

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA – UFU
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS” – FADIR
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARIA LAURA CAMPOS LOPES

**A EFETIVA APLICAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL COMO
PROTEÇÃO ÀS GARANTIAS E DIREITOS DO INVESTIGADO NO PROCESSO
PENAL**

MARIA LAURA CAMPOS LOPES

A efetiva aplicação da Investigação Defensiva no Brasil como proteção às garantias e direitos do investigado no Processo Penal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao componente TCC2 à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – UFU, como requisito básico para a conclusão do Curso de Direito.

Orientadora: Prof^a. Dra. Simone Silva Prudêncio

UBERLÂNDIA-MG
2022

A efetiva aplicação da Investigação Defensiva no Brasil como proteção às garantias e direitos do investigado no Processo Penal

Trabalho de conclusão de curso orientado pela Prof^a. Dra. Simone Silva Prudêncio, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia-UFU, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, aprovado pela banca examinadora formada por:

Uberlândia, 11 de janeiro de 2023

Prof^a. Dr^a. Simone Silva Prudêncio
Orientadora – Professora Doutora na UFU

Prof. Me. Karlos Alves Barbosa

RESUMO

Diante das problemáticas existentes no funcionamento do sistema processual penal brasileiro, ainda marcado por características inquisitórias que afetam em especial o imputado, surge a necessidade da análise de possíveis soluções que amenizem a vulnerabilidade da parte acusada. O presente estudo versa sobre um desses mecanismos: a investigação criminal defensiva, a qual surge como forma de efetivar e ampliar a atuação da defesa em todas as fases da persecução penal, em especial no inquérito policial. Para tanto, o trabalho foi desenvolvido por meio da análise do contexto histórico, dos princípios e garantias constitucionais relacionados, bem como dos contornos doutrinários e práticos envolvidos na questão. Destacando ainda, os tímidos incentivos ao instituto defensivo, como o Projeto de Lei n. 8.045/2010 e o Provimento nº 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, assim como suas contribuições para a efetivação da proteção constituída ao acusado e as dificuldades que enfrenta em sua consolidação, chegando-se à conclusão da essencialidade da investigação defensiva em prol de um processo penal justo e efetivo.

Palavras-chave: investigação criminal defensiva; garantias constitucionais; inquérito policial; persecução penal; Projeto de Lei n. 8.045/2010; Provimento nº 188/2018 da OAB.

ABSTRACT

In front of problems in the functioning of the Brazilian criminal procedural system, still marked by inquisitorial characteristics that affects mostly the accused, comes up a need to analyze possible solutions that alleviate the vulnerability of the accused part. The present study deals with one of these mechanisms: the defensive criminal investigation, which appears as a way to implement and expand the defense's performance in all phases of the criminal prosecution, especially in the police investigation. To this end, the work was developed through the analysis of the historical context, the related constitutional principles and guarantees, as well as the doctrinal and practical contours involved in the issue. Also highlighting the timid incentives to the defensive institute, such as Bill n. 8.045/2010 and Provision n° 188/2018, of the Federal Council of the Brazilian Bar Association, as well as their contributions to the effectiveness of the protection constituted for the accused and the difficulties they face in its consolidation, reaching the conclusion of the essentiality of the defensive investigation in favor of a fair and effective criminal procedure.

Keywords: defensive criminal investigation; constitutional guarantees; police investigation; criminal persecution; Bill n. 8,045/2010; Provision n° 188/2018 of the OAB.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. A PERSECUÇÃO PENAL.....	8
2.1. O inquérito policial.....	9
2.2. O papel do Ministério Público na Persecução Penal.....	12
3. PRINCÍPIOS ESSENCIAIS À PROTEÇÃO DO INVESTIGADO.....	13
3.1. Devido processo legal.....	14
3.2. Princípios do contraditório e da ampla defesa.....	14
3.3. Princípio da igualdade – a paridade de armas.....	15
4. A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA.....	16
4.1. A investigação defensiva no direito comparado.....	18
4.2. A regulamentação do Brasil.....	20
4.3. Aplicação no processo penal.....	22
5. CONCLUSÃO.....	26
REFERÊNCIAS.....	27

1 INTRODUÇÃO

O sistema penal brasileiro foi moldado às bases do modelo inquisitorial, em que as funções de defesa, acusação e julgamento concentravam-se todas na figura do juiz responsável pela apreciação da causa. Notadamente, esse tipo de estrutura afeta em muito o julgamento imparcial, ainda mais por não exigir do julgador convencimento motivado de suas decisões e não permitir o contraditório, deixando o acusado à mercê da busca pela condenação de um culpado.

Contudo, o advento da Constituição Federal de 1988 trouxe um viés garantista a investigação de delitos, adotando para o sistema processual penal o modelo acusatório. Neste, há a divisão de tarefas de acusação, defesa e julgamento, além de um rol de garantias e direitos fundamentais do acusado. Há, ainda, a figura de um juiz neutro e imparcial em suas decisões, enquanto a função defensora se torna essencial a legalidade do andamento processual.

Nesse contexto, em que o advogado de defesa ganhou mais espaço processo penal, surge o instituto da investigação criminal defensiva no Brasil. Esta que, em síntese, é a possibilidade de o acusado participar ativamente da investigação do crime através de seu defensor, podendo assim produzir elementos probatórios favoráveis a si.

Sua existência é essencial a efetivação de um modelo garantista de proteção aos direitos do investigado, além de possibilitar o equilíbrio em um contexto de ampliação dos poderes investigatórios do Ministério Público (MP), o que será analisado adiante. De modo a garantir um processo justo e equânime, a fim de evitar que injustiças sejam cometidas, em razão de investigações voltadas apenas a buscar elementos de acusação e não a apuração real dos fatos.

Nesse ínterim, a investigação defensiva, vem, timidamente, ganhando espaço no mundo jurídico, apesar de muitas vezes ser vista com rejeição pelas autoridades as quais seus resultados são apresentados, em razão do preceito punitivista que será esclarecido ao longo do estudo.

À exemplo de seu fortalecimento, destaca-se o Projeto de Lei 8.045/2010, que disciplina sobre o novo código de processo penal, e traz maneiras de atuação por parte do advogado a fim de colocar em prática o instituto da investigação defensiva de forma apropriada.

E ainda, o Provimento nº 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), o qual foi criado como forma de regulamentar a prática da investigação defensiva pelos advogados, em um cenário em que as deficiências da defesa criminal se mostram gritantes, em consequência da falta de espaço para a atuação ativa e concreta do advogado de defesa.

O presente estudo busca, portanto, destacar e explicitar as dificuldades da efetiva prática

deste instituto, bem como a essencialidade de sua existência para a efetivação dos princípios e garantias fundamentais de igualdade e defesa do acusado, em especial na fase de investigação preliminar, momento de sua maior vulnerabilidade.

Para tanto, o presente estudo foi dividido em fases de análise.

