

- ⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 118.533/MS*, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 23.06.2016. Acompanhando esse entendimento, o STJ houve por bem fixar essa tese de repercussão geral (Tema 600) e revogar sua Súmula 512, que dispunha em sentido contrário.
- ⁹ A ideologia é extraída de regra originária do beisebol, que estabelece que se um rebatedor perdesse três tentativas de rebater a bola (*three strikes*), ele seria eliminado do jogo (*you're out*). Para o Direito Penal, significa recrudescer o tratamento para os reincidentes, de modo que aquele que cometeu o terceiro delito deve ser colocado à margem do convívio social. (VOGEL, Joachim. La internacionalización del derecho penal y el proceso penal. Trad. Alfonso Galán Muñoz. *Revista Penal Tirant lo Blanch*, Valencia, n. 22, pp. 160-167, 2008, p. 161).

- ¹⁰ Nos termos da Medida Provisória 1.021, de 30 de dezembro de 2020. isponível em: http://www.guiatrabalista.com.br/guia/salario_minimo.htm. Acesso em: 7 nov.11 2019.
- ¹¹ Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/dispf/spf_anuario/anuario-spf-2016.pdf. Acesso em: 08 nov. 2019.
- ¹² Trecho da ementa estabelece textualmente o seguinte: “A Lei 9.268/96, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal, que lhe é inerente por força do art. 5º, XLVI, c, da Constituição Federal”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3150*. Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, j. 13.12.2018).

Recebido em: 14/11/2019 - Aprovado em: 05/02/2020 - Versão final: 22/02/2021

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: PARIDADE DE ARMAS PARA QUEM?

DEFENSIVE INVESTIGATION: ARMS PARITY FOR WHO?

Rafael Ferreira Breim

Graduando em Direito pela UNINOVE.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5504111153391610>
ORCID: 0000-0002-8255-1820
rafaelbreim@live.com

Andreia Gomes da Fonseca

Mestre em direito pela PUC-SP. Advogada. Professora na UNINOVE.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3683440855620486>
ORCID: 0000-0002-7629-7539
andreiagfonseca@aasp.org.br

Resumo: A investigação defensiva busca a paridade de armas entre a acusação e a defesa ao conceder a esta a faculdade de diretamente diligenciar em busca de provas, podendo elaborar um inquérito próprio, tal como é facultado ao Órgão Ministerial, hoje de forma exclusiva. No entanto, o instituto parece operar de modo socialmente seletivo, eis que privilegia aqueles economicamente mais abastados. Nesse sentido, é o que pretendemos demonstrar ao longo do presente artigo.

Palavras-chave: Processo Penal, Investigação Defensiva, Paridade de Armas.

Abstract: The defensive investigation seeks the parity of arms between the prosecution and the defense by granting the latter the power to directly deal with the search for evidence, being able to prepare its own investigation, as is provided to the Public Ministry, today exclusively. However, the institute seems to operate in a socially selective way, since it privileges those who are more economically wealthy. In this sense, this is what we intend to demonstrate throughout this article.

Keywords: Criminal Proceedings, Defensive Investigation, Weapon Parity.

1. Introdução

Não é difícil evidenciar a necessidade de uma justa igualdade entre as partes no processo penal, e muito menos notar a sua atual inaplicabilidade. Em consequência, a inserção da investigação defensiva no processo penal vem sendo debatida no Brasil como uma forma de se efetivar a isonomia processual, pois o instituto concede à defesa as “armas” processuais de que precisa para uma disputa leal¹ contra o Estado. Todavia, há um descompasso entre o propósito buscado e os efeitos do instituto no plano real, visto que a atividade investigativa parece vir acompanhada de uma seletividade entre indivíduos pertencentes a diferentes classes sociais, devido à eficácia de seu exercício estar condicionada à capacidade monetária do acusado, contaminando o processo penal com uma espécie de meritocracia defensiva. Desta forma, a paridade de armas será, em consequência, efetivada para poucos. À vista disso, em que pese o amparo da defensoria pública aos hipossuficientes, nota-se, porém, na instituição uma assistência insuficiente no que diz respeito à investigação defensiva, tendo em vista a escassez de profissionais e de recursos em diversos estados do Brasil, além da reduzida atuação na investigação preliminar, limitando significativamente o desempenho da defensoria no complexo intento de produção probatória, como se demonstrará.

