

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Stephanie Cristina Miller França

**A DEFESA TÉCNICA NO INQUÉRITO POLICIAL: UMA ANÁLISE A
PARTIR DO PACOTE ANTICRIME À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS**

**Juiz de Fora
2021**

Stephanie Cristina Miller França

**A DEFESA TÉCNICA NO INQUÉRITO POLICIAL: UMA ANÁLISE A
PARTIR DO PACOTE ANTICRIME À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel. Na
área de concentração Direito
Penal, sob orientação do Prof. Ms.
Thiago Almeida de Oliveira

**Juiz de Fora
2021**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Stephanie Cristina Miller França

A DEFESA TÉCNICA NO INQUÉRITO POLICIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PACOTE ANTICRIME À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Ms. Thiago Almeida de Oliveira
Universidade Federal de Juiz de Fora

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

Prof. Dr. Leandro Oliveira Sales
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 10 de setembro de 2021

RESUMO

A garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, por mais que expressamente prevista na Constituição Federal de 1988, atualmente tem sua aplicação mitigada e reservada apenas à fase processual. O contraditório diferido rege a investigação preliminar pátria e ocasiona riscos a uma prestação jurisdicional sem que haja paridade de armas entre quem investiga e quem é investigado. Nessa toada, entram em vigor alterações processuais que, para o leitor desatento e impulsionado pelo cenário político atual, ocasiona a falsa ideia de avanços na persecução penal brasileira. Logo, o presente trabalho busca conceituar a chamada investigação defensiva e sua aplicação no direito pátrio relacionando-a à atuação do advogado nos inquéritos policiais, para depois analisar criticamente o impacto das inovações processuais do Pacote Anticrime aqui mencionadas e refletir se com tais alterações estaríamos deixando para trás a inquisitorialidade ainda vigente no direito brasileiro.

Palavras-chaves: Contraditório. Paridade de Armas. Investigação preliminar. Pacote Anticrime. Investigação defensiva.

ABSTRACT

The constitutional guarantee of contradictory and broad defense, however expressly provided for in the Federal Constitution of 1988, currently has its application mitigated and reserved only for the procedural phase. Deferred contradictory rules govern preliminary homeland investigation and pose risks to jurisdictional provision without there being parity of arms between those who investigate and those who are investigated. In this vein, procedural changes come into force that, for the inattentive reader and driven by the current political scenario, give rise to the false idea of advances in Brazilian criminal prosecution. Therefore, the present work seeks to conceptualize the so-called defensive investigation and its application in Brazilian law, relating it to the role of the lawyer in police investigations, to then critically analyze the impact of the procedural innovations of the Anti-Crime Package mentioned here and reflect whether with such changes we would be leaving behind the inquisitorial nature still in force in Brazilian law.

Keywords: Contradictory. Parity of arms. Preliminary investigation. Anti-crime package. Defense investigation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	07
2	DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	09
2.1	Conceito	09
2.2	O inquérito policial	09
2.3	Do contraditório diferido e a atuação da OAB	10
3.	DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E SUA EXPERIÊNCIA NO DIREITO COMPARADO	14
3.1	Da investigação defensiva	14
3.2	Investigação defensiva no direito comparado	14
3.3	Investigação defensiva no direito pátrio	16
4.	DO ART.14-A DO CPP E ART.16-A DO CPPM	18
4.1	Das críticas constitucionais à inovação legal	19
4.2	Do possível avanço frente à resistente inquisitorialidade na investigação criminal	20
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	22
6.	REFERÊNCIAS	24

1. INTRODUÇÃO

Conforme se extrai das disposições da Carta Magna de 1988, o Estado é o responsável pelo exercício do jus puniendi e, para tanto, utiliza a persecução penal como caminho para desempenhar a aludida função, a qual é formada por duas etapas, a saber: investigação preliminar e processual. No direito brasileiro, majoritariamente, há a aplicação na fase investigativa do sistema inquisitorial por meio dos inquéritos policiais. Já na fase posterior, observa-se o acusatório.

Válido destacar que a fase que inicia a persecução penal é de extrema importância, pois é este o momento em que o plexo probatório fundamental à segunda etapa é em grande parte desenvolvido. É o que se chama elementos mínimos para a formação da justa causa para o exercício do direito de ação penal.

Assim sendo, diante das alterações trazidas pelo Pacote Anticrime, importa ressaltar a inclusão dos artigos 14-A do CPP e 16-A do CPPM, adicionados pela Lei nº 13.964/19, eis que debate-se acerca da possibilidade de maior participação efetiva do defensor técnico no inquérito policial como forma de garantir, de fato, ao investigado o exercício do contraditório e da ampla defesa, garantias constitucionais estas que balizam o presente trabalho.