Inicialmente será feita a análise do funcionamento da persecução penal no Brasil, destacadamente do inquérito judicial, resquício evidente do sistema processual inquisitório. É necessária sua análise em especial, pois seria o momento de maior necessidade de atuação da investigação criminal defensiva, como meio de efetivar a paridade de armas entre acusação e defesa e de permitir a incidência do contraditório em seu andamento.

Nesse ponto, ressalta-se a fragilidade do imputado nas ações penais, em razão dos fortes vestígios do sistema inquisitorial, período histórico em que o sistema processual penal não prezava por proteger direitos fundamentais do imputado, e sim, majoritariamente, encontrar um culpado, a quem não se via como um sujeito de direitos.

Após, haverá o apontamento das garantias e princípios constitucionais regentes do processo penal brasileiro, ressaltando sua importância no processo justo para o imputado. Entre os quais merecem destaque a garantia do devido processo legal e os princípios do contraditório, da ampla defesa e da igualdade das partes, consagrada pela paridade de armas.

Será demonstrando por fim, a imprescindibilidade de um instituto como a investigação criminal defensiva para proteção das garantias processuais e princípios explicitados acima, esclarecendo, para tanto, do que se trata o instituto propriamente dito e como deveria funcionar na prática. Inclusive, para isso, será realizada uma análise comparativa em relação ao funcionamento deste mecanismo em outros países, e enfim, apontadas as dificuldades práticas de sua aplicação e a razão para a resistência que a envolve.

2 A PERSECUÇÃO PENAL

A persecução penal, ou *persecutio criminis*, consiste no percurso trilhado pelo Estado no exercício de seu *jus puniendi* (direito de punir), sendo dividida em duas etapas: a investigação preliminar e o processo penal.

De modo geral, ocorrido o crime, surge para o Estado o referido *jus puniendi*, que consiste no seu direito de, através de um processo, realizar a persecução penal. A qual se inicia através da *notitia criminis*, que consiste em chegar ao conhecimento da autoridade policial um fato aparentemente criminoso.

A partir desse momento, se inicia a investigação criminal, etapa em que se busca a elucidação dos fatos trazidos à tona a partir do relato do delito ocorrido. Para tanto, é necessário

que sejam colhidos elementos probatórios capazes de servir à próxima etapa, isto é, só deve haver a ação penal se forem produzidos elementos na investigação que justifiquem sua instauração. Para tanto, estes devem comprovar a materialidade do delito e trazer indícios suficientes de sua autoria.

Em seguida, caso cumpram com os requisitos, se dá a instauração da ação penal, iniciando a segunda etapa da persecução penal: a fase processual. Momento em que há o exercício pelo Estado de seu *jus persecuendi* (direito de demandar), provocado inicialmente pela peça inicial das ações penais, que podem ser denúncia ou queixa-crime, as quais, caso sejam recebidas pelo Juiz competente permitem a citação do investigado para iniciar sua defesa ativa.

Nesta fase, as partes são os atores principais, sendo responsáveis pela produção probatória que será levada ao julgamento do magistrado, de quem se espera imparcialidade nas decisões, bem como sua devida fundamentação.

Logo, a *persecutio criminis* é dividida em uma etapa administrativa, que se trata da investigação preliminar, marcada pelo sistema inquisitorial, e uma fase processual, marcada, em tese, pelo sistema acusatório.

Por se tratar da fase em que há a maior disparidade de armas entre defesa e acusação, desequilíbrio o qual a investigação criminal defensiva pretende corrigir, a investigação preliminar, mas especificamente o inquérito policial, será mais bem detalhado a seguir, a fim de auxiliar na compreensão da substancialidade daquele instituto nessa etapa.

2.1 O inquérito policial

Fase administrativa e pré processual da persecução penal, o inquérito policial consiste na etapa de produção dos elementos probatórios após o recebimento da notícia crime pela autoridade competente. Tais elementos de informação serão fornecidos ao Ministério Público, para que ele então decida pelo ajuizamento ou não da ação penal, a depender da *opinio delicti* formada pela apresentação destes.

O modelo de investigação criminal adotado hoje pelo Direito brasileiro já passou por diversas adaptações. Inicialmente, enquanto ainda vigiam as Ordenações nos tempos do Brasil colonial, a investigação criminal era dividida em duas formas. A devassa, forma de investigação ordinária, em seu modelo mais inquisitorial, o qual não exigia indicação de autoria, nem ao menos indícios. E ainda, a querela, modelo de investigação sumária, que exigia a prévia indicação de autoria ou ao menos indícios. (ALMEIDA, 1973).

Após esse período, com a independência do Brasil, vieram os Juizados de Paz, que por

meio de lei específica traziam atribuições policiais preventivas e repressivas aos denominados Juízes de Paz, o que foi mantido pelo Código de Processo Penal (CPP) promulgado em 1832. (SAAD, 2004). Enfim, em 1841, a investigação criminal passou a ser conduzida pela Autoridade Policial, o que segue até os dias atuais, apesar de algumas modificações em relação ao formato da investigação.

Inicialmente, o inquérito policial foi regulamentado pelo Decreto nº 4.824 de 22 de novembro de 1871, o qual em seu art. 42, conceituava esse modelo de atuação como diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias, e dos seus autores e cúmplices¹.

Atualmente, esse modelo legal de apuração está regulado pelos artigos 4º a 23 do Código de Processo Penal, de 1941 e pode ser definido como a atuação investigatória da Polícia Judiciária, na busca pela apuração da materialidade da infração penal cometida e respectiva autoria (BRASIL, 1941).

Importa ressaltar que o ordenamento penal brasileiro foi moldado em um contexto histórico em que se buscava a eficiência da persecução criminal a qualquer custo, de modo que o investigado não era visto como um sujeito de direitos ou garantias, e sim como um objeto da investigação. Conforme destaca, Gilson Bonato (2003, p. 101–102):

[...] há que se assinalar que toda a legislação processual penal brasileira ainda em vigor foi fruto da influência dos regimes fascista e nazista, tendo o Código de Processo Penal, datado de 1941, forte influência do Código Italiano, lembrando que foi concebido na era getulista. As legislações posteriores não passaram de emendas ao Código [...]. Entretanto, a Constituição de 1988 trouxe consigo um novo quadro para o direito processual penal, evidenciando a adoção de um modelo acusatório.

Nos dias atuais, o procedimento do inquérito policial inicia-se a partir de uma ordem de início, que pode vir de uma portaria, auto de prisão em flagrante delito pela Polícia Judiciária, requisição do Juiz ou do Ministério Público, ou ainda a pedido do ofendido ou seu representante legal. Em seu curso, são feitas as diligências para a produção dos elementos informativos, sendo encerrado com o relatório final a ser enviado ao Ministério Público, quem decidirá pelo ajuizamento de ação penal ou arquivamento do inquérito.

Tendo suas funções elencadas nos artigos 6º e 13 do CPP, a Autoridade Policial é responsável por presidir o inquérito policial, sendo suas principais atribuições: reunir os dados iniciais em relação ao delito noticiado e evitar o perecimento dos elementos probatórios materiais deste (BRASIL, 1941).

