

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CRIMINOLOGIA IV**

NARA SUZANA STAINR

VALTER MOURA DO CARMO

ANTONIO CARLOS DA PONTE

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito Penal, Processo Penal e Criminologia IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Antonio Carlos da Ponte; Nara Suzana Stainr; Valter Moura do Carmo. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-806-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA IV

Apresentação

A presente obra é o resultado da compilação dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Criminologia IV, durante o XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI. O evento aconteceu na cidade de Buenos Aires, entre os dias 12 e 14 de outubro de 2023, sendo realizado nas instalações da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA).

O contexto desse encontro, tendo como tema DERECHO, DEMOCRACIA, DESARROLLO Y INTEGRACIÓN se mostrou particularmente oportuno dado o cenário global do século XXI. Hoje, mais do que nunca, é essencial debater os limites e as possibilidades do Direito e da Democracia no contexto do sistema de Justiça e de suas instituições. O Estado, enfrenta crescentes desafios em seu papel de regulador das relações de poder por meio da representação democrática e da participação popular, e como veículo do exercício do poder por meio de normas jurídicas, precisa efetivamente cumprir os atributos de "Democrático" e "de Direito".

No entanto, os desafios são consideráveis. A cidadania em todas as suas dimensões se apresentou uma constante nos trabalhos apresentados, bem como a busca pelo desenvolvimento sustentável multidimensional, como projeto civilizatório, sendo realidades que precisam ser concretizadas e compartilhadas universalmente.

Além disso, essa aspiração somente será realizada por meio da plena inclusão social de todos, seja devido a carências econômicas e sociais, seja devido à falta de oportunidades de cidadania plena. Nesse sentido, uma reavaliação crítica do sistema penal, em todas as suas vertentes, mas sempre sob a luz da Constituição, com seus direitos e garantias, é mais oportuna e relevante do que nunca.

Os ensaios apresentados nesta obra abordam de maneira minuciosa as intrincadas e instigantes problemáticas que permeiam o campo do sistema penal. Com profundidade, eles exploram os aspectos do direito material e processual, tanto em âmbitos constitucionais quanto internacionais, revelando as complexas interações que desafiam as raízes históricas desse sistema.

No decorrer do evento, no dia 13 de outubro, o Grupo de Trabalho promoveu a exposição e discussão de 17 trabalhos científicos correlatos ao tópico em foco. Essas pesquisas representam o patamar mais elevado de investigação conduzida a nível nacional e constituem o alicerce desta obra. São eles:

1 RECONHECIMENTO FACIAL COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL.

2 O EXERCÍCIO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL NO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO.

3 O DISCURSO DE UMA EX-POLICIAL PENAL SOBRE O SISTEMA CARCERÁRIO.

4 A PSICOPATIA E SEUS IMPACTOS NO SISTEMA PRISIONAL.

5 ECOCÍDIOS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: UM OLHAR A PARTIR DA CRIMINOLOGIA VERDE.

6 A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA IRRELEVÂNCIA PROBATÓRIA PARA O ACUSADO CONCORRENTE.

7 O EMPREGO DO DOLO EVENTUAL PELA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS.

8 A INFLUÊNCIA DA ESCOLA CORRECCIONALISTA NA HISTÓRIA DA JUSTIÇA JUVENIL NO BRASIL.

9 DESIGUALDADE ENCARCERADA: O IMPACTO DO ENCARCERAMENTO EM MASSA NA POPULAÇÃO NEGRA E A OFENSA AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

10 O ENCARCERAMENTO FEMININO A SERVIÇO DA SELETIVIDADE PENAL: UMA PERSPECTIVA DE NECROPOLÍTICA DE GÊNERO.

11 PROJETO XAPIRI: SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE PROPOSTAS DO MEIO AMBIENTE PARA A ESFERA PENAL.

12 ASPECTOS PRÁTICOS DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: ATUALIZAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL.

13 A DOCTRINA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A SUA APLICAÇÃO NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO.

14 A PSICOPATIA COMO ESTIGMA: REFLEXÕES SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS DE UMA ROTULAÇÃO SEGREGACIONISTA.

15 ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS NA IMPLANTAÇÃO DA BODYCAM NA ROTINA DA POLÍCIA MILITAR.

16 A LIBERDADE DE MICHEL FOUCAULT COMO CONDIÇÃO DE PODER.

17 DESAFIOS NA APLICAÇÃO DA CRIMINOLOGIA NA SEGURANÇA PÚBLICA: UM ESTUDO SOBRE DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E POLÍTICAS DE SEGURANÇA.

Inegavelmente, deparamo-nos com desafios de magnitude considerável. Os paradigmas teóricos se mostram diversificados, os conceitos apresentam facetas múltiplas e os instrumentos normativos frequentemente revelam a crua realidade que afeta corpo e mente. Contudo, a indagação que persiste em relação aos Direitos Fundamentais, que servem como salvaguardas das garantias mínimas, é a seguinte: por que a humanidade ainda se vê compelida a promulgar mais leis com o intuito de assegurar direitos tão elementares como a vida, a saúde, o meio ambiente e a sustentabilidade? A construção de uma reflexão sob a forma de diálogo, presente neste Grupo de Trabalho pode contribuir para a busca de soluções alicerçadas nos princípios de uma Democracia justa, fraterna e livre.

