

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

Larissa Nassif Rezende

**Investigação Defensiva e a necessidade de sua implementação no ordenamento
jurídico brasileiro**

Juiz de Fora

2020

Larissa Nassif Rezende

**Investigação Defensiva e a necessidade de sua implementação no ordenamento
jurídico brasileiro**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, sob a orientação do Prof. Cristiano Álvares Valladares do Lago.

Orientador: Prof. Cristiano Álvares Valladares do Lago

Juiz de Fora

2020

Ficha catalográfica elaborada através do programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Rezende, Larissa Nassif.

Investigação Defensiva e a necessidade de sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro / Larissa Nassif Rezende. -- 2020. 42 p.

Orientador: Cristiano Álvares Valladares do Lago
Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito, 2020.

1. Defesa. 2. Fase Pré-Processual. 3. Investigação Defensiva. 4. Princípio da Ampla Defesa. 5. Princípio do Contraditório. I. Lago, Cristiano Álvares Valladares do , orient. II. Título.

Larissa Nassif Rezende

**Investigação Defensiva e a necessidade de sua implementação no ordenamento
jurídico brasileiro**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao corpo docente do Programa de Graduação
em Direito da Universidade Federal de Juiz
de Fora, como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 13 de novembro de 2020

BANCA EXAMINADORA

Prof. Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dedico este trabalho a todos que passaram em minha vida e que de alguma forma me ajudaram a construir os pensamentos que exponho nesta obra.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente aos meus pais, que sempre incentivaram e apoiaram meus estudos, dando princípios e ensinamentos que tenho certeza que fizeram toda a diferença nas minhas escolhas no meio acadêmico e profissional.

Agradeço aos meus demais familiares, principalmente minha irmã, que tiveram muita paciência ao ouvirem horas de empolgação de dizeres e histórias relacionadas ao direito.

Agradeço ao meu companheiro Kelvin, que me apoiou e foi essencial na escolha da faculdade de Direito quando me senti perdida na decisão do curso.

Agradeço aos meus amigos que viveram comigo as aflições e ansiedades de cursar uma faculdade, bem como comemoraram e vibraram com as minhas conquistas.

Agradeço com muito carinho a todos os meus mestres, desde o ensino pré-escolar até a faculdade, pois passam suas vidas a ensinar o que sabem, a dividir e compartilhar o seu conhecimento, formando hoje profissionais que podem atuar e trabalhar também com o que amam.

Agradeço ao meu orientador e também supervisor de estágio, que me ensinou com muita leveza como ser um bom chefe, sendo respeitado por todos sem nunca diminuir ou tratar alguém de maneira desigual, mostrando que a educação e o respeito são pilares para se obter sucesso na vida profissional.

Por fim, agradeço à Universidade Federal de Juiz de Fora, uma instituição respeitada que infelizmente vem lutando contra o sucateamento e a falta de verbas. Assim, agradeço a todos que de alguma maneira contribuíram para que eu pudesse me dedicar a este trabalho.

RESUMO

Neste trabalho foi discutido o papel da defesa na fase pré-processual, com destaque para o inquérito policial, meio de investigação criminal mais utilizado no Brasil. Com a análise do funcionamento procedimental, visou-se demonstrar que a atuação da defesa é ínfima dentro das investigações, gerando uma disparidade de armas entre o órgão de acusação e de defesa. Desse modo, observou-se a importância da defesa poder realizar ela própria a investigação, como forma de garantir que os direitos do sujeito sejam respeitados, podendo desde o início influenciar na *opinio delicti* do Ministério Público e na fundamentação da decisão de recebimento ou não de denúncia pelo Juiz. Foi possível perceber ainda que as provas obtidas pela investigação criminal são de grande relevância também para a fase processual, pois elas não são completamente desligadas do processo, necessitando portanto do contraditório. Por isso, foi realizado uma análise da Constituição Federal e dos dispositivos internacionais, com o objetivo de mostrar que os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório devem ser aplicados ainda na fase pré-processual, uma vez que o sujeito passivo deve ser sujeito de direitos desde o início da persecução penal, já que o Estado Democrático de Direito deve proteger a todo momento as garantias individuais. Por fim, foi realizado um estudo das novas normas, leis e projetos de leis que prevêm o instituto da investigação defensiva, concluindo que a ampla defesa e o contraditório hoje não são totalmente respeitados principalmente pela ausência da defesa nessa fase, demonstrando a importância da sua atuação e presença como garantidor do funcionamento da justiça.

Palavras Chave: Defesa. Fase Pré-Processual. Investigação Defensiva. Princípio da Ampla Defesa. Princípio do Contraditório.

ABSTRACT

This work discusses the importance of the defense in the pre-procedural phase highlighting the police investigation, which is the most used mean of criminal investigation in Brazil. From the analysis of the procedural operation, it has been demonstrated that the defense's margin of actuation is negligible within the investigations. This feature generates a great weapons disparity between accusation and defense, demonstrating the importance of the defense to be able to carry out the investigation on itself. Thus, it would be possible to ensure the respect of individual rights and the defense could be to influence the *opinio delicti* of the District Attorney and the groundings of the judge's decision accept or not the D.A.'s complaint. It was also possible to conclude that the evidence obtained by the criminal investigation has a great relevance for the procedural phase, because they are not completely disconnected from the whole process, being required to apply the contradictory principle. An analysis of the Brazilian Constitution and Foreign Laws was performed with the objective of showing that the principles of the lawsuit, ample defense and contradictory principles must be respected even in the pre-procedural stage. The passive subject must have his right respected from the beginning of the investigation up until the end of the judicial prosecution and the Democratic Rule of Law must always protect individual rights. Lastly, it was performed a study on new rules, laws and draft laws that predict the right for the defensive investigation. It can be concluded that the broad defense and the contradictory principles are not fully respected today, mainly due to the absence of the defense in this phase, demonstrating the importance of its actuation and presence as a guardian of justice system and its principles.

Keywords: Defense. Pre-procedural Phase. Defensive Investigation. Broad Defense Principle. Contradictory Principle.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	DIREITO COMPARADO	10
2.1	INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA ITÁLIA	10
2.2	INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NOS ESTADOS UNIDOS	15
3	INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO BRASIL	18
3.1	O INQUÉRITO POLICIAL	19
4	A NECESSIDADE DA IMPLEMENTAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL	24
4.1	O AMPARO NORMATIVO CONSTITUCIONAL E NO DIREITO INTERNACIONAL.....	25
5	PROVIMENTO Nº 188/18 DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DE ADVOGADOS DO BRASIL (CFOAB).....	30
6	A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO NOVO CPP	32
7	A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E O PACOTE ANTI CRIME.....	34
8	CONCLUSÃO.....	38

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo mostrar a importância da implementação do instituto da investigação defensiva no direito penal brasileiro, como forma de garantir que o investigado desde o início do procedimento tenha preservado os princípios constitucionais da ampla defesa¹ e do contraditório², permitindo uma investigação justa, menos arbitrária e que possa influenciar de fato na decisão do Ministério Público de oferecimento, ou não, da denúncia, bem como futuramente no julgamento do Magistrado.

A investigação defensiva tem como propósito a participação efetiva do imputado na fase pré-processual, visando possibilitar a realização das investigações privadas através de seu defensor. Dessa forma, proporciona que a defesa obtenha meios de prova que confrontam o acervo probatório obtido pela acusação, ou que coadunem com a inocência do investigado desde o início da persecução penal.

A investigação defensiva ocorre em apartado em relação a investigação realizada pelos órgãos estatais, não sendo sua atuação dependente da autorização das autoridades, ficando subordinada apenas aos limites estipulados na lei. Desse modo, a defesa ganha maior autonomia dentro da persecução penal, ampliando o seu campo de atuação também para a fase pré-processual.

A persecução penal é dividida em duas fases, a fase pré-processual e a fase processual propriamente dita. Será a fase pré-processual, onde ocorre a investigação preliminar, o alvo deste trabalho, em especial o inquérito policial brasileiro, mostrando como a defesa, atualmente, é mera espectadora nessa fase.

No ordenamento jurídico brasileiro não há previsão legal sobre a possibilidade da investigação ser realizada pelos defensores, cabendo apenas aos órgãos estatais³, mais

¹ O princípio da ampla defesa disposto no art. 5º, inciso LV da CRFB/88 é a possibilidade do acusado poder dispor de todos os meios disponíveis para realizar seu direito de defesa.

² O princípio do contraditório também previsto no art. 5º, inciso LV da CRFB/88 é conceituado por Joaquim Canuto Mendes de Almeida como sendo a: “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”. (Princípios Fundamentais de Direito Penal, ob cit. pg. 82). Desse modo, percebe-se que o contraditório traz a possibilidade das partes participarem e influenciarem nas decisões que podem vir a serem tomadas dentro do processo.

³ A legislação brasileira abrange hipóteses de realização da investigação preliminar para as três esferas do poder. O Executivo pode realizar através do inquérito policial civil ou militar, ou do inquérito administrativo. Já o Legislativo tem a sua disposição o inquérito parlamentar, também conhecido como CPI, que pode vir a gerar um processo criminal. Por fim, no Judiciário há o

comumente a Polícia Civil, realizar tal função, sendo ainda, vedada a utilização de detetive privado para fins penais conforme o disposto no art. 2º da lei 13.432/17⁴.

Contudo, essa realidade é bem diferente em outros países, como é o caso da Itália e dos Estados Unidos, em que há o instituto da investigação defensiva preliminar, podendo a defesa do imputado produzir provas ainda na fase pré-processual. Tal instituto foi adotado nesses países (o que será analisado em um capítulo próprio), com o intuito de promulgar o direito a defesa ampla e irrestrita, bem como os direitos fundamentais do acusado, visando proteger o sistema acusatório.