¹ “Art. 42. O inquerito policial consiste em todas as diligencias necessarias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas circunstancias e dos seus autores e complices; e deve ser reduzido a instrumento escripto, observando-se nelle o seguinte” (BRASIL, 1871).

Aury Lopes Júnior, juntamente com Alexandre da Rosa e Gabriel Bulhões Dias (2019), em relação ao inquérito policial nos seus moldes atuais, afirmam que para os operadores do direito que trabalham diariamente na justiça criminal, é evidente que a Polícia Civil e a Federal atuam em perspectivas inquisitoriais e dedicadas à acusação, quase não sendo possível perceber movimento tendente ao reforço de teses de defesa do acusado. Os autores declaram ainda:

E a exceção, por óbvio, vem para reforçar a regra geral. Qualquer divergência somente poderia se escorar em uma análise contrafactual, sendo de uma inocência angelical o entendimento de que a polícia judiciária, braço operacional e de controle do Estado, se veste da imparcialidade pura que permite uma igualdade de possibilidades às teses acusatórias e defensivas. Até porque, imparcialidade é uma construção técnica artificial do processo, como atributo exclusivo do "juiz", não da polícia e tampouco do MP no processo penal (outra confusão ou distorção bastante comum). Portanto, falar em imparcialidade da polícia ou do MP no processo penal é um grave equívoco conceitual (LOPES JÚNIOR; ROSA; DIAS, 2019, s.p.).

Nessa linha, é notório que historicamente o inquérito judicial foi pensado e posto em prática como um instrumento investigativo que acabava por mitigar as garantias do contraditório e da ampla defesa. De modo que, mesmo nos dias atuais, o inquérito ainda tem um viés inquisitorial, centralizando na Autoridade Policial, no caso o delegado de polícia, funções que vão a sentido contrário as atividades típicas do sistema acusatório puro, pretendidas pela Constituição Federal de 88, a seguir listadas por Aury Lopes Junior:

a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que ele se mantinha afastado da iniciativa e gestão da prova, atividade a cargo das partes; b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas; c) adoção do princípio *ne procedat iudex ex officio*, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo; d) estava apenado o delito de denúncia caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra réu ausente (até porque as penas são corporais); e) acusação era por escrito e indicava as provas; f) havia contraditório e direito de defesa; g) o procedimento era oral; h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 57)

Além disso, a atuação do Ministério Público no inquérito policial, como será analisado a seguir, contribui para que seja visto como uma ferramenta contrária aos preceitos garantistas almejados pela Carta Magna ao firmar o sistema investigatório criminal como acusatório.

2.2 O papel do Ministério Público na persecução penal

Ao Ministério Público, cabe, além de requisitar a instauração do inquérito caso tome conhecimento de um possível delito, também requisitar diligências à Polícia Judiciária, a qual está obrigada a atendê-las em razão do art. 13, II, do Código de Processo Penal. Tal disposição legal consagra a atuação do Ministério Público no inquérito policial (BRASIL, 1941).

É nesse ponto que se discute a qualificação do Ministério Público na persecução penal. Para parte dos estudiosos, ele se comportaria como “parte imparcial”, não possuindo interesse jurídico oposto ao investigado, apenas atuando na busca pela verdade a fim de garantir a justa

aplicação legal.

Contudo, há aqueles que compreendem o *Parquet* como aquele que efetiva a pretensão punitiva em Juízo, sendo parte na ação penal, de modo a exercer posicionamento jurídico ativo na relação jurídica processual.

Isso porque, nas ações penais tem-se dois interesses jurídicos em conflito, o *ius libertatis*, que seria o interesse processual do acusado e o *ius puniendi*, que seria o do Estado. No caso do Estado, é o Ministério Público que efetiva seu *ius puniendi*, atuando como titular da ação penal diante de indícios suficientes de materialidade e autoria delitiva, com exceção aos casos em que a legitimidade é do particular ofendido.

Sendo assim, cumpre ao órgão ministerial atuar como parte acusadora, levando em Juízo a pretensão punitiva do Estado. Sendo essencial para sua atuação que sejam colhidos elementos relacionados à tese acusatória, a fim de contribuir para a formação da opinião do Juiz à decisão final favorável ao interesse estatal.

Nesse sentido, disserta o Prof. André Augusto Mendes Machado (2009, p. 55):

A atuação parcial do Ministério Público, direcionada a comprovar a prática da infração penal, é constatada empiricamente. É quase impossível vislumbrar o órgão ministerial agindo em prol do imputado - e nem seria natural que isso ocorresse enquanto parte, o Ministério Público procura comprovar a existência dos elementos objetivos e subjetivos do crime.

Vale lembrar que cabe ao órgão ministerial atuar como fiscal da lei, realizando o controle externo da atividade policial, nos termos do artigo 129, VII², da Constituição Federal. Sendo assim, além de atuar como parte, a função incumbida ao *Parquet*, acaba por provocar uma dependência funcional, de modo a tornar o inquérito policial, nada mais que uma investigação ministerial.

Em sínteses, os defensores da existência de uma investigação ministerial afirmam que, já que o art. 129 da CF atribui a titularidade da ação penal ao Ministério Público, isto é, já que a *opinio delicti* fica a cargo do promotor, a prerrogativa de investigar estaria inserida de maneira implícita no referido artigo, pois o Ministério Público deve dispor dos meios adequados para atingir a ação penal (CABETTE; SANNINI NETO, 2013).

Isto posto, na posição em que se encontra o Ministério Público, atuando como responsável por preservar os limites da atuação policial e ainda como parte acusadora, resta fortemente prejudicada a imparcialidade processual pretendida pelo sistema acusatório de investigação.

² “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior” (BRASIL, 1988).

De modo que, somada a estruturação da investigação criminal no Brasil, carregada pelo viés inquisitorial, a atuação do Ministério Público nos moldes explicitados corrobora para um sistema permeado de disparidades, em que o imputado se encontra em uma posição de desprestígio e vulnerabilidade.

Nesse sentido, indagam Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa (2019, s.p.):

É inegável a disparidade de armas entre acusação e defesa, não só pela estrutura e cultura inquisitória do processo penal brasileiro, mas também porque, além da polícia, pode o MP investigar diretamente (STF). Sem esquecer que na matriz inquisitória brasileira até o juiz pode determinar a prática de produção antecipada de provas no inquérito (artigo 156, I do CPP)! Então, não existe disparidade de armas? Não há necessidade de fortalecimento da defesa nesta fase?

Nessa linha de questionamento, sobre a necessidade do fortalecimento da defesa na persecução penal, considerando seus resquícios inquisitoriais e os moldes da atuação do Ministério Público como parte acusadora, é essencial compreender as garantias e princípios assegurados constitucionalmente ao acusado frente ao Estado, o que será feito a seguir.

