

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DIREITO BRASILEIRO E
O ADVENTO DA LEI Nº 13.245/16**

CAROLINA CARDOSO SOUZA

**Rio de Janeiro
2017/1º SEMESTRE**

CAROLINA CARDOSO SOUZA

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DIREITO BRASILEIRO E O
ADVENTO DA LEI Nº 13.245/16**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora.**

Rio de Janeiro
2017/1º SEMESTRE

S719i Souza, Carolina Cardoso
A investigação criminal defensiva no direito brasileiro e o advento da lei n° 13.245/16 / Carolina Cardoso Souza. -- Rio de Janeiro, 2017. 65 f.

Orientador: Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora. Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Investigação criminal defensiva. 2. Princípio do contraditório e ampla defesa. 3. Lei n° 13.245/16. I. Hora, Nilo Cesar Martins Pompilio da, orient. II. Título.

341.3421

CAROLINA CARDOSO SOUZA

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DIREITO BRASILEIRO E O
ADVENTO DA LEI Nº 13.245/16**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2017/1º SEMESTRE

Dedico este trabalho à minha família e ao meu namorado, por todo apoio e confiança em toda minha jornada, bem como ao meu orientador pela dedicação e paciência.

RESUMO

O objetivo desse trabalho é analisar a possibilidade de investigação defensiva no direito brasileiro, relacionando-a com alguns dispositivos presentes na legislação nacional, com destaque para a Lei nº 13.245/16, a qual conferiu novos direitos ao advogado, além de verificar o contraditório e a ampla defesa na investigação. O tema possui grande relevância, tendo em vista que a legislação brasileira não disciplina sobre uma investigação conduzida pela defesa, o que causa prejuízo ao imputado por não ter um tratamento isonômico com a acusação. Para alcançar esse objetivo, utilizou-se como metodologia a análise doutrinária acerca desta temática. Primeiramente, foi abordada a Lei nº 13.245/16 e suas divergências doutrinárias, o conceito do contraditório e da ampla defesa, a instrução preliminar conduzida pelos órgãos estatais, bem como a presença dessas garantias na investigação. Em seguida, analisou-se a investigação defensiva no modelo norte-americano e italiano. Por fim, foi estudada a investigação defensiva, sua aplicabilidade no Brasil e relação com alguns dispositivos de lei. Constatou-se que é essencial uma investigação pela defesa, paralela a estatal, e que a alteração legislativa objeto da pesquisa poderá contribuir com uma melhor defesa do imputado.

Palavras-Chaves: Investigação defensiva; Lei nº 13.245/16; inquérito policial; direito ao contraditório e à ampla defesa.

ABSTRACT:

The purpose of this study is to analyze the possibility of defense investigation in Brazilian law, relating it to some of the provisions of national legislation, especially Law 13.245 of 2016, which conferred new rights on the lawyer, as well as verifying the contradictory and full defense in research. The subject is of great relevance, considering that Brazilian law does not discipline an investigation conducted by the defense, which causes damage to the accused for not having an isonomic treatment with the prosecution. In order to reach this objective, the doctrinal analysis on this theme was used as methodology. Firstly, Law No. 13.245-16 was approached and its doctrinal divergences, the concept of the contradictory and ample defense, the preliminary investigation conducted by the state organs, as well as the presence of these guarantees in the investigation. Next, we analyzed the defensive investigation in the North American and Italian model. Finally, defensive research was studied, its applicability in Brazil and relation with some provisions of law. It was found that an investigation by the defense, parallel to the state, is essential, and that the legislative amendment that is the subject of the research may contribute to a better defense of the accused.

Keywords: Defense investigation; Law 13.245 of 2016; police investigation; right to the contradictory and full defense.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 BREVE CONTEXTO HISTÓRIO SOBRE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	9
3 ALTERAÇÃO LEGISLATIVA FEITA PELA LEI Nº 13.245/16.....	10
3.1 Divergências doutrinárias.....	11
4 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NA INVESTIGAÇÃO.....	14
4.1 O princípio do contraditório.....	15
4.2 O princípio da ampla defesa.....	16
4.3 Natureza jurídica da investigação criminal.....	19
4.3.1 Investigação pelo Ministério Público.....	23
4.3.2 Investigação pelo inquérito policial.....	25
4.4 O contraditório e a ampla defesa no inquérito policial.....	32
5 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	36
5.1 Sistema norte-americano.....	36
5.1.1 Modelo Judiciário estadunidense.....	36
5.1.2 Investigação defensiva norte-americana.....	37
5.2 Sistema italiano.....	40
6 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	42
6.1 Do princípio da igualdade, da eficiência e do garantismo.....	42
6.2 Modo de aplicação da investigação defensiva.....	44
6.3 Investigação criminal defensiva no processo penal brasileiro.....	49
6.3.1 Dispositivos da legislação brasileira e a investigação defensiva.....	53
7 CONCLUSÃO.....	59
8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62

1. INTRODUÇÃO

A investigação criminal defensiva consiste em uma participação mais incisiva do sujeito passivo na fase de investigação preliminar, podendo promover, de maneira direta e por meio de seu defensor, diligências como forma de auxiliar em sua defesa e, assim, promover uma relação de paridade entre a acusação e o imputado.

Dentro deste cenário, a Lei nº 13.245, sancionada em 12 de janeiro de 2016, foi um avanço no direito de defesa do acusado, apesar de ainda estar longe de ser o ideal, tendo em vista que trouxe algumas alterações ao artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994) concedendo, assim, novos direitos aos advogados, tais como o acesso aos procedimentos investigativos, inclusive fazendo cópia de peças em meio físico ou digital, a assistência aos clientes durante os interrogatórios e a prerrogativa de apresentar razões e quesitos.

Ocorre que a alteração legislativa acarretou em algumas discussões na doutrina, dentre as quais o presente trabalho dará ênfase à análise se há efetivamente o princípio do contraditório e da ampla defesa na fase investigativa criminal. Além disso, também será analisada a relação dessas mudanças no Estatuto, ao ampliar o direito dos advogados, com uma investigação criminal defensiva.

De modo geral, as mudanças trazidas pela Lei nº 13.245/16 foram a nova redação dada ao inciso XIV do artigo 7º da Lei nº 8.906/94, além de ter incluído o inciso XXI e os parágrafos 10, 11 e 12 neste mesmo dispositivo.

O referido tema foi escolhido por ser um assunto pouco debatido na atualidade, apesar de possuir grande relevância. Além disso, a legislação brasileira não disciplina sobre uma investigação conduzida pela defesa, o que acaba causando prejuízos ao imputado por não ter um tratamento isonômico com a acusação em uma fase em que buscam-se provas para acusá-lo.

Ademais, a alteração legislativa ocasionada com a vigência da Lei nº 13.245/16 poderá contribuir com uma melhor defesa do investigado desde a fase de investigação, o que aumenta suas chances de evitar uma ação penal contra si.

Com efeito, a presente pesquisa buscou reunir dados para responder o seguinte problema levantado com o advento da alteração legislativa em análise: Há a presença do princípio do contraditório e da ampla defesa em fase de investigação criminal? A partir disso, buscou-se também responder as seguintes questões: Há investigação criminal defensiva no Brasil? Qual a relação da mudança trazida pela Lei nº 13.245/16, além de outros dispositivos, com uma investigação criminal defensiva?

O objetivo do presente trabalho será apresentar as controvérsias surgidas na doutrina perante as problemáticas acima relacionadas e buscar respostas para tais questões, quais sejam, a presença do contraditório e da ampla defesa na fase investigativa e a contribuição de dispositivos presentes na legislação nacional para uma investigação defensiva, além da possibilidade desse instrumento no ordenamento jurídico brasileiro.

A pesquisa analisará o território nacional e estrangeiro, notadamente os Estados Unidos e Itália. Ademais, para o desenvolvimento do presente trabalho, foram utilizadas pesquisas bibliográficas, sendo analisados artigos sobre o tema e livros sobre Direito Processual Penal e Investigação Criminal Defensiva, principalmente os seguintes autores: Aury Lopes Jr., André Augusto Mendes Machado, Manoel Messias Peixinho, Eduardo Luiz Santos Cabette, Diogo Malan e Antonio Scarance Fernandes.

O trabalho de conclusão de curso apresenta, de início, um breve contexto histórico sobre a investigação criminal. No capítulo seguinte, estão relacionadas as alterações legislativas que a Lei nº 13.245/16 realizou, além das divergências doutrinárias surgidas com seu advento, dando ênfase para a mudança ocorrida no inciso XXI do artigo 7º do Estatuto da Ordem.

O próximo capítulo caracteriza o princípio do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação criminal, conceituando tais garantias e aludindo a questão da presença ou não desses princípios nesta fase preliminar. Além disso, em tópico específico, foi destacada a investigação criminal pelo Ministério Público e o principal modelo dessa fase preliminar, qual seja, o inquérito policial.

Em seguida será abordada a investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico norte-americano e italiano. Depois, será estudada a aplicação da investigação defensiva e sua

possibilidade no território brasileiro. Ademais, em item específico, será feita uma relação de como as alterações legislativas ocasionadas pela Lei nº 13.245/16, bem como outros dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, contribuíram para essa sistemática. Por fim, o último capítulo apresentará a conclusão da pesquisa.

2. BREVE CONTEXTO HISTÓRIO SOBRE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Na Antiguidade Clássica, surgiu o primeiro sistema processual penal promovido por entes do Estado, ou seja, o acusatório no qual há a separação, em sujeitos diferentes, das funções de acusar, defender e julgar e, diante disso, a investigação criminal era feita pelas partes ou por órgão diverso do julgador.

Já na época da Roma Imperial surgiu o sistema processual inquisitório, o qual vigorou até a Idade Média. Aos poucos, todas as funções foram concentradas no Magistrado, sob o chamado procedimento penal de ofício (*cognitio extra ordinem*). O imputado era objeto da investigação, a qual era secreta, e esta era conduzida pelo julgador que o interrogava até mesmo por meio de tortura para conseguir sua confissão. Esse sistema prevaleceu nos países da Europa continental até o século XVIII.

A partir disso, com o Código Napoleônico de 1808, surgiu o sistema misto, adotado pelo Brasil, o qual consiste na fase de investigação sendo predominantemente inquisitória enquanto que a fase processual é acusatória. Vale dizer que esse sistema difundiu-se pela Europa e países latino-americanos.

No tocante ao território brasileiro, na época colonial, existiam duas formas de investigação, quais sejam, a devassa na qual não havia indicação de autoria e indícios prévios, e a querela, na qual, ao contrário da primeira, havia indicação prévia da autoria e dos indícios do delito¹.

A Constituição de 1824 instituiu os Juizados de Paz, os quais atribuíram aos Juizes de Paz outorga para atividades policiais preventivas e repressivas. Somente com a Lei nº 261 de 1841 é que a investigação começou a ser comandada por Autoridade Policial. A partir disso, o

¹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p.195-197.

Decreto nº 4.824 de 1871 instituiu o inquérito policial como modelo da investigação preliminar, o qual consistia em reunir todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, circunstâncias e autoria, devendo ser um procedimento escrito.

Atualmente, o inquérito policial prevaleceu e está disciplinado entre os artigos 4º e 23 do Código de Processo Penal², os quais devem ser interpretados em consonância com a Constituição Federal de 1988, tendo em vista tratar-se de legislação antiga de 1941, a qual relaciona-se com a época ditatorial.

No ano de 2016, foi promulgada a Lei nº 13.245/16 a qual instituiu algumas mudanças legislativas referentes aos direitos do advogado em fase de investigação penal que, como veremos no decorrer do presente trabalho, foram um avanço na participação da defesa nesta fase preliminar e contribuiu para uma melhor defesa do imputado.

3. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA FEITA PELA LEI Nº 13.245/16:

A Lei nº 13.245 surgiu a partir do projeto de lei nº 6.705 de 2013, autoria do Deputado Arnaldo Faria de Sá, sendo promulgada em janeiro do ano de 2016. Esta Lei alterou o inciso XIV³, o qual garantiu ao advogado examinar os autos dos procedimentos investigatórios em qualquer instituição responsável pela investigação podendo copiar peças e fazer

² BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 236-239.

³ Art. 7º [...]

XIV - 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;

apontamentos, além de também incluir os parágrafos 10, 11 e 12⁴, todos do artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil⁵.

Além das citadas alterações ocorridas com o advento da referida Lei, houve também a inclusão do inciso XXI no mesmo artigo sétimo, mudança esta que terá maior enfoque na presente pesquisa, *in verbis*:

“XXI - 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:
a) apresentar razões e quesitos;
b) (VETADO)”.

Tais alterações legislativas acarretaram divergências doutrinárias sobre diversos assuntos, dentre os quais um será objeto de análise deste trabalho e será apresentado no próximo capítulo, qual seja: a presença de o princípio do contraditório e da ampla defesa na investigação criminal.

3.1. Divergências doutrinárias

Como já fora dito anteriormente, o advento da Lei nº 13.245/16 trouxe alterações ao artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil⁶ que acarretaram em algumas divergências na doutrina. Dentro deste contexto, neste tópico será apresentado um tema da discussão que surgiu entre os estudiosos do Direito acerca dessas mudanças na Lei.

⁴ Art. 7º [...]

§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV.

§ 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.

⁵ BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. **Portal da legislação**, Brasília, jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 12 abri. 2017.

⁶ BRASIL. Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016. Alterou o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. **Portal da legislação**, Brasília, jan. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm>. Acesso em: 12 abri. 2017.

De início, vale dizer, de modo geral, as temáticas que ocasionaram diversas divergências na doutrina, quais sejam: questionamento se, a partir do advento da Lei, passaria a existir o exercício pleno do princípio do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação. Além disso, houve a problemática acerca da presença obrigatória ou não do advogado em investigação criminal, uma vez que o dispositivo afirma que poderá haver nulidade do depoimento ou interrogatório, caso o advogado seja impedido de assistir seu cliente e, por fim, houve o questionamento se teria acabado o sistema inquisitório nesta fase preliminar.

