CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO, ESTADO E PENA

A532
Anais do Congresso Internacional de Direito do Vetor Norte [Recurso eletrônico on-line] organização Faculdade de Minas – Belo Horizonte;

Coordenadores: Fabrício Veiga da Costa, Rayssa Rodrigues Meneghetti e Raphael Moreira Maia – Belo Horizonte: FAMINAS, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-136-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Estado e Sociedade no mundo pós pandemia.

1. Vetor Norte. 2. Resumos Expandidos. 3. Direitos Humanos. 4. Tecnologia. 5. Autonomia Privada. 6. Direito do Trabalho. 7. Direito Penal. I. Congresso Internacional de Direito do Vetor Norte (1:2020 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO, ESTADO E PENA

Apresentação

ANAIS DO CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DO VETOR NORTE – 2020

Os estudos sobre Estado, Integração, Direitos Humanos, Trabalho, Autonomia Privada, Tecnologia e Pena foram objetos centrais nas salas de apresentações e debates, no Congresso Internacional de Direito do Vetor Norte, nos dias 21 e 22 de Outubro de 2020.

O tradicional Congresso de Direito do Vetor Norte, com sede em Belo Horizonte, Minas Gerais, teve a sua primeira edição internacional e integralmente virtual. A equipe de organização se empenhou para realizar um evento ainda melhor do que nos anos anteriores, em que pese a delicada situação globalmente enfrentada, em decorrência da Pandemia de COVID 19.

A coragem em se realizar o Congresso de Direito do Vetor Norte em 2020, ainda que virtualmente, demonstra o compromisso com a pesquisa jurídica, de modo a cumprir seu papel de encontrar soluções para superação desse momento de crise, bem como e, principalmente, construir pontes que viabilizem a retomada da vida social, buscando consolidar uma sociedade democrática e plural.

Como frutos dos esforços dos organizadores do evento e dos diversos pesquisadores que submeteram suas pesquisas, o Congresso Internacional de Direito do Vetor Norte apresenta as publicações dos quatro Grupos de Trabalho, a seguir descritos.

O sucesso do GT1 – Estado, Integração e Direitos Humanos, foi tamanho que precisou ser subdivido em três salas virtuais, sendo coordenadas respectivamente pelos professores Sérgio Luiz Milagre Júnior, Tania Alves Martins e Mayra Thais Andrade Ribeiro; Raquel Santana Rabelo Ornelas, Williander Salomão e Vinícius Biagioni Rezende; Rosemary Cipriano da Silva, Isabel Prates de Oliveira Campos e Josiene Souza. Os temas perpassaram pelos direitos das crianças, igualdade de gênero, violência contras mulheres, proteção dos direitos fundamentais, liberdade de expressão, impactos da pandemia da COVID 19, entre tantos outros. Cabe frisar que os trabalhos apresentados no GT1 são extremamente relevantes para a pesquisa em Direito no país, demonstrando notável rigor metodológico e técnico, além de originalidade.

O GT 2 – Direito, Estado e Trabalho, coordenado pelos professores Jonas Thadeu de Almeida Sousa, Bruno Burgarelli Albergaria Kneipp e Pedro Henrique Carvalho Silva, discutiu, entre outras coisas, os direitos trabalhistas constitucionalmente previstos, o fenômeno da uberização, as implicações da pandemia no direito do trabalho e a reparação histórica da desigualdade social na seara trabalhista, sendo que, todos os resumos expandidos do referido GT foram desenvolvidos em uma perspectiva contemporânea e necessária para a mudança de paradigmas.

O GT 3 – Direito, Autonomia Privada e Tecnologia, coordenado pelos professores Julieth Laís do Carmo Matosinhos Resende, Bruno Paiva Bernardes e Cintia Moreira Gonçalves, foi marcado por temas como a necessidade de alfabetização digital, os impactos da revolução da internet, a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, os abusos algorítmicos, audiências por videoconferência, herança digital, privacidade no âmbito tecnológico e contratos de direito privado na lei da pandemia brasileira. O GT demonstra, claramente, os novos desafios na temática para o século XXI, incentivando a racionalidade crítica, a fim de se encontrarem soluções.