2. A determinação constitucional da paridade de armas

A paridade de armas, ou a isonomia processual, é o resultado de uma conjugação de princípios constitucionais que compõem o devido processo legal: os princípios do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CF) da igualdade (art. 5º, *caput*, CF), além de depreender-se da própria estrutura acusatória vigente (art. 3º-A do CPP). Da consequência do encadeamento dos princípios citados segue-se à conclusão de que, em suma, as possibilidades formais de contraditar a parte contrária no processo, acompanhada da disposição de meios para que se realizem realmente, devem estar pautadas sob o clivo da isonomia (tratar desigualmente os desiguais), na qual a proporcionalidade entra como critério para a aplicação do princípio da igualdade, configurando a assim chamada isonomia processual. Com isso, o processo penal, a fim de ser um mecanismo de efetivação dessas garantias, deve, evidentemente, ser um instrumento à serviço da constituição, o que, segundo **Aury Lopes Jr.**, “Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição.”. Por conseguinte, assegurar a igualdade de condições entre as partes no processo penal é, portanto, constitucionalizá-lo e reforçar a sua legitimidade.

3. Investigação defensiva

Segundo **Edson Luis Baldan** e **André Boiani e Azevedo**, a investigação defensiva pode ser conceituada como “o complexo de

atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na ante judicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consulente técnico e/ou investigador privado autorizado, 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, empregada para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto a investigação ou acusações oficiais.” (AZEVEDO; BALDAN, 2004). O referido instituto, em suma, visa consolidar o sistema acusatório no processo penal, tendo como urgência a busca da isonomia processual entre as partes ao tonificar a *reazione*² da defesa no contraditório e ao efetivar a ampla defesa, princípios estes essenciais ao devido processo legal. Na prática, se dá à defesa a possibilidade de elaborar a sua própria investigação, retirando a exclusividade da acusação nessa seara.

A existência da investigação defensiva encontra sua justificativa quando se evidencia o gigantismo da acusação, a qual se expressa, sobretudo, pela alta quantidade de equipes ao seu dispor (Polícia Civil, Polícia Militar, Ministério Público e assistente de acusação), além das exclusivas prerrogativas de requisitar novas provas e da reconhecida possibilidade de investigar. É o que afirma **Nucci** (2020, p. 188-189), em que *“o engrandecimento do Ministério Público compactua com o igual engrandecimento da defesa.”* Nesse sentido prossegue o autor: *“Se existe apoio constitucional ao MP para investigar, com absoluta certeza, somente no campo da ampla defesa, pode-se observar o mesmo em relação ao defensor, seja público ou privado.”* Dessa maneira, o primeiro passo, curto, porém significativo, no que concerne à inserção do instituto no ordenamento jurídico foi a regulamentação dada pelo provimento 188/18 da OAB, que conceitua e estabelece balizas para o exercício da investigação.

4. A desigual paridade de armas

No processo penal, em distinção ao direito penal, explica **Aury Lopes Jr.**, *“o mais fraco passa a ser o acusado, que frente ao poder de acusar do Estado sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena.”* (LOPES JR., 2017. p. 39). Nesse sentido, cumpre dizer, embora o Estado assuma a responsabilidade de corrigir a desigualdade de forças no processo, os meios criados para tal fim, mesmo que indiscutivelmente benéficos, ainda não bastam para a democrática efetividade da paridade de armas no processo penal à parcela mais pobre da sociedade, que é a principal vítima do processo penal e cuja violência institucional se faz mais sentida. Cumpre dizer, não há como olvidar o benefício do instituto da investigação defensiva para a atividade da defesa que coloca o defensor em uma posição mais ativa no processo, não mais estando o acusado preso aos elementos coligidos monocularmente pelo órgão acusatório. No entanto, e o que é problemático, a investigação defensiva parece beneficiar de forma seletiva, e em maior ou menor grau, o acusado em sua defesa, a depender de sua classe social, a qual, se for a desfavorecida, estará à mercê da assistência gratuita, que se apresenta insatisfatória para plenamente defendê-lo. Por conseguinte, a reinvidicação da concretização da paridade de armas entre as partes mediante usufruto da investigação defensiva pelo polo passivo do processo parece ignorar a desigual aplicabilidade do instituto no mundo dos fatos.