Destaca-se, mais uma vez, que a presente pesquisa abordará somente a discussão acerca da presença do princípio do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação criminal, tendo em vista ser um assunto relevante para a temática sobre a investigação criminal defensiva.

No âmbito desta divergência, vale citar o entendimento do autor Aury Lopes Jr. e também a justificativa do projeto de lei nº 6.705 de 2013, autoria do Deputado Arnaldo Faria de Sá, que foi transformado na Lei nº 13.245/16.

Oportuno dizer que o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 6705/2013⁷ nasceu sob a justificativa de dar maior concretude ao exercício dos princípios do contraditório e da ampla defesa à fase de investigação, através da vista dos autos e juntada de provas a favor do investigado, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais ao indiciado e oferecer uma investigação sem abuso de autoridade.

Diante desta justificativa acima e após análise da lei em questão, alguns autores, como o professor Paulo Henrique Sumariva⁸, começaram a alegar que haveria o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa na instrução preliminar e, inclusive, haveria a eliminação do caráter inquisitório da investigação.

⁷ BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 6705 de 2013. **Lexml**. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:camara.deputados:projeto.lei;pl:2013-11-05;6705>> Acesso em: 12 abr. 2017.

⁸ SAMARIVA, Paulo Henrique. Inquérito policial deixa de ser inquisitivo: Lei nº 13.245/2016 altera as regras da investigação criminal. **Jus Brasil**, 2016. Disponível em: <<https://paulosumariva.jusbrasil.com.br/artigos/296224010>> Acesso em: 12 abr. 2017.

Esta corrente firmou esse entendimento porque, com os novos direitos incluídos aos advogados, estava garantida em lei a presença de uma defesa técnica na fase investigatória, inclusive alguns afirmaram que esta passou a ser obrigatória uma vez que o dispositivo de lei diz que haverá nulidade absoluta caso seja obstaculizada a presença do advogado.

Com isso, as referidas garantias constitucionais estariam presentes não só na fase judicial, mas, após a Lei nº 13.245/16, também na fase de investigação preliminar, uma vez que a defesa poderia apresentar razões e quesitos a favor do investigado.

Além disso, fortalece esta corrente doutrinária o entendimento de que a ideia principal do projeto da lei seria dar concretude as garantias do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que em seu texto inicial havia a prerrogativa de os advogados também requisitarem diligências, porém este dispositivo fora vetado.

Em contrapartida, Aury Lopes Jr.⁹ afirmou em suas obras que as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa sempre estiveram presentes na fase da investigação preliminar, mesmo que não seja de maneira plena, conforme se observa no trecho abaixo:

“É importante destacar que quando falamos em “contraditório” na fase pré-processual estamos fazendo alusão ao seu primeiro momento, da informação. Isso porque, em sentido estrito, não pode existir contraditório pleno no inquérito porque não existe uma relação jurídico-processual, não está presente a estrutura dialética que caracteriza o processo. Não há o exercício de uma pretensão acusatória. Sem embargo, esse direito de informação – importante faceta do contraditório – adquire relevância na medida em que será através dele que será exercida a defesa”.

O doutrinador entende que a alteração legislativa ampliou a presença do princípio do contraditório e da ampla defesa, mas continua não tendo atuação plena já que esta somente ocorre em fase judicial, na qual há uma participação dialética das partes.

⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 236.

Além disso, afirmou que a presença do advogado não se tornou obrigatória, mas caso o investigado a solicite, o seu depoimento deverá ser realizado somente com a presença de seu defensor, sob pena de nulidade¹⁰.

4. O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NA INVESTIGAÇÃO

De início, vale mencionar que os princípios do contraditório e da ampla defesa são garantias fundamentais, sendo um direito básico em qualquer sistema garantista e democrático. Tais garantias são abarcadas pelo princípio constitucional do devido processo legal, disposto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal¹¹, e estão disciplinadas no mesmo diploma legal em seu art. 5º no inciso LV¹², *ipsis litteris*:

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

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Ademais, o contraditório e a ampla defesa também estão dispostos na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica, aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 678, de 26 de maio de 1992, nos artigos 8.1 e 8.2¹³, respectivamente.

Os dispositivos acima mencionados são uma forma de facilitar a defesa das partes, mediante produção de provas admitidas em direito, além de tornar sua participação mais ativa no processo.

¹⁰ LOPES JR., Aury. Lei nº 13.245/2016 não acabou com o caráter "inquisitório" da investigação. Conjur, jan., 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>> Acesso em: 12 abr. 2017.

¹¹ Art. 5º [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 9.

¹³ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Portal da legislação**, Brasília, nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 12 abri. 2017.

4.1. O princípio do contraditório

O princípio do contraditório depende da noção de ação e reação, ataque e contra-ataque. O processo parte de um *trium actum personarum*, ou seja, é um processo triangular onde existem partes com conflitos de interesses, no qual há uma dialética, e este conflito de interesses apresentado entre as partes implica na necessidade de que se permita a cada uma das partes, dentro da relação jurídica processual, argumentar e contra-argumentar aquilo que for indicado pela parte contrária.

Diante disso, o contraditório está relacionado com o princípio do *audiatur et altera pars*, pois permite que o processo seja desenvolvido com base na versão da acusação e também do sujeito passivo.

Contudo, o contraditório não é apenas o debate que as partes realizam no processo sobre a relação de direito material, mas, principalmente, é a igualdade de tratamento entre as partes com a possibilidade de produção de provas em iguais condições para ambas.

De acordo com o que preceitua o doutrinador Aury Lopes Jr.¹⁴, “contraditório deve ser visto basicamente como o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no iter procedimental”.

A efetividade do contraditório abrange dois aspectos, quais sejam, a informação e a participação. A informação refere-se ao direito de a parte ter o conhecimento completo da acusação e de ser comunicada previamente de todos os atos processuais. Já a participação relaciona-se a faculdade das partes de participarem dos atos processuais de forma ativa objetivando o convencimento da parte julgadora.

No processo penal, o contraditório deve ser pleno e efetivo, uma vez que deve ser observado durante toda a relação jurídica-processual e devem ser oferecidos, às partes, meios concretos de contrariar os atos da parte contrária, conforme preceitua Antonio Scarance Fernandes¹⁵, *in verbis*:

¹⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 403.

¹⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 65.

“No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los”.

Diante disso, será visto, a seguir, o estudo do princípio da ampla defesa e observar-se-á que a percepção de o princípio do contraditório insere-se na ampla defesa, tendo em vista que ele indica a possibilidade de contraditar argumentos e impugnar fatos oponíveis ao acusado.

4.2. O princípio da ampla defesa

Como já dito anteriormente, a ampla defesa é uma garantia constitucional e também está disciplinada no Título VIII, Capítulo III do Livro I do Código de Processo Penal¹⁶, além de outros dispositivos no decorrer deste Código.

O direito de defesa, conforme preceitua Aury Lopes Jr.¹⁷, é um direito-réplica, ou seja, nasce a partir de uma imputação ou objeto de diligências e vigilância policial, sendo imprescindível para a administração da Justiça.

A ampla defesa, para o processo penal, depende da autodefesa do acusado, ou seja, o sujeito atua pessoalmente defendendo a si mesmo, a qual é composta do direito de presença e direito de audiência. Ademais, também é necessário a defesa técnica para que seja realmente satisfeita. Portanto, a ampla defesa é composta pelo binômio: autodefesa e defesa técnica.

Diante desse contexto, a autodefesa relaciona-se ao direito que o réu tem de se autodefender e isto somente ocorre se for garantido o exercício do seu direito a audiência, o qual é a possibilidade do sujeito passivo influenciar o convencimento do juiz através do interrogatório, e o exercício do seu direito de presença, o qual traduz-se no direito de ser intimado para comparecer aos atos desenvolvidos ao longo do processo para participar de forma ativa, como nas alegações e produção de provas.

¹⁶ BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 264.

¹⁷ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 472.

A autodefesa é classificada como uma atividade positiva e negativa. Em sua forma positiva, o sujeito passivo pratica atos, constitui defensor, participa de acareações, ou seja, apresenta-se de forma atuante. Enquanto que a autodefesa negativa compreende o direito ao silêncio e de não produção de provas contra si mesmo.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXIII¹⁸, garante ao réu o direito de permanecer calado e, a partir desse dispositivo, surge o direito ao silêncio. Além disso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) garante ao réu o direito de não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), em seu artigo 8º, inciso 2, letra g¹⁹, o qual é abrangido pelo direito ao silêncio.

Diante disso, tendo em vista que o sujeito passivo tem direito a falar sua versão dos fatos, bem como de permanecer em silêncio, observa-se que, para o réu, o direito a autodefesa é um direito disponível, enquanto que para o juiz, a autodefesa é indisponível, tendo em vista que o juiz deve viabilizar que o acusado participe dos atos processuais e, com isso, sua defesa não seja cerceada.

Por sua vez, a defesa técnica, caracterizada pela presença de um advogado, é indisponível, tanto para o réu quanto para o juiz. A presença de um advogado é necessária como forma de haver uma igualdade entre o investigado e o Estado, nesse mesmo sentido entende o autor Aury Lopes Jr.²⁰, *ipsis litteris*:

“A justificação da defesa técnica está na presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador. Essa hipossuficiência leva o imputado a uma situação de inferioridade ante o poder da autoridade estatal encarnada pelo promotor, policial ou mesmo juiz (nos sistemas de instrução preliminar judicial)”.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 10.

¹⁹ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Portal da legislação**, Brasília, nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 abri. 2017.

²⁰ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 473.

O investigado tem direito a escolher advogado de sua confiança, o que, como já informado anteriormente, é uma forma de exercer sua autodefesa positiva. Diante disso, o juiz, antes de nomear defensor público, deve intimar o sujeito passivo para que constitua um advogado.

A falta de defesa técnica constitui nulidade absoluta no processo penal, porém a defesa ineficiente não gera nulidade, portanto, o advogado deve ter o mínimo de conhecimento necessário para formular a tese defensiva. Este entendimento foi objeto do verbete nº 523 do Supremo Tribunal Federal²¹, como se observa a seguir: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Nesse mesmo contexto, como já visto no capítulo anterior, o inciso XXI foi incluído ao artigo 7º do Estatuto da Advocacia²² trazendo a disposição de que a falta de advogado no depoimento ou interrogatório do investigado, caso seja solicitado, também causará nulidade absoluta do mesmo.

Por fim, verifica-se que o princípio do contraditório e da ampla defesa estão interligados, conforme observou Ada Pellegrini Grinover²³:

“A defesa e o contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida”.

Apesar desta ligação, essas garantias constitucionais são direitos autônomos, uma vez que, conforme afirma o autor André Augusto Mendes Machado²⁴, o contraditório “pressupõe

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 523. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. **Pesquisa de jurisprudência**, Súmula. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=523.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 20 abri. 2017.

²² BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. **Portal da legislação**, Brasília, jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 20 abri. 2017.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.63.

²⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 107.

partes em sentidos opostos, um sujeito imparcial e o exercício de defesa, este existe independente do contraditório”.

4.3. Natureza jurídica da investigação criminal

A persecução penal abrange dois diferentes momentos, quais sejam, a investigação e a ação penal. No Brasil, o uso da expressão “investigação criminal” é tradicional e, por isso, não se costuma utilizar outras expressões, como, por exemplo, “instrução preliminar”, para designar a fase que antecede a processual em âmbito criminal.

O termo “instrução” geralmente é reservado para a fase processual e, diante disso, uma das principais diferenças entre essas duas fases é que a investigação criminal busca dados informativos sobre a possível prática delituosa e, assim, permite que o órgão de acusação analise a possibilidade de uma futura ação penal. Já a instrução criminal tem o objetivo de coletar provas acerca do fato para convencimento do juízo, atendendo pelo pleito da defesa ou da acusação.

De modo geral, a investigação criminal, segundo esclarece André Augusto Mendes Machado²⁵, é um procedimento formado por um conjunto de atos interligados que visam elucidar uma possível prática criminosa. Vale ressaltar que ela não busca confirmar a infração penal, mas sim verificar a viabilidade da imputação.

Como forma de corroborar o assunto, vale trazer a definição de investigação criminal feita por Aury Lopes Jr.²⁶, nos seguintes termos:

“conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória em relação ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não processo).”

Insta ressaltar que a instrução preliminar não é exclusiva de órgãos estatais, tendo em vista que os componentes da investigação podem ser obtidos por um particular, fora dos autos

²⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 15-16.

²⁶ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 92.

do procedimento conduzido pela autoridade pública, o que entende-se pela investigação defensiva.

No caso da investigação conduzida por órgãos estatais, no Brasil, esta é encarregada à Polícia Judiciária que pratica, de forma direta, os atos investigatórios para elucidar a imputação, sem subordinação ao Ministério Público e juízes que apenas fiscalizam o procedimento, a não ser em atos que restringem direitos fundamentais que necessitam de autorização judicial prévia. Além disso, a investigação também poderá ser conduzida pelo Ministério Público.

A natureza jurídica da investigação criminal é multifacetada, tendo em vista que são praticados diferentes atos nela, tais como administrativos, judiciais e jurisdicionais. Diante disso, conforme leciona Aury Lopes Jr.²⁷, para classificar a natureza jurídica da investigação criminal deve ser levada em conta a natureza jurídica dos atos predominantes.

Dentro desse contexto, a investigação criminal tem natureza pré-processual, uma vez que é anterior a fase processual, além de não se poder falar em partes processuais, mas sim em indiciados, já que não existe, ainda, uma participação dialética abrangida pelo princípio do contraditório.

Ademais, em análise a um aspecto formal em relação ao órgão responsável pela instrução preliminar, a investigação criminal pode ter como natureza jurídica um procedimento administrativo ou judicial. No procedimento administrativo, a investigação é conduzida pela Polícia Judiciária, a qual pratica atos administrativos. Já no procedimento judicial, a investigação é guiada por órgão do Poder Judiciário, o qual pratica atos judiciais.

