

DIREITO DE DEFESA NA ETAPA PRELIMINAR DA APURAÇÃO PENAL: RECONHECIMENTO, NOVAS PERSPECTIVAS E DESAFIOS

THE RIGHT OF DEFENSE IN THE CRIMINAL INVESTIGATIONS: RECOGNITION, NEW PERSPECTIVES AND CHALLENGES

Marta Saad¹  

Universidade de São Paulo, USP, São Paulo/SP
martasaad@usp.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.12709853>

Resumo: O exercício do direito de defesa na etapa preliminar da apuração penal ganhou reconhecimento nas duas últimas décadas. Há novas perspectivas e desafios para plena participação defensiva, tanto na investigação pública como na investigação defensiva.

Palavras-chave: direito de defesa; inquérito policial; investigação preliminar; investigação defensiva.

Abstract: The exercise of the right to defense in the preliminary stage of criminal investigation has gained recognition in the last two decades. There are new perspectives and challenges for full defense participation, both in public investigation and in defense investigation.

Keywords: right to defense; police inquiry; preliminary investigation; defensive investigation.

1. Introdução

Por mais de cinquenta anos, a contar da edição do Código de Processo Penal de 1941, negou-se a possibilidade de atividade defensiva na primeira fase da persecução penal, consubstanciada notadamente no inquérito policial. Não se conferia relevância a essa fase, negligenciada e pouco prestigiada, ignorando-se sua importância, dificuldades e desafios.

Nas últimas duas décadas, esse cenário vem paulatinamente se alterando, com mudança de percepção acerca do inquérito policial e seus correlatos: depois de firmar diversos precedentes, o Supremo Tribunal Federal editou súmula vinculante, assegurando o direito de acesso à investigação pela defesa; novos atores passaram a disputar o protagonismo da condução da investigação: além de polícia judiciária, Ministério Público e defesa; vivenciamos megaoperações criminais, mudando-se significativamente o eixo informativo da persecução penal para essa fase; várias alterações legislativas foram efetuadas para disciplinar a inoponibilidade do sigilo do inquérito à defesa e a punição por abuso de autoridade em caso

de seu desrespeito; o trâmite eletrônico conferiu maior publicidade ao inquérito policial; outorgamos o controle dessa fase a nova figura, o juiz de garantias. Foram muitas e importantes alterações. O presente texto recupera esse histórico no tocante à participação defensiva e aponta, ao fim, novas perspectivas e desafios impostos à defesa na etapa preliminar da persecução penal.

2. Funções e finalidades da investigação preliminar

A investigação preliminar, visando a apurar o fato, que aparenta ser ilícito e típico, bem como sua autoria, coautoria e participação, é procedimento prévio, cautelar, realizado no mais das vezes pela polícia judiciária, em inquérito policial, procedimento de natureza administrativa e finalidade judiciária.

Desde a legislação processual de 1871, quando se atribuiu aos delegados de polícia, nos distritos, a incumbência de se proceder imediatamente à coleta de elementos para apuração da infração penal até a chegada dos juízes de direito, competentes para a formação da culpa, reconheceu-se a necessidade de adoção de

¹ Professora Doutora de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutora (2007) e Mestre (2002) em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ex-Presidente e ex-Conselheira do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ex-Presidente da Rede Ibero-Americana de Advocacia Criminal. Advogada. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3199855414351538>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5363-390X>.

*Este artigo aborda elementos discutidos no texto "Editorial do dossiê 'Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal' - Investigação preliminar: desafios e perspectivas" publicado na Revista Brasileira de Direito Penal, no primeiro quadrimestre de 2020.

determinadas medidas de urgência, a fim de que os vestígios da infração não desaparecessem ou se perdessem no tempo.

O inquérito policial serve, assim, à preservação de eventuais elementos ou meios de prova, ostentando natureza cautelar, mas sua cautelaridade não se confunde com provisoriedade, porque muitos dos atos praticados nessa fase são permanentes.

Ao lado do atendimento à urgência, a investigação preliminar também é cautelar no sentido de evitar excessos que a imediatidade de eventual ação penal poderia trazer à honra e à reputação da pessoa envolvida no processo penal.

A investigação preliminar, além disso, ostenta finalidades de duas ordens. A primeira delas é a de reconstruir o fato investigado, informando e instruindo a autoridade judicial e o acusador, público ou privado. A segunda finalidade do inquérito é a de ministrar elementos para decretação de medidas e provimentos cautelares, no curso mesmo da persecução penal.

