

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

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

MARÍLIA CAMPANHOLE COLATTO LIRA

**Rio de Janeiro
2019/ 2º SEMESTRE**

MARÍLIA CAMPANHOLE COLATTO LIRA

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

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. Antônio Eduardo Ramires Santoro.**

Rio de Janeiro
2019/ 2º SEMESTRE

L768i Lira, Marília Campanhole Colatto
A investigação criminal defensiva no ordenamento
jurídico brasileiro / Marília Campanhole Colatto
Lira. -- Rio de Janeiro, 2019.
63 f.

Orientador: Antônio Eduardo Ramires Santoro.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Investigação criminal defensiva.. I. Santoro,
Antônio Eduardo Ramires, orient. II. Título.

MARÍLIA CAMPANHOLE COLATTO LIRA

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

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. Antônio Eduardo Ramires Santoro.**

Data da Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2019/ 2º SEMESTRE

RESUMO

A investigação criminal presente em nosso ordenamento jurídico é considerada como um conjunto de diligências preliminares, dentro dos limites da lei, que se destinam a apurar a existência, materialidade, circunstâncias e autoria de uma infração penal. O modelo presente atualmente no CPP, não permite ao investigado a sua efetiva participação na produção de prova para contrapor a tese acusatória. O atual sistema se encontra com falhas que precisam ser sanadas, e dentre elas está à ausência de contraditório no inquérito policial. Podendo este ser sanado com a garantia, estruturação e previsão da investigação defensiva. O objeto da presente pesquisa é o estudo da investigação criminal defensiva, sendo analisada sob a perspectiva do princípio da ampla defesa e do contraditório, como também será analisado o PLS nº 156/2009, que traz uma previsão do tema em questão. Implementar a investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico brasileiro representará uma evolução do sistema atual, mas irá depender de alterações legislativas e principalmente estruturais, para se garantir uma investigação criminal justa. É imprescindível incluir os direitos fundamentais do acusado à investigação defensiva, o qual se fundamenta tanto no princípio da ampla defesa e do contraditório quanto na garantia da paridade de armas.

Palavras-chaves: Inquérito Policial; Projeto de Lei do Senado nº 156/2009; Investigação Criminal Defensiva; Paridade de Armas.

ABSTRACT

The criminal investigation in the Brazilian legal system is considered as a set of preliminary steps, within the limits of the law, which are intended to ascertain the existence, materiality, circumstances and authorship of a criminal offense. The model currently present in the code of criminal procedure does not allow the investigated to participate effectively in the production of evidence to counteract the accusatory thesis. The current system has flaws that need to be remedied, and among them is the lack of opportunity to confront the accusations made in the police inquiry. This can be corrected with the guarantee, structuring and the legal provision of the defensive investigation. The object of this research is the study of defensive criminal investigation, being analyzed from the perspective of the principle of full defense and right to adversary, as will also be analyzed the Senate Bill No. 156/2009, which provides a legal provision of the subject in question. Implementing defensive criminal investigation in the Brazilian legal system will represent an evolution of the current system, but will depend on legislative and mainly structural changes to ensure a fair criminal investigation. It is essential to include the defendant's fundamental rights in defensive investigation, which is based on both the principle of full defense and right to adversary as well as ensuring equal means of prosecution and defense.

Keywords: Police Inquiry; Senate Bill No. 156/2009; Defensive Criminal Investigation; Parity of Arms.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	9
1.1 Conceito.....	9
1.2 O inquérito Policial.....	11
1.2.1 Conceito.....	11
1.2.2 Características.....	15
1.2.3 Formas de instauração.....	18
1.2.4 Prazos e conclusão.....	20
2. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA.....	26
2.1 O surgimento.....	26
2.2 O Projeto de Lei do Senado nº 156/2009.....	31
2.3 A investigação criminal defensiva no PLS nº 156/2009.....	32
2.4 O Provimento nº 188/2018 da OAB.....	37
2.5 Outras mudanças no PLS nº 156/2009.....	40
3. A IMPLEMENTAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	46
3.1 O princípio do contraditório e da ampla defesa.....	46
3.2 Impactos positivos.....	49
3.3 Impactos negativos.....	52
3.4 A investigação criminal defensiva como meio de garantir a paridade de armas.....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61

INTRODUÇÃO

A investigação criminal presente em nosso ordenamento jurídico é considerada como um conjunto de diligências preliminares, dentro dos limites da lei, que se destinam a apurar a existência, materialidade, circunstâncias e autoria de uma infração penal, coletando provas e elementos de informações que poderão ser utilizadas na persecução penal.

O modelo que está presente atualmente no Código de Processo Penal brasileiro, não permite ao investigado a sua efetiva participação na produção de prova para contrapor a tese acusatória. Existe uma limitação em relação ao exercício defensivo.

O atual sistema se encontra com falhas que precisam ser sanadas, e dentre elas está a ausência de contraditório no inquérito policial. Podendo este ser sanado com a garantia, estruturação e previsão da investigação defensiva.

O inquérito policial é um procedimento administrativo preliminar que tem por finalidade a reunião de elementos e de informação direcionada ao Ministério Público, que nele se baseará para formar sua opinião, ajuizando ou não a ação penal. Mas também é direcionado ao juiz. É o procedimento investigatório mais utilizado no Brasil, não há contraditório e ampla defesa, o que lhe confere caráter altamente desigual, impossibilitando que haja paridade de armas entre defesa e acusação.

Sendo considerado um sistema inquisitorial, nesse sentido cabe o questionamento, o nosso sistema de investigação preliminar permite que a defesa participe na produção de elementos informativos para contrapor a tese acusatória?

A presente pesquisa tem como objeto o estudo da investigação criminal defensiva, sendo analisada sob a perspectiva do princípio da ampla defesa e do contraditório, como também será analisado o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, que traz em seu art. 13 uma previsão do tema em questão.

A partir da implementação da investigação criminal defensiva, o sistema poderá contar com uma forma de se fazer com que o investigado tenha mais segurança e que a justiça realmente seja atingida ao final de todo o processo penal. O sujeito deve ser informado a

respeito do procedimento investigatório estatal instaurado contra si, para que se possa constituir advogado e este proceder a sua investigação. Neste caso, quais seriam os impactos (positivos e negativos) com a implementação da investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico brasileiro?

O tema de fato merece um estudo aprofundado, que examine os impactos que terá no ordenamento jurídico brasileiro com a implementação da investigação defensiva, verificando as posições doutrinárias, bem como se essa mudança obedece aos princípios constitucionais previstos em nosso ordenamento jurídico.

A presente pesquisa se dividirá em três capítulos. No primeiro capítulo será feita a conceituação da investigação criminal, em seguida analisaremos o inquérito policial apresentando suas características, formas de instauração, prazos e conclusão.

No segundo capítulo, abordaremos o surgimento da investigação criminal defensiva, o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 que trará em seu conteúdo essa previsão, como também outras mudanças do referido projeto. Abordaremos também o Provimento nº 188/2018 da Organização dos Advogados do Brasil, que é a mais recente previsão sobre a investigação defensiva no ordenamento jurídico brasileiro.

No terceiro capítulo, vamos tratar dos direitos e garantias fundamentais do investigado sob o princípio do contraditório e da ampla defesa. Analisaremos os impactos positivos e negativos com a implementação da investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico. Ao final será abordada a investigação criminal defensiva como meio de garantir a paridade de armas.

1. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

1.1 Conceito

Investigação significa seguir os vestígios, as pistas, de fazer diligências para descobrir o motivo de um crime.¹

A investigação criminal é o ponto de partida da persecução penal, ou seja, é a fase pré-processual da persecução penal.

A persecução penal é dever do Estado, uma vez praticada a infração penal, cumpre também a ele, em princípio, a apuração e o esclarecimento dos fatos e de todas as suas circunstâncias², possuindo dois momentos: o da investigação preliminar, que é a fase pré-processual, e o da ação penal, que é a fase processual.

Segundo Paulo Rangel, surge a chamada *persecutio criminis*, que é exercida pela polícia de atividade judiciária, através do inquérito policial, e pelo Ministério Público, através da competente ação penal.³

A fase de investigação preliminar é marcada com características e procedimentos que a tornam ainda mais desigual, onde o investigado não tem as mesmas possibilidades ou condições de atuação que tem o órgão que o investiga.

A investigação preliminar no sistema jurídico brasileiro é atribuição da Polícia Judiciária, conforme previsto no artigo 4º do Código de Processo Penal⁴, como também previsto no artigo 144 da Constituição da República Federativa do Brasil⁵, bem como na Lei

¹ HOUAISS, Antônio. Minidicionário Houaiss da língua portuguesa. 4ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva. 2012. p. 450.

² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 19ª ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 53.

³ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2019. p. 152.

⁴ Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

⁵ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;

nº 12.830 de 20/06/2013⁶. Onde deferem a determinados órgãos a competência para a investigação da existência dos crimes e da respectiva autoria, definindo sua atuação e lhes conferindo poderes e discricionariedade para desenvolver suas atividades.

Aury Lopes Jr. conceitua a investigação preliminar como:

o 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 com 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).⁷

Segundo Eugênio Pacelli:

A fase de investigação, portanto, em regra promovida pela polícia judiciária, tem natureza administrativa, sendo realizada anteriormente à provocação da jurisdição penal. Exatamente por isso se fala em fase pré-processual, tratando-se de procedimento tendente ao cabal e completo esclarecimento do caso penal, destinado, pois, à formação do convencimento (*opinio delicti*) do responsável pela acusação. O juiz, nessa fase, deve permanecer absolutamente alheio à qualidade da prova em curso, somente intervindo para tutelar violações ou ameaça de lesões a direitos e garantias individuais das partes, ou para, mediante provocação, resguardar a efetividade da função jurisdicional, quando, então, exercerá atos de natureza jurisdicional.⁸

Sendo assim, a investigação criminal é o conjunto de diligências preliminares devidamente formalizadas que, nos limites da lei, se destinam a apurar a existência, materialidade, circunstâncias e autoria de uma infração penal, coletando provas e elementos de informações que poderão ser utilizadas na persecução penal.⁹

Paulo Rangel entende que:

A investigação criminal é feita, exatamente, para que se possam assegurar todos os direitos constitucionais do investigado. Ninguém, no Estado Democrático de Direito, quer ser acusado sem que haja, previamente, uma investigação séria sobre os fatos nos quais é apontado como suspeito. Trata-se de um mecanismo de proteção do indivíduo que para sua efetivação mister se faz uma mudança de mentalidade das

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

⁶ Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.

⁷ LOPES JR., Aury. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001. p. 32.

⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 19ª Ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 54

⁹ GARCEZ, William. Investigação criminal constitucional: conceito, classificação e sua tríplice função. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5136, 24 jul. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58958>. Acesso em: 2 nov. 2019.

autoridades policiais (e também dos membros do Ministério Público), ou seja, o papel da autoridade policial (e do promotor) não é lutar contra o indiciado como se fosse um malfeitor (por mais que o seja) que não tem conserto. Na democracia, ninguém pode ser acusado sem provas, e o inquérito policial é exatamente esse suporte de que se serve o Estado para proteger o indivíduo.¹⁰

1.2 O Inquérito Policial

1.2.1 Conceito

O principal meio de investigação preliminar no ordenamento jurídico brasileiro é o inquérito policial.

O inquérito policial é um procedimento administrativo pré-processual, visando coletar informações sobre a prática e autoria de um crime, cujo objetivo é dar subsídio para a acusação iniciar o processo, e não um processo propriamente dito, pois não visa por fim a um conflito por meio de uma decisão. Ele não possui partes, acusação e defesa. O que se tem é o investigador, os investigados, testemunhas, etc.

Nessa linha, segundo Aury Lopes Jr.¹¹, a atividade carece do mando de uma autoridade com potestade jurisdicional e por isso não pode ser considerada como uma atividade judicial e tampouco processual, até porque não possui a estrutura dialética do processo.

O inquérito policial tem o objetivo de apurar a autoria e materialidade de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal.

Existem infrações de menor potencial ofensivo, que são aquelas cuja pena máxima seja igual ou inferior a dois anos. Nesses casos, não se instaura inquérito para investigar e sim um Termo Circunstanciado, que na verdade, é uma investigação sucinta, rápida. A ideia é torná-la mais célere, breve.

Pode se dizer que o inquérito policial é um procedimento administrativo investigativo policial criminal de infrações de média e maior potencialidade ofensiva. Assim sendo, não é

¹⁰ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2019. p. 198.

¹¹ Lopes Jr., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 97.

correto afirmar que se instaura inquérito policial para apurar contravenções penais, a não ser que eles sejam conexos com algum crime de média ou maior potencialidade ofensiva.