Profa. Dra. Nara Suzana Stainr – Faculdade de Ciências Jurídicas de Santa Maria (UNISM)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – Universidade Federal do Semi-Árido (UFERSA)

Prof. Dr. Antonio Carlos da Ponte - Universidade Nove de Julho (UNINOVE)

O EXERCÍCIO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL NO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO

THE CONSTITUTIONAL EXERCISE OF THE RIGHT TO DEFENSE IN THE PRE-PROCEDURE PHASE IN THE BRAZILIAN ACCUSATORY SYSTEM

**Juliana Buck Gianini
Carlos Topfer Schneider**

Resumo

O exercício constitucional do direito de defesa na primeira fase pré-processual é algo relativamente recente na jurisprudência brasileira. Durante muitos anos, conviveu-se com a crença infundada de que o inquérito policial não passava de peça administrativa e caráter meramente informativo, e diante dessa convicção, negava-se ao indiciado o exercício do direito de defesa nesta fase. Desta feita, visando garantir os direitos ao contraditório e à ampla defesa, ainda na fase de inquérito policial, foi aprovada a Lei 13.245/2016 que alterou artigo 7º do Estatuto da OAB, dando concretude a estas garantias previstas na Carta Magna, garantindo o exercício da advocacia no curso das investigações. Nota-se que a participação do advogado no Inquérito Policial torna-se uma prerrogativa e um direito do investigado, cujo exercício da ampla defesa deve ser garantido. Discutiremos a vedação legal imposta ao juiz de fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, apresentando não obstante a referida vedação, um estudo realizado por pesquisadores de Maceió/AL nas Varas Criminais do Estado, sobre a frequente presença dos elementos de informação obtidos durante a fase pré-processual como fundamentos jurídicos utilizados para legitimar sentenças judiciais, notadamente condenatórias. Desta forma, o presente artigo apresenta como problema do sistema de justiça criminal, a necessária efetivação da participação defensiva do Advogado na fase de Inquérito Policial, tendo como fundamento o exercício das garantias constitucionais e processuais penais durante a fase de investigação, materializada no inquérito policial.

Palavras-chave: Direito de defesa, Investigação defensiva, Fase pré-processual, Sistema acusatório, Garantia constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The exercise constitutional of the right of defense in the first pre-procedural phase is something relatively recent in Brazilian jurisprudence. For many years, people lived with the unfounded belief that the police investigation was nothing more than an administrative, in view of this conviction, the defendant was denied the exercise of the right of defense. This time, in order to guarantee the rights to the adversary and full defense, still in the police investigation phase, Law 13.245/16 was approved, which amended article 7 the Statute of OAB, giving concreteness to these guarantees provided for in the Magna Carta, guaranteeing

the practice of law in the course of investigations. It is noted that the lawyer's participation in the Police Inquiry becomes a prerogative and a right of the investigated person, whose full defense must be guaranteed. We will discuss the legal prohibition imposed on the judge to base his decision exclusively on the information collected in the investigation, presenting, notwithstanding the said prohibition, a study carried out by researchers from Maceió/AL in the Criminal Courts of the State, on the frequent presence of the elements of information obtained during the pre-procedural phase as legal grounds used to legitimize judicial sentences, notably condemnatory ones. The present article presents as a problem of the criminal justice system, the necessary effectiveness of the defensive participation of the Lawyer in the Police Inquiry phase, based on the exercise of the constitutional and criminal procedural guarantees during the investigation phase, materialized in the police inquiry.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right of defensepre, Defensive investigation, Procedure phase, Accusatory system, Constitutional guarantee

INTRODUÇÃO

A viabilidade do exercício do direito de defesa na primeira fase da persecução penal é algo relativamente recente na jurisprudência brasileira. Durante muitos anos, conviveu-se com a crença infundada de que o inquérito policial não passava de peça administrativa, e de caráter meramente informativo. Diante dessa convicção, negava-se ao indiciado o exercício do direito de defesa nesta fase da persecução penal.

Não obstante, pode-se afirmar que hoje, progressos legislativos foram incorporados ao ordenamento jurídico, visando a efetivação do direito de defesa na persecução penal prévia, figurando o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil a sua mais recente alteração.

A Lei 13.245 foi aprovada em 12 de janeiro de 2016¹ alterando o Artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo um grande passo do legislador ordinário na busca de garantir os direitos ao contraditório e à ampla defesa, ainda na fase de inquérito policial.

Proposta pelo Deputado Federal de São Paulo, Arnaldo Farias de Sá, em 05 de novembro de 2013, recebeu a seguinte justificativa:

“Não há justiça no processo de investigação criminal sem que seja assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório ao cidadão investigado, que pode ocorrer pela vista dos autos de todo o processo, bem como a juntada de provas a seu favor. A proposta em tela visa a dar concretude a estas garantias previstas pela Carta Magna, e a exequibilidade do exercício da advocacia no curso das investigações, evitando indiciamentos equivocados que poderiam ser evitados com a prévia oitiva dos investigados, os quais poderão contribuir com a investigação requerendo diligências. O projeto de lei ainda ressalta que, durante o processo de investigação criminal, o investigado esteja devidamente acompanhado de seu advogado, ou de defensor público, na hipótese de ser hipossuficiente, condenando que os atos devem ser realizados em respeito à prevenção de sua inocência”.

Nota-se que a participação do advogado no inquérito policial torna-se uma prerrogativa e um direito do investigado, cujo exercício da ampla defesa, conquanto seja “mitigado na fase pré-processual”, tem sua reafirmação na própria redação do art. 6º, V do CPP que admite o emprego das regras do interrogatório judicial ao indiciado.²

Nesta seara, discutiremos que muito embora não existam partes no inquérito, existem imputados em sentido amplo, existindo controvérsias que precisam ser dirimidas por decisões

¹ Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113245.htm>. Acesso 12 agosto de 2023.

² Disponível:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>.Acesso 03 de agosto de 2023.

do Delegado de Polícia, que podem implicar na restrição de direitos fundamentais do suspeito, medidas estas que, mesmo que não sejam vistas como sanções, possuem caráter coercitivo e representam certa agressão ao estado de inocência e de liberdade do indivíduo, mesmo se necessárias ao deslinde da investigação. Daí a natureza processual administrativa *sui generis* do inquérito policial, e a necessidade de que os direitos do “indiciado” sejam preservados pelo Advogado durante essa fase.