3. O que se produz na investigação preliminar: atos propriamente de investigação e atos de instrução

É certo, ainda, que a investigação preliminar abriga não só atos de investigação, mas também atos de instrução criminal, alguns, como dito, de caráter transitório e outros de caráter definitivo.

Quem investiga rastreia, pesquisa, indaga, segue vestígios e sinais, busca informações para elucidação de um fato. Depois de documentada a diligência, passa-se da investigação à instrução, que pode se dar mediante atos transitórios ou repetíveis, e, portanto, suscetíveis de renovação, ou definitivos e irrepetíveis, os quais se incorporam ao bojo de eventual ação penal. E essa definitividade exige participação defensiva, o que nem sempre foi nítido.

Além disso, inúmeros atos que acarretam restrição a direitos constitucionalmente assegurados podem ser tomados em desfavor do investigado, tais como os decretos de prisão preventiva e temporária, busca pessoal e domiciliar, apreensão, decretação de arresto e sequestro de bens, afastamento dos sigilos fiscal e bancário, interceptação das comunicações telefônicas, determinação do indiciamento, e, pior, ao fim, possível formalização da acusação, com o início da segunda fase da persecução penal, por meio da decisão de recebimento da denúncia ou queixa.

A rigor, os elementos produzidos em inquérito policial destinam-se a convencer quanto à viabilidade ou não da ação penal ou medida consensual, como acordo de não persecução penal, ou quanto às condições necessárias para a decretação de qualquer medida ou provimento cautelar no curso da investigação preliminar. Deve-se, por isso, também produzir provas em favor do suspeito ou do indiciado.

4. Extensão do direito de defesa assegurado na Constituição da República

O direito de defesa sempre veio consagrado nas Constituições brasileiras, desde 1824. A Constituição da República de 1988, ampliando as redações anteriores, assegurou, no artigo 5º, inciso LV, que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Ao se referir a acusados em geral, a Constituição da República reconhece que há pelo menos duas espécies de acusados (o restrito e o amplo, ou o formal e o informal). A expressão engloba toda sorte de acusados, em juízo ou fora dele, abrangendo, então, o investigado, o indiciado, o acusado e o condenado, em seus diferentes graus de incriminação.

No inquérito policial já há acusação, em sentido amplo, entendida como afirmação ou atribuição de ato ou fato a pessoa autora, coatora

ou partícipe, em diversos atos como na prisão em flagrante delito, na nota de culpa, no boletim de ocorrência de autoria conhecida, no requerimento, requisição e na portaria de instauração do inquérito policial, ou, ainda, no indiciamento realizado pela autoridade policial¹, bem como nos diversos provimentos e medidas cautelares, determinados e realizados nessa primeira fase da persecução penal.

O dispositivo constitucional permite concluir que não se admite mais persecução penal preparatória ou prévia unilateral, não se admitem instruções secretas ou interrogatórios sob coação. Não se pode excluir a presença do defensor, indispensável.

Por isso, o exercício do direito de defesa, eficaz e tempestivo, deve se iniciar no inquérito policial, permitindo-se então a defesa integral, contínua e unitária. Há de se garantir ao investigado em inquérito policial o exercício do direito de defesa, possibilitando a ele o direito de conhecimento do teor do inquérito policial, de contraposição a todas as acusações, com a assistência de advogado, com a possibilidade de manter-se silente e a admissibilidade de produção das provas por ele requeridas.

5. Direito de defesa no inquérito policial: da negação ao reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal

Como dito acima, durante mais de cinquenta anos o Direito brasileiro conviveu com a crença infundada de que o inquérito policial não passava de peça administrativa, meramente informativa, que ostentava unicamente atos de investigação.

Em consequência, negava-se ao indiciado — ou informalmente acusado — o exercício do direito de defesa nessa fase da persecução penal, mantendo-se o acusado alheio aos atos praticados no curso do inquérito.

É certo que o sigilo, característico do inquérito policial e previsto no art. 20 do Código de Processo Penal, serve à investigação do fato aparentemente criminoso e, ao mesmo tempo, tende a preservar a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra das pessoas envolvidas na apuração e a prevenir o sensacionalismo. Mas esse mesmo sigilo não pode ser oposto ao indiciado, ou suspeito, nem ao defensor, sobretudo no que se refere aos atos instrutórios.