O critério de aferição da potencialidade do delito foi trazido pela Lei nº 11.719/2008¹², ao alterar o art. 394 do Código de Processo Penal, mais especificamente nos três incisos de seu § 1º, *in verbis*:

Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.

Quando o legislador reformador recriou esse rol de aplicabilidade dos procedimentos comuns, utilizando para tal fim o quantum de pena máxima, foi criado também um referencial de quais seriam as potencialidades ofensivas.

Em suma, de acordo com esse artigo, temos que:

a) O procedimento será ordinário quando a pena máxima do crime for igual ou maior que 4 anos (crimes de maior potencialidade ofensiva);

b) O procedimento será sumário quando a pena máxima do crime for maior que 2 e menor que 4 anos (crimes de média potencialidade ofensiva);

c) O procedimento será sumaríssimo quando a pena máxima do crime for igual ou menor que 2 anos (crimes de menor potencialidade ofensiva) ou quando a conduta for uma contravenção penal.

O inquérito policial, portanto, é o instrumento de que se vale o Estado, através da polícia, órgão integrante da função executiva, para iniciar a persecução penal com controle das investigações realizadas do Ministério Público (cf. art. 129, VII, da CRFB).¹³

¹² Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli, mutatio libelli* e aos procedimentos.

¹³ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2019. p. 152.

O órgão encarregado do inquérito policial é a polícia judiciária, prevista no artigo 144, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁴, ou seja, as polícias civis, federais, militares e corpo de bombeiros militares. Mas o parágrafo único do artigo 4º do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de outra autoridade administrativa ser encarregada por lei da mesma atribuição, *in verbis*:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Sendo assim, as Comissões Parlamentares de Inquérito, por exemplo, têm poderes de investigação determinada pela Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 58, §3º, *in verbis*:

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

A atribuição do Ministério Público no inquérito policial está prevista no art. 129, VIII, da CRFB.¹⁵ O Ministério Público pode requisitar diligências, ou seja, pode ordenar a realização de certas diligências por parte da polícia. Para que o Ministério Público tenha algum papel de relevância na investigação, seja de acordo com o entendimento deles, investigando, ou, porque é regra expressa, requisitando diligências de um inquérito que sejam realizadas pela polícia, ele tem que ter de fato uma participação na investigação. Afinal, a

¹⁴ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

¹⁵ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

coleta de informação que será feita no inquérito vai ser entregue ao Ministério Público, para ele propor ou não a ação penal.

Segundo Aury Lopes Jr.:

o inquérito não é necessariamente policial. Nesse sentido dispõe o parágrafo único do art. 4º, determinando que a competência da polícia não exclui a de outras autoridades administrativas que tenham competência legal para investigar. Dessa forma, é possível que outra autoridade administrativa – v.g., nas sindicâncias e processos administrativos contra funcionários públicos – realize a averiguação dos fatos e, com base nesses dados, seja oferecida a denúncia pelo Ministério Público. Da mesma forma, um delito praticado por um militar será objeto de um *inquérito policial militar*, e, ao final, concluindo a autoridade militar que o fato não é crime militar, mas sim comum, ou ainda que foram praticados crimes militares e comuns, deverá remeter os autos do IPM ao Ministério Público, que poderá diretamente oferecer a denúncia.¹⁶

Ou seja, outras autoridades que tenham competência legal para investigar podem instaurar o inquérito para apurar o fato delituoso.

Com relação ao papel do juiz no inquérito policial, no ponto de vista do sistema acusatório, o juiz não deveria ter atribuições, a priori, no inquérito. Ele não investiga, não toma iniciativas. Porém, certas diligências que colocam em risco direitos fundamentais só podem ser realizadas se o juiz previamente autorizar.

Nosso Código de Processo Penal prevê que o juiz possa requisitar a instauração de inquérito, ou seja, o juiz pode tomar a iniciativa de requisitar que o delegado instaure o inquérito. O art. 156, I, do Código de Processo Penal¹⁷, prevê que o juiz possa ordenar a realização de certas diligências ou produções de prova antes da propositura da ação penal, portanto, durante a investigação.

O que se espera do juiz no inquérito policial é que ele seja chamado a decidir sobre todas as diligências que se pretendam realizar e que vulnerarem direitos fundamentais, para que o juiz profira uma decisão autorizando previamente ou não autorizando, deferindo a diligência.

¹⁶ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 97.

¹⁷ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

Assim, a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal.¹⁸ Ou seja, ele deve ter o papel garantidor, recebendo a comunicação do flagrante para analisar sua legalidade, receber pedidos de medidas restritivas para assegurar os direitos fundamentais, mas não tomar iniciativas claramente inquisitivas.

1.2.2 Características

O inquérito policial tem caráter inquisitivo, pois não vigora o princípio do contraditório, que nos termos do art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁹, só existe após o início efetivo da ação penal, quando já formalizada uma acusação, *in verbis*:

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;

É evidente que o caráter inquisitivo no inquérito não torna possível à autoridade policial realizar diligências ilegais, como escutas telefônicas clandestinas, torturas para a obtenção de provas e confissões, ou outras similares, sob pena de responsabilização criminal e nulidade da prova obtida de forma ilícita.

O caráter inquisitivo do inquérito faz com que seja impossível dar ao investigado o direito de defesa, pois ele não está sendo acusado de nada, mas, sim, sendo objeto de uma pesquisa feita pela autoridade policial.²⁰

Todos os atos do inquérito devem ser reduzidos a termo para que haja segurança em relação ao seu conteúdo. Assim diz o art. 9º do Código de Processo Penal: Todas as peças do

¹⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 53.

¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Artigo 5º, inciso LV. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 de Nov. 2019.

²⁰ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2019. p. 192.

inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.²¹

O Código de processo penal exige, como formalidade, que as peças do inquérito sejam reduzidas a escrito e assinadas pela autoridade.

Para Paulo Rangel:

Esta é uma providência que visa a exigir de uma certa forma que as autoridades policiais acompanhem todas as investigações desenvolvidas pelos seus agentes e documentadas nos autos, evitando, por exemplo, a prática comum e ilegal de escrivães de polícia lavrarem o flagrante e depois o delegado assinar.²²

A identificação da forma inerente a modos de instauração do inquérito nos permite verificar a legitimidade e legalidade em sua instauração. Assim sendo, se trata de uma garantia uma vez que não pode ser adotada outra forma senão a prevista em lei.

A discricionariedade no inquérito policial é pautada, controlada. Tendo em vista que a investigação realizada deve passar pelo controle externo de atividade policial que é realizado pelo Ministério Público.

Podemos considerar que os próprios princípios expressos na Constituição da República Federativa do Brasil, que regem a Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) já são graves restrições à discricionariedade no inquérito policial.

Paulo Rangel entende que:

A autoridade policial, ao iniciar uma investigação, não está atrelada a nenhuma forma previamente determinada. Tem a liberdade de agir, para apuração do fato criminoso, dentro dos limites estabelecidos em lei. Discricionariedade não é arbitrariedade. Esta é a capacidade de operar ou não, movido por impulsos nitidamente pessoais, sem qualquer arrimo na lei.

A investigação pode ser feita com base em elementos de convicções pessoais da autoridade, desde que utilizando-se da lei para a sua consecução. Ou seja, não há imposição legal desta ou daquela forma para apurar o fato em questão. Qualquer ato

²¹ BRASIL. Código de Processo Penal de 1941. Promulgado em 03 de outubro de 1941. Artigo 9º. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 04 de Nov. 2019.

²² RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2019. p. 194.

arbitrário e não discricionário será corrigido judicialmente (habeas corpus, mandado de segurança, representação por abuso de autoridade etc.).²³

O sigilo que deve ser adotado no inquérito policial é aquele necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. Muitas vezes, a divulgação, via imprensa, das diligências que serão realizadas no curso de uma investigação, frustra seu objetivo primordial, que é a descoberta da autoria e comprovação da materialidade.

Paulo Rangel entende que:

O sigilo imposto no curso de uma investigação policial alcança, inclusive, o advogado, pois entendemos que a Lei no 8.906/1994, em seu art. 7º, III e XIV, não permite sua intromissão durante a fase investigatória que está sendo feita sob sigilo, já que, do contrário, a inquisitorialidade do inquérito ficaria prejudicada, bem como a própria investigação.²⁴

O advogado tem o direito previsto no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil²⁵, porém somente quando a investigação está sendo conduzida sem o aludido sigilo.

Noutro giro, para Franklyn Silva:

Temos visto, na prática, que o sigilo do inquérito policial não é absoluto, pois tanto o Estatuto da OAB (art. 7º, XIV) quanto a norma de organização da Defensoria Pública (arts. 44, VIII, 89, VIII, e 128, VIII, da LC n. 80/1994) e, até a Súmula Vinculante 14 asseguram à defesa técnica o direito de ter acesso aos autos de investigação. Na realidade, pode-se dizer que o nível de publicidade do inquérito policial é mais restrito, não sendo possível o compartilhamento de informações com o público em geral, ainda que em nossa realidade os vazamentos de informações ocorram com frequência.²⁶

Outra característica é a dispensabilidade dos procedimentos investigativos policiais criminais que está vinculado à natureza jurídica de mera peça informativa, a construção dessa natureza jurídica tem como objeto de análise o sistema de investigação preliminar.

²³ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2019. p. 201- 202.

²⁴ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2019. p. 197.

²⁵ Art. 7º São direitos do advogado:

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;

²⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação criminal direta pela defesa. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 364.

Então, olhando para o sistema de investigação preliminar, o inquérito policial é mera peça de informação, sendo que na verdade se torna dispensável para o exercício do direito de ação.

A compreensão da dispensabilidade não diz respeito à importância, isso significa que pode haver uma peça informativa robusta que não advenha de uma persecução de órgão público, e que leve o Ministério Público ao indício suficiente de autoria e de ocorrência do fato delituoso, de forma tão produtiva quanto uma investigação policial.

Assim, se um dossiê particular, elaborado por um cidadão comum que detém o *ius persecuendi*, tiver sido muito bem elaborado, o Ministério Público pode dispensar o inquérito policial, uma vez que o dossiê é suficiente para a apresentação da denúncia e exercer o direito de ação.

Tendo em vista que raramente o Ministério Público dispensa o inquérito policial, da mesma forma ele pode extrair dos autos de uma ação civil pública informações suficientes para uma denúncia, dispensando então o inquérito policial.

1.2.3 Formas de instauração

Na Lei nº 9.099/95²⁷ não temos essa previsão sobre as formas de instauração dos procedimentos investigativos. O que rege essa parte procedimental é o art. 5º do Código de Processo Penal²⁸, que é fonte subsidiária dessa legislação.

A primeira forma prevista no art. 5º, inciso I, do CPP é a de ofício, ou seja, a instauração do inquérito pela autoridade policial (o delegado), assim também o art. 4º, do CPP²⁹ estabelece a legitimidade da autoridade policial para instaurar a investigação. Um ato administrativo, denominado portaria, é o ato instaurativo do procedimento investigativo. Um dos seus elementos é o registro de ocorrência, a notícia crime.

²⁷ Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

²⁸ Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

²⁹ Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

O APF (auto de prisão em flagrante) é um ato circunstanciado próprio do delegado de polícia, derivado de uma condução coercitiva no estado de flagrante delito. Com descrição detalhada das circunstâncias do flagrante delito a partir da perspectiva de quem realizou a prisão.

O auto de prisão em flagrante delito, só poderia ser lavrado quando o indivíduo fosse flagrado cometendo o delito. O inquérito é instaurado em decorrência do auto de prisão em flagrante pelo delegado, mas o APF por si só não instaura o inquérito, pois nesse caso, sua instauração ocorre de ofício da parte do delegado, por meio de portaria.

O delegado pode receber a notícia crime de várias maneiras: (a) quando a autoridade fica sabendo da infração penal em razão do desempenho de suas atividades regulares, chamada de cognição imediata; (b) quando toma conhecimento por intermédio de terceiros, chamada de cognição mediata; (c) ou quando decorre de prisão em flagrante, que é a chamada de cognição coercitiva.

A outra forma de instauração do inquérito policial é por requisição do Ministério Público, o que caracteriza que ele não está investigando diretamente.

Requisição é sinônimo de ordem. Assim, quando o juiz ou o promotor de justiça requisitarem a instauração do inquérito, o delegado está obrigado a dar início as investigações. Vale destacar, que quem requisitar deverá especificar o fato que deve merecer apuração.

No caso de o juiz ter notícia de ocorrência de ilegalidade, ele deve remeter os autos ao Ministério Público, que então requisita a instauração de investigação, e o juiz não poderá sequer julgar o caso, deve haver uma redistribuição a outro julgador, sendo critério negativo de competência do juiz que encaminhou ao Ministério Público.