Oportuno dizer que a função de Polícia Judiciária pertence às polícias civis e federais, conforme disciplina o artigo 144 da Constituição Federal²⁸, mas não significa que fazem parte do Poder Judiciário ou que suas atividades são judiciais.

²⁷ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 93.

²⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 106-107.

A investigação preliminar possui duas principais características, quais sejam, a instrumentalidade e a autonomia. Trata-se de um procedimento instrumental porque tem o objetivo de elucidar os fatos referentes a notícia do crime introduzindo elementos fundamentais para a acusação e, além disso, procura inibir a instauração de uma ação penal imotivada e permite a colheita de provas que poderiam perecer com o tempo.

Já a característica da autonomia consiste no fato de que pode haver processo sem prévia instrução, caso o órgão de acusação tenha informações suficientes de autoria e materialidade do delito. Além disso, pode haver a investigação preliminar, mas não existir um processo no caso de a imputação ser descabida.

Dentro desse contexto, Aury Lopes Jr.²⁹ informou que a autonomia possui três planos, quais sejam: sujeitos, objeto e atos. Quanto ao primeiro, na investigação não há partes e sim sujeitos, além de que, em regra, quem intervém na investigação não são os mesmos que atuam no processo. Em relação ao objeto da investigação, este consiste na notícia do crime e na percepção acerca da materialidade e autoria delitiva. No tocante aos atos, aqueles praticados na investigação são distintos do processo, basicamente porque na fase processual há o exercício do contraditório e da ampla defesa de forma plena, enquanto que na instrução preliminar eles são limitados.

A investigação criminal preliminar, conforme também ensina Aury Lopes Jr.³⁰, possui um interesse de eficácia de direitos fundamentais, uma vez que busca evitar processos imotivados.

Observa-se que a investigação preliminar procura agrupar elementos capazes de esclarecer os fatos narrados na *notitia criminis* e caso não haja componentes suficientes da autoria e materialidade do delito, será caso de arquivamento da investigação, senão inicia-se a ação penal. Vale dizer que a investigação criminal não deve formar um juízo de certeza acerca da imputação.

²⁹ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 97-98.

³⁰ Idem, p. 101.

A investigação preliminar possui limitações quantitativas e qualitativas, nas quais consistem no fato de haver um prazo determinado para conclusão da investigação e haver restrição da matéria apreciada, respectivamente. Neste tocante, no Brasil, há limitação qualitativa no artigo 4º e a quantitativa no artigo 10, ambos do Código de Processo Penal³¹.

Por fim, destaca-se que a investigação preliminar pode ser escrita, caso a maioria dos atos sejam registrados em documentos, ou oral, caso sejam conduzidos oralmente. Além disso, pode ser facultativa, no caso de a notícia de crime ter elementos suficientes de autoria e materialidade não necessitando de prévia investigação criminal; pode ser obrigatória na hipótese de a instrução preliminar ser essencial para a ação penal. Ademais, poderá ser mista, sendo obrigatória para crimes graves e facultativa para delitos de menor potencial ofensivo.

Neste mesmo diapasão, a investigação criminal pode ser pública ou sigilosa, a depender da existência de limitação ou não acerca do acesso aos autos perante terceiros (sigilo externo) ou ao imputado (sigilo interno). Ademais, os atos investigatórios são distintos dos atos de provas, uma vez que os primeiros não podem ser utilizados para juízo na sentença por não estarem amparados pelas garantias do contraditório, ampla defesa e publicidade, sob pena de violação do artigo 5º, incisos LIII, LIV, LV e LVI³², bem como o artigo 93, inciso IX³³, ambos da Constituição Federal, além do artigo 155 do Código de Processo Penal³⁴.

A partir disso, vale trazer à tona o ensinamento de Antonio Scarance Fernandes³⁵, o qual entende que os elementos colhidos na fase de investigação preliminar somente podem ser usados para basear a acusação e não uma condenação, correndo o risco de violar as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Impende a aclarar que na fase de investigação preliminar podem ser produzidas provas antecipadas desde que haja o risco de perecimento, e também as chamadas provas irrepetíveis

³¹ BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 236-238.

³² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 9.

³³ Ibidem, p. 75.

³⁴ BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 253.

³⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.

que não podem ser repetidas na fase processual, porém dependem da Autoridade Judiciária e são feitas perante as partes com base no contraditório e na ampla defesa.

4.3.1. Investigação pelo Ministério Público

Na investigação conduzida pelo Ministério Público, este órgão assume a titularidade da investigação não sendo mais simples assistente. Neste caso, o membro do Ministério Público recebe diretamente, ou por meio da polícia, a notícia de crime e investiga os fatos ali dispostos para apuração do *fumus commissi delicti*, decidindo por elaborar a acusação ou o arquivamento do feito, configurando, assim, a figura do chamado promotor investigador.

A natureza jurídica desta investigação feita pelo Ministério Público é de procedimento administrativo pré-processual, uma vez que desenvolve atividades predominantemente de natureza administrativa, bem como o inquérito policial, como será visto mais a frente.

O fundamento jurídico para este procedimento administrativo investigatório do Ministério Público dá-se pelo artigo 129, inciso VI e artigo 26, inciso I da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)³⁶, bem como artigo 7º, inciso I da Lei Complementar nº 75/93³⁷. Além disso, a Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso VI³⁸, afirma que o Ministério Público tem poderes de instruir procedimento administrativo de sua competência.

Oportuno destacar alguns atos realizados pelo Ministério Público em investigação preliminar, quais sejam, requisitar informações, exames periciais, bem como documentos de entidades públicas ou privadas, além de colher depoimentos. Ademais, caso algum ato venha causar restrição de direitos fundamentais, ele deve ser precedido de ordem judicial fundamentada e, ainda, deve ser assegurado ao sujeito passivo o acesso aos autos e assistência

³⁶ BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. **Portal da legislação**, Brasília, fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 25 abri. 2017.

³⁷ BRASIL. Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. **Portal da legislação**, Brasília, mai. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 25 abri. 2017.

³⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

de defensor, conforme versa o artigo 7º, incisos XIV, XV e XXI do Estatuto da Advocacia³⁹, bem como a súmula vinculante nº 14 do STF⁴⁰, *in verbis*:

“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”.

No mais, o procedimento administrativo investigatório do Ministério Público seguirá a forma do inquérito policial, que será visto adiante, no que lhe for cabível, sendo escrito, sigiloso externamente e com valor probatório limitado, além de ser cabível a aplicação dos dispositivos do Código de Processo Penal.

Dentro desse contexto, a investigação criminal conduzida pelo Ministério Público já foi assunto polêmico na doutrina dividindo-se entre os que concordavam ou não com essa possibilidade.

Salienta-se que para os que concordam que a investigação preliminar pode ser feita pelo Ministério Público, há os argumentos de que, como o Ministério Público é titular da ação penal pública, ele pode realizar diligências de investigação quando necessário e, também, já que ele pode oferecer denúncia sem a necessidade de um inquérito policial, poderia investigar diretamente. Além disso, fundamentam suas teses no artigo 129, incisos I, VI, VII e VIII da Constituição Federal⁴¹, artigo 26, incisos I e II da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público⁴² e, ainda, no artigo 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal⁴³ que permite a investigação realizada por autoridades administrativas além da Polícia Judiciária.

³⁹ BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. **Portal da legislação**, Brasília, jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 25 abri. 2017.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 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 defesa. In: **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 342.

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 98-99.

⁴² BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. **Portal da legislação**, Brasília, fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 25 abri. 2017.

⁴³ BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 236.

Em contrapartida, aqueles que não concordam com a investigação criminal sendo conduzida diretamente pelo Ministério Público, afirmam que o artigo 129 da Constituição Federal⁴⁴ não estabelece que o Parquet seja legítimo para formular procedimento investigatório criminal, sendo privativo da Polícia Judiciária. Ademais, argumentam que o artigo 144, §4º da Constituição Federal⁴⁵ diz que a investigação é exclusiva da Polícia Judiciária, ao passo que a outra corrente afirma que não há o termo “exclusividade” no referido dispositivo.

Em decisão proferida em maio do ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal negou provimento ao Recurso Extraordinário nº 593727-MG⁴⁶, cujo relator original foi o Exmº Ministro Cezar Peluso e o relator para acórdão foi o Exmº Ministro Gilmar Mendes, reconhecendo a legitimidade de o Ministério Público promover, por autoridade própria, investigação criminal fixando alguns parâmetros de atuação deste órgão, como o respeito às garantias fundamentais dos investigados, acesso aos autos e garantia de um advogado, além de os atos investigatórios serem documentados e observarem as reservas constitucionais de jurisdição.

4.3.2. Investigação pelo inquérito policial

O inquérito policial é o principal modelo de investigação no ordenamento jurídico brasileiro, no qual o legislador do Código de Processo Penal de 1941 o manteve por ser o mais adequado à realidade jurídica e social da época, conforme justificou na Exposição de Motivos da Lei.

Como já mencionado anteriormente, a natureza jurídica do inquérito policial é de um procedimento administrativo pré-processual, uma vez que seus atos são predominantemente administrativos, não podendo ser considerada uma atividade judicial por não existir a estrutura dialética do processo, além de ser movido pela Polícia Judiciária, a qual é um ente estatal que compõe a Administração Pública, vinculada ao Poder Executivo.

⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 98-99.

⁴⁵ Idem, p. 107.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.727 MG. Relator Ministro Cezar Peluso. **Pesquisa de jurisprudência**, Repercussão geral, 14 maio 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 25 abril 2017.

Diante desse contexto, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar⁴⁷ entendem que “o inquérito é um procedimento de índole eminentemente administrativa, de caráter informativo, preparatório da ação penal. Rege-se pelas regras do ato administrativo em geral”.

Não há nenhum dispositivo na legislação que defina o inquérito policial, devendo ser necessário relacionar as definições dos artigos 4º e 6º do Código de Processo Penal⁴⁸. Entretanto, como já podemos observar, ele é um procedimento preliminar ao processo realizado pela Polícia Judiciária com o objetivo de apurar infrações penais reunindo elementos acerca da autoria e materialidade delitiva, o qual embasará a instauração de um processo ou, caso contrário, resultará no arquivamento do feito por ter acusações descabidas.

Ressalta-se o ensinamento proferido por Aury Lopes Jr.⁴⁹ acerca do inquérito policial, *ipsis litteris*:

“Em suma, o inquérito policial tem como finalidade o fornecimento de elementos para decidir entre o processo ou o não processo, assim como servir de fundamento para as medidas endoprocedimentais que se façam necessárias no seu curso. Não resta dúvida de que a natureza jurídica do inquérito policial vem determinada pelo sujeito e a natureza dos atos realizados, de modo que deve ser considerado um procedimento administrativo pré-processual”.

O inquérito possui dentre suas características o fato de ser inquisitivo ou inquisitório, uma vez que ele é conduzido de forma linear com uma Autoridade Policial buscando provas acerca de determinado fato. O objeto de investigação não é a figura do indiciado, mas sim o fato supostamente criminoso. Vale dizer ainda que a Lei nº 12.830/13 elevou o cargo de Delegado à cargo jurídico e entregou a ele a privatividade da presidência do inquérito policial.

Dentro desse contexto, no inquérito policial não há uma ordem de atos pré-determinada pela lei, apenas uma sequência lógica, na qual o inquérito é iniciado a partir de uma portaria ou auto de prisão em flagrante ou, ainda, por requisição de juiz, Ministério Público, comunicação verbal ou escrita por qualquer pessoa, ofendido ou seu representante, após, são

⁴⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, 2009, p. 17, apud PEIXINHO, Manoel Messias. Aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial – breves anotações sobre as inovações da lei nº 13.245/2016 (Estatuto da Advocacia). **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, vol. 9, nº 2, 2016, p.10.

⁴⁸ BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 236-235.

⁴⁹ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobson. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 224.

feitas as diligências de acordo com os critérios de necessidade e, ao final, encerra-se com um relatório.

Impende a aclarar que os membros da Polícia Judiciária, Ministério Público ou Magistratura tem o dever de noticiar fatos supostamente criminosos. Ao passo que qualquer pessoa do povo tem a mera faculdade de comunicar Autoridade Policial, conforme artigo 5º, §3º do Código de Processo Penal⁵⁰. Ademais, caso a notícia de crime não tiver suporte jurídico ou material, a Autoridade Policial poderá arquivá-la.

A partir disso, deve-se esclarecer que o auto de prisão em flagrante obrigatoriamente instaura o inquérito policial. Nos crimes de ação penal pública incondicionada, o Ministério Público precisa da legitimidade das partes, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e da justa causa para oferecer denúncia. Já nos crimes de ação penal pública condicionada a representação, além das condições genéricas para o exercício do direito de ação, o Ministério Público dependerá da representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça, dependendo da peculiaridade do crime, além de o inquérito policial não poder ser instaurado sem essas representações.

Outra característica do inquérito policial é sua facultatividade já que o Ministério Público pode denunciar sem prévia investigação preliminar no caso de já haver provas suficientes da autoria e materialidade. Além disso, é uma peça de informação e, dentre as peças de informações existentes, além do inquérito policial, estão: processo administrativo ou a vítima pode fornecer todas as informações necessárias para a denúncia ou, ainda, a Comissão Parlamentar de Inquérito, sendo que esta última é criada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, mediante requerimento de 1/3 dos membros, conforme artigo 58 da Constituição Federal⁵¹.

Ressalta-se que o membro do Ministério Público poderá requisitar diligências à Autoridade Policial, estando esta obrigada a realizá-las. Ademais, o Parquet controla

⁵⁰ BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 237.

⁵¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59-60.

externamente a atividade policial, com respaldo no artigo 129, inciso VII da Constituição Federal⁵².

O delegado é um agente administrativo e deve pautar a sua atuação de acordo com os princípios que regem o Direito Administrativo, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sendo que o único princípio desta disciplina que perde força no inquérito é o da publicidade, tendo em vista que o inquérito policial é sigiloso de maneira externa como forma de se garantir a eficácia da investigação, conforme artigo 20 do Código de Processo Penal⁵³, além de resguardar a figura do indiciado porque nada está provado contra ele ainda. Destaca-se que os autos do inquérito possuem forma escrita e devem acompanhar a denúncia ou queixa quando servir de base para elas, nos termos dos artigos 9º e 12, ambos do Código de Processo Penal⁵⁴.