Primeiramente, esse estudo objetivou discorrer sobre o conceito da investigação preliminar, delimitando o tema ao inquérito policial por ser este o precípua modelo investigatório criminal no direito pátrio, apesar de sua dispensabilidade.

Após, imprescindível é a abordagem do chamado “contraditório diferido” e a forma de atuação dos advogados no inquérito policial prevista no Estatuto da OAB que, apesar de ter sido modificado pela Lei nº 13.245/16, ainda não se mostra capaz de aproximar o inquérito policial aos ideais constitucionais de 1988.

Buscou-se, ainda, conceituar a chamada investigação defensiva e evidenciar sua experiência no direito comparado, especialmente nos ordenamentos jurídicos italiano e norte-americano, para após verificar como tal investigação é normatizada pelo direito pátrio, traçando-se um paralelo com o inquérito policial.

Em seguida, é realizada uma análise sobre o impacto das inovações processuais trazidas pelo Pacote Anticrime no que tange a participação do defensor técnico nos inquéritos policiais bem como é feita uma reflexão se com tais alterações estaríamos deixando para trás a inquisitorialidade ainda vigente no direito brasileiro.

Assim sendo, o presente trabalho importou em demonstrar a real intenção do idealizador do chamado Pacote Anticrime bem como ressaltar a urgente necessidade da adoção de uma investigação preliminar paritária com vistas à melhoria da prestação jurisdicional criminal.

Para que lograsse êxito, o presente trabalho se utilizou, precipuamente, da investigação jurídica e teórica, em especial no tocante aos aspectos conceituais doutrinários quanto ao objeto de estudo. Escolhida a técnica, qual seja a revisão bibliográfica, por meio da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, selecionou-se livros, artigos, leis e julgados.

Ademais, vale ressaltar que o trabalho é, no que diz respeito às áreas de conhecimento jurídico, multidisciplinar, haja vista a necessidade de se buscar institutos relacionados ao Direito Constitucional, ao Direito Penal, ao Direito Penal Internacional e, ainda, o Direito Comparado.

2. DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

2.1 CONCEITO

Atividade exclusiva do Estado, a persecução penal objetiva investigar os fatos criminosos bem como evitar acusações infundadas. Para tanto, cinge-se em duas partes, a saber, investigação preliminar e a fase processual.

Assim sendo, a primeira etapa conceitua-se como sendo a fase pré-processual da persecução penal, em que os indícios de autoria e materialidade são colhidos e pode ser conduzida pelo Poder Judiciário, possuindo caráter judicial, ou ser caracterizada como procedimento administrativo quando a Polícia Judiciária é encarregada de sua condução.

Para José Frederico Marques (1961, p. 139), trata-se de uma fase de caráter informativo e preparatório, que objetiva a obtenção de elementos os quais o órgão acusatório analisará se houve, de fato, a formação da justa causa e, assim, viabilizar a propositura de uma ação penal.

A investigação criminal, portanto, é o momento no qual não se pleiteia a confirmação da prática ilegal. Busca-se analisar a viabilidade de uma da formação da justa causa, levantando fatos e elementos de informação que, em conjunto, reduzirão as chances de ocorrência de uma ação penal temerária com consequentes condenações equivocadas.

Para Bruno Calabrich (2007, p. 50):

não é qualquer *notitia criminis* que dará causa à deflagração de um processo, senão aquelas que respaldadas em razoáveis indícios, que serão eventualmente produzidos e obtidos na fase de investigação, a revelarem a possibilidade de que o fato criminoso tenha sido realmente praticado pelo imputado.

Nesse sentido, conforme nos ensina Aury Lopes Jr. (2006, p. 45), percebe-se que foi atribuída a esta fase o encargo de garantir a paz social, eis que antes da propositura de uma ação penal, haverá uma investigação para a máxima elucidação dos fatos ocorridos.

2.2. O INQUÉRITO POLICIAL

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2020), tem sua presidência na pessoa do Delegado de Polícia e consiste em um conjunto de atos pela Polícia Judiciária (polícias civil e federal) que, devido a sua dúplici função (preservadora e preparatória), colhe elementos para

a formação do plexo probatório, o qual indicará indícios de autoria e materialidade do delito, sendo este o precípuo meio da investigação criminal.