Segundo Aury Lopes Jr.:

Inclusive, quando a representação é feita ao juiz – art. 39, § 4º -, entendemos que ele não deverá remeter à autoridade policial, mas sim ao MP. Não só porque é o titular da ação penal, mas porque o próprio § 5º do art. 39 permite que o MP dispense o IP

quando a representação vier suficientemente instruída a quem deve decidir sobre isso que é o promotor, e não o juiz.³⁰

Outra forma também de instauração do inquérito é a requerimento das partes, ou de qualquer pessoa que tenha conhecimento da prática de um ilícito, e quando a ação é penal pública incondicionada, não existe sequer a necessidade de manifestação da vítima, para efeito de denúncia do Ministério Público.

No entanto, quando for uma ação penal de iniciativa privada, ou ação penal pública condicionada à representação, pode haver a comunicação, mas o requerimento da instauração do procedimento investigativo deve partir da vítima ou seu representante legal. Mas não é vedada a qualquer pessoa a comunicação, mas o requerimento de instauração de procedimento investigativo é condicionada à representação.

Estabelece o art. 5º, § 4º, do Código de Processo Penal³¹, que nos crimes em que a ação publica depender de representação, o inquérito poderá sem ela ser iniciado, ou seja, é necessária a prévia existência da representação para a instauração do inquérito.

E também de acordo com o art. 5º, § 5º, do CPP³², nos crimes de ação penal privada o inquérito só poderá ser instaurado se existir requerimento de quem tenha a titularidade da ação, o ofendido ou seu representante legal.

1.2.4 Prazos e conclusão

Uma vez iniciado o inquérito, a autoridade policial tem prazos para concluí-lo, mas estes prazos dependem de estar o indiciado preso ou solto.

Assim aduz o art. 10, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta

³⁰ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 106.

³¹ Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

³² § 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.

§ 2º No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas.

§ 3º Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

Portanto, se o indiciado estiver preso, o prazo para conclusão do inquérito policial é de dez dias, por outro lado, se o indiciado estiver solto, o prazo para conclusão do inquérito será de trinta dias.

Todavia, para o indiciamento com o indiciado preso, não haverá consideração de prorrogação nessa hipótese, haja vista que este prazo regulará a legalidade da prisão que incide sobre o indiciado. Então a previsão que ele regula será a prisão em flagrante delito.

Preceitua Paulo Rangel:

Não obstante essa determinação, é cediço que muitas vezes este prazo é curto para a conclusão das diligências que devem ser realizadas, necessitando a autoridade policial de maior tempo para a efetivação das diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.³³

No caso de prisão temporária, e não prisão em flagrante, não sendo hipótese de crime hediondo, nós teremos praticamente a mesma contabilidade, porque a prisão temporária é cabível por cinco dias, prorrogáveis por igual período, segundo o art. 2º, da Lei nº 7960/89³⁴, *in verbis*:

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Existem também os prazos especiais, como o art. 51, caput, da Lei nº 11.343/06³⁵, onde estipula que para os crimes de tráfico, o prazo será de 30 dias, se o indiciado estiver preso, e

³³ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2019. p. 209.

³⁴ Lei que dispõe sobre a prisão temporária.

³⁵ Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

de 90 dias se estiver solto. Já nos crimes de competência da Justiça Federal, o prazo é de 15 dias, prorrogáveis por mais 15 dias, conforme art. 66, da Lei nº 5.010/66³⁶.

Após a instauração do inquérito, a autoridade deverá determinar a realização das diligências pertinentes ao esclarecimento do fato delituoso. Assim os artigos 6º e 7º, do Código de Processo Penal elencam um rol de diligências que devem ser observadas, desde que cabíveis no caso concreto, *in verbis*:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

Assim preceitua Aury Lopes Jr.:

Com base na notícia-crime, a polícia judiciária instaura o inquérito policial, isto é, o procedimento administrativo pré-processual. Para realizar o IP, praticara a polícia judiciária uma série de atos – art.s 6º e seguintes do CPP -, que de forma concatenada pretendem proporcionar elementos de convicção para a formação da *opinio delicti* do acusador.³⁷

³⁶ Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências.

³⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 114.

Ao considerar encerradas as diligências, a autoridade policial deve elaborar um relatório descrevendo as providências tomadas durante as investigações. Esse relatório é a peça final do inquérito, que será então remetido a juízo, que então dará vista ao Ministério Público.

Recebendo o inquérito policial, o promotor poderá oferecer a denúncia, pedir o arquivamento, solicitar diligências ou realizar diligências.

O art. 17 do Código de Processo Penal³⁸, diz que a autoridade policial não pode determinar o arquivamento do feito. O arquivamento somente será decretado por decisão do juiz a pedido do Ministério Público.

Conforme Paulo Rangel:

Não obstante ser o inquérito conduzido pela autoridade policial, não pode esta arquivar os autos do inquérito, pois lhe é vedado pelo art. 17 do CPP, onde há o princípio da indisponibilidade do conteúdo das informações contidas no inquérito. Como o *dominus litis* é o Ministério Público, as informações contidas no inquérito a ele são dirigidas e, portanto, cabe-lhe (MP) determinar o arquivamento, submetendo-o ao juiz. A característica de ser o inquérito policial unidirecional (cf. item 3.3.4 supra) deixa claro que a *opinio delecti* é do promotor de justiça e não da autoridade policial, não podendo esta dispor de uma coisa que não lhe pertence.³⁹

Entende Aury Lopes Jr.:

A decisão que decreta o arquivamento do IP não transita em julgado. Nesse sentido, a Súmula n. 524 do STF acertadamente afirma que: *arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas*. Destarte, a autoridade policial pode seguir investigando, a fim de obter novos elementos de convicção capazes de justificar o exercício da ação penal (art. 18). Mas nada impede que o MP solicite novamente o arquivamento.⁴⁰

Portanto, o ato administrativo de arquivamento do inquérito só se concretiza pela manifestação, sucessiva, do promotor de justiça e, depois, do juiz, fazendo surgir o chamado ato administrativo complexo. Essa é a sua natureza jurídica.⁴¹

³⁸ Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

³⁹ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2019. p. 363.

⁴⁰ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 124.

⁴¹ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2019. p. 365.

Quando se fala em arquivamento, etimologicamente, significa o ato de arquivar, de natureza física. Para o Direito Processual Penal, o significado diz respeito de guarda de documentos físicos (arquivamento de autos).

O arquivamento pode ser classificado sobre duas formas: (a) Arquivamento Explícito, isto é, que decorre de um requerimento explícito do Ministério Público; (b) Arquivamento Implícito, ou seja, ocorrendo quando o *Parquet* não inclui na denúncia um indiciado, ou em se tratando de mais de um crime, não inclui todos eles. A exemplo, temos a denúncia em face de três acusados, porém a mesma é oferecida apenas em face de dois deles; na mesma linha, suponha que a denúncia seja oferecida em face de três indivíduos acusados de praticar dois crimes distintos, mas o Ministério Público, na denúncia, imputa-lhes a prática de somente um crime.

O arquivamento também pode ser classificado como formal ou material, como também pode ser classificado pela perspectiva subjetiva, isto é: (a) objetivo, quando diz respeito ao fato ou circunstância fática, caracterizante ou circunstancial, sobretudo de uma causa de aumento de pena ou qualificadora; (b) subjetivo, quando se vincula a pessoas, como, por exemplo, quando um suspeito não é indiciado de fato.

O arquivamento, então, se dá, a requerimento do Ministério Público e pela autoridade judicial. Todavia, o juiz pode discordar do arquivamento requerido do Ministério Público.

Essa discordância é tratada pelo próprio art. 28, do Código de Processo Penal⁴², onde quem irá definir esse caso será o Procurador Geral de Justiça que, então, a priori, pode praticar três atos: (a) concordar com o promotor, se manifestando a favor ao requerimento de arquivamento; (b) concordar com o juiz, e ele próprio oferecer denúncia ou; (c) concordar com o juiz e designar um outro promotor para oferecer denúncia (embora esta última possibilidade coloque em xeque a autonomia funcional dos membros do Ministério Público).

⁴² Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

O Art. 18 do Código de Processo Penal⁴³ aduz ao desarquivamento, mas não o menciona de maneira literal. Nesse sentido, prevê que quando a autoridade policial tiver notícia de novas provas poderá proceder a novas investigações. E esse proceder na “coleta de novas provas” pressupõe que a peça investigativa já estava arquivada e, portanto, essas novas investigações/pesquisas correspondem ao desarquivamento.

Assim, o art. 18 do CPP deverá ser conjugado com o verbete de Súmula 524 STF, que assim diz: Súmula 524, STF. Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.

Note que o verbete de súmula também não aduz ao desarquivamento, mas o ato do desarquivamento tem sua previsão na conjugação do art. 18 do CPP c/c Súmula 524 STF.

Diante do exposto, sobre a análise da investigação preliminar presente em nosso ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, o inquérito policial, passaremos a diante a análise da investigação criminal defensiva.

⁴³ Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

2. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

2.1 Surgimento

A investigação criminal defensiva surgiu na Itália com a reforma processual e com o total amparo da carta constitucional, passando a chamar de *investigazioni difensive* ou *indagini difensive*, possibilitando que todas as partes possam gerir a elaboração de prova, especialmente a defesa, que antes era exclusivamente inerte e espectadora.

Nessa linha, para Pablo França, Mário Neto e José Santos:

O fato é que no sistema processual penal italiano, depois de diversas exegeses e hermenêuticas restritivas, a investigação defensiva encontra-se regulamentada e detalhada pela lei processual penal vigente. Depois de convergências e divergências, naquele País, há uma busca incessante pelo equilíbrio de posições e atribuições das partes na investigação preliminar, com a fixação de poderes ao defensor semelhantes aos aplicados ao Ministério Público e à Polícia Judiciária.

Sob o título *Investigazione difensive*, permite-se ao advogado entrevistar informalmente e coletar declarações de pessoas capazes de relatar circunstâncias úteis para fins de atividade investigativa, salvo se responsável civil, pessoa civilmente obrigada por sentença pecuniária, pessoas que no mesmo processo tenham atuado como juízes, procuradores ou seus auxiliares, defensor que tenha realizado investigação defensiva ou compuseram a tomada de declarações ou coleta de informações de interesse da defesa.

Para tanto, o advogado de defesa, seu substituto, os investigadores privados autorizados ou os consultores técnicos estão autorizados a agir sobre certas premissas legais: a) alertar as pessoas entrevistadas de sua qualidade e propósito da entrevista; b) o dever de esclarecer os métodos e a forma de documentação; c) o dever de esclarecer se a pessoa entrevistada é investigada ou acusada no mesmo processo, em um processo relacionado ou por infração análoga; d) garantir o direito ao silêncio; e) a proibição de divulgar quaisquer questões levantadas pela polícia ou o Ministério Público e as respostas dadas; f) da responsabilidade criminal resultante da declaração falsa (ITÁLIA, 2014a).⁴⁴

Em contrapartida, a investigação criminal defensiva no sistema dos Estados Unidos, segundo Marcelo Azambuja Araujo:

a etapa de investigação criminal não possui um rito pré-estabelecido. Com isso, os órgãos de persecução penal e a defesa possuem ampla discricionariedade na escolha dos meios probatórios. A acusação parte de uma fase em que se reúnem elementos relacionados ao fato investigado e à identificação do autor do delito e, enquanto não individualizada a investigação, “não se fala em direito de defesa e não há prazo para o encerramento das diligências”. Após, com a identificação do suspeito, o que

⁴⁴ FRANÇA, Pablo Rodrigo; NETO, Mário Furlaneto; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Análise crítica da investigação criminal e defensiva no Brasil. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 10, n. 18, p.172, jan./jun. 2018.

normalmente enseja a aplicação de medidas cautelares ou sua detenção, emerge uma série de garantias.

Embora acusação e defesa possuam discricionariedade na eleição dos meios de prova, estão sujeitas a limites diversos na produção de elementos probatórios. Isso porque a proteção dos direitos previstos na Constituição estadunidense, dentre os quais podemos destacar o direito de não sofrer buscas indevidas (IV Emenda), direito a não declarar contra si mesmo (V Emenda), direito a ser assistido por um advogado (VI Emenda) e ao devido processo legal (XIV Emenda), constitui-se “mais em restrições à autoridade dos agentes públicos sobre os cidadãos do que em direitos individuais (deterrent effect)”.⁴⁵

Na mesma linha, para Marcelo Azambuja o que interessa no sistema estadunidense são as instruções normativas que abordam a atuação do advogado criminal, quais sejam: a) *Criminal Justice Standards for the Defense Function* e b) *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases*, ambas da *American Bar Association - ABA*:

A *Criminal Justice Standards for the Defense Function* prevê expressamente um dever de investigar ao advogado (Norma 4-4.1 a), o qual deve pautar sua atuação com respeito a obrigações de sigilo (Norma 4-1.3 a), lealdade (Norma 4-1.3 b), manter o defendido informado quanto ao desenvolvimento do processo e às potenciais alternativas (Norma 4-1.3 d), não assumir uma carga de trabalho que lhe interfira na qualidade de seu serviço (Norma 4-1.8), dentre outros.