3 PRINCÍPIOS ESSENCIAIS À PROTEÇÃO DO INVESTIGADO

A princípio, ressalta-se que o investigado deve ser reconhecido e tratado como um sujeito de direitos, e não como mero objeto da investigação, como no passado, de modo que lhe devem ser resguardadas algumas proteções fundamentais durante toda a persecução penal.

Dito isso, se faz necessário apontar as principais características do sistema de investigação acusatório, pretendido por nossa Carta Magna, quais sejam: a total separação das funções de acusação, defesa e julgamento; a imparcialidade do Juiz; o contraditório; a presunção da inocência; a liberdade de defesa e igualdade de posição entre as partes; bem como a livre apresentação de provas por ambas (MARQUES, 1997).

Nesse cenário, objetivando um processo justo, algumas das garantias previstas pelo nosso texto constitucional merecem destaque. São elas: a garantia ao devido processo legal; os princípios do contraditório e da ampla defesa; e por fim, o princípio da igualdade, consagrado pela paridade de armas.

São estes que orientam e garantem a existência de um processo justo, traçado nos moldes garantistas (MILANEZI, 2020). Sendo assim, a partir de sua compreensão, se vislumbrará claramente a necessidade da implementação efetiva da investigação criminal na persecução penal, como forma de garantir a posição do acusado como sujeito de direitos em todas as fases, em especial na fase maior disparidade de armas, a investigação preliminar, compreendida como a base do processo criminal.

3.1 Devido processo legal

Previsto pelo artigo 5º, inciso LIV³, da Constituição Federal, o devido processo legal garante que o indivíduo só será privado de sua liberdade ou terá seus direitos restringidos mediante um processo legal, exercido pelo Poder Judiciário, por meio de um juiz natural, assegurados o contraditório e a ampla defesa (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, [20--])

Nesse sentido, o jurista Vicente Greco Filho (2019) ensina que a garantia proveniente do devido processo legal deve ser analisado sob dois aspectos: de um lado, a indispensabilidade do processo legal para aplicação da pena; de outro, a existência de um processo adequado, pautado pelas garantias da igualdade, do contraditório e da ampla defesa.

Consiste, portanto, no somatório de atos preclusivos e coordenados que devem ser realizados de acordo com as formalidades estabelecidas, tanto na investigação quanto na instrução e julgamento, a fim de garantir as partes envolvidas, em especial ao acusado, diante de um juiz competente, a justiça e isonomia processual.

Conforme enumera Rogério Lauria Tucci (1993, p. 468), o devido processo legal abarca as garantias a serem respeitadas durante toda persecução penal:

(...) especifica-se o devido processo penal nas seguintes garantias: a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; a) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal.

É nesse sentido que, efetivar a investigação criminal defensiva em todas as etapas, em especial na investigação preliminar, é uma forma de preservar o devido processo legal. Pois, conforme será detalhado adiante, a investigação preliminar é um modo de garantir ao acusado a plenitude e paridade de defesa tão essenciais ao processo justo, conforme almeja nosso ordenamento jurídico.

3.2 Princípios do contraditório e da ampla defesa

O contraditório encontra previsão legal no artigo 5º, LV da Constituição Federal⁴, e se manifesta de duas formas: ciência e participação. A primeira está relacionada a necessidade de que as partes sejam comunicadas previamente de todos os atos processuais a serem praticados. Enquanto a segunda, diz respeito a possibilidade de que elas atuem ativamente nestes atos.

³ “Art. 5º LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

⁴ “Art. 5º 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” (BRASIL, 1988).

Atuando, portanto, como protagonistas da ação penal no objetivo de convencer o juiz de suas teses. Nesse sentido, detalha Antonio Magalhães Gomes Filho (2013, p. 40–41):

A primeira manifestação do contraditório e pressuposto básico da referida participação é a informação, uma vez que sem a ciência efetiva a respeito de tudo o que se passa no processo seria inviável o exercício daquele complexo de atividades pelos interessados no provimento. Daí a grande relevância para o contraditório dos atos de comunicação processual (...). Num segundo momento, de participação ativa propriamente dita, o contraditório engloba um amplo e complexo feixe de prerrogativas, poderes e faculdades utilizadas pelas partes, que convergem para a obtenção de um resultado favorável por intermédio do processo.

Importa ressaltar, que o contraditório deve ser pleno e efetivo. Pleno vez que deve ser observado em todas as fases da persecução penal, e efetivo, pois deve ser oportunizado às partes meios reais de contrariar os atos processuais do polo oposto, influenciando de fato no convencimento do julgador.

Ainda no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, está prevista a ampla defesa. Definida por Guilherme Nucci (NUCCI, 2020) como:

(...) o direito de se defender da imputação feita pela acusação, tendo em vista que, no processo, é considerado parte hipossuficiente por natureza, em relação ao Estado, que é sempre mais forte por agir através de órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes que tem acesso. A proteção à ampla defesa deve abranger o direito à defesa técnica (processual ou específica) e à autodefesa (material ou genérica).

Na mesma esteira, Vicente Greco Filho, sintetiza os meios inerentes à ampla defesa, como sendo o direito a ter conhecimento claro da imputação; poder apresentar alegações contra a acusação; poder acompanhar a prova produzida e rebatê-la; ter defesa técnica; e poder recorrer da decisão desfavorável. (GRECO FILHO, 1989)

Nota-se, portanto, que o contraditório e a ampla defesa estão fortemente relacionados, atuando como garantias essenciais à efetiva posição de defesa do acusado, na busca pelo equilíbrio processual e consequente, resultado justo. Os quais podem ser alcançados justamente por meio de uma atuação equânime e plena de ambas as partes em todos os momentos do processo.

3.3 Princípio da igualdade — a paridade de armas

Isto posto, outro princípio de especial destaque é o Princípio da Igualdade, também denominado como paridade de armas. Instituto que busca não somente uma igualdade formal, mas a verdadeira igualdade material, a fim de remediar as evidentes desigualdades existentes entre as partes componentes da ação penal.

Nesse aspecto, o Juiz tem papel essencial, pois deve atuar de modo a suprir a discrepância existente em relação aos recursos disponíveis pelos litigantes, vez que enquanto

uma possui todo aparato estatal, já que atua em seu exercício (Ministério Público), a outra, via de regra, mal possui recursos para sua própria defesa.

À vista disso, cabe ao magistrado receber os elementos informativos de ambos com uma posição isonômica e justa, aplicando as leis de forma igualitária e motivando suas decisões na busca pela verdade dos fatos.

Em consonância, Luigi Ferrajoli (2002, p. 490) afirma:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo o estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.