Outrossim, neste trabalho serão examinados a forma como atualmente é realizada a investigação preliminar no Brasil, o direito comparado e a necessidade da implementação da investigação defensiva como forma de garantir os princípios constitucionais e penais. Além disso, será visto normas que já preveem algumas possibilidades da investigação defensiva no Brasil e sua legalidade. Por fim, será realizado uma análise sob essa perspectiva, do Novo CPP que tramita no congresso e da Lei Anticrime, aprovada em 2019.

Assim, visa-se ao final deste trabalho constatar que a implementação da investigação defensiva no ordenamento brasileiro é essencial como forma de garantir o direito da ampla defesa e do contraditório, pilares do processo penal, e mais, como tais princípios não são aplicados hoje em sua plenitude, em parte, pela ausência da presença da defesa na fase pré-processual. Além disso, pretende-se concluir que a investigação defensiva está de acordo com a Constituição Federal Brasileira, bem como com os tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos, sendo um instrumento necessário para efetivar os direitos fundamentais que tanto é prezado, e reafirmado no Estado Democrático de Direito.

inquérito judicial, que se faz no juízo de falências, podendo vir a ser utilizado no processo penal. (SAAD, Marta, 2004, pg. 99/100)

⁴ Segundo o art. 2º da Lei 13432/17: “Para os fins desta Lei, considera-se detetive particular o profissional que, habitualmente, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeje e execute coleta de dados e informações de natureza não criminal, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante.”

2 DIREITO COMPARADO

Hoje não há no Brasil uma lei que regulamenta a investigação defensiva, havendo apenas algumas normas que versam sobre o assunto. Contudo, em outros países como veremos a seguir, a investigação defensiva é amplamente utilizada. No trabalho focaremos a análise do instituto na Itália, onde o ordenamento jurídico é mais parecido com o brasileiro, e nos Estados Unidos, no qual o sistema jurídico é o *Common Law*⁵, mas apresenta importantes princípios que podem ser trazidos para a realidade brasileira.

2.1 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA ITÁLIA

Na Itália, até 1988 com a Reforma do Código de Processo Italiano, era aplicado o Código Rocco de 1930, redigido pelo ditador fascista Mussolini, de origem autoritária, que dividia o procedimento em duas partes, a fase de instrução, de caráter inquisitorial e a fase de debates, de caráter acusatório, sendo portanto, um sistema misto⁶. Nessa perspectiva, a entrada em vigor do novo código em 1989 trouxe várias discussões no ramo do direito, como a maior participação efetiva da defesa no processo criminal e garantias dos direitos constitucionais. Assim, inovações vieram surgindo na legislação italiana ao longo das décadas, se tornando cada vez mais um sistema unicamente acusatório.

Um dos pontos de grande relevância foi a possibilidade da defesa realizar, ela mesma a investigação, conforme o art. 111 da Constituição da República. Sendo essa, uma forma de dar a defesa as mesmas possibilidades de produção de provas dada a acusação.

A investigação preliminar, ou *indagini preliminari*, ocorre em uma fase pré-processual, a investigação criminal, que está prevista nos art. 326 a 415 do CPPi, e determina que esta fica a cargo do Ministério Público, podendo atuar junto com a Polícia Judiciária. Cabe destaque a estrutura particular do Ministério Público Italiano, que integra a magistratura. Ou seja, o Promotor investigador é um membro da magistratura, e conforme o

⁵ Modelo jurídico caracterizado por princípios e regras não positivadas, sendo embasado pelos costumes e pela jurisprudência.

⁶ O sistema misto é caracterizado quando a persecução penal é dividida em uma fase inquisitorial e outra fase acusatória. O sistema inquisitorial é a junção da função acusatória e julgadora, misturando-as de tal forma, que não é possível identificá-las separadamente. Já o sistema acusatório ocorre quando as partes litigantes produzem as provas, sendo o magistrado um mero espectador, atuando de forma imparcial, apenas como julgador. (LOPES JUNIOR, 2008)

artigo 107 da Constituição Italiana os magistrados se dividem por suas funções: julgadoras e postulatórias, e todos gozam das garantias do cargo. Tal característica do órgão investigador auxilia para que ele seja ainda mais imparcial. Essa foi uma das grandes mudanças do sistema acusatório, deixando de lado a figura do Juiz de Instrução, deixando a cargo do Ministério Público investigador, que tem a sua disposição a Polícia Judiciária. O juiz, nesta fase, passa a ser um juiz de garantias, que tem por objetivo fiscalizar a legalidade dos atos processuais, bem como os direitos do investigado, atua como um verdadeiro *garante*. Desse modo, apenas em alguns momentos de necessidade o magistrado atua de forma mais incisiva no procedimento, como na Audiência Preliminar e no Incidente Probatório⁷. A Audiência Preliminar antecede o recebimento da denúncia, e será explicada detalhadamente mais a frente, sendo destacado, desde já, sua importância.

Tais investigações podem se iniciar de ofício pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária, ou através do recebimento da informação de um crime, de maneira formal, conforme os art. 330 a 346 do CPPi.

Em tais investigações o órgão ministerial tem a obrigação de comunicar ao investigado que está sendo alvo da investigação. Tal requisito ocorre pois, alguns atos só poderão ser realizados com a presença do defensor, e ausente a defesa, se tornam inválidos, principalmente aqueles que irão ser aproveitados na fase processual, conforme disposto nos art. 358 a 378 do CPPi, ressalvadas as provas que exigem sigilo. Além disso, conforme o art. 358 do CPPi cabe ao Ministério Público e a Polícia Judiciária investigar também fatos que podem vir a favorecer o imputado, como busca da verdade e da justiça. Por fim, cabe destacar que na Itália, por força do art.335 do CPPi, para se considerar investigado não se faz obrigatório a presença de um ato formal, basta o simples fato do nome do indivíduo estar presente na investigação para que lhe seja comunicado, preservando desde já seu direito de defesa⁸.

Nesta seara, observa-se a preocupação do novo ordenamento jurídico em proteger as garantias constitucionais, principalmente no que tange ao direito de defesa, para pôr fim ao sistema inquisitorial. Dito isso, merece destaque o art. 61 do CPPi que aplica o direito do *imputado* (acusado) à *persona sottoposta alle indagini preliminari* (investigado),

⁷ (LOPES JUNIOR, 2005, p. 242/243)

⁸ (DIAS, 2019, p. 30/32)

possibilitando que os princípios e as garantias processuais sejam respeitados ainda na fase pré-processual.

A respeito dos prazos da investigação preliminar, os artigos 405 ao 407 do CPPi determinam qual deverá ser a duração máxima da investigação, estando sujeito a inutilização dos atos investigatórios, *inutilizzabilità*, aqueles produzidos após o prazo estipulado. Contudo, é possível pedir a prorrogação dos prazos nos casos mais complexos, a ser decidido pelo Juiz de Garantias, após autorização do órgão colegiado.⁹

Cabe destacar também, que a lei 397/2000, veio modificar a alterar alguns artigos do Código de Processo Penal Italiano, principalmente no que tange uma maior regulamentação do rito procedimental da investigação defensiva. Assim, deve-se destacar alguns artigos que auxiliam a entender melhor a importância da investigação defensiva como forma de possibilitar a paridade de armas¹⁰ na fase pré-processual¹¹.

O artigo 103, 2 do CPPi, impediu o sequestro de documentos em poder do defensor, do investigado privado autorizado e do assistente técnico, com exceção se constituírem corpo de delito. O artigo 116, 3- bis do CPPi, determina que o defensor ao apresentar qualquer informação à Autoridade Judiciária, inclusive o resultado material e sua investigação, tem o direito à emissão de atestado a fazer cópia do que foi depositado. Ademais, o artigo 197, I, “d” e 200, I, “b” do CPPi, proibiram que fossem inquiridos como testemunha, por estarem cobertos pelo sigilo profissional, o defensor, o investigador privado autorizado e o assistente técnico. Ainda, o artigo 233, 1 – bis, do CPPi dispõe sobre o direito das partes privadas à prova técnico-científica, consistente na possibilidade de o defensor indicar um assistente técnico com o objetivo de: examinar as coisas sequestradas no lugar em que se encontram, intervir em inspeções ou examinar o objeto de inspeções que não presenciou. Deve-se destacar que tal direito fica sujeito a chancela do Ministério Público, se ainda estiver na fase pré-processual, ou a autorização da Autoridade Judiciária, caso já esteja em curso o processo. Além disso, outra mudança foi o artigo 362, I do CPPi que proibiu o *Parquet*, ao ouvir

⁹ Conforme art. 405 e 406 do CPPi, o prazo geral para o término da investigação preliminar é de dezoito meses, com exceção se houver alguma pendência de incidente probatório. Contudo, a partir do momento da inscrição do nome do suspeito no registro da notícia crime, o prazo para a conclusão passa a ser seis meses, podendo ser prorrogado por igual tempo pelo Juiz das *indagini* desde que tenha autorização do órgão colegiado.

¹⁰ A paridade das armas se caracteriza como a redução das desigualdades entre as partes, dando a possibilidade da acusação e da defesa terem os mesmos poderes e exercerem os mesmos procedimentos. (FERRAJOLI, 2002, p. 490)

¹¹ (MACHADO, 2009, p.112)

pessoas que já prestaram depoimento na investigação defensiva, de indagar sobre questões formuladas pelo defensor e suas respectivas respostas.