Consequente a reforma processual penal de 2008, consubstanciada nas Leis nº 11.690/2008 e nº 11.698/2008, que conferiu nova redação ao anterior artigo 157 do Código de Processo Penal, passando a estatuir — doravante em seu artigo 155 —, que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”, o que significa dizer que o legislador, reconhecendo as “discussões” presentes nesta fase preliminar, em especial a “mitigação” do contraditório e da ampla defesa, vedou aos magistrados que se utilizassem, como mecanismos exclusivos a fundamentar uma eventual decisão condenatória, os elementos de investigação colhidos no inquérito policial, ressalvados aqueles que especifica.

Não obstante a referida vedação, traremos um estudo realizado por pesquisadores de Maceió/AL³ nas Varas Criminais do Estado, sobre a frequente presença dos elementos de informação obtidos durante a fase pré-processual como fundamentos jurídicos utilizados para legitimar sentenças judiciais, notadamente condenatórias.

De acordo com o art. 4º, do Código de Processo Penal, o inquérito policial é o instrumento administrativo plausível para a apuração das infrações penais e de sua autoria, após reconhecido o fato como criminoso e, apesar da divergência da (in)existência do contraditório e ampla defesa no bojo desse procedimento (questão que será discutida), tem-se que o mesmo deve ser realizado sobre a observância de todas as garantias constitucionais e processuais penais sobre tal instituto, haja vista o grau de importância do procedimento em estudo e que subsidia futura ação penal, seu arquivamento, além de outros institutos como o acordo de não persecução penal.

Desta forma, o presente artigo apresenta como problema do sistema de justiça criminal, a necessária efetivação da participação defensiva do Advogado na fase de Inquérito Policial,

³ RIBEIRO, Marcelo H. M.; SAMPAIO, André R.; FERREIRA, Amanda A. **A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 175-210, jan./abr. 2020.

tendo como fundamento o exercício das garantias constitucionais e processuais penais durante a fase de investigação, materializada no inquérito policial.

A discussão torna o assunto problemático, uma vez que a doutrina reafirma a não existência do contraditório e ampla defesa no inquérito policial, mas ao mesmo tempo não deixa de reconhecer o plexo de direitos do qual o investigado é titular⁴.

1 DELINEANDO O ATUAL SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO APÓS A LEI 13.964/2019.

Inicialmente, cumpre afirmar que desde a promulgação da Constituição de 1988, juristas do Direito brasileiro atuam para que as normas legais se adequem aos seus princípios, notadamente no que se refere aos direitos constitucionais relacionados ao processo penal e suas garantias.

O CPP de 1941 não corresponde a contemporaneidade da sociedade brasileira, moldado por sua vez, às necessidades sociais da época, em contraponto às atuais. Após sete décadas de vigência, sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito almejado pela Constituição de 1988 é perceptível àqueles que se filiam a uma corrente mais avançada do estudo processual.

Nesse aspecto, a convergência é unânime: necessita-se de um novo Código de Processo Penal.

A CR/88, ainda que por meio de uma leitura sistêmica e de normas implícitas, determina que o sistema processual adotado pelo constituinte seja o acusatório, regido pelo princípio dispositivo, o que garante a existência de um processo dialético, em que a produção de provas é restrita às partes, de modo que o processo penal deve ser pautado no contraditório e da ampla defesa.

A tarefa de discutir os sistemas processuais requer uma análise acurada do contexto histórico e político em que estes surgiram. Os modelos teórico-práticos que embasam tais sistemas podem ser divididos de diversas formas, porém, ainda que se saiba da existência de sistemas processuais anteriores ao século XIII, os modelos fundamentais para a compreensão do que se dá hoje, no Processo Penal Brasileiro, são aqueles datados dessa época, denominados inquisitório e acusatório.

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2021, p.136.

Evidente que a concepção de um sistema processual é, fundamentalmente, política, uma vez que a escolha de determinado sistema para sustentar a práxis processual do Estado é, em última instância, a escolha do instrumento de aplicabilidade da lei e, portanto, o meio com que o Estado demonstra sua força.

Segundo Franco Cordero, os dois sistemas processuais citados podem ser identificados de acordo com a maneira com que a prova é gerida durante o processo.

Jacinto Coutinho, adotando o mesmo critério assevera que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo (princípio unificador do sistema), originário da Inquisição Medieval, determina que o juiz seja responsável pela gestão da prova; e o acusatório, regido pelo princípio dispositivo (princípio unificador do sistema), originário do *trial by jury* inglês, tem nas partes (autor e réu) os responsáveis pela gestão probatória⁵.

Na atualidade, contudo, não se verificam sistemas processuais puros.

Nesse sentido, diante da verificação da incompatibilidade do Decreto-Lei n. 3.689/1941⁶, com a atual Constituição Federal, e com o advento da Lei 13.964/2019⁷ (pacote anticrime), diversas modificações ocorreram nas esferas penal, processual penal e de execução penal.

A lei nova inseriu o art. 3-A no Código de Processo Penal afirmando a estrutura acusatória do processo penal brasileiro: “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.”

A redação do novo dispositivo legal não é absolutamente inovadora, pois o texto bastante similar aparece no âmbito do PLS 156/2009 (art. 4º): “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Diante da explicitação de um princípio que é implícito na Carta Constitucional, Hamilton Carvalhido e Eugênio Pacelli de Oliveira esclarecem, na exposição de motivos do anteprojeto, a relevância da positivação do princípio dispositivo:

(...) a explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento sobre seus contornos mínimos, e, mais do que isso, de sua pertinência e adequação às peculiaridades da realidade nacional. A

⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório: cada parte em seu lugar constitucionalmente demarcado**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 8-9.

⁶ Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 07 julho 2023.

⁷ Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 12 agosto. 2023

vedação da atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das atividades jurisdicionais. Na verdade, é precisamente o inverso. A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do Poder Público. A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão transindividual, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer uma das partes.⁸

A explicação dada pelo Ministro, mais do que delinear a tentativa de adaptação do novo CPP à Constituição, tenta evitar que os magistrados tomem a redação do art. 4º como uma restrição à devida atividade jurisdicional, uma vez que a maior resistência ao citado dispositivo, acredita-se, será encontrada junto aos juízes que ainda tomam a função jurisdicional como atividade despojada de limites.