Contudo, por todo funcionamento descrito até agora, é evidente que em nosso modelo processual penal, o que ocorre é a disparidade de armas. Problemática que se inicia no inquérito judicial, e se estende por toda a persecução penal. Nesse sentido disserta Paula Bajer Fernandes Martins da Costa (2001, p. 19):

as providências cautelares, possíveis de concretização em toda a persecução penal, inviabilizam a isonomia processual. Nem mesmo por ficção se dirá que o acusado, ainda que representado por advogado, ostenta posição jurídica equivalente à do membro do Ministério Público no processo, ou dispõe das mesmas armas para encontrar a expor a sua verdade. A constante possibilidade de prisão processual, ou outra providência constritiva no curso do processo, ameaça qualquer tentativa de equilíbrio real entre as partes da persecução. Tratar de paridade de armas, nessas circunstâncias, é ignorar a realidade processual e política de que o sujeito processual vinculado ao Estado tem a possibilidade de requerer uso da força sobre o outro sujeito parcial, que a ela deve se submeter quando ordenada coação pelo Judiciário.

Por essa razão, mecanismos que diminuam a desigualdade gritante entre acusador e acusados são imprescindíveis na tentativa de buscar um processo mais justo.

Nesse sentido, a investigação defensiva por parte do advogado seria uma forma de remediar tal disparidade. Ao tornar possível que o investigado, desde o início da persecução penal, possa também produzir elementos probatórios a seu favor, não apenas rebatendo aqueles produzidos em fase inicial pela Autoridade Policial e pelo órgão ministerial.

De modo a ampliar o campo cognitivo do Magistrado, reduzindo acusações infundadas e medidas cautelares indevidas, garantindo as partes igualdade de direitos, ônus e deveres em cada grau do procedimento penal.

4 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Conforme extensivamente detalhado, o sistema processual penal brasileiro é marcado por uma série de deficiências no que diz respeito a proteção das garantias fundamentais do

acusado. Tratando-se da parte mais vulnerável da relação processual penal, muitas vezes, o sujeito imputado fica à mercê de um sistema moldado em um viés punitivista, sem reais oportunidades de construir sua defesa tão plenamente quanto é construída a acusação contra si.

É notório que a presunção de inocência⁵ é apenas uma previsão legal, uma vez que diante da mentalidade inquisitiva e autoritária dominante na realidade brasileira, o que existe é a presunção de culpabilidade, de modo que o sujeito inicia o processo penal condenado, e se nada acontecer em seu curso, termina nesta condição, e não o contrário, como deveria ser (informação verbal)⁶.

Nesse contexto fático, é essencial um mecanismo como a investigação criminal defensiva, a qual visa à proteção individual e a garantia dos direitos fundamentais de igualdade e defesa referentes ao acusado, oportunizando uma defesa ativa e efetiva. Esta, que deve se dar com a atuação plena do advogado de defesa em todas as fases processuais, por meio da produção de provas.

Cumprido destacar que a prova no processo penal ganha especial relevância, pois é o elemento de impacto cognitivo capaz de ensejar mudança no curso da persecução penal, podendo interferir de fato no mérito, ao demonstrar a veracidade das alegações levantadas pelas partes.

Destarte, a prova é a forma encontrada pela defesa de superar as limitações anteriormente enfrentadas pelo advogado criminal na construção de suas teses, as quais se resumiam em jurisprudência e doutrina como forma de argumentação defensiva (informação verbal)⁷.

Nesse sentido, leciona a jurista Márcia de Moura Irigonhe (IRIGONHÊ, 2015, p. 12):

Trata-se da função persuasiva da prova: busca-se a captura psíquica do juiz, convencendo-o que a versão apresentada consiste na mais aceitável, e não que ela corresponde à famigerada verdade real. O juízo prolatado ao final da persecução criminal não é um juízo de verdade, mas de plausibilidade da hipótese. (...) Logo, “provar” significa induzir o magistrado ao convencimento de que o fato em análise ocorreu de determinado modo, reconstruindo-o no presente através do ordenamento das representações sobre o passado.

Diante da importância da produção de provas no processo penal, relembra-se o poder que o órgão ministerial, parte acusadora da relação jurídica, possui em toda persecução penal. Dispondo de amplos poderes, recursos materiais e humanos, quadros funcionais investigativos

⁵ O princípio da presunção de inocência está positivado no Art. 5º, LVII, da Constituição Federal, cuja redação determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁶ Informações fornecidas por Gabriel Bulhões Dias, no Encontro Regional de Advocacia Criminal, promovido Ordem dos Advogados do Brasil, subseção de Uberlândia, em 16–19 de novembro de 2022.

⁷ Informações fornecidas por Gabriel Bulhões Dias, no Encontro Regional de Advocacia Criminal, promovido Ordem dos Advogados do Brasil, subseção de Uberlândia, em 16–19 de novembro de 2022.

e periciais próprios, todos voltados a investigação, o Ministério Público pode ainda requerer diligências e até mesmo, a instauração do inquérito policial à Polícia Judiciária.

Logo, é imprescindível que haja igualmente a atuação efetiva da defesa, a fim de garantir que provas favoráveis ao acusado também sejam produzidas, buscando um processo justo e equilibrado. Nesse sentido, Marcos Alexandre Coelho Zilli (apud MACHADO, 2010, p. 31) disserta que:

A concessão de poderes investigatório ao Ministério Público no caso brasileiro é aspecto setorial que não pode ser desvinculado de um sistema que lhe empresta coerência. Em outras palavras, o reforço dos poderes de uma das partes da relação processual não pode ser arquitetado sem um correspondente reforço em favor da parte contrária. E, nessa dinâmica, não se pode olvidar figurar o acusado, invariavelmente, em uma posição inferiorizada e que será tão mais acentuada quanto mais graves forem os desníveis sociais do país. Logo, mudanças constitucionais e processuais dirigidas à implementação de poderes investigatórios ao Ministério Público deverão vir, necessariamente, de uma permissão, em igual medida, para o investigado.

Feitas as considerações iniciais sobre o contexto em que surge a necessidade de um instituto como a investigação criminal defensiva, passamos ao detalhamento de seu surgimento no mundo jurídico, sua regulamentação no direito brasileiro e aplicação prática.

4.1 A investigação defensiva no direito comparado

Por se tratar de um ramo recente, o qual ainda sofre resistência e carece de devida regulamentação no direito brasileiro, é de extrema importância analisar o funcionamento da investigação defensiva em outros países, a fim de coletar experiências positivas e negativas e aprender com estas na busca pela implementação efetiva em nosso processo penal.

No que tange ao direito à investigação defensiva nos EUA, destaca-se que é reconhecido como uma decorrência da VI Emenda, a qual assegura *o right to a counsel*, isto é, o direito a defesa técnica efetiva aos acusados. Sendo assim, para os operadores do direito existe um dever legal e deontológico de investigar os fatos, denominado de *duty to investigate*, advindo do dever de garantir a defesa efetiva (MALAN, 2012).

Sendo assim, no direito norte-americano a investigação pelas partes é algo comum, inclusive a parte defensora. É o que buscou evidenciar André Augusto Machado ao citar a explicação de Marcos Zilli sobre o modelo adversarial norte americano, o qual relata como atividade das partes tanto o poder de investigar os fatos, como o de instruir o feito, inquirindo testemunhas, consultando peritos e até mesmo determinando o que será objeto de indagação (ZILLI apud MACHADO, 2010).