Já o *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases* é um minucioso roteiro quanto à postura que deve ser adotada pelo defensor nos processos criminais que podem ensejar a pena de morte, estabelecendo elementos que uma investigação defensiva apropriada deve cumprir. O roteiro enumera não só os documentos e depoimentos que devem ser objeto de atenção do defensor, mas também outros fatores que devem ser levados em consideração para traçar um histórico do defendido, dentre os quais, exemplificativamente citamos: histórico escolar, militar e médico, caso de dependência juvenil sua ou de seus familiares, ficha criminal, seus relacionamentos, além de eventual histórico de abuso de drogas etc.⁴⁶

Como se percebe, no sistema processual norte-americano, impõe-se ao advogado uma postura ativa na busca por elementos que favoreçam o defendido. A existência de elementos favoráveis à defesa pode ser um fator decisivo para a decisão do acusado de realizar ou não o acordo ou para negociar o oferecimento de melhores condições.

O *duty to disclosure* norte americano e a *indagine difensiva* italiana contribuem decisivamente para a construção de uma boa defesa, ao permitirem que o defensor e o imputado possam ter um panorama dos elementos que recaem em seu desfavor e, diante dessa

⁴⁵ ARAUJO, Marcelo Azambuja. Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS N. 156/09. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 9, n. 16, p.236, jan./jun. 2017.

⁴⁶ ARAUJO, Marcelo Azambuja. Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS N. 156/09. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 9, n. 16, p.239, jan./jun. 2017.

conjuntura, realizar diligências no interesse da defesa, as quais servirão para robustecer a atividade probatória realizada na instrução processual.⁴⁷

Tendo em vista que grande parte da doutrina faz uma comparação entre os sistemas da Itália, Estados Unidos e o Brasil, insta salientar, que o que se pretende na presente pesquisa é, focar na investigação criminal presente no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a iminente implementação da investigação criminal defensiva que está presente no Projeto do novo Código de Processo Penal.

O modelo de investigação criminal no Brasil, até a vigência da Constituição Federal de 1988, era acima de tudo presidencialista e inquisitivo. A participação da defesa em sede de investigação criminal se limitava ao disposto no artigo 14 do Código de Processo Penal⁴⁸, ao prever que o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu título II dos Direitos e Garantias Fundamentais, no Capítulo I que trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, traz em seu art. 5º um rol de direitos e deveres, e em seu inciso LV, dispõe que os acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, *in verbis*:

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;

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, recepcionado pelo Decreto nº 592/1992, consagra os direitos e garantias das pessoas. Em seu artigo 14 traz um rol dessas garantias, principalmente o que consta no item 3, alínea “b” e “e”, *in verbis*:

ARTIGO 14

⁴⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação criminal direta pela defesa. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 418.

⁴⁸ Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exigir, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.

2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;

b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;

c) De ser julgado sem dilações indevidas;

d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exigir, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;

e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;

f) De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento;

g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

4. O processo aplicável a jovens que não sejam maiores nos termos da legislação penal em conta a idade dos mesmos e a importância de promover sua reintegração social.

5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.

6. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou se um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente desse condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, a não revelação dos fatos desconhecidos em tempo útil.

7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país.⁴⁹ **(grifo nosso).**

⁴⁹ Decreto n° 592, de 6 de julho de 1992. Que trata dos atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação.

Nota-se que o Decreto prevê que toda pessoa acusada de um delito, terá direito em plena igualdade do tempo e dos meios necessários para preparação de sua defesa, bem como interrogar as testemunhas de acusação.

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), que foi recepcionada pelo Decreto nº 678/1992, também prevê em seu artigo 8 garantias judiciais, principalmente no item 2, alínea “c” e “f”, *in verbis*:

ARTIGO 8

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

e

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.⁵⁰ **(grifo nosso)**

Vale destacar que, embora existam no ordenamento jurídico brasileiro a previsão dessas garantias, sejam através da Constituição Federal, dos Tratados Internacionais, na prática nem sempre são assegurados esses direitos, um exemplo é o inquérito policial que vimos no capítulo 1 da presente pesquisa, que é praticamente inquisitivo, embora alguns autores discordam desse caráter presente no inquérito.

⁵⁰ Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

A investigação criminal defensiva surgiu com mais destaque no ordenamento jurídico brasileiro, através do Projeto de Lei do Senado que trata da reforma do Código de Processo Penal, PLS nº 156/2009, que passaremos a análise a seguir.

2.2 O Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009

Foi criado pelo Senado Federal o Projeto de Lei nº 156/2009, de relatoria do Senador Renato Casagrande e autoria do Senador José Sarney, com o objetivo de substituir o Código de Processo Penal que está em vigência desde 1941.

A redação final foi apresentada e aprovada em 7 de dezembro de 2010. Após a aprovação, o Projeto foi remetido para a Câmara dos Deputados, passando a ter o nº 8.045/2010, onde se encontra até o presente momento para aprovação.⁵¹

Segundo Bruno Assunção:

É relevante frisar que o Código de Processo Penal vigente é de 1940. De lá pra cá, houve, como não poderia ser diferente, diversas modificações visando modernizá-lo e, sobretudo, compatibilizá-lo com a Constituição Federal de 1988; porém, ainda há incongruências, falhas e brechas que conferem uma larga margem de possibilidade de procrastinação do processo penal.⁵²

Embora não esteja escrita expressamente, uma das alterações relevantes do Projeto de Lei foi a previsão da investigação defensiva, que está inserida no Título II que trata da investigação criminal, mais precisamente em seu art. 13, que será objeto da presente pesquisa.

Além dessa previsão, o Projeto de Lei prevê, nesse mesmo título, a figura do juiz das garantias, que está presente nos artigos. 14 a 17, como também prevê o inquérito policial, presente nos artigos 18 a 41.

Tendo em vista que atualmente o PLS nº 156/2009 está tramitando na Câmara dos Deputados sob o nº 8.045/2010, insta salientar que houve mudanças em sua redação inicial. Portanto, os artigos do Projeto de Lei que serão mencionados na presente pesquisa, são

⁵¹ BRASIL, Câmara dos Deputados. Tramitação. Projeto de Lei nº 8.045 de 2010. Disponível em < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

⁵² ASSUNÇÃO, Bruno Barros de; Sistema de justiça criminal. Brasília: ESMPU, 2018, p. 31.

aqueles cuja redação foi alterada e está no presente momento tramitando na Câmara dos Deputados⁵³.

2.3 A investigação criminal defensiva no PLS nº 156/2009.

O Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, atualmente PL 8.045/2010, que trata da reforma do Código de Processo Penal, traz em seu art. 13, a possibilidade de que o investigado, por seu representante, tome a iniciativa de indicar fontes de prova, podendo, inclusive, entrevistar pessoas, *in verbis*:

Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa.

Parágrafo único. O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial, que fundamentará eventual indeferimento de juntada.⁵⁴

O parágrafo único regulamenta que o material produzido será juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial, que indeferindo a juntada deverá fundamentar tal decisão.

Para Marcelo Azambuja Araujo:

o texto não contempla temas sensíveis, como a possibilidade de acesso da defesa a locais privados, a incidência do regime das provas ilícitas nas provas produzidas pelo investigador privado e a (in)admissibilidade de depoimentos tomados em desacordo com o rito proposto pelo Projeto. Além disso, mantém nas mãos da Polícia e do Ministério Público o juízo de conveniência acerca das medidas requeridas pela defesa, o que revela absoluta assimetria no tratamento das partes.⁵⁵

O dispositivo também não regulamenta claramente quem pode instaurar a investigação defensiva, ainda que qualquer pessoa que se julgar investigada poderá fazê-la, mesmo que juridicamente não seja investigada.

⁵³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.045 de 2010. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776>. Acesso em: 18 nov. 2019.

⁵⁴ BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.045 de 2010. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776>. Acesso em 18 nov. 2019.

⁵⁵ ARAUJO, Marcelo Azambuja. Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS N. 156/09. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 9, n. 16, p.243, jan./jun. 2017.

Tal dispositivo não se revela suficiente para disciplinar a matéria referente à investigação defensiva. Para Franklyn Silva, a regulamentação da investigação defensiva deve prever:

- 1 – o reconhecimento da atividade propriamente dita e os momentos em que ela pode ser realizada;
- 2 – as diligências e o seu modo de agir, estabelecendo limites e comportamentos, especialmente em relação aos terceiros abordados por essa investigação;
- 3 – o grau de publicidade da investigação defensiva e a possibilidade de utilização no inquérito policial, procedimento investigatório, ação penal ou qualquer outro momento procedimental;
- 4 – a possibilidade de investigação defensiva em favor de vítimas;
- 5 – o responsável pela condução da investigação defensiva e os sujeitos que dela farão parte;
- 6 – a possibilidade de amparo judicial quando houver obstáculo ao exercício da investigação defensiva.⁵⁶

Outrossim, o artigo também não prevê qual profissional poderá realizar a investigação defensiva, seja ele um investigador privado, defensor público, consultor técnico e até mesmo outros profissionais habilitados.

Vale destacar, que a função do investigador privado não se confunde com aquela desenvolvida pelo Ministério Público, de busca da verdade, mas sim de garantir a melhor defesa de seu cliente, buscando fontes e elementos de prova.

Para Édson Luís Baldan, a investigação criminal defensiva:

Deve esta ser compreendida como o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase, procedimento ou grau de jurisdição, visando à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção tendentes à constituição de acervo probatório lícito que, no exercício de sua parcialidade constitucionalmente assegurada, empregará para pleno gozo da garantia do contraditório e da ampla defesa do imputado ou, ainda, para tutela de direitos da vítima ou de parte civil interessada.⁵⁷

O problema, entretanto, é que a investigação defensiva é um assunto relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro e, por incluir questões técnicas, jurídicas e complexas, ela precisa ser conduzida por um profissional habilitado legalmente.

⁵⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 429.

⁵⁷ BALDAN, Édson Luís. *Lineamentos da investigação criminal defensiva no provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB*. Boletim IBCCRIM. n. 322, v. 27, 2019. p. 8.

É a partir da intervenção defensiva na fase preliminar que o advogado ou o membro da Defensoria Pública terão o pleno controle da atividade de defesa e poderão aprimorar o seu modo de agir na tutela de interesses do imputado.⁵⁸

Neste caso, a investigação defensiva deverá ser realizada por profissional legalmente habilitado, em se tratando de profissional particular, e no caso de ser realizada através de defensor público, ela deve ser realizada pelo próprio Estado.

O advogado atua na investigação defensiva por força de mandamento contratual firmado com o interessado, enquanto o defensor público atuará em favor do assistido por força de obrigação estatutária, diante da obrigação do Estado em prestar assistência jurídica no processo penal.⁵⁹

Do ponto de vista teórico, a investigação desenvolvida pela Defensoria Pública, terá natureza pública, tendo em vista sua natureza estatal, e a investigação desenvolvida pelo advogado ostentará a natureza privada.

Dentre suas várias finalidades, a investigação criminal defensiva se prestará a:

- permitir a coleta de elementos que forneçam a construção de teses defensivas baseadas em certos fatos;
- favorecer a aceitação dessas teses defensivas;
- permitir a formação de um percurso defensivo no processo quando o agente tenha parcela de responsabilidade pelo fato praticado;
- desanuiar a percepção da defesa quanto à oportunidade e conveniência na aceitação de institutos despenalizadores;
- antecipar a visualização de futuras colidências de defesa entre acusados;
- refutar a validade de provas produzidas pela acusação;
- ou até mesmo na própria elucidação da conduta criminosa, nesse caso, situação mais comum quando a vítima quiser participar da apuração por meio de investigação própria.⁶⁰

Sendo assim, para Franklyn Silva essa atividade se desenvolverá no âmbito de um procedimento denominado inquérito defensivo⁶¹, conduzido por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil mediante regulamentação do Conselho Federal da

⁵⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 417.

⁵⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 459.

⁶⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 424-425.

⁶¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 457.