Desse modo, a base principiológica atua como regente do sistema processual como um todo e abre o Código com a apresentação daquilo que virá em sequência, como as modificações relativas à investigação criminal e à instrução probatória.

Como se vê, o objetivo primordial da regra, ao afastar a iniciativa probatória do juiz na fase de investigação preliminar, consiste em efetivar o princípio da imparcialidade da jurisdição. Afinal, parece intuitivo que a iniciativa probatória *ex officio* seja incompatível com o distanciamento subjetivo necessário para garantir que o magistrado possa decidir de forma equidistante em relação à acusação e defesa.

Assim, não se pode negar que a inserção do art. 3-A, no CPP, é um avanço em termos de democracia processual penal. Remanesce saber se, com a regra criada no âmbito da Lei 13.964/2019, teremos agora um processo penal efetivamente acusatório, como promete o novo art. 3-A, do CPP?

E a resposta é positiva, pois a criação do pacote anticrime remete a uma ideologia garantista, que vê tanto no direito penal como no processo penal instrumentos exclusivos de proteção ao indivíduo submetido à persecução penal.

Nesse sentido, tendo como foco as garantias constitucionais do investigado na fase investigativa, pode-se afirmar que um indivíduo pode ter relevantes bens jurídicos restringidos nessa fase, realizada através do inquérito policial bem estruturado e com provas contundentes.

⁸ Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em 21 julho 2023.

Desta feita, visando possibilitar a inserção do início da ampla defesa, a Lei 13.245/2016⁹, tratou de explicitar os direitos do advogado na fase de investigação preliminar, senão vejamos: Artigo 7º. É direito do Advogado:

XIV – é direito do advogado examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

(...)

XXI - é direito do Advogado assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração.

(...)

§11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

§12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.”

Cumpram-se apenas por amor a argumentação, contudo, que atualmente o judiciário brasileiro já vem adotando um sistema em que aquelas provas "essencialmente técnicas", realizadas no inquérito policial, a exemplo das perícias, ou até mesmo provas documentais como interceptação telefônica, busca e apreensão, dentre outras, poderão obter a mesma roupagem probatória daquelas provas colhidas em juízo, ou seja, na fase processual.

Esse estudo tem como fundamento desmitificar a afirmação de que “não se aplicam o contraditório e a ampla defesa no inquérito policial”, com o argumento de que tal proposição baseia-se numa interpretação literal da Constituição Federal, que em seu artigo 5º, LV que

⁹ Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm>. Acesso em 06 de agosto. 2023.

garante o contraditório e a ampla defesa aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral.

A argumentação de que não estariam incluídos os investigados em inquérito policial, por não serem litigantes ou acusados e por não constituir o procedimento policial um processo, torna-se frágil, pois dentre os acusados em geral estão contidos sim os suspeitos e indiciados, contra os quais o Estado já pode adotar medidas restritivas (como busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica e até mesmo a prisão).

A acusação em geral (o constituinte não utilizou o complemento inutilmente) abrange não apenas a imputação formal (veiculada por ação penal), mas também a imputação informal (caracterizada pelo inquérito policial), conforme preceitua MORAES (2010, p.492)

Interessante observar que as Cortes Superiores são contraditórias ao tratar desse assunto.

Se de um lado aduzem genericamente que não se aplica o contraditório e a ampla defesa ao inquérito policial¹⁰ de outro lado o STF edita a Súmula Vinculante 14:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa¹¹.

Fica claro que o debate reside mais numa questão terminológica do que propriamente substancial ou de conteúdo. Cuida-se de objeção mais de amplitude da atuação defensiva na fase de inquérito policial do que de sua existência.

Diante do acima exposto, após a promulgação da Lei 13964/19, que inseriu o Artigo 3-A ao Código de Processo Penal, verifica-se a opção feita pela lei processual de aderir ao comando constitucional no sentido da aplicação do chamado sistema acusatório. Nem poderia ser diferente. Recebendo a orientação constitucional neste sentido do sistema acusatório, não cabia ao legislador infraconstitucional seguir outro caminho, viabilizando a aplicação de princípios constitucionais garantistas na fase de Inquérito Policial.

¹⁰ STF. Habeas Corpus 83.233, Relatoria Ministro Nelson Jobim, DJ 19/03/2004; STJ, Habeas Corpus 259.930, Relatoria. Ministro Sebastião Reis Júnior, DP 23/05/2013.

¹¹Disponível em:<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula762/false>>. Acesso 06 de julho 2023.

2. O DIREITO DE DEFESA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

Um dos pressupostos do exercício do direito de defesa é o direito fundamental do acusado ser informado da imputação que pesa contra si. Afastada a ciência da acusação, compromete-se o pleno exercício do direito de defesa¹².

Como premissa indispensável ao exercício do direito de defesa, a ciência prévia da acusação permeia toda a persecução penal, assegurando que, conhecedora dos seus reais termos e do conjunto que a sustenta, possa a defesa ser garantida e plenamente exercitada a todo seu momento, de acordo com o sistema acusatório, hoje viabilizado pelo sistema do Inquérito Policial Eletrônico – IPE com acesso integral aos Advogados.¹³

A Constituição da República, no artigo 5º, inciso LV, assegura o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Dentre tais meios, o Pacto de São José da Costa Rica¹⁴ prevê, no artigo 8º, 2, b, a garantia judicial da comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada. Na fase de inquérito policial, ou preliminar da persecução penal, também vigora tal regra para o investigado, tratado constitucionalmente como um acusado em geral.

Em sentido lato, acusação é a atribuição a um indivíduo de um fato juridicamente ilícito.