Por fim, o GT 4 – Direito, Estado e Pena, coordenado pelos professores Renata Esteves Furbino, Cristian Kiefer da Silva e André de Abreu Costa, ressaltou a importância de melhorias no sistema penitenciário e a função de ressocialização da pena, bem como tratou sobre as prisões na pandemia, o direito penal do inimigo, a influência da mídia no tribunal do Júri, a investigação defensiva e diversos temas atuais e importantes para o cenário jurídico e social brasileiro.

Observa-se, pelo alto nível dos trabalhos apresentados, que a pesquisa jurídica está se amoldando às novas necessidades, nascidas do cenário de enfrentamento à COVID 19 e que a presente publicação coletiva traz uma visão enriquecedora para o Direito. Assim, fica o convite para uma prazerosa e indispensável leitura dos resumos expandidos apresentados de forma comprometida pelos pesquisadores, fomentando o pensamento crítico para viabilizar a concretização de preceitos e garantias do Estado Democrático de Direito.

Rayssa Rodrigues Meneghetti

Raphael Moreira Maia

Fabrício Veiga Costa

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: CAMINHO PARA VENCER A INQUISITORIEDADE E CONCRETIZAR O PROCESSO DEMOCRÁTICO

DEFENSIVE INVESTIGATION: WAY TO DEFEAT THE INQUISITORIETY AND ACHIEVE THE DEMOCRATIC PROCESS

Matheus Carvalho Pereira
Lidiane Mauricio Dos Reis [1]

Resumo

A presente pesquisa científica contempla a atuação da defesa na fase pré-processual, através da investigação defensiva. Não obstante, a investigação defensiva seja formidável para a concretização das garantias processuais do acusado, há muita resistência para sua regulamentação devido à cultura inquisitiva que marca o processo penal brasileiro. Nesse estudo, tal instituto será analisado no sistema processual penal italiano e norte-americano, além do provimento editado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, buscando demonstrar que a temática é de extrema relevância para a concretização do processo penal democrático.

Palavras-chave: Investigação defensiva, Garantias processuais, Inquisitoriedade, Processo democrático

Abstract/Resumen/Résumé

This scientific research contemplates the role of defense in the pre-procedural phase, through defensive investigation. Notwithstanding, the defensive investigation is formidable for the realization of the procedural guarantees of the accused, there is much resistance to its regulation due to the inquisitive culture that marks the Brazilian criminal process. In this study, this institute will be analyzed in the Italian and North American criminal procedural system, in addition to the provision edited by the Federal Council of the Brazilian Bar Association, seeking to demonstrate that the theme is extremely relevant for the implementation of the democratic criminal process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Defensive investigation, Procedural guarantees, Inquisitoriality, Democratic process

[1] Orientador

1. INTRODUÇÃO

A atuação da defesa, seja ela representada pelo advogado ou Defensoria Pública, é de fundamental importância para assegurar os direitos de seu defendido, a fim de obter a justiça frente à persecução penal. Dada à relevância de tal atuação, a Constituição Federal de 1988 declarou em seu art. 5º, elencado como direito fundamental e inerente a todos, no inciso LV que é assegurado "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (BRASIL, 1988).

Contudo, no Brasil, a defesa não exerce plenamente seu papel, por esta desempenhar um perfil de mera resistência, ou seja, sua alegação defensiva é formada a partir de provas coletas pela Polícia Judiciária e pelo Ministério Público, gerando neste sentido, uma dependência.

A partir desta problemática, faz mister a criação de normas regulamentando sobre a atuação da defesa, para que ela possa ter maior participação na persecução penal, não apenas na fase processual, como também, na fase pré-processual, para que a mesma tenha participação na realização da atividade probatória.

Nesse sentido, este trabalho científico busca compreender a atuação da defesa em face do Código de Processo Penal ressaltando sua importância, ao passo da resistência que se encontra para a implementação de uma investigação direta pela defesa devido a uma cultura inquisitorial presente no sistema processual.

Visando enriquecer a pesquisa, será realizada uma abordagem considerando o posicionamento de autores renomados do processo penal, juntamente com legislações internacionais, qualificando a atuação da defesa no encargo probatório, com vista a assegurar as garantias processuais.

2. DESENVOLVIMENTO

A investigação preliminar é de suma importância por se tratar da coleta de informações e provas do acusado de forma a provar a materialidade de sua conduta, entretanto, conforme estabelece o Código de Processo Penal este encargo probatório pertence ao Ministério Público e o papel da defesa é formular sua interpretação, sua sustentação em favor do seu defendido a partir das informações já coletadas.