Determinadas diligências devem ser mesmo sigilosas, sob risco de comprometimento do seu bom sucesso. Se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental do resultado dessa atividade, todavia não pode ser subtraída ao indiciado nem a seu defensor, porque já cessada a causa do sigilo.

Assim, pode-se guardar sigilo somente quanto a deliberação e prática de atos de investigação. À luz da Constituição da República, que garante aos acusados, aí incluídos o investigado e o indiciado, o direito de defesa, os atos de instrução, documentação dos elementos colhidos na investigação, devem estar acessíveis ao acusado e seu defensor.

Se o sigilo atinge a defesa, tolhe seu exercício. Nesse sentido, passou-se há menos de vinte anos por momento de inflexão na jurisprudência no que toca a esse tema: depois de firmar entendimento que permitiu acesso do investigado aos autos do inquérito policial, no HC 82.354 (Brasil, 2004), e em inúmeros outros casos que se seguiram a partir daí (Brasil, 2006a, 2006b, 2007, dentre outros), o Supremo Tribunal Federal, em 2 de fevereiro de 2009, editou a Súmula Vinculante 14, cujo enunciado assegura que

[...] 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 defesa (Brasil, 2009).

Carregado de atos definitivos, que não mais se repetem no correr da persecução penal, o inquérito policial guarda importância que

reclama, em benefício do acusado, em favor de sua liberdade e da própria sociedade, o exercício do direito de defesa desde o início do inquérito policial, assegurando-se a ciência e a participação defensiva do acusado nessa fase. Podendo conhecer o teor do inquérito policial, opor-se aos elementos de informação, oferecendo sua versão acerca dos fatos apurados, fazer-se acompanhar sempre por defensor, para solicitar a produção de diligências em seu favor, e, principalmente, ciente de seus direitos constitucionais e podendo exercê-los desde logo, o acusado e também o sistema de justiça criminal só têm a ganhar. Ele, por cuidar de afastar possível acusação formal; a justiça, por se precaver melhor contra acusações infundadas.

6. Avanços normativos e práticos na concretização do acesso aos autos como pressuposto do exercício do direito de defesa na etapa preliminar da persecução penal

Justamente por ser a investigação etapa importante para a obtenção de elementos de informação, o investigado deve contar com assistência de defensor já nessa fase preliminar, preparando adequada e tempestivamente sua defesa, substancial, de conteúdo.

O direito de acesso aos autos, garantido pela Súmula Vinculante 14, assegura a premissa necessária para o exercício do direito de defesa, que é a ciência do conteúdo da apuração preliminar. De lá para cá, outros avanços, em termos normativos, foram se consolidado, atribuindo importância a fase preliminar.

6.1. Estatuto da OAB, Lei de Abuso de Autoridade, Lei Anticrime

O Estatuto da OAB — Lei 8.906/2004 — já preceituava, no artigo 7º, inciso XIV, que é direito do advogado examinar, em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontados. Dessa forma, quem dirigia atos da primeira fase da persecução não poderia vedar ao defensor do acusado vista dos autos, para tomar apontamentos ou para extrair cópias.

Reforma promovida pela Lei 13.245/2016 no Estatuto da OAB incorporou o enunciado da Súmula Vinculante 14 ao texto legal, atualizando o disposto no artigo 7º, inciso XIV, para prever que 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 (Brasil, 2004).

O dispositivo é complementado pelo § 11 do mesmo artigo 7º, que prevê que a autoridade policial 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.

O Estatuto também prevê, no artigo 7º, § 12, que a inobservância ao direito de acesso aos autos, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implica 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.

Nesse sentido, a Lei de Abuso de Autoridade – Lei 13.869/2019 – prevê, no artigo 32, que constitui crime de abuso de autoridade:

negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível (Brasil, 2019).

Além disso, a Lei Anticrime – Lei 13.964/2019 – inseriu no Código de Processo Penal o artigo 14-A, que trata da constituição de defesa técnica para os agentes estatais de órgãos de segurança pública que figurem como investigados na apuração de fatos envolvendo uso de força letal no exercício funcional.

Esse dispositivo expande o espaço de atuação defensiva, ao estabelecer que o indivíduo, citado da instauração do procedimento, possa constituir defensor ou lhe será nomeado defensor dativo.

Se é importante a previsão de assistência por defensor, constituído ou público, a lei teria andado melhor se previsse essa assistência a todo e qualquer investigado, não havendo justificativa para tratamento iníquo e não isonômico, unicamente em favor de agentes de segurança pública.