Dessa forma, apesar de não ser um procedimento documentado, em razão do sistema adotado pelos americanos, o *common law*, baseado em um conjunto de usos e costumes da jurisprudência, a investigação defensiva é plenamente aceita nos EUA. Desde que o advogado

se pautar nos deveres éticos e parâmetros constitucionais.

Lado outro, na Itália, forte influente no direito penal brasileiro, a investigação defensiva passou por uma evolução legislativa gradual. Inicialmente, o Código Processual Penal de 1988, previa em seu art. 38 o princípio da investigação defensiva, sem grandes detalhes, apenas como uma faculdade do defensor de levar ao juiz dados que tivesse coletado na *indagine preliminari* (investigação preliminar).

Contudo, a jurisprudência compreendia o mandamento jurídico de forma restrita, não permitindo que o resultado da investigação fosse valorado como prova pelo magistrado. Exigindo que a defesa juntasse os elementos coletados por si, nos autos da investigação feita pelo Ministério Público. Tal prática foi denominada de “teoria da canalização”, vez que as provas obtidas pela defesa eram canalizadas para a investigação ministerial.

Esse mecanismo de funcionamento foi definitivamente superado com a Reforma Constitucional Italiana, que assegurou, em seu art. 111, §6º, que o acusado disponha do “tempo e das condições necessárias para preparar sua defesa”. Logo após, foi aprovada a Lei de Investigação Defensiva, nº397/2000, a qual dispôs sobre a possibilidade de o defensor proceder com a investigação, coletando elementos de prova favoráveis ao imputado, reequilibrando a posição dos participantes da relação penal (MACHADO, 2010, p. 14).

Atualmente o sistema é amplamente discutido pelos doutrinadores italianos, existindo até mesmo portal jurídico sobre o tema, contendo julgados e publicações a respeito. Além disso, é cada vez mais utilizado na prática pelos criminalistas italianos em busca de produção de elementos probatórios de defesa aos seus tutelados.

A regulamentação italiana levou os juristas brasileiros a reflexão, como no caso de Antônio Fernandes (2012, p. 148), o qual pontua que:

a experiência está evidenciando que este órgão [o Ministério Público], apesar de instado a agir também em favor do investigado, atua, em regra, no sentido de evidenciar a acusação que pretende formular. Há, por isso, prejuízo ao suspeito, devendo-se abrir, então, oportunidade para que também ele possa investigar, como sucedeu recentemente na Itália.

De fato, a experiência italiana evidencia que, apesar de ter percorrido um caminho de hermenêuticas restritivas e rejeição por parte das autoridades competentes, hoje, o que se vê na Itália é uma investigação defensiva regulamentada e detalhada. De modo a consolidar um maior equilíbrio nas atribuições das partes na investigação preliminar e em toda persecução, garantindo ao defensor direitos semelhantes aos da Autoridade Judiciária e Ministério Público.

Diante de tal análise, Gabriel Bulhões Dias (2019) esclarece não se pretende em nosso país a utilização do instituto de forma sinônima a de outros países, como a Itália ou os EUA. O

que se pretende é aprender com os dados e técnicas de grande importância já utilizados no mundo para concretização no sistema brasileiro. Nesse sentido, afirma:

É salutar observar todo caminho trilhado por ambos os países acima citados, para que se possa perceber os erros cometidos, assim como aprender com as dificuldades encontradas e com as soluções para superá-las, facilitando, assim, o espelhamento das melhores técnicas e práticas (DIAS, 2019, p. 26).

4.2 A regulamentação no Brasil

A implementação da investigação criminal defensiva no Brasil caminha a passos lentos e carece de uma regulamentação específica no ordenamento jurídico. Contudo, nos últimos tempos tem recebido tímidos incentivos, como o Projeto de Lei n. 8.045/2010 e o Provimento nº 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os quais passaremos à análise (BRASIL, 2010; BRASIL, 2018).

O primeiro, diz respeito ao projeto do novo Código de Processo Penal, pensado como uma reforma global deste, vez que o atual recebeu grande influência do código penal italiano em um contexto fascista, o que explica disposições punitivistas, autoritárias e inquisitoriais (SILVEIRA, 2015).

Nesse viés, o Projeto de Lei nº 8.045/2010 consagra a investigação defensiva, ainda que de forma contida, ao prever em seu artigo 13⁸ a possibilidade do investigado, por meio de seu representante legal, identificar fontes de prova em seu favor, a fim de suprir parcialmente as deficiências do código anterior quanto a paridade de armas.

Neste ponto, vale ressaltar que o artigo 3º da PL prevê ainda que todo processo penal deve ser realizado sob o contraditório e a ampla defesa, garantindo ao defensor técnico efetiva manifestação em todas as fases procedimentais.

Dessa forma, os arts 3º e 13 (BRASIL, 2010) vão ao encontro do modelo de investigação criminal acusatório pretendido pela Constituição Federal, inclusive, elevando o nível de efetividades dos princípios do contraditório e ampla defesa, previstos em seu artigo 5º, LV.

Atendendo ainda, aos ideais garantistas pretendidos em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos. Esta, em seu artigo 8.2, c⁹, prevê expressamente que o acusado deve ter tempo e meios adequados de preparar a sua defesa.

⁸ “Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas” (BRASIL, 2010, s.p.).

⁹ “Art. 8, c. Concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa”.

O segundo, é a única normativa brasileira detalhada a respeito da investigação defensiva. Trata-se do Provimento nº 188/2018 (BRASIL, 2018) do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o qual foi pensado como forma de amenizar as disparidades enfrentadas pelos advogados de defesa na persecução penal.

Isso porque, conforme explicitado durante o estudo, apesar da competência natural de investigação ser da Polícia Judiciária, o que se observa na realidade é a intervenção do Ministério Público como parte e como fiscal, atuando na produção de provas favoráveis aos seus interesses. Enquanto, por outro lado, o advogado de defesa atua passivamente, apenas rebatendo provas já produzidas, sem uma efetiva possibilidade de influência no jogo processual.

Nesse cenário, o Provimento nº 188/2018 surge trazendo a primeira definição normativa a respeito da investigação defensiva, a qual possui evidente inspiração no instituto do código italiano, segundo se constata:

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 (BRASIL, 2018, s.p.).

Além disso, o provimento elenca formas de buscar o esclarecimento dos fatos por meio da promoção direta de diligências investigatórias como a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos e privados, elaboração de laudos, exames periciais e a realização de reconstituições, excetuadas as hipóteses de reserva de jurisdição. Possibilitando, ainda, ao advogado valer-se de detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo.