Bruno Calabrich (2007, p. 88) qualifica as características do inquérito policial as seguintes:

(a) discricionariedade - faculdade de atuação da autoridade presidente, pautada em juízos de conveniência e oportunidade, a serem aferidos no caso concreto, nos termos da lei e sempre fundamentados na adequada e eficiente consecução dos propósitos da atividade de investigação - o esclarecimento dos fatos; (b) procedimento escrito - por ser necessária a avaliação posterior tanto pelo órgão de acusação quanto pelo Judiciário, é necessário que os atos praticados no curso do inquérito estejam documentalmente registrados (art. 9.º do CPP); (c) sigiliosidade - “a autoridade assegurará ao inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade” (art. 20 do CPP); (d) obrigatoriedade e indisponibilidade - tendo notícia da prática de uma infração penal, é dever da autoridade policial instaurar o inquérito, que não poderá mandar arquivar (art. 17 do CPP); (e) inquisitividade - ao inquérito policial não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV, da CF/88), considerando que, nesta fase, ainda não há acusação em sentido técnico-jurídico, nada impedindo, contudo, que sejam produzidas provas requeridas pelo investigado, a critério da autoridade presidente, bem como que sejam manejados, pelo interessado, todos os meios de impugnação cabíveis contra quaisquer atos praticados no curso desse procedimento que venham a caracterizar uma lesão ou ameaça de lesão a direito, como o habeas corpus e o mandado de segurança.

Tamanha importância do inquérito policial pode ser observada na redação do art.395, inciso III, do CPP, que aponta a falta de justa causa (*fumus comissi delicti*) como autorizadora para a rejeição da peça acusatória pelo magistrado.

Tem a natureza jurídica de um procedimento administrativo, o que resulta em uma não imposição imediata de sanções penais, eis que não há o exercício da pretensão acusatória. Porém, existe possibilidade de decretação de cautelares probatórias, pessoais ou patrimoniais no curso da investigação criminal, desde que presentes os requisitos inerentes a cada espécie de medida cautelar.

Procedimento formal devido à observância de determinadas regras e ordem para o seu início. Contudo, deve-se atentar para o fato de que a autoridade policial detém discricionariedade quando da condução do inquérito policial, devendo as diligências serem determinadas conforme cada caso, desde que não confrontem às normas constitucionais e infraconstitucionais.

2.3. DO CONTRADITÓRIO DIFERIDO E A ATUAÇÃO DA OAB

Conforme acima explanado, o inquérito policial, principal forma de investigação preliminar, é conduzido pela Polícia Judiciária e tido como mero procedimento

administrativo, em que não se fala, ainda, em pretensão acusatória no sentido formal e, portanto, não há de se pensar em contraditório e ampla defesa do sujeito investigado.

Antônio Scarance Fernandes (2002, p. 64) leciona que:

[...] ao mencionar o contraditório, impõe seja observado em processo judicial ou administrativo, não estando aí abrangido o inquérito policial, o qual constitui um conjunto de atos praticados por autoridade administrativa, não configuradores de um processo administrativo.

Para Edilson Mougenot Bonfim (2007, p. 20), inexistente o conceito de partes stricto sensu e, conseqüentemente, a noção de contraditório e ampla defesa idem, justamente pela característica informativa desta primeira fase da persecução criminal.

Nessa toada, cumpre ainda esclarecer a problematização do vocábulo “acusado” que, para doutrinadores como Júlio Fabbrini Mirabete (2002), não deve ser empregado para o sujeito alvo do inquérito policial:

O inquérito constitui-se um dos poucos poderes de autodefesa que é reservado ao Estado na esfera de repressão ao crime, com caráter nitidamente inquisitivo, em que o réu é simplesmente objeto de um procedimento administrativo.

Percebe-se que, para a corrente que defende a não aplicação do contraditório no inquérito policial, tal fato não está evitado pela inconstitucionalidade pois trata-se, na verdade, de um contraditório diferido/postergado para o momento da ação penal, já que não há previsão legal vedando tal situação.

Ressalta-se, contudo, que referido posicionamento tem sido alvo de questionamentos, encontrando oposição entre os doutrinadores do direito.

Marta Saad (2004, p. 161) assim se posiciona:

O inquérito policial traz elementos que não apenas informam, mas de fato instruem, convencem, tais como as declarações de vítimas, os depoimentos das testemunhas, as declarações dos acusados, a acareação, o reconhecimento, o conteúdo de determinados documentos juntados aos autos, as perícias em geral (exames, vistorias e avaliações), a identificação dactiloscópica, o estudo da vida pregressa, a reconstituição do crime. Assim, não é senão em consequência do inquérito que se conserva alguém preso em flagrante: que a prisão preventiva será decretada, em qualquer fase dele, mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência de crime e indícios suficientes da autoria, e como garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal; que à autoridade cumpre averiguar a vida pregressa do indiciado, resultando dessa providência, como é sabido, sensíveis repercussões na graduação da pena.

Conforme assevera Cândido Rangel Dinamarco (2003), a partir do momento que se estabelece o confronto entre investigado e Estado instaura-se a situação de litígio. Logo, vê-se presente a condição de litigante.