É importante recordar que o inquérito policial está restrito a demonstrar a possibilidade de materialidade e autoria delitiva, além de ter que ser o fato, descrito na notícia de crime, típico, ilícito e culpável. Vale dizer que é importante a investigação preliminar ocorrer assim que for tomado conhecimento da *notitia criminis* como forma de evitar o perecimento dos elementos fundamentais para o conhecimento do *fumus commissi delicti*.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII⁵⁵, garante o direito ao processo penal com prazo razoável. Diante disso, o inquérito deverá ser concluído dentro do prazo de 10 (dez) dias, se o indiciado estiver preso, e em 30 (trinta) dias se o indiciado estiver solto. Ademais, na justiça federal, o artigo 66 da Lei nº 5.010/66⁵⁶ estabelece prazo de 15 (quinze) dias, se o indiciado estiver preso, prorrogáveis por mais 15 (quinze) dias em caso de necessidade, a qual deve ser fundamentada.

⁵² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

⁵³ BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador, 2016, p. 239.

⁵⁴ Idem, p. 238.

⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 12.

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966. Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências. **Portal da legislação**, Brasília, mai. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5010.htm> Acesso em: 12 mai. 2017.

Outra peculiaridade é que nos crimes de tráfico de entorpecente, o inquérito deve ter o prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e prazo de 90 (noventa) dias se estiver solto, sendo que em ambos os casos, o prazo pode ser duplicado em caso de extrema necessidade. Vale dizer que o descumprimento desses prazos não gera sanção devido a previsão do artigo 10, §3º do Código de Processo Penal⁵⁷.

Em relação ao lugar, as atividades da Polícia Judiciária, polícia civil ou federal dependendo da matéria, são exercidas no território brasileiro no limite de suas circunscrições, conforme disciplina o artigo 4º do Código de Processo Penal⁵⁸.

Ressalta-se que o inquérito policial, apesar de facultativo para o Ministério Público como visto anteriormente, é obrigatório para a Polícia Judiciária, a qual deve investigar um fato e não poderá arquivar o procedimento depois de instaurado, nos termos do artigo 17 do Código de Processo Penal⁵⁹.

Concluído o inquérito policial, o delegado fará um minucioso relatório e remeterá ao juiz que irá analisar se o Ministério Público já se manifestou ou não e, caso não tiver se manifestado, os autos serão remetidos ao Ministério Público que irá verificar se estão presentes as condições da ação, formando a *opinio delict*, conforme artigo 10, §1º do Código de Processo Penal⁶⁰. O Ministério Público tem o prazo de 5 (cinco) dias, se o indiciado estiver preso, ou de 15 (quinze) dias, se estiver solto, para oferecer denúncia, nos termos do artigo 46 do Código de Processo Penal⁶¹.

Diante disso, se as condições da ação estiverem presentes, o Ministério Público vai oferecer denúncia, provocando o Poder Judiciário que, na pessoa do juiz, passará a exercer a função jurisdicional. A partir disso, o juiz fará prévio juízo de admissibilidade, podendo receber a denúncia ou queixa, conforme artigo 396, ou rejeitá-la se for manifestamente inepta,

⁵⁷ BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 238.

⁵⁸ Idem, p. 236.

⁵⁹ Idem, p. 239.

⁶⁰ BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, loc. cit.

⁶¹ Idem, p. 242.

faltar pressuposto processual ou condição da ação ou justa causa, nos termos do artigo 395, ambos do Código de Processo Penal⁶².

Caso o Ministério Público não entenda estarem presentes as condições da ação, irá devolver o inquérito para a delegacia para que sejam realizadas novas diligências, as quais serão descritas pelo Parquet. Entretanto, caso não exista mais o que ser pesquisado, o Ministério Público deve requerer o arquivamento por ausência das condições da ação.

Vale dizer que o Ministério Público não viola o princípio da obrigatoriedade da ação penal ao pedir arquivamento, tendo em vista que esta somente pode ser exercida se estiverem presentes suas condições.

Isto posto, o juiz ainda pode discordar do pedido de arquivamento e, assim, remeterá os autos ao Procurador Geral de Justiça, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal⁶³ para reanalisar o feito, uma vez que o Judiciário é inerte não podendo deflagrar ação penal. Dessa forma, o Procurador Geral de Justiça poderá oferecer denúncia, ou designar outro membro do Ministério Público para esta função (estará agindo em nome do Procurador Geral), ou, ainda, poderá entender pelo arquivamento e o juiz deverá arquivar.

Destaca-se que o arquivamento do inquérito é um ato administrativo e estes não fazem coisa julgada. Portanto, se, depois do arquivamento, surgir nova prova, a denúncia poderá ser oferecida.

Outrossim, como já visto antes, os atos investigatórios não podem ser utilizados para juízo na sentença. Entretanto, a jurisprudência majoritária atual entende que é possível aproveitar informações do inquérito policial para fundamentar a condenação, contanto que não sejam os únicos meios de prova para o convencimento do juiz. Tal orientação estaria violando o ordenamento jurídico, tendo em vista que esses atos de investigação são produzidos sem as garantias do contraditório e da ampla defesa.

⁶² BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 279-280.

⁶³ Idem, p. 240.

Por fim, vale fazer algumas considerações sobre a vítima e o imputado. De início, a vítima é o sujeito passivo do crime e, atualmente, passou a ser vista como sujeito de direitos e deveres, podendo participar de forma ativa na investigação preliminar requerendo diligências à Autoridade Policial que as realizará de acordo com critérios de oportunidade e conveniência, de acordo com artigo 14 do Código de Processo Penal⁶⁴.

Ademais, a vítima pode requerer reparação de dano causado pela conduta delitiva, a qual poderá concretizar-se por meio de composição civil ou transação penal, caso o delito seja de menor lesividade, ou por execução de sentença transitada em julgado no âmbito civil. Ainda possui o direito de ser informada sobre o ingresso e saída do acusado da prisão, além da designação da data de audiência e à sentença, conforme artigo 201, §2º do Código de Processo Penal⁶⁵.

No tocante ao imputado, este é a pessoa submetida ao procedimento investigativo e, assim como a vítima, deve ser tratado como sujeito de direitos e obrigações. Dentre os direitos do imputado, está o fato de que deve ter ciência da imputação, bem como ter conhecimento do decorrer da investigação e fornecer informações relevantes.

O mero fato de alguém ser indicado em uma *notitia criminis* não significa imputação. O ato de indiciar é privativo do Delegado e este deve ocorrer por escrito e fundamentadamente com a indicação dos motivos fáticos e jurídicos que levaram a conclusão de o delegado entender ser aquela pessoa o principal suspeito.

Diante disso, o indiciamento gera para o indiciado uma série de garantias como, por exemplo, de ser assistido por um advogado ou Defensor Público, uma vez que ele deixa de ser ouvido como depoente e passa a ser interrogado como possível infrator nessa investigação preliminar.

Todavia, o Código Processual Penal não disciplina sobre o momento em que ocorre o indiciamento nem suas consequências jurídicas. Devido a isso, o indiciado deve ser tratado

⁶⁴ BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 238.

⁶⁵ Idem, p. 258.

como sujeito de direitos e obrigações, independente do pronunciamento do Delegado de Polícia nesse sentido, para que não seja prejudicado em sua defesa.

4.4. O contraditório e a ampla defesa no inquérito policial

Neste tópico, iremos retomar a problemática que se intensificou com a mudança legislativa trazida pela Lei nº 13.245/16, tendo em vista que introduziu o inciso XXI ao artigo 7º do Estatuto da Ordem⁶⁶, o qual determinou como direito dos advogados a assistência a seus clientes na fase de investigação, o que, por sua vez, trouxe à tona o questionamento se haveria ou não a presença dos princípios do contraditório e da ampla defesa nesta fase preliminar de investigação.

Por um lado, aqueles que entendem que, após a vigência da referida Lei, há a presença dos princípios do contraditório e da ampla defesa na investigação argumentam, como já fora visto em tópico anterior, que o projeto de lei possui como justificativa dar eficácia ao exercício do contraditório e da ampla defesa, através da vista dos autos e juntada de provas a favor do investigado.

A partir disso, Paulo Henrique Sumariva⁶⁷, alegou que haveria o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa e, inclusive, a eliminação do caráter inquisitório da investigação porque, com os novos direitos incluídos aos advogados, estava garantida em lei a presença de uma defesa técnica na fase investigatória, além de a defesa poder apresentar razões e quesitos a favor do investigado.

Nesse sentido, há também aqueles que entendem que a norma constitucional do artigo 5º, inciso LV⁶⁸, permitiu o contraditório e a ampla defesa na investigação porque menciona que é “assegurado o contraditório e a ampla defesa” em “processo administrativo” e, por ser o inquérito policial um procedimento administrativo, haveria essa possibilidade. Além disso, o

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. **Portal da legislação**, Brasília, jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 25 abri. 2017.

⁶⁷ SAMARIVA, Paulo Henrique. Inquérito policial deixa de ser inquisitivo: Lei 13.245/2016 altera as regras da investigação criminal. **Jus Brasil**, 2016. Disponível em: <<https://paulosumariva.jusbrasil.com.br/artigos/296224010>> Acesso em: 25 abr. 2017.

⁶⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 9.

dispositivo também menciona “acusados em geral”, o que abrangeria o indiciado. Em contrapartida, a corrente contrária argumenta que o inquérito policial é um procedimento e não um processo.

Corroborando esse entendimento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a aplicação do devido processo legal aos procedimentos judiciais e administrativos, a partir do julgamento do caso *Jesús Vélez vs. Panamá*, realizado em 2010. Lembrando que o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos por meio de o Decreto nº 678 de 1992.

Nesse sentido, Manoel Messias Peixinho⁶⁹ informou em sua obra que a Corte Interamericana de Direitos Humanos “reconheceu que o senhor Jesús teve violado o direito de ter uma prestação de um serviço público de defesa legal e que nos procedimentos administrativo ou judicial que tenham por objeto uma decisão que envolva deportação, expulsão ou prisão, a garantia de defesa jurídica é indispensável, bem como o respeito ao devido processo legal”.

Por outro lado, autores como Eduardo Luiz Santos Cabette⁷⁰ e Aury Lopes Jr.⁷¹, entendem que há incompatibilidade do exercício do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação, uma vez que, muitas vezes, não há sequer indiciado, além de o ambiente da Delegacia não condizer com realização de audiências com base nessas garantias, caso contrário, seria inconstitucional por invadir a reserva de jurisdição. Ademais, afirmam que o inciso XXI do artigo 7º do Estatuto da Advocacia⁷² apenas materializou o que já estava disciplinado no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal⁷³ e apresentou suas consequências caso fosse violado, qual seja, nulidade absoluta.

⁶⁹ PEIXINHO, Manoel Messias. Aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial – breves anotações sobre as inovações da lei nº 13.245/2016 (Estatuto da Advocacia). **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, vol. 9, nº 2, 2016, p.12.

⁷⁰ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Primeiros comentários à Lei nº 13.245/16 que altera o Estatuto da OAB e regras da Investigação Criminal. **Jus Brasil**, 2016. Disponível em: <<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/297111092>> Acesso em: 25 abr. 2017.

⁷¹ LOPES JR., Aury. Lei nº 13.245/2016 não acabou com o caráter "inquisitório" da investigação. **Conjur**, jan., 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>> Acesso em: 25 abr. 2017.

⁷² BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. **Portal da legislação**, Brasília, jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 25 abri. 2017.

⁷³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 10.

Além disso, os autores também afirmaram que há exercício parcial da ampla defesa como a presença da defesa técnica e também a autodefesa na forma do direito ao silêncio e não autoincriminação, porém não há uma ampla defesa plena como na fase judicial. Quanto a prerrogativa de “apresentar razões e quesitos” trata-se de uma faculdade dada ao defensor, sendo que já estava disciplinado no artigo 14 do Código de Processo Penal⁷⁴.

Ainda neste cenário, o autor Manoel Messias Peixinho⁷⁵ proferiu entendimento de que não há tais princípios em fase de inquérito policial, *in verbis*:

“A participação do advogado no inquérito policial não significa que existe a garantia do contraditório e da ampla defesa, à semelhança do que ocorre no processo judicial. Contudo, ainda que não exista a dinâmica do contraditório e da ampla defesa, o inquérito policial, como espécie de ato administrativo, praticado por autoridade administrativa, exige a observância dos princípios norteadores da Administração Pública e dos direitos fundamentais”.

Insta salientar que na redação original do projeto dessa lei, havia a prerrogativa de o advogado “requisitar diligências”, o qual fora vetado na sanção presidencial ao projeto, pois poderia ensejar uma referência mandatória, o que, na verdade, conforme artigo 14 do Código de Processo Penal⁷⁶, a defesa pode requisitar diligências, porém ela é realizada dependendo do juízo da autoridade.

Como forma de corroborar a discussão, o autor José Frederico Marques⁷⁷ já pronunciou-se contra a presença das garantias do contraditório e da ampla defesa na investigação, *ipsis litteris*:

“Ao contrário do que pensam alguns, não se deve tolerar um inquérito contraditório, sob pena de fracassarem as investigações policiais, sempre que surja um caso de difícil elucidação. [...] Nesse ponto, foi sabido o Código, deixando à descrição da autoridade que preside o inquérito admitir os depoimentos de testemunhas do réu ou do ofendido. A investigação policial não pode ser tumultuada com a intromissão do indiciado. Somente quando o caso a averiguar é duvidoso deve a polícia atender aos

⁷⁴ BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 238.

⁷⁵ PEIXINHO, Manoel Messias. Aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial – breves anotações sobre as inovações da lei nº 13.245/2016 (Estatuto da Advocacia). **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, vol. 9, nº 2, 2016, p.13.

⁷⁶ BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, loc. cit.