Pode-se afirmar que acusado, imputado, criminoso, incriminado, increpado, são todos sinônimos para a pessoa sobre quem se levanta uma acusação. A atribuição da prática de um ilícito a determinada pessoa, ainda que de maneira informal, leva então a que se tenha acusação e acusado¹⁵.

Interpretar tal acepção de forma restrita, afirmando-se que o acusado é apenas aquele indivíduo contra quem foi proposta ação penal e, portanto, o indiciado não poder ser considerado acusado é no mínimo injusto, e prejudica o direito à ampla defesa.

Aceitar, assim a expressão “acusados em geral” apenas em sentido estrito leva a que a pessoa envolvida em inquérito policial reste indefesa na etapa em que mais lhe é cara a produção de provas. A garantia constitucional de defesa é ampla, assegurando-a em etapas anteriores à acusação processualmente válida¹⁶.

¹² MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Processo penal, ação e jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 114.

¹³ Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/esaj/portal.do?servico=190090>>. Acesso em 16 agosto de 2023.

¹⁴ Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 12 de agosto de 2023.

¹⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁶ Há, de fato, diversos graus de incriminação, passando-se por diferentes juízos, sempre em crescente de certeza jurídica acerca da autoria do delito. As categorias de acusados (indiciado, acusado e condenado) correspondem a

Desta feita pode-se afirmar que o inquérito policial tem natureza inquisitiva e não inquisitória pois a Autoridade Policial que preside o inquérito policial, possui discricionariedade e isenção, no sentido de escolher as medidas de investigação necessárias e pertinentes a fim de apurar o fato, que se apresenta como ilícito e típico. A falta de um rito pré-estabelecido faz com que a sequência das investigações tenha variação de acordo com o resultado das diligências.

Desta feita, através das diligências, são analisadas as questões fáticas e seus indicativos de crime, podendo no seu curso, sofrer reformulação e reconhecer sua inexistência, ou seja, o inquérito policial busca reconstruir um fato pretérito que aconteceu no mundo da vida, tipificado pelo sistema penal, para a solução da lide por meio da sentença. Nesse sentido, ele é um instrumento de garantia do acusado

Dizer que o Inquérito Policial é um instrumento de garantia do acusado significa que a ele são possibilitados todos os meios de defesa permitidos no Estado Democrático de Direito, a exemplo da ampla defesa e do contraditório, e que, além disso, ele somente será denunciado por ter realizado um fato se houver certeza da materialidade e autoria.

O Delegado de Polícia, agente público, age com imparcialidade, estando no centro de defesa e acusação e sua atuação tem o apanágio de buscar o esclarecimento do ocorrido, afirmando ainda que sua atuação dentro do inquérito tem a natureza de buscar o esclarecimento do ocorrido, e não a de buscar um culpado.

E de forma alguma, impede a participação e a colaboração da defesa do acusado nesta fase preliminar da persecução penal, bem assim do ofendido.

E ainda, somente corroborando nosso entendimento, após a legalidade das investigações preliminares serem conduzidas diretamente pelo Ministério Público¹⁷ o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n.º 593.727/MG, em 14.05.2015, entendeu pela possibilidade de atuação direta por parte do Ministério Público, desde que respeitadas as garantias e os direitos dos envolvidos inerentes a todas as investigações preliminares (como

sucessivas passagens de juízo até se atingir a certeza atingível. Assim, o suspeito é aquele sobre o qual se encerra juízo do possível: tanto pode ser o autor, como pode não ser o autor da infração que se está a investigar. Supõe-se, pois o juízo ainda é neutral; não encerra acusação, porque ainda não foi formado juízo de probabilidade contra o sujeito. O indiciado é aquele sobre o qual já se reuniram indícios suficientes, de modo que sobre ele recaia juízo do provável. A todos eles, a defesa deve ser garantida. Portanto, acusados em geral, expressão contemplada pela Constituição, abarca todas as formas de acusados, formais e informais, incluindo-se aí o sujeito investigado no inquérito policial. PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes, Inquérito policial: novas tendências, Belém, CEJUP, 1987.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 593727 - MINAS GERAIS. Relator: Min. CEZAR PELUSO, 14 maio 2015, Tribunal Pleno. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 08 set. 2015. Disponível em: acesso em 25 julho 2023.

acesso aos autos por parte dos investigados, controle jurisdicional e razoável duração), não sendo a atividade investigatória exclusiva da polícia judiciária.

Desta feita repousa à defesa, o direito límpido, transparente de reunir elementos de provas que deem sustentação as teses que defenderão seus clientes, já na fase preliminar.

2.1 Investigação Defensiva e a Paridade de Armas.

Corroborando a prevalência dos direitos e garantias da ampla defesa “aos acusados em geral” acertada foi a iniciativa do Conselho Federal da OAB em regulamentar, através do provimento 188/18, que institui a investigação defensiva¹⁸.

Um dos pontos relevantes da Resolução n.º 188/2018, foi descrever o conceito sobre investigação defensiva em seu art. 1.º:

Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvida pelo advogado, com ou sem assistência, de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimentos 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.

Trata-se de instrumento de reforço ao garantismo da defesa ampla e do contraditório, na medida em que permite a defesa participar efetivamente da primeira fase da persecução penal, ato apontado pela doutrina como carente de tais prerrogativas constitucionais.

Neste sentido, Cal Garcia Filho ¹⁹, afirma que:

o provimento tem dois sentidos: dar segurança jurídica ao advogado e enfatizar as prerrogativas profissionais, atribuindo densidade normativa ao legítimo direito de defesa. “A investigação defensiva não se confunde com a investigação oficial, e por isso não há problema de inconstitucionalidade. Ela não obstrui e não atravessa a investigação oficial, e pode contribuir em muito com o esclarecimento do caso penal”, afirmou.

Em que pesem as alegações de inconstitucionalidade por parte do parquet, colecionam-se decisões da corte que reconhecem o instituto inaugurado pelo provimento:

¹⁸ Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.