É que, com o possível reconhecimento legislativo da investigação privada e a concomitante segurança jurídica quanto ao assunto, naturalmente será instaurado um mercado entre os serviços investigativos, promovendo, em consequência, um maior incentivo à pesquisa e ao avanço tecnológico para a área forense. Dessa forma, a complexidade da investigação privada caminhará em harmonia com o progresso tecnológico, com a ampliação e produções de pesquisas acerca do referido instituto, o que logo resultará em um aumento constante e ininterrupto de sua valorização monetária: aquele que

melhor puder custear o alto aporte tecnológico, juntamente com um corpo de funcionários altamente qualificado, terá maior precisão e profundidade na produção de prova para sua defesa. É que, dada a infinidade de elementos observáveis nos eventos da realidade passíveis de utilização probante no processo penal, a sutileza das perquirições defensivas sofisticar-se-á permanentemente, posto que jamais esgotará o estudo de seu objeto, o que logicamente ocasionará, *pari passu*, o infundável e progressivo aumento de seu custo.

Sendo assim, dado que a maximização do contraditório, ampla defesa e acesso à justiça estará, nesse caso, condicionada ao poder financeiro do acusado, a desigualdade jurídica daí resultante será reflexo da desigualdade econômica amplamente existente na sociedade brasileira, na medida em que passa a institucionalizar essa estratificação social ao tornar lei um modo de defesa cujo grau de exercício é, em grande parte, pautado em um aspecto meritocrático. Desta feita que cunhamos o termo “seletividade processual defensiva”: é a consequência da introjeção de mecanismos de defesa disciplinados pela lógica econômica, a qual, por sua própria natureza, opera sob a cisão de classes, de maneira que a atuação defensiva no processo será tanto mais eficaz à medida que o acusado puder dispor de maiores investimentos de capital. É que não bastando a incidência seletiva da reação punitiva do Estado nos processos de criminalização primária e secundária, passará a existir, em complemento, uma distribuição desigual de oportunidades defensivas em razão do dispendioso e crescente custo do exercício da investigação defensiva, criando, em consequência, um ciclo um tanto quanto perverso: criminaliza-se os setores mais vulneráveis da sociedade e, juntamente, se limita de forma significativa as suas oportunidades de defesa processual.

Fato é que o poder econômico ainda é um grande aliado no “jogo” processual, possibilitando a um acusado afortunado exercer com mais plenitude os seus direitos, e que, além disso, as barreiras de ordem financeira, para ele, não se revelarão impeditivas ou limitantes para que seu acesso à justiça seja suficientemente atingido por meio de uma rigorosa investigação. O contrário ocorre com os hipossuficientes, em que, como se demonstrará, o âmbito de suas possibilidades de jogadas no “jogo” do processo é ainda mais restrito frente ao do poder acusatório, em virtude de uma limitação material que corrobora para que garantias processuais e constitucionais sejam efetivadas em um menor grau. É o que afirma **Gabriel Bulhões** ao reconhecer a “cruel” seletividade inerente à investigação defensiva: *“(…) Quanto às limitações materiais revela-se um aspecto seletivo e, de certa forma, até cruel, quanto às possibilidades de desenvolvimento da investigação defensiva. Não há como olvidar o custo monetário inerente às medidas e diligências necessárias a uma investigação defensiva, sendo certo que existem várias ferramentas de baixo custo, enquanto outras são extremamente custosas, como a contratação dos serviços de detetive particular e a consulta a bancos de informações.”* (BULHÕES, 2018, p.8).

Poder-se-ia dizer que, ao alcance do hipossuficiente, a defensoria pública irá ampará-lo ao efetuar a investigação defensiva de forma gratuita, porém, ainda assim, verifica-se sérios problemas para realizá-la de modo satisfatório ou, ao menos, próximo a capacidade da defesa privada: limitações de recursos humanos e de natureza orçamentária. Quanto ao primeiro, na maioria dos estados sequer há defensores públicos e servidores no setor suficientes para a demanda, sendo essa melhoria, de acordo com a pesquisa, a mais aclamada entre os próprios profissionais no Brasil (BRASIL, 2015, p. 122). De acordo com o IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, só no estado de São Paulo, existe uma população alvo de 24.490 pessoas para cada defensor público, e *“situações mais dramáticas podem ser encontradas no estado do Paraná e em Santa Catarina, nos quais cada defensor corresponde a 65 mil e 31 mil habitantes,*