Este cenário contemplado pela desigualdade entre acusação e defesa se dá devido às raízes originárias que sustentam o Código de Processo Penal, o qual possui o teor inquisitivo mesmo com as inúmeras alterações já realizadas. Suponha-se que o Código de Processo Penal seja uma árvore que cresce e aperfeiçoa-se com o passar do tempo, mas de nada adianta sua transformação, se sua raiz fora alimentada por um solo inquisitivo. A poda da árvore na esperança de a mesma dar bons frutos não passa de uma ilusão, pois sua raiz está nutrida pela inquisitoriedade. O necessário seria plantar uma nova árvore, para que a mesma seja nutrida pela democracia, pela igualdade, para que assim possa dar bons frutos.

Neste sentido, é mister que a implementação de um novo Código de Processo Penal, no ordenamento jurídico brasileiro, seja tão logo realizada. Porém esta inovação caminha vagarosamente, pois o entendimento doutrinário é de que o código atual é moderno e não necessita de reformulação no que diz respeito à disciplina probatória. Como forma de elucidar tal informação, o projeto do Novo Código de Processo Penal (Projeto n.º 8.045/2010), já está tramitando há quase uma década, demostrando assim a comodidade do legislador a respeito da reforma processual penal.

É através desta justificativa, que a implementação da investigação defensiva sofre grande resistência, não obstante encontra-se presente, de forma "regulamentada", apenas no Projeto nº 8.045/10. A investigação defensiva ou também investigação direta pela defesa se refere a participação da defesa técnica na fase pré-processual, com o propósito de coletar provas e informações a favor do seu defendido contribuindo para a formação do conteúdo probatório, com a finalidade de elucidar a conduta do defendido além de alcançar uma paridade de armas e um processo justo e democrático. Como bem afirma Édson Luís Baldan:

> Investigação defensiva é o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial. (BALDAN, 2007, p.269).

Por ser tão importante e essencial para a efetivação de um processo justo, que André Mendes assegura que a investigação defensiva é uma "garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa". (MACHADO, 2010, p.119)

A investigação direta pela defesa tem por finalidade a garantia da realização não somente da ampla defesa, mas também do contraditório. É por meio deste, que a defesa

exerce influência em torno da interpretação fática naquilo que lhe seja mais favorável, realizando atividade investigativa para este fim. Vale lembrar, que a defesa, ao contrário da Polícia Judiciária e do Ministério Público, não é obrigada a produzir provas que comprove a conduta cometida de seu defendido, pois ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).

Entretanto, apesar de o acusado não ser obrigado juridicamente a produzir provas contra si mesmo, não quer dizer que ele não possa, pois caso seja conveniente, lhe seja favorável, ele pode sim apresentar provas incriminando-o, sendo realizada de forma estratégica, para que assim, utilize sua oportunidade probatória para emular ao entendimento formulado pelo juiz, reduzindo as chances de uma sentença desfavorável.

Seguindo este raciocínio, Ada Grinover, Antônio Fernandes, Antônio Gomes Filho ressaltam a importância do contraditório ao afirmarem que:

> Salienta-se, assim, o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO)

Por esse motivo, observada a importância da participação da defesa na construção do contraditório realizada na atividade probatória e também pela falta de interesse do legislador em regulamentar a investigação defensiva no Ordenamento Jurídico, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil editou o provimento 188, discutindo brandamente sobre a atuação da defesa na fase pré-processual.

A concessão da realização da investigação defensiva, sem que a mesma esteja devidamente regulamentada, se dá por esta compreender os meios de se estabelecer o verdadeiro sentido da ampla defesa, mas não só por isso, em decorrência dos tratados firmados pelo Brasil, a exemplo da Convenção Americana dos Direitos Humanos que antevê em seu art.8º, itens 1 e 2, “b”, “c”, “d”, “e” e “f” as garantias mínimas ao acusado.

Dentre essas garantias, a que mais fundamenta a realização da atividade probatória pela defesa é o que dispõe o item 2, “c”, por estabelecer a “concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa” (COSTA RICA, Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969), isto é, a realização da investigação defensiva pode

ser amparada por este dispositivo supralegal por caracterizar a efetivação dos meios necessários para a preparação da defesa.