O conhecimento do teor dos autos é premissa necessária ao exercício do direito de defesa. O acusado não pode ser mantido alheio a todo o procedimento prévio. Nada obsta a que, ciente do estado desta primeira fase da persecução, a defesa, diligente, cuide de afastar a suspeita que recai sobre o acusado, concorrendo para o escopo último das investigações e evitando acusação formal, em juízo. É, antes, até recomendável que se amplie o campo de busca de elementos para elucidação dos fatos, porque novos dados podem ser trazidos aos autos pela defesa da pessoa que se encontra na posição de suspeito.

6.2. Digitalização do procedimento

O inquérito policial eletrônico, seguindo a tendência do processo eletrônico, elimina o os autos físicos e em papel, desmaterializando os registros e documentos relacionados à investigação criminal. Já implementado em diversos Estados, não conta ainda com legislação de âmbito nacional que uniformize os diferentes modelos de acompanhamento da apuração preliminar *on-line* e em tempo real². Realizado de forma eletrônica, desde o registro da notícia de crime até a documentação dos atos de investigação e relatório final, tudo em tempo real, o inquérito policial facilita o acesso e conhecimento simultâneo da documentação da diligência e do seu conteúdo pela polícia, pelo Ministério Público, pelo Poder Judiciário e pela defesa.

Essa forma de atuação, registro e trâmite potencializa a publicidade e permite facilidade de acesso à integralidade de atos e autos, sem necessidade de deslocamento físico à Delegacia de Polícia, potencializando a transparência e o controle, por todos os envolvidos, do trâmite do inquérito policial. Por isso, o inquérito policial eletrônico é considerado fator que permite incremento da atividade defensiva nesta etapa procedimental.

7. Obstáculos ainda a vencer

Garantida a premissa de exercício do direito de defesa, por meio de acesso aos autos do procedimento preliminar, tem-se que é necessário assegurar que a defesa, conhecendo os fatos investigados, possa ter assegurada a sua participação na persecução penal preliminar ou até mesmo conduzir, de forma independente, investigação defensiva.

7.1. Lei 12.850/13, meios ocultos de obtenção de prova e exercício postergado e tardio do direito de defesa

As características da criminalidade organizada, que é contínua e não tem vítima direta, dentre outras especificidades, representam desafios ao modelo tradicional de investigação preliminar, impelido a lançar mão de novos instrumentos de persecução penal.

A investigação das organizações criminosas utiliza-se dos chamados métodos ocultos de investigação ou meios excepcionais de obtenção de prova, secretos.

Não obstante a separação entre atos de investigação e instrução e a possibilidade de exercício do direito de defesa por meio da ciência dos autos a partir da documentação das diligências de investigação, tem-se que a adoção desmedida de métodos ocultos de investigação potencializa a fase sigilosa, furtando do controle da defesa a primeira fase da persecução penal.

A Lei 12.850/13 prevê, no artigo 3º, que em qualquer fase da persecução penal serão permitidos colaboração premiada, captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, ação controlada, acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais, interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal e infiltração, por policiais, em atividade de investigação.

O artigo 23 estabelece que a autoridade policial poderá decretar sigilo para garantia da celeridade e eficácia das diligências investigatórias, mas garante a publicidade interna, permitindo que o defensor do representado tenha acesso aos elementos de prova, ressalvados os referentes às diligências em andamento. E justamente aqui reside a dificuldade de conciliação da adoção de medidas excepcionais e o direito de defesa, porque os meios de obtenção de prova referidos na lei desenvolvem-se sob estrito sigilo, em razão do fator surpresa necessário ao seu sucesso.

No tocante à colaboração premiada, o artigo 7º, § 3º, da Lei estabelece que o acordo de colaboração e os depoimentos do colaborador serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, sendo vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese.

Há aqui dificuldade de ordem prática no tocante ao que seja o êxito das investigações mencionado no dispositivo, que, segundo a Lei, demandaria sigilo no curso do inquérito policial. Não é incomum que haja sobreposição de outras linhas de apuração de fatos correlatos ou até de outras pessoas envolvidas na organização criminosa. Ademais, mesmo depois de afastado o problema do acesso, permanece a questão do direito de defesa: os delatados devem ter assegurado o direito de ser ouvidos ainda na fase preliminar e de produzir prova em seu favor, confrontando o colaborador e afastando o risco de acusações falsas, precipitadas ou até temerárias.