¹⁹ Exposição sobre o provimento, promovida pela OAB do Paraná, em 07 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.oabpr.org.br/oab-parana-debate-provimento-do-conselho-federal-que-regulamenta-a-investigacao-defensiva/>>. Acesso em 15 de agosto de 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ - MANDADO DE SEGURANÇA: MS 26627 DF 2020/0177090-7. Legítima se revela a pretensão do impetrante de "conduzir Investigação Defensiva, objetivando a constituição de acervo probatório lícito, cujo direito lhe é assegurado em qualquer procedimento ou fase da persecução penal, nos termos do Provimento nº 188/2018 do Conselho Federal da OAB", devendo-se, no ponto, levar em estima a cláusula constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV), no que busca garantir a paridade de armas entre os interesses probatórios do órgão acusatório e da defesa técnica da parte ré, ambos almejando certificar a veracidade de suas versões²⁰.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL STF - DÉCIMA PRIMEIRO EXTENSÃO NA RECLAMAÇÃO: Rcl 36542 PR 0027997-05.2019.1.00.0000. No caso concreto, o Advogado Antônio dos Santos Junior atua em uma área de análise de dados jurídicos que hoje resta regulamentada pelo Provimento 188/2018 do CF/OAB como investigação defensiva. Trata-se de uma prática mediante a qual, muitas vezes, uma empresa jurídica presta serviços para outros advogados – este foi o caso do investigado com relação ao departamento jurídico da empresa Odebrecht e advogados que atuavam em favor da empresa na Operação Lava Jato).

(...)

Como se depreende do IPL 50313661320164047000, o objeto da investigação contra o investigado seria justamente o contrato de prestação de serviços jurídicos firmado com a empresa Odebrecht, especificamente para realizar análise de dados provenientes de interceptação telefônica e telemática.

(...)

Da leitura do referido contrato (eDOC 38, p. 15-17), verifica-se, na mesma linha, que o objeto da prestação de serviços era a extração e a análise de dados que já estavam consolidados em procedimentos investigatórios e aos quais os advogados da empresa já tinham acesso – isso significa que o objeto do contrato que gerou a produção do relatório (eDOC 322-334) e sobre o qual a PF levantou suspeita era claramente lícito. Ante o exposto, concedo a ordem, de ofício, para determinar o trancamento dos Procedimentos Criminais 5031366-13.2016.4.047000 (IPL 898/2016) e 5050808-62.2016.4.04.7000 (13ª Vara Criminal Federal), somente com relação a Antônio dos Santos Junior²¹.

Pode afirmar que a investigação defensiva traduz 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.

²⁰ Disponível na íntegra em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/?&sequencial=121734982&num_registro=202001770907&data=20210225&data_pesquisa=20210225&tipo=0&formato=PDF&componente=MO N>. Acesso em 05 agosto de 2023.

²¹ Disponível na íntegra em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1273898188>>. Acesso em 05 agosto de 2023

Desta forma, a investigação defensiva, tem fundamento constitucional em dois pilares: a paridade de armas e a tentativa de construção de um sistema acusatório de processo penal iniciando-se na fase pré-processual. Corroborando com esse entendimento Coutinho afirma que: num sistema acusatório é preciso que as partes tenham poder sobre as provas²².

Geraldo Prado chama a atenção para o fato de que a igualdade de armas na fase de investigação, além de ser imposição convencional e prevista em Pactos Internacionais, exige que a defesa atue desde um primeiro momento, objetivando estabelecer – desde o nascedouro – o equilíbrio entre os órgãos formais responsáveis pela persecução e a defesa:

Não obstante a função da investigação criminal – de instrumento destinado a recolher elementos informativos para subsidiar a ação penal – o regime jurídico-constitucional do processo penal, erguido em torno da ideia central da presunção de inocência, cobra que se permita à defesa atuar desde o primeiro momento, como exigem os citados Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, estabelecendo o equilíbrio entre a investigação que fornece lastro à acusação e as pesquisas que podem revelar a impropriedade ou temeridade dela²³.

Portanto, na esteira de pensamento estabelecida a investigação defensiva possibilita, dentro de padrões legais, que a defesa possa, desde logo, ir em busca dessas informações, estabelecendo uma estratégia de atuação em prol do indivíduo defeso adequada. Por exemplo, entrevistada (formal ou informalmente) a testemunha na fase preliminar, em juízo, a defesa saberá que poderá indicá-la e seu testemunho será relevante ou não; do mesmo modo, tendo acesso a alguns elementos de informação, a defesa poderá orientar o cidadão sobre a conveniência de manter-se em silêncio ou qual linha de argumentação seguir.

Dentro do leque de finalidades Francisco da Costa detalha outras finalidades de possível investigação direta pela defesa tais como: (i) a comprovação das informações por meio de álibi indicado; (ii) exploração de elementos que comprovem causas de exclusão da ilicitude, culpabilidade ou punibilidade; (iii) controle da qualidade das provas e elementos de informação, obtidos pelos órgãos estatais; (iv) provas periciais; (v) exames de local, averiguando dados que pode ter sido despercebidos pela autoridade estatal responsável; e (vi) identificação de possíveis testemunhas e peritos²⁴.

²² MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, v. 46, nº 183, p. 114, jul./set. 2009).

²³ PRADO, Gerado. **Estudos jurídicos**. São Paulo: Contracorrente, 2018. p.187.

²⁴ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Defesa criminal activa: guia de sua prática forense**. Lisboa: Almedina, 2006. p.101.

Desse modo, para além das hipóteses pontualmente analisadas, a finalidade da investigação defensiva dependerá da espécie de investigação defensiva, do seu objeto e do caso concreto.

Conforme já exposto, o Brasil não possuía qualquer legislação específica sobre a investigação defensiva, gerando dificuldade de (má)compreensão sobre o papel defensivo e desentendimentos quanto ao tema.