Importa destacar que o Conselho Federal da OAB, ao contrário do que alega os opositores da investigação criminal, não criou qualquer prerrogativa legal para a advocacia, conforme esclarece o especialista na temática Gabriel Bulhões Dias (LOPES JÚNIOR; ROSA; DIAS, 2019). Na realidade, o provimento foi criado para estabelecer um conceito, e detalhar parâmetros para que o advogado de defesa exerça de fato sua função investigativa, a qual decorre dos princípios e garantias constitucionais levantados nesta pesquisa.

Na realidade, o provimento é proveniente do poder regulamentador conferido no artigo 54, V, do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei Federal 8.906/1994)¹⁰, o qual consagra a possibilidade de regulamentação a partir de previsões constitucionais já existentes.

Nesta linha, cabe trazer o acórdão publicado pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da

¹⁰ “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” (BRASIL, 1994).

3ª região, o qual validou a busca de provas por meio da investigação defensiva:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA. PRETENSÃO DE NATUREZA PENAL. RELAÇÃO DE ACESSORIEDADE. JUSTIÇA FEDERAL. COMPETÊNCIA. 1. A investigação defensiva encontra amparo na Constituição Federal, devido não só a ausência de norma proibitiva, mas em razão de uma interpretação extensiva dos princípios da igualdade, ampla defesa e contraditório, de forma a assegurar ao acusado um legítimo e devido processo legal. 2. Os advogados não dispõem dos mesmos poderes de requisição que possuem a autoridade policial e o próprio órgão do Ministério Público, devendo o condutor da investigação defensiva acionar o poder judiciário caso encontre óbice devido a relutância do particular em colaborar com sua atividade ou pela impossibilidade jurídica de obter determinada informação. 3. O juízo competente deverá ser aquele responsável pela apreciação da ação penal em curso ou da futura ação penal, haja vista a simetria com a competência para as medidas requeridas pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público na investigação contraposta. 4. Ainda que deduzida em procedimento cível, a pretensão que comporta elementos a ser analisados em futura demanda penal ou naquela onde tramita/tramitou processo criminal deve ser processada perante a jurisdição penal. 5. Apelação provida (BRASIL, 2021, s.p.)

Para o desembargador Maurício Kato, o Ministério Público tornou-se uma espécie de “superparte”, atuando como “um ator com função significativamente diferente e mais ampla daquela que tradicionalmente exercia no processo penal brasileiro”. Motivo pelo qual, o relator afirma em seu voto que a investigação defensiva é o meio capaz de efetivar a paridade de armas na ação penal.

Por conseguinte, a decisão deve ser vista como um passo importante na trajetória de efetivação da investigação defensiva como método de trabalho dos advogados criminais, pois traz respaldo, e conseqüentemente, segurança jurídica.

4.3 Aplicação prática no processo penal

Diante dos esclarecimentos apontados, é necessário o levantamento de como se dá a aplicação prática da investigação criminal defensiva no Brasil, bem como os pontos de dificuldade de sua implementação, levando em consideração a dialética processual de nosso código penal.

Conforme pontuado, a investigação defensiva consiste em um instrumento de defesa à disposição do defensor do imputado, por meio do qual se busca reunir dados materiais úteis a influenciar no convencimento do julgador. Nesta linha, Francisco da Costa Oliveira (apud MACHADO, 2010, p. 58) elenca alguns dos objetivos práticos do instituto:

a) comprovação do alibi ou de outras razões demonstrativas da inocência do imputado; b) desresponsabilização do imputado em virtude da ação de terceiros; c) exploração de fatos que revelam a ocorrência de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade; d) eliminação de possíveis erros de raciocínio a que possam induzir determinados fatos; e) revelação da vulnerabilidade técnica ou material de determinadas diligências realizadas na investigação pública; f) exame do local e a reconstituição do crime para demonstrar a impropriedade das teses acusatórias; g) identificação e localização de possíveis peritos e testemunhas.

Observa-se, portanto, que a atuação da investigação defensiva deve ocorrer o quanto antes na persecução penal, já que grande parte dos seus objetivos é atendida com eficácia a depender do momento em que ocorrem. Posto que, caso a defesa passe a atuar ativamente somente na fase judicial da persecução penal, já terá se passado muito tempo da consumação do crime, de modo que possíveis fontes de prova favoráveis ao acusado tendem a ter desaparecido.

É nesse aspecto que se destaca a importância do instituto no inquérito policial. Por ser a fase de maior coleta de elementos informativos, é imprescindível ao equilíbrio de produção de provas entre as partes, que o advogado de defesa possa atuar plenamente, buscando o trancamento ou arquivamento do inquérito policial. Ou ainda, caso a denúncia seja realizada, que esta seja rejeitada, bem como a absolvição sumária do acusado.

Contudo, insta ressaltar que a investigação defensiva foi pensada para além dos fins preventivos de sua incidência no inquérito policial. Ela pode ocorrer durante a instrução, de modo que nas alegações finais, o advogado possua um arcabouço de provas úteis a garantir o convencimento do julgador absolvendo o imputado. No mesmo sentido pode incidir na fase recursal.

Em continuidade, caso o réu já tenha sido condenado, a investigação defensiva pode ser utilizada na execução penal, como na produção de defesa em caso de acusação de falta grave, a qual se reconhecida obsta benefícios executórios. Inclusive, o instituto defensivo pode ser utilizado para coletar elementos que fundamentem o pedido de algum desses benefícios, comprovando o requisito subjetivo necessário a progressão de regime ou livramento condicional da pena, por exemplo.

Nesse ponto ainda, cabe ressaltar a possível aplicação útil aos condenados por integrar organização criminosa ou pela prática de crimes por meio desta. Isso porque, o Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), por meio de seu art. 14 acrescentou o §9º ao art. 2º da Lei de Organização Criminosa (12.850/2013), alteração que veda a progressão de regime, obtenção de livramento condicional ou outros benefícios prisionais caso existam elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo (BRASIL, 2019).

Desse modo, se a existência de provas contrárias podem impedir a concessão de benefício aos executados, a investigação defensiva deve atuar, produzindo elementos probatórios em sentido favorável. No caso comprovando que não há mais a atuação do sujeito em organização criminosa, permitindo que usufrua dos benefícios executórios.

Por fim, o instituto pode operar como medida preparatória para a propositura de revisão criminal, já que é necessária uma justificação para dar ensejo a ação. Ou ainda, no decorrer de

uma revisão já iniciada, da mesma forma que na instrução da ação penal, por meio da oitiva de pessoas, em especial aquelas que podem ter mentido na ação de origem, produzindo perícias e outros atos que auxiliem na influência do julgamento.

Além dos pontos levantados, o art. 3º do Provimento 188/2018 elenca uma série de momentos em que a investigação defensiva poderá incidir, dispondo em seu parágrafo único sobre a possibilidade de requisição de diligências para obter os elementos necessários a produção de provas para oferecimento de queixa, principal ou subsidiária.