Por fim, cabe destaque os artigos 391- bis a 391- decies, do CPPi que indicam quais investigações poderão ser realizadas pela defesa, legislando quais métodos poderão ser utilizados, deixando cada vez mais explícito o poder da defesa dentro da *indagini preliminari*. O artigo 391 – bis permite o recebimento de declarações e obtenção de informações por parte do defensor. A defesa, através do defensor, investigador privado ou assistente técnico pode adquirir declarações informais, que podem ser utilizadas para auxiliar as investigações. A testemunha deverá ser informada sobre o papel que ocupa na investigação, se seu nome está presente ou não na investigação, até por força dos art. 358 a 378, que já foram citados. Além disso, caso a testemunha se recuse em parte ou em todo a prestar as declarações, é possível recorrer ao Ministério Público para que a testemunha seja inquirida em até sete dias após a data do requerimento ou requerer a instauração de um incidente probatório. Nesse sentido, há o artigo 391 – ter, que diz respeito sobre a possibilidade não só da defesa ouvir, mas adquirir documentação das declarações e das informações prestadas pelas testemunhas. É importante ressaltar que apenas o defensor é autorizado a redigir a ata e o relatório das declarações e anexar na investigação, uma vez que a defesa pode anexar apenas aquilo que entender benéfico para seu defendente, e o investigador privado e o assistente técnico não tem competência para realizar esse julgamento, uma vez que não são responsáveis por criar uma estratégia de defesa. Contudo, cabe destacar, que caso sejam apresentadas tais declarações elas não devem ser deturpadas ou ter trechos retirados pela defesa, como forma de deformar a verdade em benefício do defendente. O artigo 391 – quater refere-se a requisição de documentos à administração pública, devendo ser requisitado ao órgão expedidor. Caso seja negado, a defesa pode recorrer ao Ministério Público, pedindo uma ordem para que seja entregue o documento coercitivamente. Caso o órgão ministerial entenda por indeferir o pedido, deverá encaminhar seu parecer para o Juiz de Garantias, que poderá determinar o sequestro dos documentos. Um artigo importante é o 391 – quinquies, que versa sobre o poder de sigilo do Ministério Público, que pode obrigar um depoente, a não dar algumas informações para a defesa, para não prejudicar as investigações. Tal sigilo pode durar por até dois meses, e deverá ocorrer de forma motivada. O artigo 391 – sexies prevê o acesso da defesa à lugares e documentos públicos, para verificar o estado das coisas e dos lugares, com o fim de descrevê-las ou executar exames técnicos, gráficos, entre outros. Cabe a defesa realizar uma ata preenchendo todos os requisitos dispostos no artigo, com a data, o

lugar, a identificação das pessoas que lá estavam e o que foi observado e realizado no local. O artigo 391 – septies versa sobre acesso a lugares privados ou não abertos ao público, seguindo as mesmas instruções do artigo anterior, com uma diferença, que só será possível adentrar ao local com a concordância de quem dispõe a coisa ou o local, ou através de ordem judicial fundamentada pelo Juiz de Garantias, caso o primeiro acesso tenha sido negado. O artigo 391 – octies diz respeito ao fascículo do defensor, que é a possibilidade da defesa apresentar as provas adquiridas na investigação preliminar ao Magistrado, quando ele venha a proferir uma decisão ou na audiência preliminar. O fascículo do defensor é colocado no fascículo único da investigação preliminar quando se encerra a fase pré-processual. O artigo 391 – nonies diz que para que o defensor exerça a atividade de investigação defensiva é necessário que o mesmo tenha um mandato específico em razão da possibilidade de se instaurar uma ação penal. Tal mandato deverá ser com firma autenticada, e conter os dados do defensor e dos fatos a qual se refere. Por fim, o artigo 391 – decies refere-se a utilização da documentação adquirida na investigação defensiva. Segundo o referido artigo é possível aproveitar no processo as declarações previstas no fascículo do defensor. Caso haja registros de atos não repetíveis praticados pelo defensor ele deverá ser inserido do fascículo do *dibattimento*, conforme artigo 431, 1 – c do CPPi. E quando forem repetidos em juízo será colocado no fascículo do Ministério Público. Ainda sobre esse artigo o mesmo dispõe que quando se tratar de exame técnico não repetível realizado pelo assistente técnico particular, o defensor deverá comunicar em tempo hábil ao Ministério Público, para que caso concorde, compareça pessoalmente ou através de um dos órgãos. Ainda é possível que caso o Parquet não concorde que a perícia seja realizada pelo assistente técnico particular, que o mesmo requeira a instauração de incidente probatório. Outrossim, nos demais atos repetíveis que serão realizados pela defesa, poderá o Ministério Público assistir pessoalmente, ou através da Polícia Judiciária.

Findo a investigação preliminar ocorre a audiência preliminar prevista nos artigos 416 a 433 do CPPi, sediada pelo juiz de garantias. Em tal audiência o juiz analisará as provas obtidas pela acusação e pela defesa, e decide sobre a requisição do Ministério Público para a continuidade ou não da ação penal. Desse modo, o recebimento da denúncia não ocorre de maneira direta, podendo desde já, a defesa com as provas obtidas através da investigação defensiva, refutar o acervo probatório colhido pela acusação. É possível perceber ainda, que na Itália o juiz que atua na fase preliminar é diferente do juiz que atua na fase instrutória, mantendo a imparcialidade do juiz da instrução, uma vez que ele não teve que ser convencido

de que havia indícios de autoria e materialidade para dar o prosseguimento na ação. O juiz inicia o processo sem ter tido nenhum contato com a fase preliminar, é um juiz “não preventivo”¹².

Percebe-se portanto, um maior espaço a ser exercido pela defesa dentro da investigação preliminar na Itália, como forma de minimizar o desequilíbrio da produção de provas entre a defesa e a acusação. Cabe ressaltar, que ainda que exista a investigação defensiva, o Ministério Público e a Polícia Judiciária continuam com o compromisso de ir a procura da verdade, devendo registrar o que beneficia ou não o imputado, permanecendo portanto, sua fé pública. Até por esse motivo, é possível observar que o Ministério Público continua em muitos momentos com sua função fiscalizadora, e tendo uma maior amplitude quanto a quais meios poderá recorrer para adquirir provas, ainda como um órgão Estatal.

Assim, ainda que a defesa e o órgão de acusação não estejam exatamente com as mesmas possibilidades, os avanços legislativos amparados também pela Constituição Italiana, proporcionam que o imputado esteja mais presente, e que mais provas sejam produzidas, ampliando o direito de defesa.

2.2 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NOS ESTADOS UNIDOS

O ordenamento dos Estados Unidos é bem diferente do apresentado aqui no Brasil, contudo a maneira como procede as investigações têm grande relevância para fins de estudo, como forma de observar como é possível ampliar ainda mais, de forma segura, o direito a defesa na fase pré-processual. O sistema estadunidense se divide em três partes: investigatória, adjudicatória e judicial. É possível dividir a parte investigatória em duas fases. A primeira fase ocorre em sigilo, pois é o momento em que serão reunidos elementos probatórios para encontrar um possível suspeito. Já a segunda fase começa com a identificação do suspeito, o que inicia o direito a defesa. Nessa fase de investigações, a Polícia Judiciária ou o Ministério Público atuam na investigação criminal, enquanto a defesa atua na investigação defensiva, com observância dos direitos e garantias do sujeito passivo.

¹² No Brasil ainda se tem a prevenção como critério definidor de competência, ou seja, aquele juiz que atuou na fase preliminar será o responsável pelo processo, conforme artigo 83 do CPP. Cabe ressaltar que há a previsão do juiz de garantias no pacote anticrime, mas sua atuação está suspensa, vide tópico 7.

A produção das provas fica, portanto, toda a cargo das partes, ficando o juiz inerte em relação a formação do acervo probatório.

Nos EUA há diversas instruções normativas que abordam a atuação do advogado criminal, sendo os mais relevantes: a) *Criminal Justice Standards for the Defense Function* (Padrões para a atuação do Advogado de Defesa Para a Justiça Criminal, tradução livre) e b) *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases* (Diretrizes para a Nomeação e Desempenho do Advogado de Defesa nos Casos de Pena de Morte, tradução livre), sendo os dois livros da *American Bar Association (ABA)*, uma espécie de Ordem dos Advogados (OAB).

No livro *Criminal Justice Standards for the Defense Function* (Padrões para a atuação do Advogado de Defesa Para a Justiça Criminal, tradução livre) a investigação defensiva está abordada no tópico 4-4.1.¹³ Segundo a norma o defensor tem o dever, mesmo que o acusado tenha confessado, de iniciar uma investigação criminal assim que tomar o caso, devendo utilizar de todos os meios disponíveis para produzir provas que auxiliem no esclarecimento do mérito e na aplicação da pena (em caso de condenação). Ademais, o defensor também deve realizar diligências para conseguir ter acesso às provas produzidas pelo Ministério Público e pela Polícia Judiciária.