OAB, com base no art. 54, V, da Lei 8.906/1994⁶², ou pela Defensoria Pública, por meio de órgão de atuação com atribuição definida pelo seu Conselho Superior, amparado no art. 102, § 1º, da Lei Complementar 80/1994.⁶³

Através do método da investigação defensiva que o Defensor Público tomará o norte da sua atividade, assim, um direcionamento deve ser traçado pelos órgãos que o regulamenta.

A investigação criminal defensiva pode se desdobrar em: (a) no inquérito defensivo quando o seu interessado ocupa posição de sujeito ativo de determinada conduta criminosa; (b) no inquérito auxiliar quando o interessado ocupa a posição de sujeito passivo de determinada infração penal.⁶⁴

Uma vez admitida à possibilidade de se realizar atos de investigação defensiva, torna-se importante definir o momento a partir do qual ela se desenvolve. Assim, Franklyn Silva divide a investigação defensiva em quatro momentos distintos:

- 1 - após o cometimento do delito e antes da investigação criminal;
- 2 - concomitante a investigação criminal;
- 3 - concomitante ao trâmite do processo penal em qualquer fase ou grau de jurisdição;
- 4 - após o trânsito em julgado do processo penal.⁶⁵

O modo como será realizada a investigação defensiva poderá ser dividida em:

A primeira fase da investigação, a qual denominamos fase de investidura, consiste em atos de natureza constitutiva, por meio dos quais o interessado e o defensor estabelecerão o vínculo de assistência;

A segunda fase da investigação defensiva será a fase de coleta, quando a equipe de defesa, após estabelecidos os campos de atuação pelo defensor, realizará todas as diligências necessárias para a arrecadação das informações pertinentes;

A terceira fase da investigação defensiva consiste na sua conclusão, formalizada por meio de um relatório breve dos atos que foram praticados e das informações que foram colhidas, com a imediata apresentação ao interessado na sua produção.⁶⁶

⁶² Art. 54. Compete ao Conselho Federal:

V - editar e alterar o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina, e os Provimentos que julgar necessários;

⁶³ Art. 102. Ao Conselho Superior compete exercer as atividades consultivas, normativas e decisórias a serem previstas na lei estadual.

§ 1º Caberá ao Conselho Superior decidir sobre a fixação ou a alteração de atribuições dos órgãos de atuação da Defensoria Pública e, em grau de recurso, sobre matéria disciplinar e os conflitos de atribuições entre membros da Defensoria Pública, sem prejuízo de outras atribuições.

⁶⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação criminal direta pela defesa. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 461.

⁶⁵ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação criminal direta pela defesa. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 463.

⁶⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação criminal direta pela defesa. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 468.

Franklyn Silva acredita que a investigação criminal defensiva possa ser realizada com quatro propósitos distintos, quais sejam:

- a) Coleta de informações que permitam a elucidação de fatos não apurados pela autoridade policial ou Ministério Público;
- b) Complementação de aspectos que a vítima pretenda trazer à atenção da acusação;
- c) Coleta de informações que possam embasar contraditas aos fatos apurados pela autoridade policial ou Ministério Público;
- d) Identificação do panorama probatório que pesa contra o acusado e permissão de uma avaliação do seu comportamento na relação processual, a estratégia defensiva de reação à imputação.⁶⁷

O objetivo de uma investigação defensiva é subsidiário e serve de suporte ao exercício da ampla defesa e do contraditório de pessoa submetida à investigação criminal, e não elucidar o fato criminoso, já que esse papel se reserva à atividade policial e à persecução criminal.

A partir da entrevista com o interessado, o defensor avaliara a dinâmica do fato e, decidirá, diante do objetivo proposto pela sua atividade, quais diligências devem ser realizadas e a respeito de quais fatos ou circunstâncias.⁶⁸

Por outro lado, Franklyn Silva entende que a investigação defensiva é um procedimento sigiloso, pois sendo publicizado, poderá comprometer o rumo da investigação, como é feito atualmente no inquérito policial.

Portanto, a investigação criminal defensiva pode ser definida como aquela realizada pelo investigado, através de seu representante legal, com o intuito de realizar diligências investigativas a fim de coletar elementos de convicção capazes de auxiliar na sua defesa, provando sua inocência.

Ou seja, é a possibilidade de a defesa participar da fase pré-processual, a fim de defender-se provando. Obedecendo ao princípio da ampla defesa e do contraditório que está previsto no artigo 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como

⁶⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 469

⁶⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 472.

previsto também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, reconhecida no Brasil pelo Decreto nº 678/1992.

2.4 O Provimento nº 188/2018 da OAB

A Ordem dos Advogados do Brasil, por meio de seu Conselho Federal, aprovou em 11 de dezembro de 2018 um Provimento regulamentando a atividade de investigação criminal defensiva, *in verbis*:

Provimento Nº 188/2018

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

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 54, V, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia e da OAB, e considerando o decidido nos autos da Proposição n. 49.0000.2017.009603-0/COP, RESOLVE:

Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

Art. 2º A investigação defensiva pode ser desenvolvida na etapa da investigação preliminar, no decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer.

Art. 3º A investigação defensiva, sem prejuízo de outras finalidades, orienta-se, especialmente, para a produção de prova para emprego em:

I - pedido de instauração ou trancamento de inquérito;

II - rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa;

III - resposta a acusação;

IV - pedido de medidas cautelares;

V - defesa em ação penal pública ou privada;

VI - razões de recurso;

VII - revisão criminal;

VIII - habeas corpus;

IX - proposta de acordo de colaboração premiada;

X - proposta de acordo de leniência;

XI - outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

Parágrafo único. A atividade de investigação defensiva do advogado inclui a realização de diligências investigatórias visando à obtenção de elementos destinados à produção de prova para o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária.

Art. 4º Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição.

Parágrafo único. Na realização da investigação defensiva, o advogado poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo.

Art. 5º Durante a realização da investigação, o advogado deve preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas.

Art. 6º O advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados.

Parágrafo único. Eventual comunicação e publicidade do resultado da investigação exigirão expressa autorização do constituinte.

Art. 7º As atividades descritas neste Provimento são privativas da advocacia, compreendendo-se como ato legítimo de exercício profissional, não podendo receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades.

Art. 8º Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Brasília, 11 de dezembro de 2018.

CLAUDIO LAMACHIA
Presidente
NILSON ANTÔNIO ARAÚJO DOS SANTOS
Relator⁶⁹

Como se pode notar, o Provimento regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado, de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais, ou seja, regulamenta a investigação defensiva do advogado profissional.

Édson Luís Baldan ao analisar o Provimento, observou que se extraem como princípios da investigação defensiva:

- a) Legalidade: seu exercício decorre da conjugação de princípios e regras, extraídos dos níveis ordinário, constitucional e supraconstitucional, consubstanciando o Provimento 188/2018 tão somente uma sistematização normativa pelo competente órgão máximo da advocacia nacional;
- b) Oportunidade: sua instalação deriva da análise da oportunidade e conveniência da medida, sob o prisma da maior eficiência na defesa do imputado ou, também, na tutela de direitos da vítima ou parte civil;
- c) Disponibilidade: o defensor, no exercício de sua parcialidade constitucional, deve decidir pelo momento de promoção, sobrestamento e finalização das diligências, bem como pelo aproveitamento integral ou parcial do produto da investigação ou, ainda, pelo seu simples descarte total, se recomendável à garantia exclusiva dos direitos de seu assistido;
- d) Unidirecionalidade: ao exercer um múnus público na defesa de direitos de seu constituinte, age o advogado, sempre, guiado, pela parcialidade, motivo pelo qual, diferentemente do que ocorre na investigação policial ou ministerial (em tese pluridirecional), pode e deve o defensor promover a coleta seletiva dos elementos de convicção valiosos, exclusivamente, ao atendimento dos interesses de seu

⁶⁹ Provimento nº 188/2018. Disponível em <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018?search=188%2F2018&provimentos=True>>. Acesso em 15 nov. 2019.

- representado, descartando aqueles outros inservíveis a esses fins (cujo achado remanesce sob encargo legal dos investigadores estatais);
- e) **Multiformalidade:** altamente recomendável que todas as atividades empreendidas pelo advogado e seus assistentes sejam, sem maior rigor de trâmite ou rito, progressivamente documentadas nos autos (físicos ou eletrônicos) de seu *inquérito* defensivo, como mecanismo de prestação de contas ao assistido e de demonstração da lisura e legitimidade de seu trabalho, no entanto inexistindo óbice a que as diligências investigatórias sejam efetivadas sem recurso a esse instrumento de catalização documental, dada sua natureza multiforme;
- f) **Confidencialidade:** ungida pelo sigilo legal que, obrigatoriamente, preside a atuação do advogado e pela confidencialidade exigível na relação com seu assistido (somente por este disponível), as informações e documentos enfeixados no *inquérito* defensivo não são devassáveis sequer por outro defensor, menos ainda por agentes públicos (em especial aqueles que, potencialmente, figurarão como parte adversa da defesa na fase judicial);
- g) **Transversalidade:** seu exercício perpassa por todo o curso da persecução penal e, mais, pode efetivar-se em momento ainda anterior ao do início da investigação preliminar (policial ou ministerial) ou operar-se em instante posterior ao encerramento da etapa da instrução e julgamento, pois não representa, repita-se, um instrumento defensivo necessariamente contraposto em simetria a eventual investigação estatal vez que, por sua própria definição normativa, pode ser exercitado em qualquer fase, procedimento ou grau de jurisdição, independentemente da preexistência de qualquer ato de persecução formalizado (em curso ou finalizado) pelas agências oficiais;
- h) **Inquisitividade:** constituindo instrumento de exclusiva atuação defensiva, regido pela confidencialidade na relação do advogado com seu assistido, intuitivo que o conteúdo da investigação defensiva não seja aberto ao conhecimento da parte adversa ou de terceiros interessados no caso penal, visando ao exercício de impensável contraditório, sendo mais consentâneo com a garantia do devido processo legal que os elementos sejam colhidos de maneira sigilosa, unilateral e unidirecional;
- i) **Incoercibilidade direta:** tratando-se de mecanismo defensivo para tutela, em regra, de direitos de parte, malgrado conduzido pelo defensor que exerce múnus público, não está a investigação defensiva vocacionada ou autorizada a avançar sobre a esfera de liberdades individuais, motivo por que dela não podem derivar privação ou restrição de liberdade (v.g. por prisão temporária ou condução coercitiva) ou afastamento de qualquer outra garantia sujeita à reserva de jurisdição (sigilo telefônico, bancário, fiscal, inviolabilidade domiciliar etc.). A coercibilidade mediata poderá, todavia, resultar de eventual propositura às autoridades legitimadas a requerer ou representar por tais medidas cautelares (v.g. quando o advogado esteja a representar a vítima na investigação de autoria e materialidade de infração penal).⁷⁰

Tais princípios são norteadores para a adoção da investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, a investigação criminal direta pelo advogado restaura a cláusula do devido processo legal ao restabelecer formalmente a paridade de armas entre acusação e defesa,

⁷⁰ BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. Boletim IBCCRIM. N. 322, v. 27, 2019. p. 8-9.

aperfeiçoa a qualidade e quantidade da prova servível a múltiplos fins, assim reduzindo a probabilidade de erro judiciário⁷¹.

2.5 Outras Mudanças do PLS nº 156/2009

Outras mudanças significativas que trouxe o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 foi à figura do juiz das garantias e que o Código de Processo Penal será regido pelo sistema acusatório.

O PLS nº 156/2009 prevê em seu art. 4º que o processo penal terá estrutura acusatória, *in verbis*:

Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz, salvo em favor das garantias do investigado, na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.⁷²

A estrutura do processo penal variou ao longo dos séculos, historicamente o sistema processual penal pode ser subdividido em três modelos distintos: inquisitório, acusatório e misto. Apesar de suas várias contradições, por questões metodológicas os sistemas não serão aprofundados na presente pesquisa.

Mas vale destacar o que seria um sistema processual penal. Do ponto de vista de Paulo Rangel, o sistema processual penal é:

o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto. O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo.⁷³

Passemos para uma breve análise de cada sistema.

Para Aury Lopes Jr.o sistema inquisitório:

⁷¹ BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. Boletim IBCCRIM. N. 322, v. 27, 2019. p. 9.

⁷² BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.045 de 2010. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

⁷³ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2019. p. 119.

É a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.⁷⁴

Ou seja, no sistema inquisitório não há separação das partes, o julgador exerce a mesma função de investigar, acusar, defender e julgar, ou seja, existe uma confusão entre as funções do acusador e do julgador. As atividades estão fundidas nas mesmas pessoas.

Portanto, não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa busca a prova e decide a partir da prova que ela mesma produziu.