⁷⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. Campinas: Book-seller, 1997, vol. 1. p. 151.

pedidos de prova formulados pelo réu ou pelo ofendido. A necessidade, porém, de praticar tais atos instrutórios fica entregue à apreciação discricionária da autoridade policial”.

Aury Lopes Jr.⁷⁸, como já visto, já firmava entendimento de que o contraditório e a ampla defesa estão presentes na investigação preliminar, porém não de forma plena, uma vez que não há uma participação dialética das partes nesta fase, característica, esta, da fase processual.

Visto os argumentos levantados no âmbito desta divergência doutrinária, observa-se que o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa estão presentes na fase de investigação criminal preliminar, porém, não de forma plena.

No tocante ao contraditório, este apenas apresenta-se, na instrução preliminar, em sua vertente de informação, tendo em vista que o investigado tem o direito de saber sobre o andamento da investigação, bem como de saber que fora indiciado. Entretanto, não há a vertente de participação do contraditório nesta fase, uma vez que não há escopo para participação dialética das partes, como ocorre em fase judicial, capaz de vincular o juiz a todos os pontos levantados.

Ressalta-se que, excepcionalmente, haverá contraditório pleno no inquérito policial quando for necessária a produção antecipada de provas, uma vez que é um momento jurisdicionalizado e, por isso, são feitas perante as partes.

Quanto a garantia da ampla defesa, esta encontra-se de forma limitada também na investigação, tendo em vista que o advogado do investigado não pode participar de forma tão ativa como ocorre na fase judicial. Diante disso, o indiciado tem direito a defesa técnica, direito ao silêncio, não produzir provas contra si mesmo, bem como fazer diligências.

Vale salientar que a alteração legislativa, em sua grande maioria, somente concretizou o que já havia disciplinado na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Dentro desse contexto, pode-se citar a súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal⁷⁹ que já

⁷⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 236.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 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 defesa.

garantia ao defensor o direito de acesso amplo aos elementos de prova produzidos em procedimento investigatório, logo, verifica-se que o STF já reconhecia a incidência limitada dessas garantias constitucionais. Além disso, o artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal⁸⁰ já garantia ao preso o direito a defesa técnica.

Observa-se que as alterações ocorridas no Estatuto da Ordem, por força da Lei nº 13.245/16, representaram um avanço para reforçar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação criminal, ressaltando que continuam sendo exercidos de forma limitada conservando a característica inquisitiva desta fase preliminar para que não torne a investigação ineficaz, mas garantindo os direitos do investigado.

5. A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO ESTRANGEIRO

5.1. Sistema norte-americano

A partir deste capítulo, tratar-se-á mais profundamente sobre a investigação penal defensiva e, notadamente, neste item será analisado o sistema defensivo norte-americano, uma vez que eles instauraram critérios para a verificação da efetividade da defesa técnica do acusado.

5.1.1. Modelo Judiciário estadunidense

Nos Estados Unidos da América, o sistema jurídico vigente é o da *common law*, no qual, diferente da *civil law* em que a fonte do direito mais importante é a lei, consiste em dar maior relevância aos costumes e jurisprudência, os quais são a base de regras jurídicas e princípios não escritos.

A organização judiciária divide-se entre o âmbito federal (*Federal Courts*) e estadual (*State Courts*), sendo que, neste último, os Estados-membros possuem autonomia para constituir seus próprios sistemas judiciais.

In: **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 342.

⁸⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 10.

Na esfera estadual, em uma visão geral, na base da organização judiciária estão as Cortes de Julgamento (*trial courts*), depois encontram-se as Cortes de Apelação (*court of appeals*) e, encabeçando o sistema está a Suprema Corte Estadual (*state supreme courts*).

Impende a aclarar que, no âmbito da justiça federal, a Suprema Corte está no topo e é composta por nove juízes, sendo um juiz-presidente. Além disso, esta Corte fora criada pela Constituição de 1787, sendo regulamentada pelo *Judiciary Act* de 1789.

Oportuno dizer que a sua competência é de rever as decisões dos tribunais federais ou estaduais, observando se há violação da Carta de Direitos (*Bill of Rights*), ratificada em 1791. Salienta-se que para um caso ser apreciado pela Suprema Corte, o interessado deve formular os chamados “mandados de certificação” (*writs of certiorari*), por meio dos quais a Corte irá decidir se analisará tal matéria, possuindo certa faculdade nesse sentido.

Como forma de corroborar o assunto, João Gualberto Garcez Ramos⁸¹ apresentou, em sua obra, a dinâmica do “*writs of certiorari*”, *ipsis litteris*:

“Por meio dos atuais ‘mandados de certificação’, a Suprema Corte requisita dos demais tribunais informações a respeito de um determinado caso por eles julgado; revê os argumentos utilizados na decisão; colhe, se achar necessário, novos argumentos orais; discute os fundamentos e emite uma decisão sobre a correta interpretação da Constituição nesses casos”.

Ademais, o país foi dividido em treze distritos judiciais, os quais são organizados, hoje, em treze circuitos judiciais federais que compõem tribunais inferiores à Corte Suprema, quais sejam, Cortes Federais de Circuito (*US circuit courts*), Cortes Federais de Distrito (*US district courts*) e Cortes Federais de Apelação de Circuito (*US circuit courts of appeal*).

5.1.2. Investigação defensiva norte-americana

A investigação criminal norte-americana, realizada por órgãos policiais, embora não seja privativa deles, é subdividida em duas partes, quais sejam, reunião de elementos essenciais à autoria e materialidade do delito e, num segundo momento, o foco passa a ser o

⁸¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 90.

suposto autor do crime e inicia-se a persecução que, por sua vez, possui três fases: investigação, adjudicação e judicial.

Dentro desse contexto, nesse primeiro momento da investigação, não existe prazo para o fim das diligências, há sigilo total dos atos e não há direito de defesa, tendo em vista que não tem, ainda, um sujeito identificado como suspeito. O investigado somente passa a ter garantias de defesa quando inicia-se a persecução penal.

No tocante ao processo penal, a 6ª Emenda à Constituição é o principal marco legislativo, uma vez que foram instituídos os direitos fundamentais dos cidadãos que proporciona ao acusado o devido processo penal e, dentre eles, encontra-se o direito à defesa técnica e o direito à prova defensiva, este último consistente no direito a presença coercitiva da testemunha e no reconhecimento, em juízo, de todos os elementos probatórios testemunhais lícitos apresentados pelo acusado.

Ressalta-se que no sistema investigatório estadunidense, a administração das provas é compromisso das partes e não do juiz, portanto, o investigado, por meio de seu defensor, pode fazer a colheita de elementos necessários para sua defesa, tais como, inquirir testemunhas e consultar peritos para proferirem pareceres técnicos, baseando-se nos mesmos requisitos processuais da fase judicial.

Como falado antes, a persecução penal divide-se em três fases e, na fase de adjudicação, o membro do Ministério Público formaliza a acusação e o juiz faz o juízo de admissibilidade, no qual, ainda, irá admitir ou não as provas produzidas na investigação. Vale dizer que, nos Estados Unidos, não há ação penal de iniciativa privada, sendo a acusação exclusiva do Ministério Público.

Quanto a fase judicial, as partes fazem suas alegações e há o julgamento pelo juiz ou pelo júri, sendo que, em caso de condenação, terá uma próxima etapa que é a de proferimento de sentença.

Ademais, passando-se para uma análise mais detida da defesa, a Suprema Corte entende que a defesa técnica deve ser efetiva para assegurar um confronto, na fase judicial, da prova trazida pela acusação.

Nesse sentido, houve o julgamento de dois casos importantes em matéria de defesa técnica, quais sejam, caso *Cronic e Strickland*, nos quais observou-se que a Suprema Corte entendeu que haveria violação à 6ª Emenda, no tocante a defesa, se o defensor tivesse uma atuação que prejudicasse a dinâmica de confronto de provas na fase judicial. Entretanto, esses precedentes não determinaram critérios quanto a atuação do advogado e a investigação defensiva.

No que diz respeito a investigação criminal defensiva, foram publicadas, em 1993, as Normas para a Justiça Criminal: função persecutória e defensiva, as quais estabeleceram critérios mínimos nos quais a atuação da acusação e da defesa devem estar baseadas.

Dentro desse mesmo contexto, salienta-se que dentre as normas relacionadas à defesa, possui um dispositivo que aborda a investigação, *in verbis*:

“Norma 4.4.1 Dever de investigação

(a) O advogado de defesa deve conduzir uma pronta investigação das circunstâncias do caso, e explorar todas as vias que levem a fatos relevantes para o julgamento mérito da causa e a aplicação da pena, no caso de condenação. A investigação deve incluir esforços para obter informação na posse da parte acusadora e da Polícia Judiciária. O dever de investigar existe independentemente da confissão do acusado, ou de afirmações para o advogado de defesa sobre fatos que configuram culpa, ou a afirmação da intenção do acusado de se declarar culpado.

(b) O advogado de defesa não deve buscar adquirir a posse de elementos de prova pessoalmente ou por intermédio de um investigador quando seu único propósito for o de obstruir o acesso a essa prova”⁸².

Outrossim, estabelece que o advogado não deve ter carga laboral excessiva, bem como utilizar meios de provas ilícitos, designa a postura diante das testemunhas e peritos, além de o dever de cooperação de divulgação dos elementos obtidos na investigação. Diante disso, observa-se que a defesa técnica deve apresentar elementos de prova satisfatórios na fase judicial para ter uma atuação correta em sua atividade.

Neste diapasão, a Polícia Judiciária, bem como o Ministério Público devem garantir amplo acesso aos elementos de prova obtidos, em âmbito investigatório, para que sejam demonstrados, ao defensor do investigado, os fatos pelos quais a acusação está sendo baseada, possibilitando, assim, uma efetiva investigação criminal defensiva.

⁸² MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 96, ano 20, 2012, p. 6.

Nota-se, diante do exposto, que a investigação criminal defensiva, no sistema criminal norte-americano, compreende a obtenção de elementos de prova buscando-se demonstrar a inocência do acusado, bem como, no caso de já tiver determinada a condenação, obter meios para diminuir a pena de seu cliente.

Vale salientar que a investigação defensiva é uma importante ferramenta a favor da defesa, uma vez que o Ministério Público tem amplo poder na instrução preliminar, conforme salienta Bruno Calabrich⁸³, *in verbis*:

“Embora seja necessária uma autorização judicial (*warrant*) para medidas cautelares de prisão, de busca (*search*) e de apreensão (*seize* ou *seizure*), nos Estados Unidos o Ministério Público é o verdadeiro senhor da investigação criminal, não havendo um controle judicial valorativo no correr da fase investigativa nem no caso de seu arquivamento. Seu poder discricionário permite [...] negociar com o investigado a troca de uma admissão de culpa por uma pena mais reduzida ou por uma desqualificação do delito para tipos com sanções menos severas (*plea bargaining*)”.

Ademais, muito ainda tem que ser avançado quanto à investigação defensiva no sistema norte-americano, uma vez que é notório o quadro de elevado índice de erros cometidos no Judiciário estadunidense, em âmbito criminal, contra pessoas condenadas.

5.2. Sistema italiano

Aproveitando o ensejo do estudo sobre a investigação criminal defensiva no direito estrangeiro, abre-se o presente tópico para uma breve análise sobre o direito italiano, como forma de corroborar a pesquisa, uma vez que o ponto central fora o sistema norte-americano.

No direito italiano, antes de sofrer uma reforma processual, a persecução penal era composta pela fase de instrução e debates, na qual a primeira elaborava dados probatórios, enquanto a segunda possuía caráter acusatório e buscava a decisão da lide. Ressalta-se que a investigação desdobrava-se sem interferência da acusação ou defesa, sendo comandada pelo juiz.

⁸³ CALABRICH, 2007, p.79-80, apud MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 125-126.

Após a reforma processual de 1988, ocorreram ainda algumas alterações legislativas e umas das principais inovações foi a concessão à acusação e defesa dos poderes investigativos e, com isso, poderiam averiguar elementos de prova. Diante disso, observa-se que o defensor passou a ser parte ativa em âmbito de investigação criminal, uma vez que poderia desenvolver investigação particular.

Impende a aclarar que surgiram algumas leis no direito italiano que contribuíram para assegurar garantias aos defensores dos imputados, como, por exemplo, a Lei nº 332 de 1995, a qual possibilitou a inserção dos elementos de provas obtidos na investigação realizada pela defesa nos autos da instrução preliminar.

Ademais, também houve o advento da Lei nº 397 de 2000, a qual regulou especificamente a investigação defensiva, criando seu procedimento próprio, através da alteração de artigos do Código de Processo Penal italiano. Dentro desse contexto, André Augusto Mendes Machado⁸⁴ versou, em sua obra, sobre a referida legislação, *ipsis litteris*:

“A Lei 397, de 07.12.2000, alterou diversos artigos do Código de Processo Penal, para regulamentar, de maneira detalhada, a investigação defensiva. Na verdade, este diploma legal objetivou reequilibrar a posição das partes na persecução prévia, atribuindo ao defensor poderes investigatórios já previstos para o Ministério Público e a Polícia Judiciária”.

Oportuno dizer que, a partir dessas alterações legislativas, fora efetivado o princípio da isonomia entre as partes em âmbito investigatório, uma vez que, além de a defesa possuir a possibilidade de investigação particular, os elementos de provas obtidos tanto pelo Ministério Público quanto pela defesa passaram a ter mesmo valor.

Insta salientar que a investigação defensiva pode ser realizada pela defesa técnica de qualquer assistido, não sendo uma exclusividade do sujeito passivo na investigação. Além disso, este instituto é de iniciativa do próprio defensor, o qual possui a responsabilidade por tal ato.

Por fim, vale dizer que, dentre as prerrogativas da defesa técnica na investigação defensiva, o defensor não é obrigado a registrar, nos autos, seus elementos de investigação, o

⁸⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 146.

que ocorre de maneira diversa do Ministério Público e Polícia Judiciária, tendo em vista que estes órgãos possuem tal dever.