Outros tópicos trazem informações importantes sobre a atuação da defesa no ordenamento norte-americano, a Norma 4-1.3 a) o qual o defensor deve pautar sua atuação com respeito a obrigações de sigilo; Norma 4-1.3 b) lealdade; Norma 4-1.3 d) manter o defendido informado quanto ao desenvolvimento do processo e as potenciais alternativas; Norma 4-1.8 não assumir uma carga de trabalho que lhe interfira na qualidade de seu serviço ; Norma 4-3.3 c) dever de discutir potenciais fontes de informações úteis , evidência e investigação; Norma 4-3.7 b) não se limitando ao material produzido pela acusação; Norma 4-4.3 c) e caso necessário, exige do defensor que tome as medidas necessárias com o fim de garantir que as evidências físicas sejam preservadas, sugere que seja buscada a oitiva de todas as testemunhas, incluída as vítimas, as quais devem ser conduzidas de forma a não intimidá-

¹³ Dever de investigação: a) O advogado de defesa deve conduzir uma pronta investigação das circunstâncias do caso, e explorar todas as vias que levam a fatos relevantes para o julgamento do mérito da causa e aplicação da pena, no caso de condenação. A investigação deve incluir esforços para obter informações na posse da parte acusadora e da Polícia Judiciária. O dever de investigação independentemente da confissão do acusado, ou de afirmações do advogado de defesa sobre fatos que configuram culpa, ou a afirmação da intenção do acusado de se declarar culpado. b) O advogado de defesa não deve buscar adquirir a posse de elementos de prova pessoalmente ou por intermédio de um investigador quando seu único propósito for o de obstruir o acesso a essa prova.

las ou constrangê-las; Norma 4-4.3 d) não devendo ser utilizados métodos que deturpam a identidade do entrevistador ou o seu interesse no depoimento; Norma 4-4.3 g) refere ser desnecessário advertir ao entrevistado quanto ao seu direito ao silêncio ou ao direito de se fazer acompanhar por um advogado; Norma 4-4.3 f) e sugere ao investigador que se faça acompanhar por pessoa com credibilidade caso venha a tomar o depoimento de pessoa previsivelmente hostil.

O *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases* (Diretrizes para a Nomeação e Desempenho do Advogado de Defesa nos Casos de Pena de Morte, tradução livre), se limita a orientação aos casos que podem resultar na pena de morte, determinando um roteiro quanto a função do defensor na investigação defensiva, as provas e documentos que devem ser considerados a fim de traçar o perfil histórico do defendido.¹⁴

Além disso, a preocupação com a amplitude da defesa e da produção de provas já fez com que a própria Suprema Corte tivesse que anular decisões após discussões sobre a inexistência da defesa técnica efetiva, por não observados os direitos de defesa na fase de investigação¹⁵. Percebe-se que a investigação defensiva nos EUA tem limites bem determinados, sendo orientado pela ABA, visando uma postura ativa do advogado em busca de provas, informações e elemento que auxiliem na defesa do sujeito passivo desde o início da persecução penal.

¹⁴ (ARAÚJO, 2017. p.239)

¹⁵ (ARAÚJO, 2017. p.237)

3 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO BRASIL

A investigação criminal se realiza na fase pré-processual e busca apurar os fatos e sua autoria a fim de fundamentar a instauração, ou não, da ação penal. A investigação preliminar tem por objetivo esclarecer os fatos que estão sendo imputados ao sujeito passivo, em busca de verificar se são verdadeiros, e se há indícios de autoria e materialidade suficientes para que seja oferecida, ou não, a denúncia pelo Ministério Público, a fim de iniciar a ação penal.

Dessa forma, é na investigação preliminar que há o primeiro contato com as testemunhas e o indiciado, que são ouvidas em sede policial, bem como é nessa etapa que são realizados laudos e perícias a fim de obter elementos probatórios mínimos que possam formar a *opinio delicti* do representante do Ministério Público e embasar a instauração do processo. Ou seja, será através do acervo probatório produzido na fase preliminar que o *parquet* se convencerá se há, ou não, indícios de autoria e materialidade que possam fundamentar o oferecimento da denúncia.

Nesse sentido, é possível observar que a investigação preliminar também possui a função de evitar que inocentes tenham que vir a responder um processo criminal. Isso porque, realiza uma peneira, a fim de impedir que se processe sujeitos que não estão relacionados com o delito, uma vez que, só se torna processo os inquéritos que tem ao menos indícios de autoria e materialidade. Tal função é de extrema importância social, já que, mesmo que o processo seja julgado improcedente, o indivíduo que responde a um processo criminal fica para sempre marcado, principalmente por constar permanentemente um processo na sua certidão de antecedentes, o que levará a ser, muitas vezes, alvo de críticas e julgamentos da sociedade. Além disso, essa peneira realizada pela investigação criminal visa ainda impedir que o judiciário invista tempo e dinheiro em uma ação infundada.

Dessa forma, pode-se concluir que a investigação preliminar tem duas funções: a função procedimental, ou seja, preparatória para a possível instauração de um processo e a função garantista¹⁶, de evitar que o sujeito passe por um processo, por esse estigma social, desnecessariamente¹⁷.

¹⁶ O garantismo prevê que o direito penal deve ser a *ultima ratio*, depois que todos os demais ramos do direito não solucionarem o conflito. Além disso, garante os direitos dos sujeitos passivos para que estejam consoantes com os princípios constitucionais e com o Estado Democrático de Direito. (FERRAJOLI, 2002. p.75)

¹⁷ (LOPES JUNIOR, 2005, p.44/45).

Assim, é possível constatar que quanto mais provas, mais fontes, quanto mais a fundo se for ainda que na fase pré-processual, melhor e mais acertada será a fundamentação do Ministério Público e a decisão do Magistrado sobre a denúncia, e também mais eficaz será a investigação preliminar já que atingirá as suas duas funções.

No Brasil, a investigação criminal mais utilizada é o inquérito policial. E por isso, o usaremos de exemplo para retratar como ocorre a investigação no nosso ordenamento. Além disso, será observado como a defesa não tem a atuação necessária nessa fase, e pouco consegue influenciar nas decisões de oferecimento e recebimento da denúncia.

3.1 O INQUÉRITO POLICIAL

O Inquérito Policial está disposto no artigo 4º do CPP, e é realizado pela Polícia Judiciária¹⁸. Ele pode se iniciar através de diversas hipóteses que estão previstas no artigo 5º do CPP. A primeira delas é de ofício, mediante portaria, tendo a autoridade policial o conhecimento de crime, ela mesma pode iniciar o inquérito policial. O caso mais comum no Brasil de inquérito policial instaurado de ofício é o decorrente da prisão em flagrante.

Também pode-se gerar um inquérito quando for requisitado pelo Ministério Público, uma vez que o *Parquet* é o titular da ação penal pública¹⁹, e ao ter o conhecimento do delito, ele tem a obrigação de investigá-lo, podendo utilizar da Polícia Judiciária para tanto. Desse modo, a polícia deverá instaurar o inquérito, tendo o Ministério Público a função apenas de determinar diligências a serem executadas e acompanhá-las quando achar necessário. Por fim, também é possível que o inquérito policial se inicie em virtude de notícia-crime, através da denúncia de um crime por qualquer um que tenha conhecimento dos fatos; ou a requerimento do ofendido nas ações incondicionadas; ou nas ações condicionadas através de representação; ou nas ações privadas pelo titular da ação.

¹⁸ No Brasil a polícia pode ser administrativa, tendo a finalidade de preservar a ordem pública, o patrimônio e as pessoas, ou judiciária, que realiza investigações e auxilia nas diligências relacionadas às atividades jurisdicionais criminais. Via de regra, a primeira função é realizada pela Polícia Militar, enquanto a segunda pela Polícia Civil.

¹⁹ A ação penal poderá ser pública, ou seja, mediante iniciativa do Ministério Público, sendo incondicionada ou condicionada a representação do ofendido. A ação penal poderá ser privada quando prevista no tipo penal que sua iniciativa depende de queixa, ou subsidiária da pública, quando o Ministério Público ficar inerte.

Após instaurado devidamente o inquérito policial serão realizados diversos atos que visam constatar e averiguar o fato delituoso, em busca de indícios e provas que possam ajudar a formar a convicção do órgão acusatório. Os artigos 6º e 7º do CPP trazem um rol exemplificativo de quais atos a autoridade policial poderá executar, em busca da prova de autoria e materialidade. Conforme art. 6º: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I- dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II- apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III- colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV- ouvir o ofendido; V- ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI- proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII- determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter; X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.” Bem como o art. 7º diz que: “para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública”.

Ao fim do inquérito o delegado redige um relatório realizando uma exposição do que foi investigado, conforme artigo 10 do CPP. A autoridade tem em regra o prazo de dez dias para o fim do inquérito se o imputado estiver preso, e trinta dias se estiver solto. No caso do rito de tóxico, artigo 51 da Lei 11343/06, o prazo será de trinta dias para preso, e noventa dias para solto, que podem vir a serem duplicados. Após o retorno dos autos ao cartório, o juiz encaminha o inquérito para o Ministério Público que poderá solicitar a realização de mais diligências que entender serem necessárias (artigo 16 do CPP), ou se já suficiente, oferecer a denúncia no prazo legal (artigo 46 do CPP) ou, ainda, solicitar o arquivamento (artigo 28 do CPP). Ademais, nos casos em que o investigado está solto, conforme artigo 10,

§3º a polícia pode entregar os autos no cartório mas solicitar sua devolução a delegacia nos casos de difícil resolução e alta complexidade. Contudo, o que se percebe hoje é que independente do grau de complexidade dos inquéritos os prazos de conclusão do inquérito policial vem sendo frequentemente prolongados, de forma massiva na prática forense.

Dessa forma, por causa do prolongamento dos prazos, muitas vezes passam-se anos até a instrução da ação penal, o que pode vir a dificultar, em alguns casos, a defesa de produzir provas, ficando muitas evidências encontradas no inquérito policial sem serem contraditas dentro do processo. Deve-se deixar claro que existe a possibilidade da produção antecipada de provas no processo penal (art. 156, 225 e 366 CPP), mediante urgência e relevância. Mas não são apenas essas provas consideradas urgentes ou relevantes que podem se perder com o passar dos anos, outras provas também podem perecer com o tempo, como é o caso das testemunhas que podem não se lembrar de tantos detalhes, ou até mesmo não serem encontradas, ou já terem falecido, podendo vir a prejudicar a defesa no processo.

Ademais, é muito comum observar que as alegações do sujeito passivo a respeito do ocorrido, do delito que lhe é imputado, muitas vezes é tomado como mentira pela polícia, e pouco se investiga sobre essa versão dos fatos dada pelo suspeito.