Nessa mesma esteira, temos a limitada compreensão da expressão “processos administrativos”, uma vez que o inquérito policial possui natureza jurídica de um procedimento administrativo e, considerando o caráter constitucional do contraditório, deve ser abarcado pela disposição do art.5º, LV, da CRFB/88.

Rogério Lauria Tucci (2004), lesiona:

Se o próprio legislador nacional entende ser possível a utilização do vocábulo processo para designar procedimento, nele se encarta, à evidência, a noção de qualquer procedimento administrativo e, conseqüentemente, a de procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal, que é o inquérito policial.

Pontua-se, ainda, que se fosse o desejo de poder constituinte de 1988 limitar o alcance de referido direito, a expressão “em geral” se quedaria inerte e, até mesmo, contraditória. Vejamos o que lecionou Rogério Lauria Tucci (1993, p. 27):

O legislador constitucional de 1988 inseriu a expressão “acusados em geral” no inciso LV do art.5º, evidenciando, com isso, sua intenção de ampliar ao máximo o alcance dessa expressão, pois, se essa não fosse sua vontade, teria dito simplesmente “acusados” – a amplitude, assim, alargada da expressão alcança, em razão dessa máxima extensão proposta pelo constituinte, sem qualquer sombra de dúvida, qualquer espécie de acusação, inclusive a ainda não formalmente concretizada.

Nesse contexto de possibilidade de aplicação do contraditório e ampla defesa na fase de inquérito policial, cita-se a aprovação em caráter de urgência da Lei nº 13.245/16, que ratificou o direito do defensor técnico ter acesso a qualquer procedimento investigatório, bem como introduziu no Estatuto da OAB o direito do defensor técnico em dar assistência ao seu cliente alvo de investigação, sob pena de nulidade absoluta do respectivo ato.

Dentre as importantes alterações do artigo 7º do Estatuto da OAB, ressalta-se a possibilidade de o advogado que mesmo sem procuração (ainda exigida no caso de sigilo) tem de poder examinar autos de flagrante e outras espécies de investigação, em qualquer instituição responsável pela apuração dos fatos.

Além disso, ressalta-se a possibilidade da apresentação de quesitos e razões durante interrogatórios, depoimentos e demais atos que decorram destes, bem como o acesso do defensor à peça investigativa mesmo quando há diligências em andamento, excetuando-se aquelas que correrem risco de ineficácia como, por exemplo, quebra de sigilo bancário.

É necessário, contudo, reconhecer que, mesmo com as mudanças que vêm ocorrendo no cenário jurídico, é latente a necessidade de uma reformulação dos procedimentos afetos ao inquérito policial, pois apenas a hipótese incluída pelo art.14-A do CPP e art.16-A do CPPM e as mudanças no Estatuto da OAB não são suficientes para fazer valer o garantismo penal, que prega que o Estado de Direito deve prezar pela proteção do cidadão frente o poder estatal.

Para tanto, urge citar a possibilidade da investigação defensiva, narrando seu viés e preceitos, a fim de que, ao compararmos essas formas de atuação do defensor técnico na fase preliminar, possamos enfrentar os questionamentos advindos das mudanças trazidas pelo Pacote Anticrime supracitadas.

3. DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E SUA EXPERIÊNCIA NO DIREITO COMPARADO

3.1. DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Compreende-se a investigação defensiva como o conjunto das atividades investigatórias desenvolvidas pelo próprio advogado, seja com ou sem o auxílio de demais profissionais, objetivando a construção de plexo probatório benéfico ao investigado. Pode ser exercida em todas as fases da persecução penal, porém, para fins de delimitação do tema, frisa-se sua incidência na fase preliminar.

Para Núbio Mendes (2019), tal conceituação pode ser traduzida como o âmago da atividade do defensor técnico uma vez que produz-se provas intrinsecamente ligadas aos interesses do investigado e possibilita a formação de elementos informativos capazes de fortalecer a tese defensiva e de influir na fase processual.

André Augusto Mendes Machado leciona (2010, p. 184):

O inquérito policial, por prestigiar o viés acusatório da investigação, não atende, a contento, a necessidade da defesa de obter informes favoráveis ao imputado, sendo mister o desenvolvimento de investigação particular. Para tanto, deve-se instituir procedimento detalhado, que estipule os principais aspectos formais e substanciais da atividade investigatória do defensor, em conformidade com as diretrizes constitucionais e os pressupostos da eficiência e do garantismo. Manter o imputado refém de uma investigação pública, na qual ele pouco pode intervir, desrespeita os fundamentos de um processo penal acusatório e não se coaduna com um Estado Democrático de Direito.