Portanto, além do signo do ineditismo, a Resolução carrega consigo grande importância à advocacia criminal brasileira atual, garantido (alguma) segurança para o profissional exercer a sua função de modo amplo, investigando, ouvindo possíveis testemunhas, enfim, colhendo elementos de informação que podem interessar à defesa e, desse modo, garantindo atenção ao princípio da paridade de armas.

2.1 A utilização do Inquérito Policial como fundamento de sentenças judiciais pelas Varas Criminais Residuais de Maceió/AL julgadas em 2016.

Inicialmente cumpre destacar que as informações colhidas em sede de Inquérito Policial não apenas informam, mas convencem e elucidam dúvidas sobre como os fatos aconteceram com brevidade e celeridade, onde declarações de vítimas, depoimentos de testemunhas, declarações dos acusados, acareações, reconhecimentos fotográficos e pessoais, documentos juntados aos autos, perícias em geral (exames, vistorias e avaliações), identificação dactiloscópica, estudo da vida pregressa, reconstituição do crime, dentre muitos outros, permitem o acesso do Advogado.

Um dos principais argumentos pelos quais o inquérito policial, exclusivamente, não pode ser utilizado para a condenação reside nas próprias características deste procedimento, em especial, em virtude da interpretação de que o indiciado/suspeito não goza plenamente dos direitos à ampla defesa e contraditório, ancorados na Constituição Federal, nesta fase inquisitorial.

Nesse sentido, preleciona Gustavo Badaró:

O critério que permite a diferenciação entre as provas e os elementos informativos, como facilmente se percebe, é a observância ou não do contraditório na produção do ato. As provas são produzidas no processo, em contraditório, enquanto que os “elementos de informativos”, são colhidos no inquérito policial, que não se desenvolve em contraditório²⁵.

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 3.ed. São Paulo: RT, 2015.

Assim, para o autor a presença ou ausência de contraditório é o que distingue, respectivamente, o ato de prova do ato de investigação.

Entretanto, há que levar em consideração que o Inquérito Policial representa parte considerável do processo criminal, de modo que não há como vislumbrar um processo bem-sucedido sem o acervo probatório coletado durante a investigação policial²⁶.

De indiscutível importância, o Acordo de Não Persecução Penal, foi uma das principais inovações inseridas no Código de Processo Penal (CPP) pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), podendo ser definido como uma espécie de negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público (MP) e o investigado, assistido por seu defensor. Nele, as partes negociam cláusulas a serem cumpridas pelo acusado, que, ao final, será favorecido pela extinção da punibilidade, ainda em sede pre-processual, com todas as garantias processuais garantidas pela presença da defesa²⁷.

Neste sentido merece destaque o artigo publicado²⁸ por André Rocha Sampaio e Gabriel Abreu Rodrigues - Influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL - que apresentou a frequência de utilização do inquérito policial enquanto parte da fundamentação de sentenças judiciais provenientes das Varas Criminais Residuais da cidade de Maceió - Alagoas.

Os autores partiram de uma pergunta-problema de raiz empírica, qual seja, “o inquérito policial é utilizado na fundamentação de sentenças judiciais?”, onde foram adotadas técnicas metodológicas também empíricas: a análise de fluxo do sistema de justiça criminal e a utilização de um instrumento qualitativo-quantitativo aplicado em face de 458 processos julgados em 2016 na comarca de Maceió/AL.

Após a investigação, restou demonstrada a efetiva utilização dos elementos informativos na fundamentação das sentenças, visto que em 80,6% dos casos, (correspondente a 369

²⁶ MORAES; Bismael B. LIMA, Francisco de Camargo. **A polícia judiciária, o delegado e o inquérito policial no Brasil**. Revista dos Tribunais, vol. 925/2012, p. 267-277, nov, 2012.

²⁷ O acordo está previsto no artigo 28-A do CPP: "Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime". A relevância e a dimensão desse instrumento – ainda recente no ordenamento jurídico brasileiro – podem ser estimadas pelas palavras do ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Rogerio Schietti Cruz. No julgamento do HC 657.165, ele definiu o instituto como "uma maneira consensual de alcançar resposta penal mais célere ao comportamento criminoso, por meio da mitigação da obrigatoriedade da ação penal, com inexorável redução das demandas judiciais criminais".

²⁸ Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 175-210, jan.-abr. 2020. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/299/205>>. Acesso em 01 agosto de 2023.

processos) o magistrado se utilizou expressamente de algum elemento informativo produzido durante as investigações preliminares, sendo, deste total, cerca de 91% (336) dos processos referentes a sentenças condenatórias.

Nota-se a importância e relevância da efetividade da defesa em sede de Inquérito Policial, pois a frequente presença dos elementos de informação obtidos durante a fase pré-processual utilizados como fundamentos jurídicos para legitimar sentenças judiciais, notadamente condenatórias, evidencia, com efeito, a necessidade de garantir os direitos dos acusados em geral.

Desta forma, o inquérito policial influencia, por conseguinte, o convencimento do magistrado a respeito de um suposto fato criminoso submetido à exame.

A conclusão dos autores foi:

“A partir da experiência profissional e acadêmica dos pesquisadores face às Varas Criminais supra aludidas, ventilou-se a hipótese de que um índice superior a 90% das sentenças penais condenatórias utiliza-se, direta ou indiretamente, dos elementos informativos oriundos da fase investigativa, muitos dos quais não são repetidos no curso do processo penal, de tal sorte que o convencimento judicial se consubstancia fundamentalmente a partir de elementos produzidos em um expediente inquisitório, discricionário e, via de regra, unilateral — sem a observância, portanto, das garantias constitutivas de um processo penal acusatório e legitimamente democrático”.

Nesta seara, trazendo relevância o tema, no que se refere a defesa em sede pre-processual, em que pese às mudanças trazidas pela Lei 13.245/2016, que alterou o art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94), reforçando as prerrogativas do advogado no acompanhamento do inquérito policial e possibilitando instrumentos mais efetivos para que a sua intervenção durante essa fase seja mais eficaz, é inegável que ainda subsistem problemas em relação à capacidade financeira que as pessoas que geralmente são pegas em flagrante possuem de constituir advogados, visto que a grande maioria delas pertence à classe baixa.