Outro aspecto que merece crítica é a ausência de previsão legal a respeito do momento em que o sujeito passivo se torna indiciado, e como tal procedimento deveria ser feito. Indiciar é a etapa em que o sujeito que foi alvo de uma notícia-crime (ou demais hipóteses) se torna de fato um suspeito, e assim se torna sujeito de direitos. Conforme o artigo 5º, inciso LXIII da CRFB/88 o interrogado tem direito a exercer o silêncio²⁰, não produzindo provas, portanto, contra si, bem como de ter a assistência do advogado. Deve-se destacar que perante a ausência da previsão legal de qual momento o investigado se torna indiciado, e portanto, sujeito de direitos, fica a cargo da autoridade policial determiná-la conforme o bom senso. Assim, há a possibilidade de que ocorra arbitrariedades, como o sujeito passivo prestar seu depoimento sem que saiba de seus direitos, e sem saber que está sendo alvo da investigação. Não é raro nas audiências em juízo os acusados dizerem que no momento do depoimento na delegacia acreditavam se tratar apenas de testemunhas, mas que depois de prestar os esclarecimentos foram presos pela autoridade policial.

²⁰ O termo acusado previsto no artigo 5º, inciso LXIII da CRFB/88 deve ser interpretado em sentido amplo, como qualquer sujeito que teve uma imputação, acusação em geral contra si. Sendo assim, o termo acusado, também pode ser entendido como indiciado. (LOPES JUNIOR, 2005. p. 322)

Salienta-se que o direito a um defensor na fase pré-processual é optativo, uma vez que a atuação da defesa, nessa etapa, fica limitada a assegurar que os direitos do indiciado sejam respeitados, bem como que o procedimento ocorra em conformidade com as garantias legais, podendo acompanhar a produção de provas, e pedir diligências a autoridade policial, conforme artigo 14 do CPP.

Há dois problemas que devem ser vistos até aqui neste contexto. O primeiro é que o direito a defesa é protegido constitucionalmente, e por isso, não deveria ser optativa a constituição de um defensor na fase pré-processual, uma vez que a obrigatoriedade da presença do defensor pode diminuir as irregularidades realizadas no inquérito policial. Além disso, o defensor poderia desde já proteger os interesses do investigado, já que o que será produzido em sede policial poderá, junto com as demais provas, influenciar e ajudar a formar o convencimento do juiz. O segundo problema está disposto no artigo 14 do CPP, em que fica a cargo da autoridade policial realizar ou não a diligência pedida pela defesa. É claro que as requisições de diligências devem passar pelo juízo de admissibilidade das autoridades, para o fim de evitar pedidos meramente protelatórios, bem como os infundados, evitando que gaste tempo e dinheiro desnecessariamente. Contudo, o que vem acontecendo hoje na prática, é a maior facilidade o Ministério Público de conseguir as diligências pleiteadas, em face dos da defesa. Isso porque o Ministério Público é o autor da ação, tem contato direto com a polícia, bem como goza de credibilidade e fé pública, sendo seus requerimentos quase que aceitos de prontidão, sem um grande juízo de admissibilidade, enquanto os pedidos da Defesa não são tão bem recepcionados. Tal fato pode estar relacionado em parte com a polícia não ser um órgão imparcial, como será tratado mais a frente, sendo a principal responsável pelo combate a criminalidade, muitas vezes vê apenas como bem sucedido os inquéritos que resultem na comprovação dos indícios de materialidade e autoria.

Verifica-se uma nítida diferença entre o poder da defesa e do Ministério Público na possibilidade de produzir provas. Isso faz com que a defesa pouco consiga influenciar na *opinio delicti formada pelo Parquet*, nem refutar os indícios de autoria e materialidade. Por fim, ainda nesta seara, cabe ressaltar que, por isso, atualmente a defesa vem executando seu trabalho na fase pré-processual praticamente apenas de forma exógena, através de Habeas Corpus e mandado de segurança, pouco atuando dentro do inquérito.²¹

²¹ (LOPES JUNIOR, 2005, p.336)

Observa-se portanto, que no inquérito policial a defesa ocupa um papel quase que simbólico, sem conseguir participar de fato das investigações. Além disso, é possível perceber que a produção de provas e diligências requeridas pelo Ministério Público são prontamente atendidas, enquanto a defesa fica limitada a aprovação da autoridade policial. Fica claro que o *Parquet* tem maior facilidade na produção de provas, elementos estes que serão utilizados para fundamentar o oferecimento e o recebimento da denúncia, sendo por isso, tão importante a observação de princípios processuais na fase também pré-processual, uma vez que há uma nítida disparidade entre as partes, já que dificilmente a defesa consegue produzir provas para refutar as provas produzidas pela acusação.

Cabe lembrar que a primeira etapa do processo penal é o recebimento da denúncia pelo magistrado. É a partir desse ato que o procedimento deixa de ser inquérito e se torna processo. O recebimento da denúncia (ou queixa crime) está previstos nos artigos 396, caput e 399 do CPP, e poderá ser rejeitada quando for manifestamente inepta, faltar pressuposto processual ou condição para a ação penal, ou faltar justa causa para o exercício da ação penal, conforme artigo 395 do CPP.

Pode-se observar que a falta de justa causa é uma das possibilidades para se rejeitar a denúncia, e a justa causa no direito penal consiste na presença de indícios de autoria e materialidade do fato delitivo. Portanto, podemos concluir que os elementos probatórios produzidos no inquérito não são usados apenas para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público, mas também no momento do recebimento da denúncia. É nesse ponto que devemos destacar a importância da defesa também ter acesso a produção de provas, uma vez que o juiz tomará a decisão de iniciar o processo apenas com as provas que levaram o Ministério Público ao oferecimento da denúncia. Esse recebimento ocorre de forma direta, sem que haja nenhum tipo de audiência ou forma de defesa para refutar as provas produzidas, diferente do que ocorre na Itália, como foi visto.

4 A NECESSIDADE DA IMPLEMENTAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL

Como já foi dito, a função probatória do inquérito policial no Brasil é a de formar a convicção do órgão acusatório, que decidirá por oferecer a denúncia, ou pedir o arquivamento do inquérito. Além disso, visa juntar provas de autoria e materialidade que fundamentarão a decisão de recebimento de denúncia, bem como poderão ser utilizadas para firmar provas produzidas durante a fase instrutória. Ademais, a investigação preliminar também exerce sua função social, de impedir que algum inocente responda por um processo criminal. Dessa forma, é possível perceber que a influência do inquérito policial é muito maior do que meramente uma peça pré-processual, interferindo amplamente nas decisões que serão tomadas na fase instrutória.

Um exemplo claro dessa influência é a comparação feita pelo Ministério Público ou pelo Juiz dos depoimentos prestados pelo acusado em sede policial e em juízo. É comum que ocorra desses depoimentos serem contraditórios, levando a descredibilizar, em muitos casos, o que foi dito perante o juiz, por levar a crer que seja mentira, um depoimento orientado pelo defensor. Ou seja, é possível que um o depoimento prestado na delegacia tenha um peso maior, aparentar maior veracidade, exatamente por ter ocorrido próximo ao momento do delito e sem a orientação de um defensor.

Assim, a partir do momento que as provas produzidas em sede policial são aproveitadas na ação penal, passíveis de interferir nas decisões processuais, as possíveis irregularidades e ilegalidades que ocorreram durante a fase procedimental, podem vir a viciar a ação penal. Ou seja, se uma prova foi obtida através de um vício, já que não foi produzida sob o crivo da ampla defesa e do contraditório, ela pode vir a ser aproveitada dentro do processo, também o viciando.

No capítulo sobre inquérito policial, ficou claro a nítida limitação da atuação da defesa no inquérito policial, e como seria necessária a maior possibilidade de participação do defensor nos atos pré-processuais como forma de garantir a veracidade do que foi produzido, aumentando ainda mais a credibilidade das provas produzidas pela autoridade policial. Mas, além dessa extensão no poder da defesa dentro do inquérito policial, se faz necessário hoje, no Brasil, a implementação da investigação defensiva, como forma de proteger os interesses do sujeito passivo, bem como as garantias constitucionais do devido processo legal, da

paridade de armas, do contraditório e da ampla defesa. Além disso, a investigação defensiva é uma forma de fortalecer o sistema acusatório e o Estado Democrático de Direito.

Observa-se portanto a necessidade da implementação da investigação defensiva ainda que a investigação seja feita pela autoridade policial, e não pelo Ministério Público, que é o órgão acusatório. Isso porque, como já foi demonstrado há uma disparidade de influência no inquérito entre a defesa e o Ministério Público, sendo a produção probatória mais voltada para a acusação. Até porque, a autoridade policial é a responsável também pela segurança pública e por isso, estão envolvidos diariamente em ocorrências criminais, conhecendo os criminosos, o que faz com que os agentes almejem, muitas vezes, provar que o indiciado é o responsável pelo delito. Por isso, a autoridade policial, não pode ser vista como um órgão imparcial, necessitando que a defesa também possa realizar a investigação autônoma, como forma de garantir uma investigação que traga todo o arcabouço de provas possíveis.

Em suma, sabe-se que por força do artigo 155 previsto no Código de Processo Penal, nenhuma condenação poderá ser baseada apenas nas provas produzidas no inquérito policial. Contudo, hoje quase sempre as provas que levarão a formação da motivação do juiz são as provas produzidas no inquérito policial reafirmadas nas audiências de instrução através dos depoimentos e dos interrogatórios. Pouco se tem de novas produções de provas, e novos requerimentos, o que ocorre é uma reafirmação das provas já produzidas da fase pré-processual. Por isso, é de suma importância que se possibilite que a defesa também produza provas nessa fase, quando os fatos ainda estão 'frescos', e os indícios e provas mais fáceis portanto, se serem produzidos. A seguir será observado os amparos normativos da investigação defensiva no direito constitucional e no direito internacional.