Vale citar as lições de Francisco da Costa Oliveira (2004, p. 21) o qual ressalta que essa possibilidade de atuação do defensor técnico acarreta profundidade na investigação policial pois há um contraponto em relação às provas produzidas pela defesa e favorece maior paridade de armas, elementos os quais contribuem para uma prestação jurisdicional mais justa por meio do melhoramento da prova criminal.

Tal forma de atuação do defensor técnico não obstaculiza as funções do Estado, pois o procedimento defensivo incide de forma paralela, podendo sofrer intervenção do Poder Judiciário nas situações que necessitam de autorização judicial como, por exemplo, quebra de sigilo bancário.

3.2. INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO COMPARADO

Forma de atuação do advogado bem difundida no exterior, é válido trazer à baila as lições da ciência jurídica italiana que, objetivando dar cabo aos resquícios do Códice Rocco, promoveu mudanças no ordenamento jurídico através da Lei 397/2000 que proporcionaram a aplicação do rito acusatório desde a investigação criminal, o que possibilitou que a defesa desenvolvesse investigação própria (*indagini difensive* ou *investigazioni difensive*) e, conseqüentemente, culminou em uma paridade de armas mais concreta.

Fazendo alusão ao avanço perpetrado pelo sistema italiano, assim reverberou Aury Lopes Jr (2014, p. 98):

Em específico, no italiano, existe a possibilidade – art. 327-bis – de outorgar a atividade investigatória ao próprio defensor, a fim de integrar os autos *indagini*, bem como garantir que determinado meio de prova não se escoe, prejudicando, assim, a função defensiva, que sofrerá os efeitos da perda do material probatório já na fase jurisdicional.

As investigações preliminares são supervisionadas pelo Ministério Público (*indagini preliminari*), existindo a figura de um magistrado que atua para resguardar as garantias do indivíduo investigado e decidir sobre os pedidos feitos pelo órgão ministerial e pela defesa.

Aponta José Barcelos de Souza (1979) que a motivação para a instituição da investigação pela defesa foi justamente a constatação de que o Ministério Público, que detém a supervisão da investigação, possui natural vocação de parte, apesar de que também, em tese, devesse colher elementos informativos interessantes ao investigado.

Para Paolo Tonini (2007, p. 495), a investigação defensiva é direito e dever do defensor técnico. Direito frente à Autoridade Judiciária e dever em relação ao cliente, o qual deve ter acesso a todos os meios capazes de contribuir para sua defesa.

Outro sistema jurídico que também merece destaque no que tange à investigação defensiva é o direito norte-americano.

Consequência natural do sistema jurídico *common law* e prevista na sexta emenda à Constituição norte-americana, a investigação defensiva pauta-se no adversarial system e preconiza que a defesa deve ter acesso amplo a todos os elementos de convicção capazes de influir no desfecho do processo, inclusive os adquiridos na fase pré-processual, uma vez que cabe às partes a gestão probatória cabendo a instrução do processadas diversas formas permitidas.

Desde o momento em que um indivíduo figura como suspeito, o mesmo faz jus a várias garantias, incluindo o direito à prova defensiva que abrange toda a matéria probatória testemunhal aventado pelo acusado.

Essa lógica deriva do que chama-se *discovery*, que prega a ideia da impossibilidade de uma efetiva tutela jurisdicional sem que às partes seja fornecido acesso aos elementos de convicção necessários.

Lee, Richardson e Lawson (2016, p. 756) apud Silva (2019, p. 305) assim esclarecem:

Para a Suprema Corte norte-americana há um dever constitucional do promotor em fornecer à defesa qualquer elemento que lhe seja favorável. Fala-se, inclusive, em um dever ético no fornecimento de evidências favoráveis ao acusado.

Assim sendo, percebe-se que a investigação defensiva é plenamente admitida no direito norte-americano, eis que decorrência do sistema jurídico desse país. No entanto, como não há um procedimento específico previsto em lei, cabe ao advogado pautar-se nos ditames constitucionais e éticos, previstos na Norma 4-4.1 (2021):

Norma 4-4.1 Dever de Investigação

- (a) O advogado de defesa deve conduzir uma pronta investigação das circunstâncias do caso, e explorar todas as vias que levem a fatos relevantes para o julgamento do mérito da causa e a aplicação da pena, no caso de condenação. A investigação deve incluir esforços para obter informação na posse da parte acusadora e da polícia judiciária. O dever de investigar existe independentemente da confissão do acusado, ou de afirmações para o advogado de defesa sobre os 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 investigador quando seu único propósito for o de obstruir o acesso a essa prova.

3.3. INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO PÁTRIO

No direito brasileiro, temos a investigação defensiva normatizada no Provimento nº188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que assim dispõe:

Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

Art. 2º A investigação defensiva pode ser desenvolvida na etapa da investigação preliminar, no decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer.