No que se refere à interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas e à captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a disciplina da Lei 9.296/96 tensiona o exercício do direito de defesa, principalmente no tocante ao acesso à integralidade do material e sua disponibilidade para a defesa, a fim de permitir o controle acerca da autenticidade e integridade do material, bem como para verificação dos diálogos, muitas vezes descontextualizados na acusação.

Com relação à ação controlada, prevista no artigo 18 da Lei 12.850/13, trata-se de medida absolutamente sigilosa, que prorroga indefinidamente o sigilo interno dos autos do inquérito policial. Ainda que não se possa limitar temporalmente a atividade com critérios objetivos rígidos, seria necessário promover alguma forma de controle periódico, que pudesse depois se tornar acessível ao

acusado e ao seu defensor, para fins de verificação de excessos ou impertinência da medida.

A infiltração de agentes policiais constitui meio subsidiário de obtenção de prova disciplinado pelo artigo 10 e seguintes da Lei 12.850/13, também pautado pelo sigilo. As informações de operação de infiltração somente serão disponibilizadas à defesa depois do oferecimento da denúncia. Não há, assim, previsão de acesso durante o inquérito policial, mesmo que já finda a diligência, o que tensiona o direito de defesa.

Por fim, no que toca ao acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais e o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, são medidas que, a rigor, não dependem de manutenção de sigilo. A informação que se pretende obter com tais medidas é pré-existente, já documentada e constituída e está em poder de outra pessoa, que não o investigado. Por isso, a surpresa não lhes é um elemento essencial.

Tais medidas não precisariam de sigilo na sua decretação e execução. Mais: porque a surpresa não é elemento de sucesso da medida, esses meios de obtenção de prova que independem do fator surpresa poderiam comportar manifestação prévia da defesa, antes mesmo da análise judicial do seu cabimento, diante do pedido formulado pelo Ministério Público ou Delegado de Polícia no curso do inquérito policial.

Não obstante tal constatação, a prática mostra que no mais das vezes também estes meios de obtenção de prova são tomados sem a prévia ciência do investigado, sob alegação de que o seu conhecimento prévio poderia revelar a existência de investigação em curso e, assim, comprometer a eficácia de outras medidas.

7.2. Proposição, admissão e produção de meios de prova

Vencida a questão do acesso aos autos, premissa para exercício do direito de defesa, tem-se que a proposição, admissão e produção de prova no curso do inquérito policial, a pedido da defesa, ainda é um desafio.

O artigo 14 do Código de Processo Penal consagra, na legislação ordinária, o direito de defesa no inquérito policial, atribuindo ao indiciado e ao ofendido o direito de requerer, à autoridade policial, a realização de diligências. A defesa pode requerer a realização de perícias e formular quesitos, pedir esclarecimentos ou complementação de laudos já apresentados, pode indicar testemunhas e contestar todas as ouvidas, requerer a juntada de documentos, bem como impugnar a autenticidade de documentos já juntados aos autos. Isso trabalha em favor da defesa e do próprio procedimento, porque informações importantes podem ser precocemente levadas aos autos, mudando ou corrigindo o curso de investigações unilaterais.

Os pedidos formulados, porém, não podem ter sua admissibilidade submetida totalmente à discricionariedade da autoridade policial. Releitura do disposto no artigo 14 do Código de Processo Penal, face à garantia constitucional da ampla defesa, permite concluir que a autoridade não pode mais deixar de realizar diligências importantes à elucidação dos fatos, desde que pertinentes. O pedido pode ser indeferido se for inviável, sob o ponto de vista fático, ou inútil. Em recusando o pedido de diligências, tal ato deve ser devidamente fundamentado, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, a fim de se analisar o motivo e a motivação da recusa.

Ademais, deve-se permitir ao acusado participação ativa na primeira fase da persecução penal, como forma de se assegurar a plenitude de sua defesa. O defensor, portanto, deve intervir na prática de todos os atos instrutórios do inquérito policial, pouco importando se a diligência tenha sido ou não proposta por ele, e ainda que

tal participação se dê de forma diferida, a fim de não inviabilizar a prática de atos impostergáveis.

7.3. Desafios da investigação defensiva

Além da própria participação defensiva em investigação pública oficial, enfrenta-se também o desafio da efetiva implementação e regulamentação em lei federal da atividade de investigação defensiva, com vistas a assegurar a paridade de armas.

Hoje, a investigação não pode ser reduzida a inquérito policial, produzido pela polícia judiciária, tendo em conta que é permitida a investigação direta pelo Ministério Público e investigações decorrentes de procedimentos sancionatórios.