4.1 O AMPARO NORMATIVO CONSTITUCIONAL E NO DIREITO INTERNACIONAL

O devido processo legal está disposto no artigo 5º, LIV da CRFB/88 e Conforme Alexandre de Moraes “configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto ao âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de contradições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa”²² É através do devido processo legal que serão respeitados todos os direitos do sujeito passivo, evitando arbitrariedade, bem como, preservando a regularidade de um processo penal.

²² (Constituição do Brasil Interpretada, p.360.)

Observa-se que um dos aspectos do devido processo legal é assegurar a plenitude da defesa. Faz-se aqui uma pausa, para refletir: a fase pré-processual que antecede o processo, se torna parte da instrução, uma vez que as provas produzidas na fase preliminar são usadas para provar a materialidade e ajudam a reafirmar as provas de autoria produzidas em juízo. Desse modo, a investigação preliminar não se desliga completamente do processo, não há um rompimento, ela se une a instrução probatória, servindo como mais um reforço das provas produzidas em juízo. Assim sendo, a investigação preliminar se torna parte probatória, e por isso deve ser garantido o direito vasto de defesa também nessa fase.

Por isso, a investigação defensiva seria de grande importância, como forma de ampliar o direito a defesa, podendo de fato contra golpear as acusações desde a denúncia, podendo realizar desde o início sua linha defensiva, evitando que se inicie uma ação penal fundada apenas em elementos probatórios da acusação. A verdade, é que havendo a possibilidade de se provar a inocência, a falta de autoria ou materialidade, esta deve ser provada o mais rápido possível, para que se tire a espada da justiça da cabeça do cidadão.

Nesta seara se torna imprescindível respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa na investigação preliminar. Além disso, por mais que não haja previsão expressa da investigação defensiva no ordenamento jurídico, ela também não é vedada, e conforme o princípio da legalidade, pode-se realizar tudo aquilo que a lei não proíbe, além de sua necessidade encontrar amparo nos princípios constitucionais e nas normas de direito internacional.

O princípio do contraditório previsto no artigo 5º, LV da CRFB/88 significa a possibilidade das partes participarem e influenciarem dentro do processo, que sejam ouvidas e possam realizar seus pedidos. Sabe-se para que se tenha o contraditório é necessário que se tenham partes, contudo na investigação preliminar o indiciado ainda não é acusado, não sendo parte propriamente dita. Contudo, se o Ministério Público apresenta uma denúncia contra o indiciado, no qual o juiz tomará a decisão de recebê-la ou não, o juiz exerce sua função julgadora, ouvindo apenas uma parte, deixando o outro interessado sem poder influenciar em tal decisão. Por mais que a autoridade policial deva reportar qualquer informação e prova, independente de ser benéfica para o indiciado, a defesa poderia trazer alguma prova diferente que fosse capaz de ajudar a formar a convicção do Magistrado.

A ausência de uma fase intermediária entre a fase pré-processual e o recebimento da denúncia é um grave problema do procedimento processual penal. Seria de suma importância, assim como ocorre na Itália, que a houvesse uma audiência preliminar, em que

ambas as partes poderiam expor suas provas para o convencimento do juiz a respeito da instauração ou não da ação penal. Hoje o que antecede o recebimento da denúncia é o seu oferecimento, com as exposições e narrativas da acusação, sem direito ao contraditório. No Brasil já ocorre, de forma não tão eficaz, alguns exemplos de fases intermediárias, como é o caso da “Defesa Preliminar” nos casos de crimes de funcionários públicos (artigo 513 do CPP) e no rito de tóxicos (artigo 55 da lei 11343/06)²³.

Ademais, sabe-se que o Sistema Acusatório é mais justo, imparcial e compatível com o Estado Democrático de Direito. Assim sendo, para que se tenha um Sistema Acusatório é necessário a bilateralidade das partes, que podem conduzir através dos meios legais a decisão final do julgador. Por isso, se faz necessário para que se tenha uma persecução penal inteiramente acusatória, que se tenha o contraditório presente na investigação preliminar. Por fim, cabe ressaltar que o contraditório é mais que o direito de produzir provas e contestar as provas produzidas pelo opositor, é também a possibilidade de ambas as partes influenciarem o julgador, tendo as mesmas possibilidades²⁴.

A ampla defesa, também prevista no artigo 5º, LV da CRFB/88 significa dar a possibilidade do acusado trazer ao processo todos os elementos para realizar sua defesa. Abrange não apenas a possibilidade de produzir provas, como também de ter direito a defesa técnica e a assistência jurídica integral e gratuita, a possibilidade de se defender de todas as acusações, enfim, tudo o que circunda a efetividade do direito a defesa²⁵.

A ampla defesa e o contraditório são essenciais para que a paridade de armas seja efetivada, segundo Luigi Ferrajoli: “para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo o estado e grau de procedimento e em relação a cada ao probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e arrecadações”²⁶

Por mais que a defesa hoje não seja obrigatória na fase pré-processual, a verdade é que o advogado é considerado indispensável para a administração da justiça, conforme artigo

²³ (LOPES JUNIOR, 2005. p.171)

²⁴ (ROVÉGNO, p. 256-259)

²⁵ (ROVÉGNO, p. 269-270)

²⁶ (FERRAJOLI, 2002. p.490)

133 da CRFB/88. A defesa é a garantia de que o imputado terá seus direitos preservados, observando o devido processo legal.

Além dos dispositivos constitucionais, as normas internacionais, que foram incorporadas ao sistema jurídico interno brasileiro, justificam e legitimam a implementação da investigação defensiva, sendo necessária para a execução de um julgamento justo. A primeira das normas é o artigo XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que diz que: “todo ser humano acusado de um ato delituoso (...) em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa”. Observa-se que o acusado, aqui, está sendo usado no sentido *lato sensu*, ou seja, não se refere ao momento apenas processual, após o recebimento da denúncia, cabendo desde o momento que foi suspeito de um crime que seja dado a possibilidade da defesa.

Em segundo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), em seu artigo 14, 3, b, dá o direito de “dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa” e no artigo 14, 3, de “obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõe a acusação”. Ora, o que se tem hoje é a nítida disparidade de armas entre a acusação e a defesa na investigação preliminar. A defesa não pode realizar uma investigação, enquanto o Ministério Público e a Polícia Judiciária realizam a investigação quase que juntos, tendo o órgão ministerial o poder de exigir diligências enquanto a defesa deve solicitar a autoridade policial. Além disso, sabe-se que a investigação policial ocorre com o viés acusatório, procurando indícios incriminatórios, e não absolutórios. Ademais, a defesa não se encontra nas mesmas condições de produção de prova que a acusação.

Em terceiro a Convenção Americana de Direitos Humanos, (Pacto de São José da Costa Rica – 1969), em seu artigo 8, 2, c determina a “concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa” e no artigo 8, 2, d dispõe sobre o “direito da defesa de (...) obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”. Também é nesse sentido o Estatuto de Roma do Tribunal Internacional, em seu artigo 67, 1, b, trazendo na letra e a possibilidade de “apresentar defesa e a oferecer qualquer outra prova admissível, de acordo com o presente Estatuto”²⁷.

²⁷ (DIAS, 2019, p. 42-43)

É possível verificar a necessidade da aplicação dos princípios oriundos da constituição e das orientações das normas internacionais, uma vez que desde já o investigado se torna sujeito de direitos. É nesse sentido o entendimento de Marta Saad:

(...) que o envolvido em inquérito policial deve ser reconhecido como sujeito ou titular de direitos, sujeito do procedimento e não apenas sujeito ao procedimento, verdadeiro titular de direitos que dentro dele exerce. O indivíduo é, aliás sujeito de direitos sempre, não importa em que estágio o procedimento se encontre. Os direitos e garantias constitucionais não têm limites especiais nem obedecem a procedimentos, simplesmente devem ser obedecidos sempre. (SAAD, 2004, p.205-206)

Assim, deveríamos tomar como exemplo o que já ocorre no código de processo penal italiano em seu artigo 61, e aplicar para o indiciado os mesmos princípios aplicados ao acusado.

Se os princípios constitucionais norteiam todo o ordenamento jurídico, efetivando o Estado Democrático de Direito, fazendo com que o exercício do direito seja baseado na razão e na justiça, eles devem ser aplicados a todo o momento, desde o início do procedimento, para que as garantias do sujeito sejam asseguradas desde então.

5 PROVIMENTO Nº 188/18 DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DE ADVOGADOS DO BRASIL (CFOAB)

O Provimento nº 188/18- CFOAB, versa sobre a investigação defensiva no Brasil de maneira detalhada, trazendo a forma, as técnicas, e a amplitude da atuação da defesa na fase pré-processual. Cabe ressaltar, que mesmo com a existência da possibilidade da OAB editar provimentos (artigo 54, V, da Lei 8906/94), continua sendo exclusiva a competência legislativa da União (artigo 22, I da CRFB/88). Dessa forma, ainda existe a necessidade de uma lei que regule a investigação defensiva, servindo tal provimento como uma orientação.

Os artigos iniciais do provimento tem por objetivo explicar o que é a investigação defensiva, podendo atuar na fase pré-processual, visando obter provas para tutelar o direito do sujeito passivo.

O artigo 4º, traz as diligências que poderão ser executadas pelo defensor conforme: “poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgão públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição.” Tal artigo traz autonomia para a defesa, tendo uma investigação a parte dos órgãos estatais, podendo inclusive utilizar de detetives particulares, peritos, técnicos, entre outros colaboradores.

