE POLÍCIA “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”).

CONTELLI, Everson Aparecido. **Modernas Técnicas de Investigação criminal e suas Inovações Legislativas.** São Paulo: Academia de Polícia Civil do Estado de São Paulo, 2019.

CONTELLI, Everson A.; COSTA, Ilton Garcia. **Teoria da Ação de Direito Material no Processo Penal e a Proteção Eficiente da Vítima.** In: Ilton Garcia da Costa. (Org.). **Direito e Justiça: Aspectos Atuais e Problemáticos.** v.1. Curitiba: Jurua, 2015. p.301-320.

COSTA, Ilton Garcia da; CONTELLI, Everson Aparecido; PEDRÃO, Ramon Euclides Guarnieri. Terceiro inocente, chips de celular e o controle de cadastros telefônicos: tipos penais, eficiência da investigação criminal e estudos de casos. In: JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **TRATADO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL TECNOLÓGICA.** Salvador: Jus Podivm, 2020. Cap. 493. p. 1-493.

COSTA, Ilton Garcia; GONÇALVES, Aline M. . Da Sociedade Antiga à Sociedade Política e a Funcionalidade do Direito. **NOMOS (Fortaleza)**, v. 36, p. 205-224, 2016.

DEI MALATESTA, Nicola Framarino. **A lógica das provas em matéria criminal.** Trad. Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: Conan, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

FONTES, José. **Curso sobre o novo código do procedimento administrativo.** 6.ed. Coimbra: Almedina, 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.2.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração Pública Dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Direito Processual Penal**: Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2001.

OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2014.

Silva, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia . 2. ed, Malheiros Ed, 2017.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n. ja/ju 2003, p. 607-630, 2003Tradução. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf. Acesso em: 02 jul. 2023.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v.I, 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.