respectivamente” (Ibidem, p. 46). Em segundo lugar, o orçamento das defensorias frente às despesas de praxe, principalmente nos estados mais desafortunados, evidencia um certo pessimismo quanto à possibilidade da grande ampliação de funcionários especializados e de tecnologias para o implemento da investigação defensiva na defensoria pública de todo o território nacional. A título de exemplo, no estado de São Paulo, a baixa remuneração dos peritos contratados pela justiça gratuita na área civil já ensejou, inclusive, a recusa dos trabalhos pelo profissional, de tal forma que o magistrado teve de sugerir o pagamento dos honorários pelo próprio indivíduo beneficiário da justiça gratuita (GRILLO, 2016). Ainda, em virtude da alta demanda, naturalmente a defensoria pública não alcança plenamente a delicada fase de inquérito policial – onde se centra a maior quantidade de causas de erros judiciais (RODAS, 2018), o que resulta em uma redução irreversível do potencial defensivo da investigação para o acusado, na medida em que os atos realizados pela polícia judiciária, que são fiscalizados insuficientemente pelo Ministério Público³, são examinados pelo defensor público de modo muito sumário e indireto em comparação com a defesa privada.

5. Conclusão

Assim, em conclusão, o instituto da investigação defensiva traz em seu bojo uma espécie de seletividade processual defensiva, cuja expressão se encontra no favorecimento diretamente proporcional ao grau de poder econômico do acusado, tendo em vista o alto e crescente custo monetário de uma investigação eficiente. É que, dada a demonstrada deficiência da defensoria pública para bem lidar com o referido instituto, a consequente insuficiência de amparo ao imputado à mercê da instituição resultará em um aprofundamento da já existente desigualdade jurídica no processo penal entre ricos e pobres. Desse modo, ao municiar, assimetricamente, diferentes acusados frente ao poder acusatório, inviabilizando a democrática efetivação da isonomia processual, se produz uma desigual paridade de armas. Por fim, frente a essa prática defensiva relativamente inovadora no processo penal, é preciso lutar pelo fortalecimento da defensoria pública, que é a expressão e o instrumento da democracia, e, como bem apontou **Aury Lopes Jr.**, urge, por conseguinte, potencializar o lugar de fala do réu hipossuficiente (2017, p. 1104) para que a paridade de armas também o alcance por meio do instituto da investigação defensiva.

NOTAS

- ¹ “Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditório seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.” (FERRAJOLI, 2002, p. 490).
- ² “O contraditório é visto em duas dimensões (informazione e reazione), como

direito a informação e reação (igualdade de tratamento e oportunidades).” (LOPES Jr., 2019, p. 42).

- ³ “Pouco mais de 30%, portanto, dedicavam-se exclusiva ou parcialmente ao controle das atividades policiais. Em suma, além de 15 dos 27 websites do MP não a mencionarem, além de não ser percebida como prioritária por 88% dos entrevistados e além de receber a pior avaliação quanto à qualidade do trabalho do órgão, a área sequer é contemplada nas atividades de 70% dos membros da instituição.” (2016, p. 38).

Referências

AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 137, p. 7, abr. 2004.

BRASIL. Ministério da Justiça. *IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015.

BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 305, p. 8, abr. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRILLO, Brenno. Peritos se negam a trabalhar por honorários pagos pela Defensoria. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 19 out. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-19/peritos-negam-trabalhar-honorarios-pagos-defensoria>. Acesso

em: 29 set. 2020.

LEMGRUBER, Julita; RIBEIRO, Ludmila; MUSUMECI, Leonarda; DUARTE, Thais. *Ministério Público: guardião da democracia brasileira?* Rio de Janeiro: CESeC, 2016.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES Jr., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme. *Curso de Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RODAS, Sérgio. Criminalistas analisam principais causas de erros judiciais e suas consequências. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 9 set. de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-06/criminalistas-analisam-principais-causas-erros-judiciais>. Acesso em: 29 set. 2020.

Recebido em: 02/11/2020 - Aprovado em: 03/01/2021 - Versão final: 14/01/2021

NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE: UM AVANÇO CIVILIZATÓRIO

THE NEED TO JUSTIFY PRE-TRIAL DETENTION AND THE LAW OF ABUSE OF AUTHORITY: A CIVILIZING ADVANCE

André Lozano Andrade

Mestre em Direito Penal pela PUC-SP e especialista em direito e processo penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito Penal e de Processo Penal da Universidade São Judas Tadeu. Conselheiro de prerrogativas da OAB/SP e conselheiro da FADDH. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1618181411084497>

ORCID: 0000-0003-4029-2039

andre@jacoblozano.com.br