Já o artigo 5º dispõe que defensor deve agir preservando o sigilo e observando os direitos e garantias individuais.

Em seguida o artigo 6º versa sobre o defensor não ter o dever de informar as autoridades competentes os fatos investigados. Nessa seara, entende-se que a defesa tem liberdade para informar apenas as provas que lhe são convenientes, não sendo obrigado a entregar todo o acervo probatório obtido, respeitando o princípio da não autoincriminação, até porque há a investigação paralela sendo realizada pela polícia.

Por fim, o artigo 7º afirma que a investigação defensiva é um ato legítimo da defesa, e por isso, não pode receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades. Fica claro a intenção da lei de dar maior autonomia e liberdade ao defensor para se libertar da subordinação em que se encontra em relação aos órgãos estatais na investigação criminal.

Pode-se observar que o provimento é um bom início da matéria no Brasil, podendo servir como base para futuras legislações, pois traz uma visão funcional, determinando os limites da atuação, e a maneira como ela poderá ocorrer, tentando evitar lacunas que poderiam deixar o exercício da investigação defensiva sob o crivo das autoridades.

6 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO NOVO CPP

A investigação Defensiva não tem previsão legal no Brasil, todavia, o projeto do Novo Código de Processo Penal²⁸, traz no artigo 13 a previsão de tal instituto, conforme disposto: “é facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. § 1º As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetos e do consentimento formal das pessoas ouvidas. § 2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento. § 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista. § 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial. § 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. § 6º As pessoas mencionadas no *caput* deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.”

O legislador trouxe a possibilidade do defensor “tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa”, contudo, o artigo tem seu foco principal na produção de prova através da colheita de depoimentos. Permite a oitiva de testemunhas (ressalvadas as vítimas, que devem ter autorização do Juiz de Garantias), desde que ocorra de forma consentida, discreta, em dias úteis e no horário comercial. Observa-se que segue a mesma linha do Código Italiano, que não atribui o poder coercitivo a defesa.

Não é somente neste aspecto que há semelhanças com o ordenamento Italiano. Segundo o parágrafo quinto do artigo²⁹, fica a cargo da autoridade policial decidir pela juntada, ou não, do material produzido pela defesa no inquérito. Conforme a teoria da canalização, para os atos da investigação defensiva terem validade jurídica, eles devem passar pelo crivo da autoridade estatal (que na Itália era o Ministério Público, e aqui no Brasil a Autoridade Policial). Tal teoria faz com que a investigação defensiva fique ainda limitada a interferir de fato na fase pré-processual, descredibilizando as provas constituídas pela defesa por não ser um órgão estatal e por não ser imparcial. Contudo, a investigação defensiva

²⁸ Projeto nº 8045/2010.

²⁹ O texto original do projeto não previa tal artigo, não havendo a subordinação da validade das provas produzidas pela defesa ao crivo da autoridade policial.

deve ocorrer de forma autônoma, independente e paralela, e por isso não deveria necessitar da autorização da Autoridade Policial, até porque, traz os mesmos problemas relatados referentes ao artigo 14 do atual CPP³⁰.

Contudo, assim como na Itália é possível recorrer das decisões tomadas contrárias ao pedido da defesa. No caso em questão, caso seja negada a juntada pela autoridade policial, ou negada a validade dos elementos provenientes da investigação, é possível recorrer ao Órgão Ministerial, dono da ação penal. Caso também seja negado pelo *Parquet* é possível recorrer ao Juiz³¹.

Outro aspecto importante está no caput do artigo 13, em que diz que a investigação defensiva poderá ser realizada por defensor público. Isso porque, grande parte dos sujeitos passivos na persecução penal são hipossuficientes, e não teriam condições financeiras para contratar um advogado particular. Dessa forma, caso a Defensoria não pudesse atuar realizando tal função, haveria uma grave ofensa ao princípio da igualdade e ao acesso à justiça. Contudo, cabe ressaltar que a possibilidade da defensoria pública atuar na fase pré-processual não é uma novidade em si, uma vez que, o artigo 306 do atual CPP prevê a atuação do órgão no caso de prisão em flagrante, não tendo o porquê não poder atuar também na parte investigativa.

Diante disso, é possível observar que e o NCPP traz o instituto da investigação defensiva, mostrando que tal matéria é importante e deve ser regulada pela legislação brasileira, como forma de defesa das garantias processuais e constitucionais. Contudo, a regulação disposta não foi suficiente, pois foca muito na prova oral, não especificando como seriam produzidas as provas técnicas, perícias, entradas em estabelecimentos, a utilização de assistente técnico e detetive particular. A atuação e os limites da investigação defensiva devem ser destrinchadas, a fim de evitar com que se limite os poderes dos defensores, bem como que fiquem as atividades da defesa restritas ao que os órgãos estatais e a jurisprudência entendam ser de sua competência.

³⁰ Vide tópico 3.1

³¹ (DIAS, 2019, p.68-69)

7 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E O PACOTE ANTI CRIME

A lei 13964/19, também conhecida como Pacote Anti Crime trouxe algumas mudanças no Código de Processo Penal. Dentre as alterações que cabem no assunto deste trabalho tem duas de maior destaque, a ampliação do direito de defesa e o Juiz de Garantias.

O Juiz de Garantias atua na fase pré-processual, sendo um juiz diverso daquele que atuará na instrução e no julgamento, e tem por objetivo aumentar a imparcialidade do Magistrado, que deixará de ser preventivo³².

Sabe-se que o instituto do Juiz de Garantias foi suspenso³³ pelo Ministro Luiz Fux³⁴ até ser referendada no Plenário da Corte, mas é necessário que se estude tal instituto, para ver as mudanças que serão trazidas na fase pré-processual, e a importância da investigação defensiva nessa nova realidade.

O Artigo 3º-A do CPP determina que: “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

O Artigo 3º-B do CPP versa sobre a responsabilidade do juiz de garantias, que deve verificar a legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais que necessitam autorização prévia do Judiciário.

Assim a função do Juiz de Garantias é limitada, porém de suma importância. Conforme Aury Lopes Júnior, “o perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo”³⁵. É ele que certificará que a investigação está ocorrendo dentro dos parâmetros legais, sem arbitrariedade, conforme o Estado Democrático de Direito.

³² O critério para resolver o conflito de competência, quando mais de um juiz é competente em razão da matéria ou lugar, conforme o artigo 83 do CPP, será a prevenção. Ou seja, o juiz que terá tomado conhecimento primeiro dos fatos, atuado na fase pré-processual, será o juiz competente. Acredita-se que o juiz preventivo fere a imparcialidade, uma vez que, o juiz já terá formado uma opinião para fundamentar as decisões tomadas na fase pré-processual, o que muito facilmente poderá influenciar nas decisões a serem tomadas na fase processual. (LOPES JUNIOR, 2005, p. 165)

³³ ADI 6.288, 6.299, 6.300 e 6.305.

³⁴ Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal

³⁵ (LOPES JUNIOR, 2005, p. 163)

Sob essa perspectiva, a leitura dos artigos, percebe-se que o legislador está visando proteger o sujeito passivo, sob a defesa do sistema acusatório. Contudo, hoje, no Brasil, há uma discussão sobre o sistema brasileiro, se seria misto ou acusatório. Parte da doutrina acredita que a fase pré-processual ainda ocorre de maneira inquisitiva, por não respeitar os direitos da ampla defesa e, principalmente do contraditório. Contudo, observa-se a preocupação do legislador em dizer que o processo penal deverá seguir a estrutura acusatória, logo em seguida explicando a atuação do juiz na fase pré-processual, o que leva a interpretação de que o sistema acusatório também deverá prevalecer na investigação, ou seja, em toda a persecução penal. Sabe-se que para que se tenha um sistema acusatório é necessário que o juiz seja imparcial, afastado do órgão acusatório, devendo haver a participação das partes em todo o processo, sob o crivo do contraditório, como forma de garantir que ambas as partes consigam influenciar o juiz na sua decisão.

É nesse sentido que deve-se interpretar as mudanças trazidas pelo pacote anti crime. Os incisos XV e XVII, do artigo 3-B do CPP, versam sobre o direito do sujeito passivo e da defesa de ter acesso a todas as provas (que não sigilosas) produzidas na fase da investigação criminal, bem como a possibilidade da admissão de um assistente técnico para acompanhar a produção da perícia. É possível perceber o intuito de aumentar a presença da defesa dentro da fase pré-processual, como forma de promover o sistema acusatório, junto com o Juiz de Garantias.

Deve-se ainda analisar o artigo 3º-C do CPP, que traz informações importantes sobre a divisão entre o juiz de garantia e o juiz da instrução. O parágrafo terceiro do referido artigo diz que: Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado. Já o parágrafo quarto assegura ambas as partes a terem acesso aos autos no juízo de garantias.

A previsão no CPP do juiz de instrução não ter contato com as provas produzidas no inquérito, com exceção das que não podem ser reproduzidas, preserva a imparcialidade do juiz. Isso porque, a crítica que se faz ao juiz preventivo é exatamente que ele já foi convencido pelo acervo probatório produzido na fase pré-processual de que há ao mínimo indícios de materialidade e autoria para dar prosseguimento ao processo, devendo portanto, a defesa, na instrução convencê-lo do contrário. Já a nova previsão legal evita o contato do julgador com

essas provas, fazendo com que as partes iniciem em igualdade, uma vez que o juiz ainda não foi convencido de nada.

Além disso, o fato desses acervos não poderem ser utilizados no processo preserva o contraditório, já que provas produzidas na fase de investigação, principalmente nas delegacias, não se submetem ao crivo do juiz, o que pode levar a ilegalidade de algumas provas. Assim, apenas o que foi produzido observando o princípio do contraditório será considerado pelo juiz da instrução.