Dentro desse contexto, André Augusto Mendes Machado⁸⁵ informou que, caso o defensor queira registrar seus atos, deverá “documentar fielmente todas as perguntas e respostas dadas, sem deturpar o seu teor”.

6. INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

6.1. Do princípio da igualdade, da eficiência e do garantismo

De início, será feita uma pequena abordagem acerca dos conceitos de igualdade, eficiência, bem como o garantismo, uma vez que são peças importantes em âmbito de investigação defensiva.

O princípio da igualdade é um direito fundamental do qual a investigação defensiva decorre, consistente na não distinção de qualquer natureza entre as pessoas, conforme disciplina o artigo 5º da Constituição Federal⁸⁶, devendo ser respeitado tanto pelo legislador quanto pelo aplicador do direito.

Dentro deste contexto, tal princípio compreende a igualdade formal e material. A primeira trata que todos são iguais perante a lei, ou seja, todos aqueles que encontram-se em determinada situação jurídica deve ser tratado de forma igual. Já a igualdade material é aquela perante o Estado, a qual leva em consideração peculiaridades inerentes a cada indivíduo ou a cada grupo social e, diante disso, o Estado estabelece uma noção de igualdade por meio de um direito social, ocasionando, assim, vedação a um tratamento discriminatório.

Oportuno dizer, no âmbito do processo penal, o ensinamento de André Augusto Mendes Machado⁸⁷, “um processo justo depende de simetria na idoneidade técnica das funções da

⁸⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 154.

⁸⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 3.

⁸⁷ MACHADO, André Augusto Mendes, op. cit., p. 102.

acusação e da defesa. Para alcançar este propósito, é necessária, às vezes, tutela diferenciada para o direito de defesa do acusado em relação às prerrogativas conferidas à acusação”.

No que diz respeito a eficiência e ao garantismo, a primeira caracteriza-se pela habilidade de produzir o efeito desejado, enquanto que o garantismo, conforme ensina Aury Lopes Jr.⁸⁸, caracteriza uma técnica de tutela de direitos fundamentais. Destaca-se que a Constituição Federal de 1988 tem forte influência garantista e trouxe princípios explícitos e implícitos para aplicação no ordenamento brasileiro.

Nesse sentido, sob o aspecto constitucional, garantia quer dizer “normas tuteladas pela CF visando proteger o indivíduo contra o abuso de poder por parte do Estado e garantir o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”⁸⁹.

No âmbito do processo penal, haverá a observância da eficiência e garantismo quando for atingido o efeito de um resultado justo, respeitando os direitos fundamentais, os quais são assegurados às partes, principalmente ao acusado que necessita ter instrumentos para impedir acusações infundadas.

Neste cenário, Luigi Ferrajoli⁹⁰, ao versar sobre o garantismo penal, objetivou ampliar a liberdade do indivíduo e diminuir o excesso punitivo do Estado de uma forma em que a liberdade individual prevalecesse.

Além disso, este mesmo autor produziu um modelo ideal garantista, no qual apenas o sistema jurídico que aplicasse todos os princípios disciplinados a seguir, seria garantista em sua totalidade, são eles: (i) princípio da retributividade da pena em relação ao delito; (ii) princípio da legalidade; (iii) princípio da necessidade e da economia do direito penal; (iv) princípio da lesividade do evento; (v) princípio da materialidade da ação; (vi) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; (vii) princípio da jurisdicionariedade; (viii)

⁸⁸ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 51.

⁸⁹ GUIMARÃES, 2009, p. 218 apud BRUNO, Rhendrix. Breves considerações sobre a investigação criminal defensiva. **Jus Brasil**, 2014. Disponível em: <<https://rhendrixbruno.jusbrasil.com.br/artigos/122337368/breves-consideracoes-sobre-a-investigacao-criminal-defensiva>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 74-75.

princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; (ix) princípio do ônus da prova; e (x) princípio do contraditório ou da defesa.

Impende a aclarar que, em âmbito de investigação criminal, deve-se atentar para o uso excessivo do garantismo, tendo em vista que poderá causar a ineficácia do procedimento investigatório.

Isto posto, a eficiência e o garantismo estão em consonância com a investigação defensiva criminal, tendo em vista que, segundo André Augusto Mendes Machado⁹¹, “primeiro, ela coloca o imputado em igualdade de condições com a acusação, permitindo que o seu defensor recolha elementos de prova que lhe sejam favoráveis. Segundo, porque ela aumenta o campo cognitivo do magistrado, que, ao decidir sobre a viabilidade da ação penal ou alguma medida cautelar no curso da investigação preliminar, poderá cotejar os dados resultantes da investigação pública e da defensiva”.

Ademais, a partir da característica de igualdade, juntamente com a de eficiência e do garantismo, o acusado terá a possibilidade de desenvolver elementos de investigação com a finalidade de produzir uma convicção probatória eficiente para a elaboração de sua tese defensiva.

6.2. Modo de aplicação da investigação defensiva

A investigação defensiva, nas palavras de André Boiani e Azevedo e Édson Luís Baldan⁹², é “o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultante 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, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial”.

⁹¹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 171.

⁹² AZEVEDO, André Boiani e; Baldan, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, ano 11, n1013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8220>> Acesso em: 25 abri. 2017.

Este instrumento de defesa somente processa-se a partir do momento em que o imputado é comunicado e, por sua vez, toma ciência de que há uma persecução penal na qual ele é investigado, tendo em vista que é a partir desse momento que ele poderá nomear defensor para trabalhar em sua defesa.

Nesse sentido, André Augusto Mendes Machado⁹³ entende que “tendo em vista a finalidade da investigação defensiva, é evidente que a sua eficácia está diretamente ligada ao fator tempo. Quanto antes começar a atividade investigatória do defensor, maior a probabilidade de se obterem elementos materiais relevantes para a defesa do imputado [...]. Melhor seria se o imputado fosse comunicado da própria instauração da investigação pública, salvo hipóteses excepcionais de sigilo, e desde então lhe fosse assegurado o direito à investigação defensiva, em qualquer estado e grau da persecução criminal, conforme a estratégia de defesa adotada por seu defensor”.

Diante disso, há, inclusive, a chamada investigação defensiva preventiva, conforme também ensina André Augusto Mendes Machado⁹⁴, a qual ocorre quando um procedimento criminal ainda não fora formalmente instaurado, como, por exemplo, uma fiscalização administrativa, não podendo, o defensor, executar medidas que dependam de autorização da Autoridade Judiciária.

Observa-se que a investigação defensiva decorre dos direitos fundamentais da ampla defesa e da igualdade e, tendo em vista que a Autoridade Policial e o Ministério Público, órgãos públicos que conduzem a investigação, tem acesso a amplos poderes e meios materiais investigatórios, inclusive dispõem de funcionários investigativos e periciais próprios, é necessária uma paridade de armas, para que haja uma investigação defensiva efetiva, uma vez que a defesa não tem acesso nem a investigadores próprios, a não ser os grandes escritórios, e também não possuem serviço especializado nesse sentido, como ocorre nos Estados Unidos.

Impende a aclarar, ainda, que os órgãos estatais possuem poder de polícia para exercerem suas atividades, enquanto que a defesa não, o que prejudica o instrumento da investigação defensiva, uma vez que o defensor não possui poder de coerção para submeter

⁹³ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 172.

⁹⁴ Idem, p. 173.

terceiros a prestarem informações ou documentos, dependendo somente da cooperação ou autorização judiciária. Portanto, diante disso, a defesa necessita de igual capacidade e poder da acusação.

Oportuno dizer, neste contexto, que Luigi Ferrajoli⁹⁵ sustenta “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 contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das periciais ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acusações”.

Todavia, é necessário dizer que a investigação defensiva também precisa dos mesmos limites dados aos órgãos públicos ao requisitar acesso a informações que restrinjam direitos fundamentais e, devido a isso, dependam de autorização judicial. Diante disso, o defensor deve praticar a atividade investigatória, por óbvio, sem violar direitos constitucionais e com a permissão do possuidor do direito.

Ademais, o defensor do imputado, para realizar a investigação defensiva, deve poder examinar documentos, fazer cópias, realizar perícias ou obter informações acessando lugares públicos ou privados, bem como poder nomear assistente técnico para composição de laudos periciais. Além disso, os atos realizados pelo defensor devem ser escritos e documentados de forma regular para que não haja risco de não serem aceitos em fase processual.

O defensor deve apresentar a conclusão de sua investigação à Autoridade Judiciária na ocasião em que entender mais favorável ao imputado, o que geralmente ocorre ainda durante a instrução preliminar, uma vez que se pretende evitar a instauração de ação penal. Vale dizer ainda que a documentação apresentada pelo defensor na investigação permanece junto ao ofício judicial, até o fim da investigação, sob forma de sigilo, e após essa fase, ele é apensado aos autos da instrução preliminar.

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 490.

Como forma de corroborar o assunto, André Augusto Mendes Machado⁹⁶ ensina, em sua obra, os momentos em que o defensor poderá introduzir o resultado da investigação conforme sua estratégia processual, *in verbis*:

“o defensor introduzirá os elementos defensivos nos autos do procedimento comum conforme o seu propósito na persecução penal: se pretende o arquivamento do feito, ainda na fase preliminar, se pretende a absolvição do acusado em julgamento de mérito; se pretende evitar alguma medida coercitiva, física ou patrimonial; ou ainda se pretende apenas restringir o objeto da imputação”.

De outro modo, se os documentos resultantes da investigação feita pelo defensor do imputado somente forem apresentados já em fase judicial, o juiz deve submetê-los ao contraditório.

Observa-se que a investigação defensiva possui interesse privado e, por isso, objetiva colher apenas informações que sejam favoráveis ao investigado, não estando obrigado a apresentar novos fatos ou provas ou, crimes descobertos que prejudiquem o indiciado, tendo em vista que o imputado tem o direito de não produzir prova contra si mesmo. De maneira oposta, a investigação pública deve analisar todas as circunstâncias do fato criminoso, mesmo as favoráveis ao indiciado, como forma de identificar a autoria e materialidade delitiva.

No tocante às provas obtidas durante a investigação, de início, vale dizer que o direito à prova, consagrado expressamente no Brasil após a disposição do artigo 8º, 2, f da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁹⁷, pode ser conceituado como “a possibilidade de as partes demonstrarem a veracidade de suas alegações, a fim de formar o convencimento judicial, por meio da coleta dos dados que entenderem pertinentes e relevantes, bem como da participação nos atos probatórios e manifestação sobre o resultado”⁹⁸.

Nesse diapasão, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Brasil assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos, garante ao acusado tempo e instrumentos necessários para a elaboração de sua defesa, bem como o direito de interrogar

⁹⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 175.

⁹⁷ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Portal da legislação**, Brasília, nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 30 abri. 2017.

⁹⁸ MACHADO, André Augusto Mendes, op. cit., p. 113-114.

testemunhas de acusação e solicitar o comparecimento e interrogatório das testemunhas de defesa, conforme artigo 14, 3, “b” e “e”⁹⁹.

Decisivo salientar que o direito à prova pode ser reconhecido tanto antes como durante o processo. A partir disso, existem quatro fases referentes à prova, quais sejam, (i) a proposição que é o direito de pedir a prova; (ii) a admissão e produção, nos quais o juiz admite ou não a prova e, em caso positivo, a prova é introduzida nos autos do processo; e (iii) apreciação, na qual o juiz fará a valoração da prova.

Impende a aclarar que o juiz somente admite e aprecia as provas relevantes e convenientes para esclarecer o fato criminoso e, ainda, aquelas obtidas e produzidas através de meios lícitos.

Além disso, observa-se que o direito à prova decorre do princípio da ampla defesa e a prova do alegado caberá a quem a fizer, conforme artigo 156 do Código de Processo Penal¹⁰⁰, logo, a produção de provas incumbirá, em regra, às partes, podendo o juiz determinar a realização de diligências em caso de dúvidas sobre determinado ponto, sob a ótica da presunção de inocência. Oportuno dizer que o juiz não pode conduzir os atos investigatórios, uma vez que afetaria sua imparcialidade em Juízo.

Nesse sentido, Diogo Malan¹⁰¹ afirma que a prova defensiva “não se limita à possibilidade de influenciar o convencimento do juiz via sustentações orais, memoriais, arrazoados etc., abrangendo também o direito à produção em Juízo dos elementos de prova que possam corroborar tais manifestações defensivas. Esse direito não se circunscreve à fase judicial da persecução penal, estendendo-se à fase de investigação preliminar do delito”.

Dentro desse contexto, as provas obtidas em âmbito de investigação defensiva também não devem ser ilícitas, não podem causar óbices a investigação realizada pelos órgãos públicos e nem comprometer fontes de prova. Diante disso, caso ocorra oposição entre os atos

⁹⁹ BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. **Portal da legislação**, Brasília, jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 30 abri. 2017.

¹⁰⁰ BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 253.

¹⁰¹ MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 96, ano 20, 2012, p. 10.

investigativos, prevalecem os dados da investigação pública, uma vez que a investigação defensiva busca, geralmente, elementos que não estão sendo investigados pelo órgão público.

Ademais, como falado antes, o defensor não possui poder coercitivo para os atos investigatórios e, por isso, depende do consentimento de terceiros, como testemunhas e informantes, para o fornecimento de dados. Nesse caso, a defesa deve evitar a utilização indevida de dados relacionados a terceiros, em observação ao princípio da privacidade.

Salienta-se que a investigação defensiva não substitui o procedimento do inquérito policial, como ensina José Barcelos de Souza¹⁰², *ipsis litteris*:

“Entre nós, as investigações particulares encontram certas limitações, e as da defesa são semelhantes às do Ministério Público. Mesmo porque, ambas não se acham legalmente disciplinadas. Dificuldades e limitações, em geral, de natureza operacional. Assim é que, se é inegável que de modo geral podem investigar, isso não significa, entretanto, que o Parquet e o particular poderão fazê-lo mediante inquérito policial – função da polícia, como o próprio nome indica, e que compreende poderes importantes que eles não têm. Assim, o poder de proceder a busca e apreensão – que, além de servir para a coleta de outras provas mencionadas no art. 240 do Código de Processo Penal, se destina ainda a “colher qualquer elemento de convicção”.