A investigação defensiva representa um avanço para se alcançar uma paridade de armas e um processo mais justo e democrático. Embora, a discussão a respeito do tema seja recente, o mesmo não se pode dizer em países que prezam pelo julgamento justo e pela democracia, como os Estados Unidos e a Itália (apesar de serem regidos por sistemas diferentes), ambos são considerados os berços da investigação defensiva.

Os Estados Unidos são regidos pelo sistema *common law*, onde as normas advêm de precedentes e mesmo com a falta de normas regulamentadoras da investigação defensiva não representou um impedimento para a realização de tal atividade, visto que, trata-se de uma sociedade que preza pelas garantias processuais do acusado frente a um julgamento justo. A American Bar Association apresentou relevantes contribuições, sobre este tema a partir dos seus Standards sobre atividade defensiva e investigação. (SILVA, 2019)

Contudo apesar de não possuir um precedente da Suprema Corte especificamente destinada a investigação criminal defensiva, a Corte delibera que a investigação realizada pelo defensor é um elemento essencial para a caracterização de uma defesa efetiva, defendida no caso *Strickland vs. Washington*. O Duty to disclosure também contribui categoricamente para a realização de uma boa defesa, através do reconhecimento do dever, destinado à acusação, de compartilhamento. (SILVA, 2020, 2019)

Já em relação à Itália, amparada por um sistema codificado (*civil law*), a implementação da investigação defensiva sofreu grande resistência durante décadas, mas isso não foi motivo para a desistência da implementação. Com o advento do Código de Processo Penal de 1988, a investigação direta pela defesa passou a ganhar importância, porém fora retratada de forma superficial. (SILVA,2020)

O apogeu da investigação defensiva na Itália ocorreu a partir da Lei 397 de 7 de dezembro de 2000, que passou a regulamentar a investigação realizada pela defesa na parte do Código referente à fase pré-processual. Esta Lei também incluiu um título especifico para a *Investigazioni Difensive*. A participação da defesa no encargo probatório torna sua atuação mais dinâmica, passando a apresentar um perfil proativo. (SILVA, 2020)

3. CONCLUSÃO

A investigação defensiva é um avanço para se alcançar o real sentindo da ampla defesa, frente à paridade de armas (acusação e defesa) e realização de um processo justo e

democrático, por isso, apesar de ser apresentado no Brasil timidamente, torna-se imprescindível debates a respeito do tema, para que o mesmo seja devidamente regulamentado.

Mas, a passos vagarosos, a investigação defensiva vem ganhado destaque e importância, e com o advento do provimento188 criado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil esta "utopia" passou a representar uma realidade.

Enfim, o Brasil, necessita de ampliar seus horizontes, e buscar, através do direito comparado, métodos para obter um sistema processual atual, e acima de tudo democrático, respeitando às garantias processuais, deixando de lado a comodidade e o entendimento que justiça é sinônimo de condenação.

REFERÊNCIAS

BALDAN, Édson Luís. **Investigação defensiva: o direito de defender-se provando**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan. /fev. 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 out. 2020

COSTA RICA. Convenção (1969). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 5 out. 2020

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

KUHN, Guilherme Espíndola. **Investigação criminal defensiva**. 2018. Disponível em: https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/570744125/investigacao-criminal-defensiva. Acesso em 5 set. 2020.

LOPES, Aury Jr.; ROSA, Alexandre de Morais da. **Investigação defensiva melhora a competitividade penal**. 2019. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-set-06/investigacao-defensiva-melhora-competitividade-penal. Acesso em: 16 set. 2020.

MACHADO, André Augusto Mendes**. Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010.

SAAD, Marta. **Editorial do dossiê "Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal" - Investigação preliminar: desafios e perspectivas**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 29-40, jan.-abr. 2020. Disponível em: https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.348. Acesso em: 16 set.2020.

SANTANA, Rafael. **Investigação defensiva: uma necessidade democrática**. 2020. Disponível em: https://www.justificando.com/2020/01/22/investigacao-defensiva-necessidade-democratica/. Acesso em 5 set. 2020.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 41-80, jan.-abr. 2020. Disponível em: https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.308. Acesso em: 5 set. 2020.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico**. Revista Consultor Jurídico. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico. Acesso em 5 set. 2020.