As principais características do sistema inquisitório são:

- Gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz (figura do juiz-ator e do ativismo judicial = princípio inquisitivo);
- Ausência de separação das funções de acusar e julgar (aglutinação das funções nas mãos do juiz);
- Violação do princípio *NE procedat iudex ex officio*, pois o juiz pode atuar de ofício (sem prévia invocação);
- Juiz parcial;
- Inexistência de contraditório pleno;
- Desigualdade de armas e oportunidades.⁷⁵

No sistema acusatório, os sujeitos processuais são o juiz, a acusação e a defesa, assegurados à imparcialidade do julgador e a paridade de armas entre as partes somadas a presença do contraditório.

Aury Lopes Jr. entende que a forma acusatória se caracteriza por:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência da distinção entre as atividades);
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);

⁷⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 38.

⁷⁵ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 39.

- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instrução, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.⁷⁶

Portanto, no sistema acusatório existe uma clara separação das funções de acusar e julgar, onde acusador e julgador são pessoas diferentes. Não bastando ter os sujeitos separados, as funções também têm que ser separadas.

Por outro lado, a doutrina brasileira, majoritariamente aponta que o sistema brasileiro é misto (predomina o inquisitório na fase pré-processual e o acusatório, na processual).⁷⁷

Sendo assim, no sistema misto ele pode ser dividido em duas fases: a instrução preliminar com elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento com o sistema acusatório.

Aury Lopes Jr. não concorda com tal afirmação, inicialmente por que:

Dizer que um sistema é “misto” é não dizer quase nada sobre ele, pois misto todos são. O ponto crucial é verificar o núcleo, o princípio fundante e aqui está o problema. Outros preferem afirmar que o processo penal brasileiro é “acusatório formal”, incorrendo no mesmo erro dos defensores do sistema misto⁷⁸.

Ele também traz críticas ao sistema misto, a saber, porque:

- É reducionista, na medida em que atualmente todos os sistemas são mistos, sendo os modelos puros apenas uma referência histórica;
- Por ser misto, é crucial analisar qual o núcleo fundante para definir o predomínio da estrutura inquisitória ou acusatória, ou seja, se o princípio informador é o inquisitivo (gestão da prova nas mãos do juiz) ou acusatório (gestão da prova nas mãos das partes);
- A noção de que a (mera) separação das funções de acusar e julgar seria suficiente e fundante do sistema acusatório é uma concepção reducionista, na medida em que de nada serve a separação inicial das funções se depois se permite que o juiz tenha iniciativa probatória, determine de ofício a coleta de provas, decreta de ofício a prisão preventiva, ou mesmo condene diante do pedido de absolvição do Ministério Público (problemática do art. 385);
- A concepção de sistema processual não pode ser pensada de forma desconectada do princípio supremo do processo, que é a imparcialidade, pois existe

⁷⁶ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 39.

⁷⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 37.

⁷⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 43.

um imenso prejuízo que decorre dos pré-juízos (conforme consolidada jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos), isto é, juiz que vai de ofício atrás da prova está contaminado e não pode julgar, pois ele decide primeiro (quebra de imparcialidade) e depois vai atrás da prova necessária para justificar a decisão já tomada (quebra da concepção de processo como procedimento em contraditório);

- Também é incompatível com a visão de Fazzalari, na medida em que o ativismo judicial quebra o imprescindível contraditório e o provimento judicial deixa de ser construído em contraditório para ser um mero ato de poder (decisionismo).⁷⁹

Insta salientar, que o Processo Penal brasileiro atualmente que está em vigor, é essencialmente inquisitório, ainda que digam que o sistema é misto.

Portanto, com a previsão no PLS nº 156/2009 o sistema inquisitório do ordenamento jurídico brasileiro passará a ser acusatório.

O Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, instituiu em seu Título II que trata da investigação criminal, no Capítulo II, do art. 14 a 17, a figura do juiz das garantias.

Para Franklyn Silva⁸⁰, o novo Código de Processo Penal deu um passo ao instituir a figura do juiz das garantias, cuja responsabilidade recai sobre o controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, na forma do art. 14, *in verbis*:

Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, competindo-lhe:

- I - receber, no prazo de 24 horas, o auto de prisão em flagrante, para efetuar o juízo da sua legalidade e aferir a necessidade de sujeição do investigado a medida cautelar, ocasião em que será realizada a audiência de custódia;
- II - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que ele seja conduzido a sua presença;
- III - receber informações acerca da instauração de investigações criminais;
- IV - decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;
- V - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;
- VI - decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;
- VII - prorrogar o prazo de duração da investigação, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia ou pelo Ministério Público, observado o disposto no parágrafo único deste artigo;
- VIII - determinar o trancamento da investigação quando não houver fundamento razoável para a sua instauração ou para o seu prosseguimento;
- IX - requisitar documentos, laudos e informações sobre o andamento da investigação;
- X - decidir sobre os pedidos de:

⁷⁹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 41-42.

⁸⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação criminal direta pela defesa. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 453.

- a) interceptação telefônica, fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou outras formas de comunicação;
 - b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;
 - c) busca e apreensão domiciliar;
 - d) acesso a informações sigilosas;
 - e) obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;
 - XI - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia, nos casos em que a autoridade coatora for o delegado de polícia ou o responsável pelo encarceramento do investigado;
 - XII - determinar a realização de exame médico de sanidade mental;
 - XIII - extinguir a investigação, nos casos de atipicidade da conduta, reconhecimento de causa excludente de juridicidade, culpabilidade ou de extinção de punibilidade;
 - XIV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de acesso aos elementos da investigação;
 - XV - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;
 - XVI - julgar as exceções de suspeição e de impedimento contra o delegado de polícia;
 - XVII – comunicar ao delegado de polícia das decisões relacionadas às medidas por ele representadas;
 - XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.
- Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração da investigação criminal por até quinze dias. Se ainda assim a investigação não for concluída, relaxar imediatamente a prisão⁸¹.

No artigo 14 e seus incisos trazem os deveres do juiz das garantias. Neste sentido, o principal propósito do juiz das garantias é:

O primeiro deles é o de se evitar abusos e ilegalidades na condução da investigação, permitindo um controle da validade dos atos praticados. E, em segundo lugar, evita-se a contaminação do órgão jurisdicional, por meio da norma do art. 17, que proíbe o magistrado participante da fase investigatória de prolatar atos decisórios na instrução processual.⁸²

Assim, tal iniciativa de instituir a figura do juiz das garantias tem a finalidade de resguardar a imparcialidade do juiz que julgará o processo, o isentando do contato com os elementos informativos adquiridos nas investigações.

Vale destacar, que o juiz das garantias não é o presidente do inquérito, sua função é tão somente garantir a devida aplicação dos direitos do investigado⁸³.

⁸¹ BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.045 de 2010. Disponível em < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

⁸² SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação criminal direta pela defesa. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 370.

⁸³ SALLUM, Camila. A busca pela adequação aos preceitos do sistema acusatório: o controle da legalidade no curso da investigação criminal pelo juízo das garantias. Belo Horizonte: VirtuaJus. v. 3, n. 4, 1º sem. 2018 – ISSN 1678-3425. p. 244.

Portanto, com a presença do juiz das garantias a investigação criminal defensiva terá mais garantida a sua efetivação.

3. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Tendo em vista que o inquérito policial, em regra, não permite o contraditório, nesse tópico abordaremos o princípio da ampla defesa e do contraditório que estão presentes em nosso ordenamento jurídico brasileiro, que se faz necessário para a investigação criminal defensiva.

Aury Lopes Jr. entende que:

Direito de defesa e contraditório no inquérito é um reducionismo afirmar que no inquérito não existem defesa e contraditório. Não há plenitude, mas é possível o direito de defesa pessoal positiva ou negativa, bem como a presença de advogado. Quanto ao contraditório, é restrito ao primeiro momento, qual seja, o da informação (art. 5º, LV, da CB; 8.2 da CADH e Súmula Vinculante n. 14 do STF). Denegado o pedido de vista do inquérito, poderá a defesa utilizar a reclamação (art. 102, I, “I”, da CB) ou, ainda, Mandado de Segurança a ser interposto em primeiro grau (quando a recusa for autoridade policial)⁸⁴.

O princípio do contraditório e da ampla defesa está disposto no art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil⁸⁵, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, que aduz que 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.

Por outro lado, a Convenção Americana de Direitos Humanos, reconhecida no Brasil pelo Decreto nº 678/1992⁸⁶, prevê em seu artigo 8, item 2 um rol de garantias para o acusado.

⁸⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 153.

⁸⁵ 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;

⁸⁶ Artigo 8

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do júízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

A ampla defesa e o contraditório, apesar de estarem contidos no mesmo dispositivo, não se confundem. A ampla defesa diz respeito à possibilidade de o acusado alegar e provar tudo o que possa favorecê-lo de maneira a evitar uma condenação.

O princípio da ampla defesa pode ser definido como o direito do acusado. Esse princípio se divide em defesa técnica e autodefesa.

Para Bruno Maurício e Diego Henrique:

a ampla defesa se verifica de duas maneiras: a autodefesa que é exercida diretamente pelo acusado, tanto em seu interrogatório, sob a égide dos direitos ao silêncio e a não produzir provas contra si, quanto no exercício do direito de presença e direito de audiência. E a defesa técnica, que será exercida por profissional habilitado, é indeclinável e essencial à paridade de armas.⁸⁷

Defesa técnica caracteriza-se pelo direito do imputado de receber assistência jurídica por defensor de sua confiança, garantia esta que é impossível, visto que é fundamental para assegurar a igualdade, o contraditório e a imparcialidade do juízo.

Vale destacar que o art. 261 do Código de Processo Penal⁸⁸ traz que nenhum acusado será processado e julgado sem defensor. Já em seu parágrafo único, a defesa técnica será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

Aury Lopes Jr. entende que:

A chamada defesa pessoal ou autodefesa manifesta-se de várias formas, mas encontra no interrogatório policial e judicial seu momento de maior relevância. Classificamos a autodefesa a partir de seu caráter exterior, como uma atividade

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

⁸⁷ MAURÍCIO, Bruno. HENRIQUE, Diego. A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro. Revista Liberdades. n. 12, 2013. p. 170.

⁸⁸ Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

positiva ou negativa. O interrogatório é o momento em que o sujeito passivo tem a oportunidade de atuar de forma efetiva – comissão –, expressando os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputa.⁸⁹

Já com relação a defesa técnica, Aury Lopes Jr. entende que:

A defesa técnica supõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito, um profissional, que será tratado como advogado de defesa, defensor ou simplesmente advogado. Explica FENECH que a defesa técnica é levada a cabo por pessoas peritas em Direito, que têm por profissão o exercício dessa função técnico-jurídica de defesa das partes que atuam no processo penal, para pôr de relevo seus direitos.⁹⁰

Para se ter uma defesa técnica assegurada a todos, nos ensina Aury Lopes Jr. que:

O Estado deve organizar-se de modo a instituir um sistema de “Serviço Público de Defesa”, tão bem estruturado como o Ministério Público, com a função de promover a defesa de pessoas pobres e sem condições de constituir um defensor. Assim como o Estado organiza um serviço de acusação, tem esse dever de criar um serviço público de defesa, porque a tutela da inocência do imputado não é só um interesse individual, mas social⁹¹.

Pode-se afirmar, portanto, que a ampla defesa se realiza por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado.⁹²

Com relação ao princípio do contraditório, diz Aury Lopes Jr. que:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionais). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo.⁹³

A preservação do contraditório na relação processual é, talvez, uma das mais importantes missões do juiz. Não basta que a parte se manifeste no processo. Ela tem o direito

⁸⁹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 83.

⁹⁰ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 81.

⁹¹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 82.

⁹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 19ª Ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 47.

⁹³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 80.

de contribuir, cooperar na busca da decisão de mérito e influir no convencimento do juiz e na interpretação das normas discutidas na lide, em autêntico contraditório participativo.⁹⁴

Para Eugênio Pacelli:

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.⁹⁵

Por trás da ampla defesa e do contraditório, é possível desdobrar uma série de direitos e garantias, dentre as quais a possibilidade de investigação defensiva como substrato do direito à produção probatória, esse último derivado do devido processo legal e da paridade de armas.⁹⁶

Vale destacar, que no PLS nº 156/2009 prevê em seu art. 3º que todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais, *in verbis*:

Art. 3º Todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais.

Assim, tendo em vista a previsão de um direito fundamental no Projeto do Novo Código de Processo Penal, esse princípio deve ser respeitado pelo legislador e essencialmente pelos aplicadores da norma, no que tange a aplicação da investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 Impactos positivos

A implementação da investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico brasileiro trará grandes vantagens, principalmente com relação à investigação criminal.