Observa-se portanto, novamente, a preocupação do legislador em garantir que as provas produzidas na fase pré-processual não sejam responsáveis por motivar a decisão do juiz. Isso demonstra que essas provas são mais frágeis, já que não foram obtidas resguardando o direito do contraditório e da ampla defesa. Ou seja, o próprio legislador confirma que tais provas necessitam de serem reafirmadas, uma vez que foram produzidas sem observar os direitos do sujeito passivo, essenciais para que se tenha um julgamento justo e mais próximo da verdade. Assim, conclui-se ser cada vez mais essencial a participação efetiva da defesa na fase pré-processual para que se produzam provas cada vez mais confiáveis. Até porque, não se pode esquecer que mesmo que as provas produzidas na fase pré-processual não sejam usadas na fase processual, elas são importantes, uma vez que serão elas que irão ser utilizadas na motivação do Ministério Público para o oferecimento ou não da denúncia e do Juiz para o recebimento da mesma.

Ademais, o artigo 14-A do CPP traz a obrigatoriedade da constituição de um defensor na fase pré-processual, em investigações criminais que envolvam membros da segurança pública ou das forças armadas que estejam sendo acusados da prática de determinadas condutas com caráter letal, sejam consumadas ou tentadas. Esse artigo inova principalmente no que tange a indispensabilidade do defensor na investigação criminal. Deve-se questionar porque tal obrigatoriedade foi inserida nesse artigo. Entendo que o legislador, frente a complexidade e a importância desses crimes, achou necessário que a defesa estivesse presente desde o início, como garantia da observação da legalidade dos atos provenientes dos órgãos estatais e a possibilidade de se defender desde o início. Mesmo que não tenha sido essa a intenção do legislador, o que se pode concluir é que por algum motivo entendeu ser necessário que a defesa esteja presente, como forma de proteção ao sujeito passivo. Nesta seara, também deveria ser aplicado a indispensabilidade da defesa na investigação criminal para os demais crimes, uma vez que, visa proteger o sujeito passivo. Contudo, a lei não estipula qual seria a função desse defensor, sendo obrigado sua presença, mas ao que parece,

ficando limitada a atuação mínima, como já ocorre na participação optativa do defensor na fase pré-processual.

As referidas novidades trazidas pelo pacote anticrime, com o propósito de garantir a imparcialidade do juiz e ampliar a atuação da defesa na investigação preliminar, é uma demonstração da necessidade de mudanças para que a investigação criminal no Brasil ocorra dentro dos moldes do sistema acusatório. Além disso, demonstra a preocupação em garantir os direitos do sujeito passivo, ou seja, já está sendo visto pelos legisladores brasileiros que há a necessidade da proteção e promulgação dos direitos constitucionais em todo o procedimento, em toda a persecução penal, como forma de assegurar o devido processo legal.

O pacote anticrime teria sido uma grande oportunidade de implementação da investigação defensiva no Brasil, uma vez que o Juiz de Garantias modificará muito a dinâmica na teoria e na prática do judiciário. Além disso, a lei 13964/19 mostra a importância da presença do defensor na fase preliminar, mas versa sobre o assunto de forma muito tímida.

8 CONCLUSÃO

Este presente trabalho demonstrou que a investigação tem duas funções, a procedimental e a social. A função procedimental se refere a busca da verdade dos fatos, a fim de formar a convicção do órgão acusatório, que decidirá por oferecer a denúncia, ou pedir o arquivamento do inquérito. Também visa juntar provas de autoria e materialidade que fundamentarão a decisão de recebimento de denúncia, bem como poderão ser utilizadas para firmar provas produzidas durante a fase instrutória. Já a função social consiste em evitar que um inocente venha a responder, desnecessariamente, um processo criminal.

A partir disso, foi possível constatar que as funções da investigação preliminar são mais satisfeitas quanto mais acervo probatório se é obtido, uma vez que as decisões do Ministério Público e do Magistrado passam a ter mais fontes para serem fundamentadas. Dessa forma, necessário se faz que a defesa, a fim de que se consiga atingir as finalidades da investigação de forma ótima, possa também produzir provas, para que se obtenha o máximo possível de fontes que serão utilizadas para formar o convencimento do *parquet* e do juiz. Ademais, quanto mais informações, documentos, testemunhos, enfim, quanto maior o conjunto probatório, melhor será a reconstrução do fato.

Além disso, foi possível perceber a necessidade a ampliação da atividade da defesa, que hoje exerce um papel irrisório na fase pré-processual. O inquérito, o tipo de investigação mais utilizado no Brasil, realizado pela Polícia Judiciária não é imparcial. Isso porque, a polícia atua na segurança pública, sabendo quem são os criminosos, querendo que se encontre provas para confirmar a autoria do delito. Além disso, o Ministério Público exige diligências a serem realizadas, enquanto os pedidos da defesa ficam a cargo da autorização da autoridade policial, ficando nítida a disparidade de armas na fase pré-processual. Por fim, a presença da defesa sequer é obrigatória nessa fase, o que facilita e muito para ocorra possíveis irregularidades e ilegalidades na produção de provas, ficando desde já comprometido o direito da ampla defesa e do contraditório.

Neste aspecto, foi possível concluir que mesmo que as provas obtidas na fase preliminar não podem por si só fundamentar uma decisão condenatória, isso não faz do acervo probatório obtido nas investigações menos importantes, uma vez que essas provas são capazes de fundamentar as decisões que dão início a fase procedimental.

Chegou-se a discussão sobre o sistema brasileiro, sendo um sistema misto ou acusatório. Não sendo essa discussão o alvo deste trabalho, o que concluiu-se foi que os princípios do contraditório e da ampla defesa, basilares do direito penal brasileiro não são respeitados na fase pré-processual, prejudicando inclusive a aplicação efetiva desse princípio na fase processual, uma vez que não há o desligamento das provas obtidas nas duas fases. Além disso, foi mostrado a importância de tais princípios serem respeitados desde o início como forma de obter um julgamento mais justo e eficaz.

Foi inclusive, a observância dos direitos individuais do sujeito passivo que levaram a investigação defensiva a ser amplamente utilizada na Itália e nos Estados Unidos, países em que se tem uma grande preocupação com a manutenção do sistema acusatório, com a atuação das partes como produtoras das provas, e com a garantia do direito de defesa. Os procedimentos realizados nos sistemas desses países, ainda que as realidades jurídicas sejam muito diferentes, mostram que é possível a realização da investigação feita pela defesa, sem que afete a busca pela verdade, sendo muito pelo contrário, uma forma de tentar elucidar os casos cada vez mais cedo.

Desse modo, viu-se necessário o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, frente a influência do acervo probatório adquirido na fase pré-processual na fase processual. Ademais, foi possível perceber que as normas internacionais de direitos humanos, prevêm a defesa ampla do acusado ainda na fase pré-processual, como forma de proteger os direitos do indivíduo. Conclui-se ainda, que os direitos e garantias do indivíduo, previstas na constituição federal, deveriam ser respeitados a todo momento, não devendo haver limitações a quais momentos devem ser aplicados. Assim, a investigação defensiva atuaria como forma de proporcionar a paridade de armas, garantindo o direito a defesa desde o início da persecução penal, proporcionando a efetividade do sistema acusatório.

Por fim, foram analisados o Novo CPP (onde há a previsão da investigação defensiva) e a Lei Anti Crime (onde há a atuação da defesa na fase pré-processual). Tais regulamentações mostram que o próprio legislador brasileiro tem entendido ser cada vez mais essencial a atuação da defesa na fase pré-processual como forma de garantir os direitos individuais do sujeito passivo, bem como que os procedimentos ocorram dentro das regularidades legais. O fato é que a defesa tem o papel de suma importância que é o de defender o interesse do acusado, e assim sendo, quanto mais a defesa possa atuar dentro do procedimento penal, mais os interesses do acusado serão respeitados, e por consequência, os

direitos do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas, o que só pode vir a ser benéfico para o sistema processual penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ARAÚJO, Marcelo Azambuja. Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva na PLS N.156/09. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n.16, p. 233-246, jan./jun. 217

BRASIL, Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos**. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 20 de abril de 2020.

BRASIL. Decreto Lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 20 de abril de 2020.

BRASIL. Decreto nº 4388 de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em 20 de abril de 2020.

BRASIL. Lei nº 11 343 de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad**; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 20 de abril de 2020.

BRASIL. Lei nº 13964 de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 20 de abril de 2020.

BRASIL, OAB. **Provimento OAB nº 188/18**. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em 20 de abril de 2020.

BRASIL, PLS 156, apresentada em 22 de dezembro de 2010. **Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9FDD5E9C869AC090E0C36AA596274DB8.proposicoesWebExterno1?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010. Acesso em 20 de abril de 2020

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 de abril de 2020.

Convenção Americana de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em 20 de abril de 2020.

CORSO, Piermaria. **Codice Di Procedura Penale e Leggi Complementari**, 35 ed. Piaceza, La Tribuna, 2016.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega, **Manual Prático de Investigação Defensiva: Um Novo Paradigma na Advocacia Criminal Brasileira**, 1. ed, Florianópolis: Emais, 2019.

DIDDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito processual civil: Introdução ao Direito Processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, 19 ed, Salvador, Jus Podium, 2017, p.111.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Trad. Ana Paula Zomer Sica et. Al. 3. Ed. Rev. São Paulo: Ed. RT, 2002.

LOPES JUNIOR.,Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SAAD, Marta. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção de Estudos de Processo Penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v.9)

MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 112

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada.** São Paulo, Atlas, 2002.

ROVÉGNO, André. **O Inquérito Policial e os Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa.** 1. Ed. Campinas: Bookseller, 2005.