Por fim, é importante expor os benefícios trazidos pela investigação defensiva, enumerados por Francisco da Costa Oliveira¹⁰³, quais sejam, (i) maior profundidade na investigação das circunstâncias favoráveis ao imputado; (ii) descondicionamento das investigações, normalmente dirigidas no sentido acusatório; (iii) intervenção direta na fixação preliminar do objeto do processo; e (iv) maior antecipação das questões fáticas e jurídicas convenientes à defesa.

6.3. Investigação criminal defensiva no processo penal brasileiro

Atualmente, não existe norma jurídica sobre a investigação defensiva no direito processual brasileiro. Nesse sentido, Antonio Scarance Fernandes¹⁰⁴ disciplinou em sua obra, *in verbis*:

¹⁰² SOUZA, José Barcelos de. Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa. **Migalhas**, dez., 2004. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8498,41046-Poderes+da+defesa+na+investigacao+e+investigacao+pela+defesa>> Acesso em: 1 mai. 2017.

¹⁰³ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 21-24.

¹⁰⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 99.

“não há, no direito processual penal brasileiro, regra a respeito da investigação pela defesa. Nada impede a sua realização, mas, além de o investigado não poder contar com a colaboração da polícia, eventuais elementos obtidos pela defesa são vistos com muita desconfiança pelos promotores e juízes e, em regra, pouco considerados”.

Observa-se, no ordenamento jurídico brasileiro, que há maior valor dado aos elementos de prova obtidos pelos órgãos estatais do que os auferidos pela defesa, seja em procedimento próprio ou mesmo nos autos da investigação pública, tendo em vista a tradição que perpetua no país de uma investigação inquisitorial.

Dentro desse contexto, Francisco da Costa Oliveira¹⁰⁵ entende que a investigação criminal defensiva possui um descrédito porque é vista como um meio de ocultar o delito e destruir provas, inviabilizando a investigação cujo objetivo é buscar a realidade do fato criminoso.

A investigação, hoje, no Brasil, se dá pelo Ministério Público e pela Polícia Judiciária, esta última sob fiscalização do Ministério Público e do juiz, conforme já visto. Assim sendo, é difícil acreditar que o Parquet é imparcial e conduz a investigação sem o desejo de efetivar sua tese acusatória, uma vez que não é essa a realidade que demonstra-se na prática, até mesmo porque o investigador costuma ser receptivo aos elementos que confirmam sua tese acusatória do que o contrário. Da mesma forma, o inquérito policial, conduzido pela Polícia Judiciária, que deveria ser imparcial, possui nítido perfil acusatório.

Acrescenta-se que os dois órgãos mencionados acima desempenham atividades associadas ao exercício de o poder punitivo do Estado e, devido a este fato, torna-se questionável a imparcialidade deles, além de corroborar para seu caráter mais acusatório, apesar de estarem vinculados ao princípio da legalidade, objetividade e imparcialidade.

Nesse sentido, Antonio Scarance Fernandes¹⁰⁶ entende que “a prática evidenciou que o Ministério Público, quando encarregado de dirigir ou supervisionar a investigação, foca sua atenção na obtenção de elementos que possam sustentar a sua futura acusação, o que acaba

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 33.

¹⁰⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. Rumos da investigação no direito brasileiro. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, n.21, jul./set. 2002, p. 13.

prejudicando a pessoa suspeita, tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para a sua defesa e demonstração de sua inocência”.

Ademais, o autor André Augusto Mendes Machado¹⁰⁷ versou no mesmo sentido sobre o inquérito policial, *ipsis litteris*:

“O inquérito policial, por prestigiar o viés acusatório da investigação, não atende, a contento, a necessidade da defesa de obter informes favoráveis ao imputado, sendo mister o desenvolvimento de investigação particular. Para tanto, deve-se instruir procedimento detalhado, que estipule os principais aspectos formais e substanciais da atividade investigatória do defensor, em conformidade com as diretrizes constitucionais e os pressupostos da eficiência e do garantismo”.

Nota-se que há no âmbito de Ministério Público e Polícia Judiciária a falsa ideia de que a eficácia da instrução preliminar decorre da confirmação de existência de um fato criminoso e, por isso, ocorre toda a desvalorização das provas produzidas pela defesa que supostamente poderiam ocultar a realidade em torno do crime. Somado a isso está o fato de tais órgãos estatais não investigarem adequadamente quando estão pressionados por prazos processuais ou rogo da opinião pública.

Neste cenário, verifica-se que a efetiva possibilidade de investigação defensiva, como já ocorre nos Estados Unidos e Itália conforme visto em capítulo anterior, por meio de instituição e regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro como uma faculdade a ser exercida pelo defensor do indiciado, é um importante fator contra esse quadro de desigualdade, no qual há nítido desrespeito ao princípio da presunção de inocência, disciplinado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal¹⁰⁸.

Ressalta-se que a investigação defensiva caberá tanto na investigação preliminar conduzida pelo Ministério Público, uma vez que o Parquet direciona sua investigação para demonstrar suas teses, quanto na investigação em âmbito de inquérito policial, no qual, hoje, é direcionado à condenação.

¹⁰⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 184.

¹⁰⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 9.

Destarte, é necessária a efetivação do princípio de paridade de armas entre a defesa e acusação em âmbito de investigação preliminar, tendo em vista que, dessa forma, poderão ser evitadas medidas cautelares e acusações infundadas, que vão de encontro com o binômio necessidade/utilidade do provimento jurisdicional.

Ademais, muitos argumentam que a situação econômica da maioria dos imputados no território brasileiro inviabilizaria uma investigação particular realizada pela defesa, uma vez que não poderiam arcar com os custos demandados desse instrumento.

Neste diapasão, a investigação defensiva deve ser realizada pela Defensoria Pública, cabendo ao Estado garantir assistência gratuita e integral aos hipossuficientes, especialmente dos investigados na esfera penal, conforme disciplina os artigos 5º, inciso LXXIV e 134 da Constituição Federal de 1988¹⁰⁹. Além disso, o artigo 8º, 2, “e” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹¹⁰ regula a garantia de que toda pessoa tem direito de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, quando não constituir advogado particular.

Vale dizer que a Defensoria Pública da União somente foi instituída no ano de 1994, a partir de a promulgação da Lei Complementar nº 80, recentemente alterada pela Lei Complementar nº 132/09, sendo que desde a Constituição Federal de 1988 esperava-se a publicação de lei específica sobre o órgão. Ademais, os Estados, depois da elaboração da lei federal, começaram, aos poucos, constituírem as Defensorias Públicas dos Estados.

Verifica-se que toda pessoa, hipossuficiente ou não, diante de um procedimento criminal, tem o direito a defesa técnica para garantir a legalidade da persecução penal, portanto, o argumento de que o imputado não teria condições de suportar uma investigação particular não se sustenta.

Ressalta-se ainda que, no tocante à assistência judiciária gratuita, deverá haver uma estruturação adequada com funcionários capacitados para realização de uma investigação defensiva a fim de salvaguardar os hipossuficientes assistidos.

¹⁰⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 11 e 102.

¹¹⁰ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Portal da legislação**, Brasília, nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 1 mai. 2017.

6.3.1. Dispositivos da legislação brasileira e a investigação defensiva

De início, vale dizer que o presente tópico analisará diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro relacionando-os com a investigação criminal defensiva, inclusive a Lei nº 13.245/16, objeto também desta pesquisa.

Impende a aclarar que a previsão do artigo 14 do Código de Processo Penal¹¹¹, o qual disciplina que o indiciado e o ofendido poderão requerer diligência à Polícia Judiciária na fase investigativa e esta será realizada à juízo da Autoridade Policial, não se confunde com uma forma de investigação defensiva, uma vez que há simples participação do defensor na investigação solicitando algumas diligências.

Haja vista a característica de não obrigatoriedade em atender ao pedido de diligência inserida na regra do referido artigo, verifica-se um prejuízo para a defesa que pode ter a realização frustrada de uma diligência importante para sua tese.

Neste diapasão, a Autoridade Policial não pode simplesmente indeferir o pedido do defensor de forma arbitrária, à luz da Constituição Federal de 1988, mas somente em caso de o meio probatório requerido ser ilícito ou tiver objetivo protelatório em relação ao procedimento. Diante disso, André Augusto Mendes Machado¹¹² afirma que “a Autoridade Policial deve executar as providências requeridas pelo imputado, desde que demonstrada a sua pertinência e relevância para a elucidação dos fatos investigados”.

Considerando-se a falta de valoração empregada às provas produzidas na esfera da defesa, como já analisado antes, é observado, na prática, que as diligências requeridas pela vítima são realizadas em maior frequência em relação àquelas requeridas pela defesa, justamente por conta de a ideia equivocada de que a investigação deve resultar em condenação.

¹¹¹ BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 238.

¹¹² MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 117.

Ademais, neste cenário de desigualdade no tocante a valoração de provas entre defesa e acusação, vale dizer que o Ministério Público, conforme o artigo 129, inciso VIII da Constituição Federal¹¹³, pode requisitar diligências investigatórias, ao passo que a defesa apenas pode requerer, ou seja, o Ministério Público faz uma exigência legal enquanto que a defesa faz um pedido que pode ou não ser atendido.

Isto posto, o dispositivo em questão não pode ser considerado uma modalidade de investigação realizada pelo defensor porque, apesar de poder requerer diligências que podem ou não serem cumpridas pela Autoridade Policial, no final, ainda estará restrito ao modo de condução da investigação dada pela Polícia Judiciária.

Outrossim, o Estatuto da Ordem de Advogados do Brasil, após a alteração legislativa realizada pela Lei nº 13.245/16, representou um avanço no tocante as garantias do imputado, uma vez que disciplinou em lei alguns direitos reservados ao defensor em fase investigatória, apesar de já ser o entendimento jurisprudencial, conforme visto anteriormente.

O defensor pode ter acesso aos autos do procedimento investigatório, podendo fazer cópias de peças, além de assistir o investigado durante o depoimento e, caso lhe seja negado esse direito, resultará em nulidade deste ato probatório. Tal previsão é uma garantia contra o abuso de poder em fase preliminar de investigação.

Observa-se que as alterações realizadas com o advento da Lei nº 13.245/16 são apenas uma forma de materialização de garantias ao indiciado e seu defensor, não resultando em indícios de uma investigação particular da defesa, uma vez que, bem como a disposição do artigo 14 do Código de Processo Penal¹¹⁴, a defesa continua limitada à investigação pública.

Corroborando esse entendimento, apresenta-se o veto presidencial à alínea “b” do artigo 7º, inciso XXI da Lei 8.906/94¹¹⁵, o qual versava que o advogado poderia “requisitar

¹¹³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

¹¹⁴ BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 238.

¹¹⁵ BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. **Portal da legislação**, Brasília, jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 2 mai. 2017.

diligências”. Ora, se o único dispositivo que dava indícios de uma exigência legal por parte do defensor fora vetado, não há que se falar em investigação defensiva a partir dessa legislação.

É válido dizer que, apesar de não haver uma investigação defensiva prevista em lei a partir desses dispositivos, verifica-se um avanço no sentido de ampliar garantias à defesa técnica e, por conseguinte, ao investigado em âmbito de investigação, tendo em vista que o indiciado geralmente não possui uma efetiva atuação de seu defensor nesta fase preliminar.

Como forma de demonstrar este cenário de inefetividade da defesa em fase de investigação, Diogo Malan¹¹⁶ informou que fora realizada pesquisa pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) em parceria com o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), na qual foram analisadas apelações interpostas de condenações por crime de roubo perante o extinto Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, no período entre janeiro e dezembro do ano de 2000. Tal pesquisa concluiu que a maioria dos condenados não tiveram uma defesa efetiva em fase de investigação preliminar, ao passo que em 100% dos casos houve exercício da defesa técnica no tocante às peças processuais consideradas obrigatórias pela jurisprudência.

Vale informar, ainda nesse contexto, que Diogo Malan¹¹⁷ também enumerou alguns fatores estruturais do sistema de administração da Justiça criminal brasileira que contribuem para uma defesa deficiente nesta etapa preliminar, *in verbis*:

“(a) falta de infraestrutura, de pessoal, de verbas e o excesso de demanda dos órgãos públicos de assistência judiciária, que atendem à vasta maioria da clientela do sistema penal; (b) precariedade da formação, seleção e remuneração dos advogados particulares nomeados como defensores dativos; (c) falta de previsão legal para a aplicação de qualquer espécie de sanção ético-disciplinar nos casos em que o defensor técnico do acusado é completamente omissos quanto ao seu dever de investigar; (d) teor do enunciado da Súmula 523 (MIX\2010\2246) do STF”.

Diante disso, restou demonstrada a importância de a Lei nº 13.245/16 e, como forma de corroborar o assunto, Manoel Messias Peixinho¹¹⁸ enumerou três pontos relevantes a partir das alterações realizadas pela legislação em apreço: “No primeiro aspecto o advogado tem o

¹¹⁶ MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 96, ano 20, 2012, p. 12.

¹¹⁷ *Idem*, p. 13.

¹¹⁸ PEIXINHO, Manoel Messias. Aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial – breves anotações sobre as inovações da lei nº 13.245/2016 (Estatuto da Advocacia). **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, vol. 9, nº 2, 2016, p.13.

pleno acesso ao inquérito com a finalidade de instruir seus clientes e, conseqüentemente, melhor preparar a defesa técnica na fase processual oportuna. O segundo aspecto diz respeito à colaboração que o advogado pode dar no aperfeiçoamento do inquérito com vista a buscar a verdade material. [...] O terceiro aspecto relevante que justifica a participação do advogado no inquérito policial é permitir que haja um melhor controle da atividade de investigação policial para evitar arbitrariedades e abuso de autoridade”.