⁹⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação criminal direta pela defesa. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 417.

⁹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 19ª Ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 44.

⁹⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação criminal direta pela defesa. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 420.

Édson Luís Baldan entende que com a implementação da investigação criminal defensiva, o ordenamento jurídico brasileiro obterá como benefícios:

- a) aprimoramento da investigação policial como contraponto eficaz às provas produzidas pelo defensor, obrigando a polícia judiciária e o Ministério Público à busca de contínuo aperfeiçoamento técnico-científico;
- b) criação (ou hipertrofia) de uma categoria profissional: os investigadores privados;
- c) estímulo ao culto das ciências afins ao Direito Penal, como a Criminalística, Criminologia, Medicina Legal, com a conseqüente necessidade de adequação do ensino técnico e superior;
- d) redimensionamento da estatura jurídica do advogado (dentro e fora do processo), transmudando-o da condição de mero espectador inerte e inerte para a posição de ativo protagonista na formação da prova criminal;
- e) obrigação da motivação judicial na admissão da acusação, criando-se verdadeiro juízo de prelibação que arredaria a instauração da instancia judicial quando insuficientes os elementos indiciários e de prova;
- f) maior proximidade do processo penal com a verdade “real” atingível pelo fortalecimento da prova criminal, com a conseqüente serenidade maior do Magistrado ao proferir seu *decisum* com ouvidos às razões produzidas por acusação e defesa em perfeita *égalité des armes*.⁹⁷

Assim, sem prejuízo da identificação de outras fontes de provas, a depender da natureza e das exigências do caso singular, poderá o defensor promover diretamente as seguintes diligências investigatórias:

- a) ter acesso a documentos em poder da administração pública e deles extrair cópias às suas expensas, nos termos da lei;
- b) pesquisar dados e informações disponibilizados na rede mundial de computadores, em domínios públicos ou privados, deles formando extrato ou providenciando ata notarial para instrução do inquérito;
- c) expedir notificações, diretamente através de qualquer meio de comunicação ou, ainda, pelas vias extrajudicial ou judicial;
- d) realizar colóquios informais com vítimas, testemunhas e imputados, como medida preliminar a eventual inquirição formal, podendo promover registro audiovisual do ato, desde que anuentes as pessoas dele participantes;
- e) proceder a oitiva formal de vítima, testemunha ou imputado, precedida, em qualquer caso, de notificação pessoal, podendo promover registro audiovisual do ato, desde que anuentes as pessoas dele participantes;
- f) encomendar a perito privado a realização de exame de corpo de delito, pareceres e demais exames periciais sobre locais, coisas, pessoas, substâncias e documentos, encartando aos autos o respectivo laudo;
- g) requerer, através da autoridade policial ou judicial, exame pericial inicial ou complementar;
- h) vistoriar locais públicos ou de acesso público para levantamentos fotográficos, audiovisuais, gráficos ou descritivos, elaborando o respectivo auto de inspeção;
- i) inspecionar, para idênticos fins do item anterior, locais resguardados pela inviolabilidade domiciliar, desde que presente o prévio e expresse consentimento válido do respectivo morador ou, então, mediante antecedente autorização judicial, vedada, em qualquer caso, a realização de buscas, a apreensão de coisas ou a alteração de estado destas;

⁹⁷ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 64, v. 15, 2007. RBCCRIM. p. 270-271.

- j) apreender coisas e documentos de interesse da formação da prova material, observada a restrição prevista no artigo 6º, I, do Código de Processo Penal;
- k) requerer a produção antecipada de prova na hipótese de injustificada recusa de comparecimento de testemunha, vítima ou imputado, nos termos da lei;
- l) expedir ordem de serviço a detetive particular ou outro profissional externo, contendo o detalhamento da natureza da diligência a ser realizada, a indicação dos meios para execução e a fixação de prazo para conclusão, com posterior juntada do relatório respectivo;
- m) coletar e acondicionar material de mídia digital, em qualquer formato, para instrução, como apenso, do inquérito defensivo, sem prejuízo de sua transcrição ou de gravação total, parcial ou sumária nesses autos;
- n) realizar reprodução simulada do fato criminoso observados os imperativos de segurança e decoro da diligência;
- o) entranhar aos autos do inquérito defensivo e neles manter unicamente os elementos de convicção de interesse da defesa de direitos de seu constituinte.⁹⁸

A investigação defensiva orienta-se à tutela de vários direitos do imputado, vítima ou parte civil, objetivando a identificação de fontes de prova para potencial emprego em:

- a) rejeição ou recebimento de denúncia;
- b) rejeição ou recebimento da queixa crime;
- c) formação do juízo de absolvição sumária;
- d) decretação ou denegação de medidas cautelares;
- e) decisão final de mérito;
- f) atribuição ou refutação da condição de indiciado ou imputado no inquérito policial ou outro procedimento investigatório;
- g) atribuição ou negação da condição de autor do fato nos procedimentos de competência dos Juizados Especiais Criminais;
- h) proposta de acordo de colaboração premiada;
- i) razões de recurso em geral;
- j) ação de revisão criminal;
- k) mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas corpus*, *habeas data*, ação popular e ação civil pública;
- l) atividades de compliance;
- m) demonstração de ofensas a direitos individuais do preso condenado ou provisório;
- n) verificação da violação a direitos individuais no âmbito do sistema de justiça criminal.⁹⁹

Não obstante, os importantes aspectos relacionados à investigação criminal defensiva, que não prevê procedimento investigatório conduzido pelo defensor do imputado, mas tão somente a possibilidade de se requerer diligência nos autos do inquérito policial, poderá o defensor promover as diligências para assegurar uma defesa justa para o imputado.

Para André Azevedo e Édson Baldan:

⁹⁸ BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. Boletim IBCCRIM. N. 322, v. 27, 2019. p. 9.

⁹⁹ BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. Boletim IBCCRIM. N. 322, v. 27, 2019. p. 9.

As vantagens da investigação a cargo do defensor são inegáveis e interessam ao panorama processual penal em geral, seja porque permite à defesa preparar-se adequadamente e sustentar a própria tese, seja porque contribui a garantir o direito à prova em qualquer estado e grau do procedimento, seja, enfim, porque volta-se a realizar cabalmente o princípio de paridade que, como já dito, constitui uma das pilstras sobre a qual se funda a reforma do justo processo.¹⁰⁰

Francisco da Costa Oliveira cita também alguns benefícios da investigação defensiva, a saber:

(i) comprovação do álibi ou de outras razões demonstrativas da inocência do imputado; (ii) desresponsabilização do imputado em virtude de ação de terceiros; (iii) exploração de fatos que revelam a ocorrência de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade; (iv) eliminação de possíveis erros de raciocínio a que possam induzir determinados fatos; (v) revelação da vulnerabilidade técnica ou material de determinadas diligencias realizadas na investigação pública; (vi) exame do local e a reconstituição do crime para demonstrar a impropriedade das teses acusatórias; (vii) identificação e localização de possíveis peritos e testemunhas.¹⁰¹

Portanto, a investigação defensiva garante que a defesa colete elementos de prova que lhe sejam favoráveis, o que permite que o magistrado tenha maior conhecimento sobre os fatos, comparando com os dados da investigação feita pela polícia judiciária, acusação.

A partir da implementação da investigação criminal defensiva, o sistema poderá contar com uma forma de se fazer com que o investigado tenha mais segurança e que a justiça realmente seja atingida ao final de todo o processo penal. O imputado deverá ser informado a respeito do procedimento investigatório estatal instaurado contra si, para que se possa constituir advogado e este proceder a sua investigação.

3.3 Impactos negativos

Além das vantagens com a implementação da investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico brasileiro, ela também traz suas desvantagens.

O código vigente carece de uma regulamentação mínima acerca da investigação defensiva, pois tem como consequências práticas diretas:

¹⁰⁰ AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. Boletim IBCCRIM. n. 137. v. 11, 2004. p. 7.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Francisco da Costa. A defesa e a investigação do crime. Coimbra: Almedina, 2004, p. 58.

- a) inviabilizar o acesso do defensor técnico a informações sigilosas e impedir a colheita coercitiva de declarações testemunhais por ele;
- b) expor o defensor técnico que realize atividade investigativa ao risco de acusações pela prática de infrações penais contra a Administração da Justiça (v.g. falso testemunho; fraude processual, etc.);
- c) induzir preconceito contra a credibilidade de elementos informativos amealhados durante a investigação defensiva.¹⁰²

Diogo Malan entende que dentre as diversas desigualdades materiais que desfavorecem o acusado no âmbito do sistema penal brasileiro, talvez a mais significativa ocorra justamente na fase de investigação preliminar do direito.¹⁰³

É certo que o defensor técnico do acusado pode, em tese, pesquisar ele próprio ou contratar investigador particular para localizar fontes de prova da inocência, mas tal iniciativa inevitavelmente esbarra em uma série de óbices, vejamos:

A uma, a insuficiência de recursos da vasta maioria da clientela preferencial do sistema penal brasileiro para custear os sobreditos serviços de investigação particular.

A duas, a falta de regulamentação em nosso Código de processo penal acerca dos direitos e deveres dos defensores técnicos em suas investigações particulares, o que na prática (a) inviabiliza o acesso deles a uma série de informações sigilosas e os impede de colher declarações testemunhais coercitivamente; (b) expõe tais defensores ao risco de acusações pela prática de infrações penais contra a Administração da Justiça, tais como falso testemunho e fraude processual; (c) perpetua certo preconceito cultural contra a credibilidade de elementos informativos e probatórios amealhados por defensores técnicos ou investigadores particulares por eles contratados.

A três, a falta de percepção dos operadores jurídicos brasileiros acerca da importância da investigação defensiva, que se consubstancia em verdadeiro dever ético inerente ao manú advocatício criminal, talvez porque os estatutos deontológicos da advocacia brasileira são omissos quanto a essa questão.¹⁰⁴

Estamos muito longe de projetar um modelo ideal de conduta a ser esperada pelos defensores:

seja em razão das dificuldades enfrentadas pela esmagadora maioria da clientela penal que não dispõe de condições financeiras para produzir qualquer elemento de prova que dependa de um aporte pecuniário, seja em razão da resistência oferecida pelos operadores do direito em, de um lado, aceitar o advogado em uma fase

¹⁰² MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 96, v. 20, 2012. RBCCRIM. p. 299.

¹⁰³ MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 96, v. 20, 2012. RBCCRIM. p. 280.

¹⁰⁴ MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 96, v. 20, 2012. RBCCRIM. p. 280.

processual antes titulada apenas pela Polícia e, de outro, valorar de forma adequada os elementos por estes produzidos.¹⁰⁵

Nota-se que, a limitação dos instrumentos defensivos dificulta a demonstração de inocência do investigado, pois somente com a participação ativa da defesa é possível que tenhamos uma investigação mais justa e que respeite os princípios fundamentais presentes no nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Destaca-se ainda, que não podemos deixar, em função dos obstáculos, de reconhecer aos acusados instrumentos que lhe permitam alcançar uma mínima paridade de armas.

Com a implementação da investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico brasileiro, haveria um confronto entre a supostamente investigação estatal, e a apuração direcionada pela defesa, pois poderia:

robustecer a ideia de que a investigação defensiva seria desnecessária, já que seus interesses poderiam ser contemplados no corpo da investigação pública. Entretanto a prática forense indica que tal conclusão parte de premissas incorretas. Primeiramente, é inegável que os órgãos estatais relacionam-se com o exercício do poder punitivo. A mentalidade dos integrantes dos órgãos de distribuição de justiça criminal é marcada mais pela comprovação do delito e pela repressão à criminalidade que a proteção de direitos fundamentais de indiciados. Além disso, ao trabalhar com a formulação de hipóteses de investigação, os agentes estatais acabam por condicionar o desfecho da apuração a confirmação ou negação da premissa anteriormente estabelecida, rechaçando eventuais hipóteses contrárias, em geral defensivas.

Outro problema que podemos apontar seria o eventual enfraquecimento da atuação da defesa no âmbito interno da investigação estatal. A possibilidade jurídica de a defesa investigar poderá contribuir para a incorreta ideia de que esta não precisaria mais diligenciar junto a autoridade, que, distorcendo deliberadamente a sistemática, passaria a vedar o acesso do imputado na investigação pública em andamento.¹⁰⁶

Diogo Malan aponta dois possíveis argumentos contrários à investigação criminal defensiva:

O primeiro é o de que as investigações preliminares encetadas pelo Ministério Público e pela Polícia Judiciária seriam feitas por órgãos imparciais do Estado, motivo pelo qual elas supostamente poderiam obter, com o mesmo grau de probabilidade, elementos probatórios e informativos favoráveis ou desfavoráveis ao acusado.