Entende-se que a investigação defensiva é espécie então desse gênero mais amplo de investigação criminal, tanto por meio do inquérito defensivo — realizado em favor do imputado — como do inquérito auxiliar, em favor da vítima. A investigação defensiva permite ao acusado contribuir com esclarecimento dos fatos, identificar fontes de prova e até avaliar, de maneira mais sofisticada, sua estratégia defensiva, inclusive qualificando-o para decidir sobre a opção de seguir por meios consensuais, como acordo de colaboração premiada.

Já há normas de ordenamento brasileiro que orientam a investigação investigada, como o Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Código Deontológico de Boas Práticas da Investigação Defensiva, da Abracrim, mas ajustes mais significativos seriam importantes, principalmente no Código de Processo Penal e nas leis que regem a advocacia e Defensoria Pública, para consolidar a prática da investigação defensiva no Brasil.

8. Considerações finais

O direito de defesa deve ser assegurado ao acusado desde a fase preliminar da apuração penal. Se lhe for negada, *vg.*, a possibilidade

de acesso aos autos, resta-lhe, então, como se estranho fosse, aguardar, sem que nenhuma prova seja requerida e/ou produzida em seu favor, a conclusão da apuração preliminar, procedimento que pode se estender por anos, e depois ainda a remessa dos autos a juízo para poder, enfim, contar com a assistência profissional de advogado, já na segunda fase da persecução penal. Sua defesa efetiva, contudo, porque tardia, poderá já estar comprometida.

É preciso, pois, garantir a defesa efetiva do acusado quando ela realmente importa, assegurando-se, de maneira efetiva, o exercício do direito de defesa. Não só a autodefesa, insuficiente, mas a assistência de defensor legalmente habilitado, zeloso e competente na real defesa dos interesses de sua liberdade jurídica.

A atuação da defesa é relevante para solicitar a produção de provas, em favor do investigado ou indiciado, de modo a garantir, posteriormente, juízo de acusação justo e equilibrado.

Tudo isso, por certo, diz-se em favor da proteção efetiva da liberdade, mas não só. Do ponto de vista da sociedade, o exercício do direito de defesa pode contribuir para que não sejam aforadas acusações infundadas, apressadas, temerárias e até caluniosas, ou, ainda, acusações genéricas, fadadas ao fracasso.

Pelas mesmas razões, mas em plano secundário, em decorrência da provável redução do número de ações em andamento, advinda do afastamento de acusações desnecessárias, pode-se dizer que o Poder Judiciário também poderá funcionar de forma mais eficaz.

Nesses argumentos, reside, pois, a importância do direito de defesa já na primeira fase da persecução penal, sendo premissa indispensável ao seu exercício ter assegurada a possibilidade de investigado ou indiciado, bem como seu defensor, ter acesso aos autos de inquérito policial, bem como posteriormente requerer diligências ou realizá-las por conta própria, em atividade de investigação defensiva.

Informações adicionais e declarações da autora (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: a autora confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** somente a pesquisadora que cumpre o requisito de autoria deste artigo é listada como autora. **Declaração de**

Como citar (ABNT Brasil)

SAAD, M. Direito de defesa na etapa preliminar da apuração penal: reconhecimento, novas perspectivas e desafios. **Boletim IBCCRIM**, São

originalidade: a autora garante que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ela também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplagio.

Paulo, v. 32, n. 381, p. 13-17, 2024. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1341. Acesso em: 1 ago. 2024.

Notas

¹ Indiciamento foi em parte disciplinado pela Lei 12.830/2013, que depende de ato devidamente fundamentado da autoridade policial, visto como um marco a partir do qual uma série de deveres e direitos — notadamente o direito de defesa — pode e deve ser exercida.

² PLS 158/2022 propõe alteração do artigo 9º do Código de Processo Penal, para estabelecer que o inquérito policial seja eletrônico e armazenado em sistema informatizado único de âmbito nacional.

Referências

BRASIL. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 14 jul. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019*. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113869.htm. Acesso em: 14 jul. 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia

e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm. Acesso em: 14 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82.354*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24.09.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 87.827*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 23.06.2006b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 88.190*, Rel. Min. Cezar Peulso, DJ de 06.10.2006a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 92.331*, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 31.07.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 14*. Brasília: STF, 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1230>. Acesso em: 14 jul. 2024.

Autora convidada