Art. 3º A investigação defensiva, sem prejuízo de outras finalidades, orienta-se, especialmente, para a produção de prova para emprego em:

- pedido de instauração ou trancamento de inquérito;
- rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa; III – resposta a acusação;
- pedido de medidas cautelares;
- defesa em ação penal pública ou privada; VI – razões de recurso;
- VII – revisão criminal; VIII – habeas corpus;

IX – proposta de acordo de colaboração premiada; X – proposta de acordo de leniência;

XI – outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

Parágrafo único. A atividade de investigação defensiva do advogado inclui a realização de diligências investigatórias visando à obtenção de elementos destinados à produção de prova para o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária. Art. 4º 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 órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição. Parágrafo único. Na realização da investigação defensiva, o advogado poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo.

Art. 5º Durante a realização da investigação, o advogado deve preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas.

Art. 6º O advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados.

Parágrafo único. Eventual comunicação e publicidade do resultado da investigação exigirão expressa autorização do constituinte.

Art. 7º As atividades descritas neste Provimento são privativas da advocacia, compreendendo-se como ato legítimo de exercício profissional, não podendo receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades.

Art. 8º Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Apesar de ter ganhado maior notoriedade com o provimento acima reproduzido, tal linha de atuação do advogado ainda possui pouca aplicação no Brasil, sobretudo por tratar-se de um serviço que demanda custos ao investigado, já que trata-se de atividade privativa da advocacia e, conforme se vê do artigo 30, §1º, do Código de Ética e Disciplina da OAB, a prestação gratuita deve ter caráter eventual.

De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em 2014, 75% dos encarcerados detinham somente o ensino fundamental completo, indicando a baixa renda dessa população, sendo que 41,5% são presos provisórios, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça.

Logo, percebe-se que por mais que exista a possibilidade da atuação técnica na linha da investigação defensiva, as chances desses indivíduos usufruírem dessa alternativa são ínfimas, justamente pela falta de capital necessário.

É nesse contexto, portanto, que ressalta-se a importância de reconhecer os preceitos afetos à investigação defensiva no que tange à necessidade de reformulação da atuação do advogado quando diante do inquérito policial, uma vez que a presença da defesa técnica durante toda a persecução penal proporciona a paridade de armas e, conseqüentemente, auxilia na busca pela verdade, corroborando para melhor valoração do resultado do processo.

4. DO ART.14-A DO CPP E ART.16-A DO CPPM

Com entrada em vigor em 23/01/2020, o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) trouxe uma série de inovações no campo do direito material e processual, dentre as quais a inclusão do art. 14-A no CPP e art.16-A do CPPM que assim dispõem:

Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);

§ 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);

§ 3º (VETADO);

§ 4º (VETADO);

§ 5º (VETADO);

§ 3º Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do § 2º deste artigo, a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública, e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);

§ 4º A indicação do profissional a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);

§ 5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses dos investigados nos procedimentos de que trata este artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);

§ 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Art. 16-A. Nos casos em que servidores das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares figurarem como investigados em inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas nos arts. 42 a 47 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), o indiciado poderá constituir defensor.

§ 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento citação.

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que esta, no

prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º (VETADO).

§ 6º As disposições constantes deste artigo aplicam-se aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem.

Da leitura, é possível observar o tratamento diferenciado ofertado aos servidores elencados nos artigos 144 e 146 da CRFB/88 quando qualificados na condição de investigados em inquéritos policiais, militares bem como em procedimentos extrajudiciais, na ocasião do chamado “uso letal da força” durante o exercício da atividade laboral, tanto na forma tentada quanto consumada, incluindo as hipóteses de excludente de ilicitudes discriminadas no artigo 23 do Código Penal Brasileiro.

Robert Ankoní e Thomas Kelley assim definem o termo “força letal” (1999): *Force that a person uses causing, or that a person knows or should know would create a substantial risk of causing, death or serious bodily harm or injury*¹.

Ainda durante leitura de referidos artigos, não mencionou seu idealizador as formas de atuação do defensor técnico, o que permite a aplicação das diretrizes utilizadas nos casos não abarcados em referido rol.

4.1. DAS CRÍTICAS CONSTITUCIONAIS À INOVAÇÃO LEGAL

Fruto do denominado populismo penal, a Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime) trouxe importantes alterações no campo da investigação preliminar e, em virtude do momento político no qual originou-se bem como de seu cunho autoritário, é válido pontuar alguns aspectos constitucionais fortemente atingidos.