¹⁰⁵ ARAUJO, Marcelo Azambuja. Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS N. 156/09. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 9, n. 16, p.245. jan./jun. 2017.

¹⁰⁶ VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação criminal: o Projeto de Código de Processo Penal e investigação defensiva. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 107, v. 22, 2014. p. 332.

O segundo é o de que no Brasil a gestão probatória infelizmente ainda é protagonizada pelo juiz (art. 156, I e II, do CPP), este supostamente seria capaz de produzir elementos probatórios com as mesmas chances de incriminar ou inocentar o acusado.¹⁰⁷

Vale destacar, que tanto a Polícia Judiciária quanto o Ministério Público desempenham funções relacionadas ao exercício do poder punitivo estatal.

Ademais, os órgãos estatais de assistência judiciária gratuita – até hoje sequer estruturados de forma orgânica e adequada em todos os Estados Federados – tampouco possuem corpos funcionais próprios e capacitados para assegurar uma investigação criminal defensiva aos seus assistidos.¹⁰⁸

Não é fácil atribuir a um único Defensor Público, que já possui uma série de atendimentos e obrigações processuais, o encargo de também se dedicar ao acompanhamento de investigação criminal defensiva de seus assistidos, especialmente quando essa atividade demanda a busca e o deslocamento na procura de fontes de prova.¹⁰⁹

Para Diogo Malan, os fatores que podem ser somados a estrutura do sistema de administração da justiça criminal brasileira são:

- a) falta de infraestrutura, de pessoal, de verbas e o excesso de demanda dos órgãos públicos de assistência judiciária, que atendem a 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 do STF.¹¹⁰

Não há como negar que no sistema processual brasileiro a defesa do réu preso é extremamente prejudicada pela estrutura do processo penal acusatório. Isso se torna mais evidente quando, além de preso, o imputado é hipossuficiente econômico e não possui recursos financeiros para investir no suporte à sua defesa técnica.

¹⁰⁷ MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminas. n. 96, v. 20, 2012. RBCCRIM. p. 298.

¹⁰⁸ MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminas. n. 96, v. 20, 2012. RBCCRIM. p. 299.

¹⁰⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação criminal direta pela defesa. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 431.

¹¹⁰ MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminas. n. 96, v. 20, 2012. RBCCRIM. p. 301.

Além de implementar a investigação defensiva, o Estado deveria fornecer o meio necessário para que tal investigação aconteça, no caso de pessoas que não tem condições de arcar com as custas que essa investigação irá trazer, seja pela contratação de perito ou de pessoas com conhecimento técnico específico na área. Neste caso, seria mais viável a Defensoria Pública, pois cabe a ela a assistência judiciária gratuita.

Insta salientar, que com a possibilidade de implementação da investigação criminal defensiva, terá que ser feita uma estruturação da Defensoria Pública para suportar as novas demandas.

3.4 A investigação criminal defensiva como meio de garantir a paridade de armas

A paridade de armas também é conhecida como igualdade das partes ou princípio da igualdade, embora não há contraditório no inquérito policial, esse princípio se comunica com o contraditório.

A paridade de armas ou o princípio da igualdade esta prevista no art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.¹¹¹ Trata-se de um direito fundamental que deve ser respeitado pelo legislador e essencialmente pelos aplicadores da norma.

A paridade de armas diz respeito à igualdade processual das partes, a possibilidade de ambas as partes receberem tratamento equânime para atuarem na defesa de seus interesses, tendo suas razões e conjunto probatórios a mesma força a influenciar e firmar o convencimento do magistrado.¹¹²

Com relação à investigação criminal defensiva, Édson Baldan entende que:

A investigação criminal direta pelo advogado restaura a cláusula do devido processo legal ao restabelecer formalmente a paridade de armas entre acusação e defesa,

¹¹¹ 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:

¹¹² MAURÍCIO, Bruno; HENRIQUE, Diego. A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro. Revista Liberdades. n. 12, 2013. p. 169.

aperfeiçoa a qualidade e quantidade da prova servível a múltiplos fins, extra e endoprocessuais, assim reduzindo a probabilidade de erro judiciário. Enriquece o culto às ciências afins ao Direito Penal, em especial Criminalística, Criminologia e Medicina Legal. Não tumultua, embaraça ou obstrui eventual investigação estatal ou instrução judicial, pois, repita-se, destas independe e porque segue sempre um curso paralelo, sem tangenciá-las ou interceptá-las.¹¹³

Insta salientar, que não podemos deixar de registrar que a investigação defensiva, tal como proposta, é demasiadamente insuficiente para suprir a disparidade de armas de que dispõem acusação e defesa na fase preliminar.¹¹⁴

Segundo André Azevedo e Édson Baldan:

Argumentar-se-á, com razão, a ausência de previsão legal expressa para a implantação imediata do inquérito defensivo que, destarte, seria pouco menos que utopia. Ademais, há de socorrer ao defensor o dogma sagrado constitucional da isonomia: os mesmos juízes, complacentes com a investigação extralegal do Ministério Público na proteção da “sociedade”, não poderiam, pena de ofensa à *uguaglianza delle armi*, obstar a ação simétrica do advogado criminalista na defesa, não menos nobre, daquele que, constitucionalmente, é presumido não-culpado.¹¹⁵

Sendo assim, se faz necessário respeitar esse direito fundamental que está presente em nosso ordenamento jurídico e garantir sua efetividade na aplicação da investigação criminal defensiva.

Somente haverá verdadeira paridade de armas entre acusação e defesa, se o Estado, por meio de sua Defensoria Pública, suprir a defesa econômica do imputado na fase investigativa, tendo em vista que na maioria das vezes, é pessoa hipossuficiente, para assegurar o seu devido processo legal na investigação criminal defensiva.

Franklyn Silva preceitua que:

Na atividade de investigação defensiva, o papel da defesa técnica é arrecadar informações e elementos que possam direcionar o exercício da resistência à pretensão acusatória e direcionar a proposição das provas na relação processual, permitindo que ambas as partes tenham o controle e a previsibilidade de suas ações no processo.¹¹⁶

¹¹³ BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. Boletim IBCCRIM. N. 322, v. 27, 2019. p. 9.

¹¹⁴ ARAUJO, Marcelo Azambuja. Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS N. 156/09. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 9, n. 16, p.244, jan./jun. 2017.

¹¹⁵ AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. Boletim IBCCRIM. n. 137. v. 11, 2004. p. 8.

¹¹⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação criminal direta pela defesa. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 416.

O direito fundamental a investigação defensiva, portanto, pode ser duplamente fundamentado: (a) no direito à prova defensiva, na medida em que o seu exercício em juízo pressupõe prévia atividade investigativa; (b) na garantia da paridade de armas¹¹⁷.

Ou seja, ao aplicar o princípio da paridade de armas na investigação defensiva, é que teremos a garantia do tratamento igual aos que estão em posições jurídicas diversas, mas idênticas no processo, com as mesmas oportunidades para prova dos argumentos.¹¹⁸

¹¹⁷ MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 96, v. 20, 2012. RBCCRIM. p. 297.

¹¹⁸ FRANÇA, Pablo Rodrigo; NETO, Mário Furlaneto; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Análise crítica da investigação criminal e defensiva no Brasil. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 10, n. 18, p.176, jan./jun. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A possibilidade de investigação defensiva no Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 não é expressa, sendo somente disposta no art. 13. Esse artigo não prevê quem pode instaurar a investigação e qual a sua finalidade, ele não diz o que a defesa pode fazer quais os atos que podem ser realizados e quais os tipos de fontes de prova poderão ser identificados.

O projeto deveria instruir um procedimento detalhado de como deveria ocorrer a investigação defensiva, definindo regras que devem ser observadas no decorrer do trabalho da defesa durante a fase pré-processual.

A proposta do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 configura um avanço no tratamento da matéria, em relação ao modo como atualmente o tema é tratado. Assim, a investigação criminal defensiva terá grande relevância para a consagração do sistema acusatório em sede de investigação criminal.

A investigação criminal defensiva tem como finalidade se fazer inserir na fase pré-processual as garantias que hoje não se fazem presentes, e, assim fazer com que se tenha um resultado mais justo e seguro, para todos os sujeitos que estão presentes nesta fase. Trazendo, ao fim do processo um resultado muito mais justo e juridicamente seguro para a sociedade.

A necessidade de uma investigação criminal defensiva vem ganhando importância, pois a investigação como é feita atualmente através do inquérito policial, foca somente na sua atenção na busca de elementos que possam sustentar a tese de acusação, o que acaba prejudicando o imputado, tendo em vista o risco de desaparecerem provas importantes para a sua defesa.

Um processo justo depende, em grande parte, da disposição de meios necessários para que a pessoa submetida a uma imputação penal possa participar do processo pessoalmente e ao mesmo tempo ter ao seu lado um profissional encarregado de manusear os instrumentos previstos no ordenamento jurídico, garantindo-se a desejada paridade de armas na relação processual penal e um resultado que melhor atenda aos interesses do acusado.

Além disso, deverá haver previsão normativa de regras correlatas no regime jurídico dos advogados e da Defensoria Pública, além de disposições regulamentares no âmbito dessas instituições para se garantir a investigação defensiva.

Vale destacar que o Provimento nº 188/2018 da OAB já regulamenta a investigação defensiva pelo advogado profissional, de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.

Implementar a investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico brasileiro representará uma evolução do sistema atual, mas irá depender de alterações legislativas e principalmente alterações em suas estruturas, para se garantir uma investigação criminal justa.

É imprescindível incluir os direitos fundamentais do acusado à investigação defensiva, o qual se fundamenta tanto no princípio da ampla defesa e do contraditório quanto na garantia da paridade de armas.

A investigação criminal defensiva é um modelo de investigação que tem sua eficácia comprovada, após ampla e duradoura aplicação em países dotados de sistemas de justiça criminal bastante complexos. Mas para dar certo no Brasil será necessário repensar o modelo investigativo brasileiro de modo a fazer valer a verdadeira paridade de armas entre acusação e acusado, respeitando os direitos fundamentais presentes em nosso ordenamento jurídico.

Basicamente, podemos concluir que a investigação criminal defensiva é a possibilidade de a defesa participar da fase pré-processual, a fim de defender-se provando. Obedecendo ao princípio da ampla defesa e do contraditório que estão previstos na Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 5º, LV, como também garantir a paridade de armas ou o princípio da igualdade, que está previsto também no art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil. Trata-se de um direito fundamental que deve ser respeitado pelo legislador e essencialmente pelos aplicadores da norma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Marcelo Azambuja. **Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS N. 156/09.** Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 9, n. 16. jan./jun. 2017.

ASSUNÇÃO, Bruno Barros de; **Sistema de justiça criminal.** Brasília: ESMPU, 2018.

AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. **A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando.** Boletim IBCCRIM. n. 137. v. 11, 2004.

BALDAN, Édson Luís. **Investigação defensiva: o direito de defender-se provando.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 64, v. 15, 2007. RBCCRIM.

BALDAN, Édson Luís. **Lineamentos da investigação criminal defensiva no provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB.** Boletim IBCCRIM. N. 322, v. 27, 2019.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.045 de 2010.** Disponível em < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal de 1941.** Promulgado em 03 de outubro de 1941. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 04 de Nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 de Nov. 2019.

FRANÇA, Pablo Rodrigo; NETO, Mário Furlaneto; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **Análise crítica da investigação criminal e defensiva no Brasil.** Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 10, n. 18. jan./jun. 2018.

GARCEZ, William. **Investigação criminal constitucional: conceito, classificação e sua tríplice função.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5136, 24 jul. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58958>. Acesso em: 2 nov. 2019.

HOUAISS, Antônio. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva. 2012.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

LOPES Jr., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

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

MAURÍCIO, Bruno; HENRIQUE, Diego. **A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro.** Revista Liberdades. n. 12, 2013.

OAB. **Provimento nº 188/2018 da OAB.** Disponível em <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018?search=188%2F2018&provimentos=True>>. Acesso em 15 nov. 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 19ª ed. São Paulo: Atlas. 2015.

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

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2019.

SALLUM, Camila. **A busca pela adequação aos preceitos do sistema acusatório: o controle da legalidade no curso da investigação criminal pelo juízo das garantias.** Belo Horizonte: VirtuaJus. v. 3, n. 4, 1º sem. 2018 – ISSN 1678-3425.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPodivm. 2019.

VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. **Investigação criminal: o Projeto de Código de Processo Penal e investigação defensiva**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 107, v. 22, 2014.