Nota-se que a Defensoria Pública, de exorbitante importância para defesa de pessoas hipossuficientes, não tem como suprir a tamanha demanda de flagrantes que ocorrem diariamente, acompanhando todos os flagranteados em seus depoimentos na fase inquisitorial, restando, então, declarações desacompanhadas de defesa técnica²⁹.

²⁹ Conforme estudo realizado pelo IPEA, a Defensoria Pública está presente apenas em 28% das comarcas. Nesse sentido, cf. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Mapa da Defensoria Pública no Brasil. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/defensoresnos estados>>. Acesso em 23 de julho de 2023.

CONCLUSÃO

Indubitavelmente, a noção de Estado Democrático de Direito é orientada pela necessidade de reconhecimento e afirmação da prevalência dos direitos fundamentais, tanto como meta de política social ou como critério de interpretação do direito.

Assim, a ordem constitucional que rege o Estado brasileiro desde 1988 determina que as leis infraconstitucionais estejam adequadas à proteção dos direitos fundamentais e, deste ponto de vista, a interpretação dada a essas normas deve ser referenciada na Constituição.

Relativamente ao Processo Penal, a Constituição exprime normas de caráter fundamental para a consolidação das garantias individuais do réu, determinando princípios gerais para guiar a práxis processual penal. Tais normas, expressas ou implícitas, fazem parte desse projeto de Estado que se encontra, infelizmente, longe de sua efetivação.

No quer se refere ao investigado, diante da atual Constituição Federal, este não pode ser visto pelo órgão competente pelas investigações criminais, qual seja, as policiais civis dos Estados membros e a Polícia Federal, como um objeto de investigação senão um sujeito de direitos, protegido pelas garantias constitucionais, com direito a ampla defesa e o contraditório.

O inquérito policial sempre visto como procedimento coercitivo, patrocinado pela máxima latina *inquisitio sine coercione nulla est*, deve hoje, ser tratado e trabalhado de maneira ampla, com o bastão da observância do garantismo, dos preceitos constitucionais que observam os direitos fundamentais e, da produção do conhecimento, na corrente filosófica epistemológica.

Proporcionar à defesa, já no início da persecução penal a participação, conhecimento e possibilidade de participar de forma defensiva da produção das provas, reveste a peça investigativa das garantias constitucionais da ampla defesa e da observação do contraditório, fortalecendo-o como instrumento de proteção do indivíduo do arbítrio do Estado.

Reconhecer o direito de forma amplo do advogado na fase de inquérito policial, na execução do mister da defesa e validação das disposições constitucionais, seja da consulta, acesso a documentos, entrevista reservada, presença nos atos de produção de prova, na atividade da investigação defensiva, atuando com paridade de armas, dentro do sistema acusatório brasileiro, nos parece dizer o óbvio: “descemos a um ponto tal que a reafirmação do óbvio é o primeiro dever dos homens inteligentes (George Orwell).

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Tiago Antunes de. **Notas acerca da reforma do código de processo penal quanto às disposições gerais da prova: análise de problemáticas relativas aos arts. 155 e 156 do CPP.** Revista dos Tribunais, vol. 897/2010, p. 485-508, jul. 2010.
- ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** Salvador: Juspodivm, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal.** 3.ed. São Paulo: RT, 2015.
- BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policia-sim-contraditorio-am-pla-defesa-inquerito-policial>>. Acesso em 1 abril de 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 593727 - MINAS GERAIS.** Relator: Min. CEZAR PELUSO, 14 maio 2015, Tribunal Pleno. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 08 set. 2015. Disponível em: acesso em 25 julho 2023.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 18.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação defensiva à imputação.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo legal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.** São Paulo: Atlas, 2016.
- GRUBBA, Leilane Serratine. **A verdade no processo penal: (im)possibilidades.** Revista do Direito Público, Londrina, v. 12, n. 1, p.266-286, abr. 2017. DOI: 10.5433/28578-130135-1.2017v12n1p266. ISSN: 1980-511X.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal.** Salvador: Juspodivm, 2016.
- LOPES JÚNIOR, Aury. Prefácio. In: ANSELMO, Márcio Adriano; BARBOSA, Ruchester Marreiros; CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; MACHADO, Leonardo Marcondes. **Polícia Judiciária no Estado de Direito.** 01 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Processo penal, ação e jurisdição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado.** Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, v. 46, nº 183, p. 114, jul./set. 2009).
- MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MORAES; Bismael B. LIMA, Francisco de Camargo. **A polícia judiciária, o delegado e o inquérito policial no Brasil.** Revista dos Tribunais, vol. 925/2012, p. 267-277, nov, 2012.

MUCCIO, Hidejalma. **Prática de Processo Penal: teoria e modelos**. São Paulo: Método, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Defesa criminal activa: guia de sua prática forense**. Lisboa: Almedina, 2006.

PRADO, Gerado. **Estudos jurídicos**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

RAPOSO, José Ribamar de Freitas. **A Investigação criminal no Inquerito Policial e a Conveniência do Contraditório**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao VII Curso de Especialização em Polícia Judiciária e Sistema de Justiça Criminal da Coordenação de Pós-Graduação da Secretaria de Cursos Complementares da Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”.

RIBEIRO, Marcelo H. M.; SAMPAIO, André R.; FERREIRA, Amanda A. **A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 175-210, jan./abr. 2020.

STF. Habeas Corpus 83.233, Relatoria Ministro Nelson Jobim, DJ 19/03/2004; STJ, Habeas Corpus 259.930, Relatoria. Ministro Sebastião Reis Júnior, DP 23/05/2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAE, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Juspodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, v 1**. São Paulo: Saraiva, 2010.