Inicialmente, percebe-se uma quebra do tratamento isonômico que deve ser dispensado a todos os cidadãos, eis que há menção clara e expressa de quais indivíduos serão, obrigatoriamente, acompanhados de defensor técnico, mesmo diante da inércia do próprio investigado em indicá-lo. Nota-se, por consequência, uma colisão entre tal disposição e a

¹ A força que a pessoa usa causando, ou que a pessoa sabe ou deveria saber que criaria um risco substancial de causar, a morte ou sério dano corporal ou ferimento – tradução livre

redação do art.5º, caput, da CRFB/88, que taxativamente afirma que “todos serão iguais perante à lei”².

Apesar da utilização do vocábulo “poderá” no caput de ambos os artigos, basta uma simples leitura dos parágrafos seguintes para descortinar a discricionariedade forjada quanto à constituição de um defensor técnico na fase pré-processual, uma vez que nítida a sua exigência devendo o mesmo ser indicado dentro de 48 horas.

Nessa toada, também deve ser citado o desrespeito ao princípio da eficiência, incluído na Carta Magna de 1988 através da emenda constitucional nº 19/98.

Para Maria Sylvia Zanella de Pietro (2008):

“o princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público”.

Logo, ao prever a presença obrigatória do defensor técnico apenas para os agentes elencados nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal de 1988 e nas hipóteses de uso da força letal, pode proporcionar um aumento nos índices de letalidade policial, eis que cada vez nota-se mais ações policiais mal formuladas e precariamente executadas que vão justamente na contramão do princípio da eficiência estatal. Como exemplo, cita-se a recente Operação no Jacarezinho, ocorrida na Zona Norte do Rio de Janeiro que culminou na morte de 25 indivíduos e, entre eles, 01 policial civil²⁰, demonstrando a brutalidade policial.

4.2. DO POSSÍVEL AVANÇO FRENTE À RESISTENTE INQUISITORIEDADE NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Diante da redação dos artigos 14-A do CPP e 16-A do CPPM, na qual prevê a presença obrigatória do defensor técnico na fase pré-processual, pode gerar no leitor desatento a errônea sensação de um possível avanço frente à inquisitoriedade existente na fase inicial da persecução penal. É necessário, portanto, desconstituir tal pensamento.

Conforme explanado anteriormente, o exercício efetivo de uma investigação defensiva vai além da simples presença do advogado, sendo preciso conferir ao investigado e sua defesa

² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

meios de fomentar sua participação e possibilitar a formação de elementos informativos capazes de influir verdadeiramente na fase processual e retirar o investigado da condição de mero espectador da investigação que se desenvolve. Porém, essa não é a realidade, uma vez que o idealizador do Pacote Anticrime não discriminou as formas de atuação da defesa tampouco pouco os momentos em que pode atuar, o que acaba por não contribuir em nada na evolução da investigação criminal na esteira do constitucionalismo.

Em verdade, a Lei nº 13.964/19 serviu para alimentar os desejos da ala autoritária da sociedade brasileira que aplaudia o populismo penal fortemente impulsionado pelo cenário político atual que, sem qualquer preocupação em desenvolver uma política criminal efetiva e baseada na consolidada experiência estrangeira, buscou apenas conferir ao Estado maior legitimidade para desburocratizar as ações violentas e fazer valer a máxima “os fins justificam os meios”

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A urgência em se reformular a atuação do advogado no inquérito policial é um tema debatido na doutrina e, apesar de encontrar resistência por parte da ala mais conservadora de pesquisadores que compreende ser o inquérito policial meramente um procedimento de natureza administrativa, vem ganhando espaço entre os operadores do Direito o conceito de que é possível a aplicação do contraditório por meio da defesa técnica em fase de investigação preliminar conduzida pela autoridade policial, sobretudo devido ao preceito de que assim haverá maior valoração do resultado do processo na busca pela verdade, o qual é extraído da chamada investigação defensiva.

A falta de paridade de armas entre quem investiga e quem é investigado, sem dúvidas, contribui para a baixa qualidade da prestação jurisdicional e cria obstáculos no caminhar rumo às garantias idealizadas pelo constituinte de 1988, uma vez que grande parte dos indivíduos alvo da persecução penal não dispõem de recursos financeiros para constituir advogado a fim de que este conduza investigação nos moldes do Provimento nº 188/2018, ficando sem amparo técnico e à mercê de uma investigação pública na qual não pode intervir.

Além disso, as alterações processuais acarretadas pelo Pacote Anticrime, como foi defendido anteriormente, mostram-se, em verdade, derivações do atual momento político de cunho extremamente autoritário, eis que buscou legitimar a falta de eficiência estatal ao legalizar o uso da força letal de forma indiscriminada. Não houve qualquer aceno significativo no que tange à adoção de medidas capazes de afastar a inquisitorialidade do inquérito policial. Pelo contrário. Nota-se flerte das disposições com a inconstitucionalidade quando da ofensa aos princípios da isonomia e eficiência.