Oportuno dizer que, da mesma forma em que não há previsão em lei sobre a investigação defensiva, também não há nenhum dispositivo prevendo sua proibição, mas se o defensor realizar sua investigação particular, não terá o auxílio da Polícia Judiciária. Neste cenário, verifica-se o advento da recente Lei nº 13.432, promulgada em 11 de abril de 2017, que dispõe sobre a profissão do detetive particular.

De acordo com a referida legislação, em seu artigo 2º, detetive particular é “o profissional que, habitualmente, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeje e execute coleta de dados e informações de natureza não criminal, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante”¹¹⁹.

Insta ressaltar que o detetive particular poderá contribuir com a investigação pública, desde que autorizado por seu contratante e pela Autoridade Policial, porém não poderá participar diretamente de diligências policiais, conforme teor dos artigos 5º e 10, inciso IV, ambos da Lei nº 13.432/17¹²⁰.

Contudo, da mesma forma de os preceitos mencionados anteriormente, a Lei nº 13.432/17 igualmente não apresenta uma forma de previsão legislativa quanto a investigação defensiva, tendo em vista que a atividade do detetive particular, ao colaborar com o inquérito policial, depende de autorização da Autoridade Policial, conforme critérios de necessidade e utilidade.

¹¹⁹ BRASIL. Lei nº 13.432, de 11 de abril de 2017. Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular. **Portal da legislação**, Brasília, abr. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm> Acesso em: 2 mai. 2017.

¹²⁰ Idem.

Dentro desse contexto, o Projeto de Lei nº 8045/2010, fruto do projeto de lei nº 156/2009, autoria do Senador José Sarney, define o Novo Código de Processo Penal. Tal legislação, se aprovada, apresentará previsão de uma possibilidade de investigação defensiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Com base nisso, o artigo 13 do referido Projeto de Lei¹²¹ autoriza a investigação conduzida pela defesa, a partir da seguinte redação: “É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas”.

Haja vista a possibilidade expressa de investigação defensiva, a previsão ainda está longe de ser perfeita, uma vez que o parágrafo primeiro¹²² do referido artigo afirma que a entrevista de pessoas realizada pela defesa dependerá do consentimento de terceiro e, além disso, o parágrafo quinto¹²³ informa que as provas produzidas pela defesa dependerão do consentimento de a Autoridade Policial para compor os autos do procedimento investigatório.

Relacionando o artigo 14 do atual Código de Processo Penal¹²⁴ e o artigo 26 do mencionado Projeto de Lei, o parágrafo primeiro¹²⁵ deste último dispositivo informa que se o requerimento de diligência feito pela defesa for indeferido pela Autoridade Policial, o defensor poderá fazer uma representação ao Ministério Público ou ao superior da autoridade que proferiu o indeferimento, o que limita a discricionariedade que a norma atribuía ao Delegado de Polícia.

¹²¹ BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 8045 de 2010. **Lexml**. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:senado.federal:projeto.lei;pls:2009-04-22;156>> Acesso em: 2 mai. 2017.

¹²² Art. 13 [...]

§ 1º As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas.

¹²³ Art. 13 [...]

§ 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.

¹²⁴ BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 238.

¹²⁵ Art. 26. A vítima, ou seu representante legal, e o investigado poderão requerer ao delegado de polícia a realização de qualquer diligência, que será efetuada, quando reconhecida a sua necessidade.

§ 1º Se indeferido o requerimento de que trata o caput deste artigo, o interessado poderá representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público.

Por fim, ao analisar os artigos 396 e 396-A, caput, do atual Código de Processo Penal¹²⁶, verifica-se que o acusado, por meio da resposta à acusação, poderá apresentar ao juiz todos os elementos de interesse à sua tese defensiva como forma de evitar o recebimento da denúncia promovida pelo Ministério Público.

Apresentada a peça processual de resposta à acusação tempestivamente, o juiz, após sua análise, poderá absolver sumariamente o denunciado se forem verificados os requisitos do artigo 397 do Código de Processo Penal¹²⁷, ou receberá a denúncia, iniciando a ação penal, nos termos do artigo 399 do mesmo diploma legal¹²⁸.

Observa-se que a defesa preliminar do acusado, realizada por meio de resposta à acusação, possui enorme relevância, tendo em vista que a partir dela poderão ser evitadas acusações descabidas, inclusive esses dispositivos demonstram uma preocupação do legislador em relação a essa circunstância.

Todavia, atualmente, a acusação e a defesa apresentam-se em nítida desigualdade neste momento de juízo de admissibilidade realizado pelo juiz, uma vez que o Ministério Público elabora a denúncia baseada em dados coletados a partir de uma investigação, a qual tem à disposição instrumentos investigatórios eficientes. Ao passo que a defesa não possui nenhum aparato efetivo de investigação para elaborar meio probatório a seu favor em defesa preliminar e, com isso, evitar uma possível ação penal contra si, tendo em vista que a ação penal inicia-se com o recebimento da denúncia.

Destarte, verifica-se a possibilidade e necessidade de garantir ao investigado o direito a investigação defensiva no Brasil, com base no princípio da isonomia, para que, assim, tenha possibilidade de elaborar uma resposta à acusação sustentada em elementos investigatórios que não sejam somente aqueles indicados na peça acusatória feita pelo Ministério Público, uma vez que, como já visto, são inclinados a garantir a condenação.

¹²⁶ Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

¹²⁷ BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016, p. 280.

¹²⁸ Idem.

7. CONCLUSÃO

O desenvolvimento de a presente pesquisa analisou a possibilidade de implementação de uma investigação criminal defensiva no direito brasileiro, bem como avaliou a relação de alguns dispositivos presentes no ordenamento jurídico nacional com tal atividade, com destaque para a Lei nº 13.245/16. Além disso, fora estudado a presença ou não das garantias de o contraditório e da ampla defesa em fase investigativa preliminar.

De modo geral, a fase de investigação criminal possui natureza jurídica de procedimento administrativo pré-processual, sendo conduzida tanto pela Autoridade Policial, por meio do inquérito policial, quanto pelo Ministério Público, este último reconhecido recentemente pelo STF, os quais investigam os fatos dispostos na notícia de crime.

Com o advento de a Lei nº 13.245/16 foi retomada a discussão, que havia desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, sobre a incidência das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa na investigação, tendo em vista que tal legislação garantiu diversas prerrogativas à defesa técnica nesta fase preliminar. Neste cenário, constatou-se que o exercício de tais princípios constitucionais não estão presentes de forma plena nesta fase investigatória, uma vez que a participação do imputado é restrita e comprometeriam o desenvolvimento da investigação.

Observou-se que tanto a ampla defesa quanto o contraditório estão limitados na investigação, tendo em vista que o imputado, em relação a ampla defesa, tem direito a defesa técnica e não produzir provas contra si mesmo, bem como a única esfera do contraditório possível é a da informação, não possuindo respaldo de uma participação dialética das partes, excetuando-se o caso de produção de prova antecipada, portanto, ambos princípios não são plenos como ocorre na fase processual.

Ademais, não é possível a prática de atos investigatórios realizados pelo juiz, porém ele deve analisar a legalidade de diligências e, caso algum ato vier a causar restrição de direitos fundamentais, deverá ser precedido de ordem judicial fundamentada.

Dentro deste contexto, verificou-se, ao longo da pesquisa, que os órgãos estatais responsáveis pela investigação pública, os quais possuem poder de polícia e amplo acesso a meios investigatórios, apresentam maior receptividade aos elementos de prova que levam a condenação do imputado. Além disso, os dados probatórios apresentados pela acusação possuem maior valoração, na prática, em relação a defesa, tendo em vista uma falsa ideia de que a investigação é eficaz somente se houver a confirmação de um delito.

Diante disso, revela-se essencial a atividade da investigação defensiva, assim como ocorre nos Estados Unidos e Itália, consistente em uma participação mais ativa da defesa nesta fase preliminar, a qual poderá conduzir uma investigação particular buscando elementos que possam favorecer o imputado e não somente acusá-lo, conforme verifica-se na investigação pública, e, conseqüentemente, evitar uma ação penal infundada.

No tocante ao direito brasileiro, identificou-se que não há normas jurídicas referentes a investigação defensiva criminal e, a partir disso, foram analisados, no presente trabalho, diversos dispositivos do ordenamento brasileiro relacionando-os com uma possível investigação defensiva.

Nesse diapasão, a Lei nº 13.245/16 fora examinada e constatou-se que ela apenas materializou, em lei, garantias ao imputado e seu defensor, contribuindo para uma melhor defesa do imputado, mas não resultou em indícios de uma investigação particular, tendo em vista que permaneceu restrita a investigação pública. De mesmo modo, o artigo 14 do Código de Processo Penal permite a participação do defensor na instrução preliminar solicitando diligências que podem ou não serem realizadas pela Autoridade Policial, o que também não possibilita uma efetiva investigação defensiva.

Em seguida, analisou-se, ainda, a Lei nº 13.432/17 que regulamentou a profissão de detetive particular no Brasil, porém, assim como os dispositivos anteriores, não dá respaldo a uma investigação por parte da defesa do imputado.

No entanto, notou-se a existência do projeto de lei nº 8045/2010 que define o novo Código de Processo Penal, o qual, caso seja aprovado, apresentará a previsão de uma investigação defensiva de forma facultativa no ordenamento jurídico brasileiro. Ressalta-se

que, apesar de ainda não ser a legislação ideal, uma vez que prevê que a Autoridade Policial irá consentir se a prova defensiva fará parte dos autos de investigação, é um avanço desta temática no direito brasileiro.

Como pode ser observado, há possibilidade de instituir a investigação conduzida pela defesa no Brasil, sendo realizada paralelamente à estatal, começando pelo já existente projeto de lei, que altera o Código de Processo Penal e possui tal previsão.

Entretanto, o projeto precisa ser melhor estudado para garantir isonomia entre a acusação e a defesa na persecução penal e assegurar sua efetividade no sistema criminal, inclusive sendo possível o acesso, pela defesa, a mesma infraestrutura investigativa que dispõe os órgãos públicos, bem como aos mesmos limites dados ao Ministério Público e Polícia Judiciária.

A partir de uma investigação defensiva efetiva, a persecução penal terá maior grau de eficiência, uma vez que evitará ações penais infundadas e, conseqüentemente, viabilizará o binômio necessidade/utilidade do provimento jurisdicional, bem como diminuirá o quadro de desigualdade que existe entre a acusação e defesa na fase de instrução preliminar.

Os atos realizados dentro desta investigação são de caráter informativo, bem como ocorre na investigação pública, ou seja, não são atos de prova, apesar de a jurisprudência já admitir a fundamentação de condenação com base em atos do inquérito policial desde que não sejam os únicos meios de prova para o convencimento do Magistrado.

Por fim, a prática de uma investigação defensiva permitirá que o sujeito passivo tenha, a seu favor, os elementos levantados em uma investigação particular, o que ampliará o campo de convencimento do juiz na fase judicial e, ainda, antes de iniciar a ação penal, tendo em vista que a defesa teria novas informações, além daquelas informadas na denúncia, para apresentar na peça de resposta à acusação, possibilitando que o juiz faça o juízo de admissibilidade baseado em amplos dados sobre o fato trazidos tanto pela defesa quanto pela acusação.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

AZEVEDO, André Boiani e; Baldan, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, ano 11, n. 1013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8220>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 8045 de 2010. **Lexml**. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:senado.federal:projeto.lei;pls:2009-04-22;156>> Acesso em: 2 mai. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 6705 de 2013. **Lexml**. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:camara.deputados:projeto.lei;pl:2013-11-05;6705>> Acesso em: 12 abri. 2017.

BRASIL. Código de Processo Penal, de 1941. In: **Vade Mecum Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Recife: Armador. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. **Portal da legislação**, Brasília, jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 30 abri. 2017.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Portal da legislação**, Brasília, nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 1 mai. 2017.

BRASIL. Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. **Portal da legislação**, Brasília, mai. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 25 abri. 2017.

BRASIL. Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966. Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências. **Portal da legislação**, Brasília, mai. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5010.htm> Acesso em: 30 abri. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. **Portal da legislação**, Brasília, fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 25 abri. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. **Portal da legislação**, Brasília, jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 2 mai. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016. Alterou o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. **Portal da legislação**, Brasília, jan. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm>. Acesso em: 12 abri. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.432, de 11 de abril de 2017. Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular. **Portal da legislação**, Brasília, abr. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm> Acesso em: 2 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.727 MG. Relator Ministro Cezar Peluso. **Pesquisa de jurisprudência**, Repercussão geral, 14 maio 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 25 abri. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 523. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. **Pesquisa de jurisprudência**, Súmula. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=523.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 20 abri. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 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 defesa. In: **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 342.

BRUNO, Rhendrix. Breves considerações sobre a investigação criminal defensiva. **Jus Brasil**, 2014. Disponível em: <<https://rhendrixbruno.jusbrasil.com.br/artigos/122337368>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Primeiros comentários à Lei nº 13.245/16 que altera o Estatuto da OAB e regras da Investigação Criminal. **Jus Brasil**, 2016. Disponível em: <<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/297111092>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance, **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Rumos da investigação no direito brasileiro. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, n.21, jul./set. 2002.

_____. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; GROECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei nº 13.245/2016 não acabou com o caráter "inquisitório" da investigação. **Conjur**, jan., 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>. Acesso em: 25 abr. 2017.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 96, ano 20, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. Campinas: Book-seller, 1997, vol. 1.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. Coimbra: Almedina, 2004.

PEIXINHO, Manoel Messias. Aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial – breves anotações sobre as inovações da lei nº 13.245/2016 (Estatuto da Advocacia). **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 9, nº 2, 2016.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SAMARIVA, Paulo Henrique. Inquérito policial deixa de ser inquisitivo: Lei 13.245/2016 altera as regras da investigação criminal. **Jus Brasil**, 2016. Disponível em: <<https://paulosumariva.jusbrasil.com.br/artigos/2962240101>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

SOUZA, José Barcelos de. Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa. **Migalhas**, dez., 2004. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8498,41046-Poderes+da+defesa+na+investigacao+e+investigacao+pela+defesa>>. Acesso em: 1 mai. 2017.