Diante do exposto, chega-se à conclusão inevitável de que a paridade de armas entre quem investiga e quem é investigado ainda é uma realidade distante, principalmente pelo uso político das leis criminais materiais e processuais que visam, tão somente, acenar para determinada classe da sociedade sem preocupar-se em implementar uma política criminal séria que busca resultados de curto, médio e longo prazo e que tenham efetividade.

Afinal, para deslegitimar o contexto de aplicação dos artigos 14-A do CPP e 16-A do CPPM basta simples remissão ao artigo 23 do Código Penal no qual lista as excludentes de ilicitude que, diante do uso justificável da força letal, podem levar à absolvição dos servidores

elencados nos artigos 142 e 144 da CRFB/88, uma vez que a obrigatoriedade de advogado na fase investigativa apenas limita-se a validar a violência policial.

6. REFERÊNCIAS

- ANKONY, Robert; KELLEY, Thomas. **The impact of perceived alienation on police officers' sense of mastery and subsequent motivation for proactive enforcement.** Disponível em: <https://doi-org.ez127.periodicos.capes.gov/10.1108/13639519910271193>.
- BARBIÉRI, Luiz Felipe. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação: Marca dos 800 mil foi ultrapassada há duas semanas. Cálculo inclui presos nos regimes fechado, semiaberto e os que cumprem pena em abrigos.** G1, 17 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 3 abr. 2021.
- BITERN COURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral v. 1.** 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019;
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Processo penal 1: dos fundamentos à sentença.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL, Decreto lei nº 3.689/41, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.
- CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- CALVI, Pedro. **COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS: Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão.** Câmara dos Deputados, 6 ago. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>. Acesso em: 3 abr. 2021.
- CINTRA, Antônio Calos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Malheiros, 2003;
- CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP.** Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **A Fase Preliminar do processo penal: Crises, misérias e novas metodologias investigatórias.** Rio de Janeiro. Editora Lumen, 2011.
- Haidar, Diego; GIMENEZES, Elza; FERNANDES, Filipe; PEIXOTO, Guilherme; COELHO, Henrique. **Operação no Jacarezinho deixa 25 mortos, provoca intenso tiroteio e tem fuga de bandidos: A polícia diz que 24 mortos são suspeitos, mas não deu detalhes sobre quem eles são e o que faziam ao serem baleados. A 25ª vítima é o policial**

civil André Frias, atingido na cabeça. G1, 6 maio 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/05/06/tiroteio-deixa-feridos-no-jacarezinho.ghtml>. Acesso em: 3 mar. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal.** 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed.JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris, 2009. V.I.

LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal.** 6 ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACHADO, A.A.M. **A Investigação Criminal Defensiva.** 2009, 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009.

MALAN, Diogo. **Investigação Defensiva no Processo Penal.** Disponível em: <http://www.malanleoadvs.com.br/artigos/investigacao_defensiva2.pdf>. Acesso em 01 de setembro de 2021.

MARQUES, José Frederico, **Elementos de direito processual penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1961.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal.** 13.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MRACK GIACOMOLLI, F.; RUTTKE, A.; PIPPI FRAGA, M. **Ampla Defesa e Contraditório na Fase Preliminar: Considerações Críticas ao Artigo 14-A do Código de Processo Penal.** Revista da Faculdade de Direito da FMP, v. 15, n. 1, p. 114-123, 10 set. 2020.

PARREIRAS, Núbio Mendes. **Investigação Defensiva e a Minimização das injustiças.** Canal Ciências Criminais, 2019. Disponível: <https://canalcienciascriminais.com.br/investigacao-defensiva-injusticias/>;

PIETRO, Maria Syfvia Zanella di. **Direito Administrativo.** 21 ed. São Paulo: Atlas. 2008

PITOMBO, A. S. Altieri de Moraes. **O inquérito policial, como instrumento da defesa: A evolução do inquérito policial apresenta-se um dado da atualidade.** In: Migalhas. [S. l.], 18mar. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/328532/o-inquerito-policial-como-instrumento-da-defesa>. Acesso em: 18 jan. 2021.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial.** Prefácio Maria Tereza Rochas de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 – (coleção estudos de processo penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v. 9);

SOUZA, José Barcelos de. **Teoria e prática da ação penal.** São Paulo: Saraiva, 1979.

TALON, Evinis. **Investigação criminal defensiva (livro eletrônico).** 1 ed. Gramado, RS:ICCS, 2020.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**. 8^a. ed. Milano: Giuffrè, 2007.