Contudo, apesar da riqueza da disposição referida, há dificuldade prática em efetivar a investigação defensiva no meio jurídico brasileiro. Neste sentido, Gabriel Bulhões (LOPES JÚNIOR; ROSA; DIAS, 2019) pontua que, apesar do Provimento 188/2018-CFOAB representar um passo importante na efetivação da investigação defensiva, outros devem ser dados, a exemplo:

I) da criação de manuais deontológicos e de boas práticas profissionais; II) de certificação específica para formação da advocacia investigativa; e, principalmente, III) da edição de uma lei que sedimente e amplie as prerrogativas da advocacia a partir da visão da investigação defensiva.

Destarte, apesar do Conselho Federal da OAB ter tentado amenizar o cenário de mazelas enfrentado pelo investigado na produção de sua defesa, a lacuna normativa existente quanto a investigação criminal defensiva em nosso ordenamento, produz consequências extremamente danosas ao funcionamento do sistema penal brasileiro.

Neste ínterim, Diogo Malan (2012), lista as consequências negativas práticas, quais sejam: (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.

Outrossim, no que diz respeito as dificuldades enfrentadas, também merece destaque a resistência apresentada pelos promotores e juízes em valorar de modo equiparado, ou até mesmo em aceitar, as poucas provas produzidas atualmente por meio deste instituto.

A razão desta reserva está na tradição inquisitória apontada ao longo do estudo, responsável por transformar o que deveria ser um sistema guiado pelo princípio da inocência¹¹, em um sistema conduzido pelo princípio da culpabilidade. Cenário em que, a partir do recebimento da *notitia criminis*, o sujeito imputado passa a ser visto como culpado por todos

¹¹ O princípio da presunção de inocência está positivado no Art. 5º, LVII, da Constituição Federal, cuja redação determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

os agentes operantes do processo, os quais produzem provas nesse sentido, rechaçando, ainda que sem intenção, todas aquelas favoráveis a absolvição, inclusive as produzidas pela investigação defensiva.

O principal argumento contrário a aplicação desse método investigativo é o de que o Ministério Público e a Polícia Judiciária são órgãos imparciais do Estado, de modo que atuam na investigação preliminar coletando elementos probatórios e informativos objetivando a elucidação dos fatos, não o favorecimento ou prejuízo do imputado.

No entanto, conforme disserta Diogo Malan, (2012) a psicologia e a experiência prático-profissional ensinam que quem investiga determinados fatos precisa previamente formular determinada hipótese acerca desses fatos, que a subsequente investigação confirmará ou não. Ocorre que tal hipótese tende a condicionar o próprio desfecho das investigações, tornando o investigador (de forma consciente ou não) receptivo àqueles elementos informativos que corroboram sua própria hipótese inicial, e hostil com relação aos demais (que a desmentem).

Isto posto, não é possível atribuir imparcialidade a investigação preliminar ou a qualquer ato produzido no curso da persecução penal que seja conduzido exclusivamente por agentes do Estado, os quais, como já analisado, atuam em favor da pretensão estatal, no exercício de seu *ius puniendi*.

Fato que torna imprescindível a participação ativa também da defesa em cada etapa do procedimento criminal, garantindo que sejam colhidos elementos favoráveis ao imputado, permitindo assim, um julgamento justo e eficiente.

Por fim, insta ressaltar que, ainda que a problemática em torno da mudança na perspectiva interna de funcionamento dos órgãos fosse solucionada com a efetiva consolidação do modelo acusatório, ou que houvesse uma regulamentação mínima da investigação defensiva preenchendo a lacuna normativa a respeito em nosso ordenamento jurídico, o instituto ainda encontraria óbices em sua execução.

Pois, não se pode esquecer da realidade social enfrentada pelo Brasil, na qual a maioria dos imputados são pessoas em situação de vulnerabilidade econômica, que dependem da atuação de órgãos estatais para assistência judiciária gratuita.

Tais órgãos, como a Defensoria Pública, mal possuem estruturação orgânica para amparar as demandas já existentes, de modo que é difícil vislumbrar uma realidade em que possuam a infraestrutura necessária para assegurar a investigação defensiva aos seus assistidos.

Nesse aspecto, Diogo Malan (2012), elenca uma série de “mazelas estruturais” do sistema criminal brasileiro, que prejudicam a efetivação da investigação defensiva. Quais sejam: (a) falta de infraestrutura, de pessoal, de verbas e o excesso de demanda dos órgãos

públicos de assistência judiciária, que atendem à vasta maioria da clientela do sistema penal; (b) precariedade da formação, seleção e remuneração dos advogados particulares nomeados como defensores dativos; (c) falta de previsão legal para a aplicação de qualquer espécie de sanção ético-disciplinar nos casos em que o defensor técnico do acusado é completamente omissos quanto ao seu dever de investigar.

5 CONCLUSÃO

Ante toda análise e argumentação expostas no presente estudo, foi possível constatar a essencialidade de um instituto como a investigação criminal defensiva no Brasil. Isso porque, como ficou demonstrado, apesar de se pretender um sistema acusatório, o processo penal atualmente funciona com fortes marcas inquisitoriais, o que significa que restam prejudicadas algumas garantias constitucionais do imputado. Tais como as analisadas nesta pesquisa: devido processo legal, ampla defesa, contraditório e igualdade, que se pretende efetivar pela paridade de armas.

Nesse aspecto, concluímos que se observa em nosso sistema processual penal um verdadeiro desrespeito as garantias supracitadas. Visto que, desde o início da persecução penal, a investigação preliminar, apesar de presidida pela Autoridade Policial, é marcada pela atuação do Ministério Público, representante do interesse estatal no exercício de seu *jus puniendi*. De modo que, ainda que se pretenda imparcial, o que se verifica na prática é o órgão ministerial voltado à produção e coleta de elementos probatórios de acusação, ignorando ou rejeitando possíveis fatos favoráveis a defesa.

Lado outro, o defensor é chamado a participar ativamente do processo já na fase judicial da persecução penal, de modo que fica limitado a rejeitar e buscar formas de demonstrar ilegalidade ou exagero na produção de provas feita pela acusação em fase administrativa, o inquérito policial.

Isto posto, fica evidente a disparidade de armas existente entre acusação e defesa, além do prejuízo ao exercício pelo acusado em sua ampla defesa desde o início da persecução, bem como ao exercício do contraditório, apenas efetivado em fase judicial, porém ainda limitado a refutações de provas produzidas pela parte contrária, sem que tenha sido oportunizado efetivamente a produção de sua parte também.

Sendo assim, a fim de alcançar a pretensão do devido processo legal, com um resultado justo e efetivo, a participação da defesa na produção de provas em todas as fases processuais é medida que se impõe. Somente assim, será oportunizado ao acusado um julgamento justo, resultante de uma análise completa pelo magistrado, em razão da ampliação do seu campo

cognitivo, tanto com elementos de acusação como de defesa.

Importa ressaltar que não se deve analisar o funcionamento do sistema processual sem levar em consideração o sujeito que sofre as consequências fáticas de seu resultado: o acusado. Nesse ínterim, considerando ser ele quem arca com as sanções penais e possível restrição de um direito tão essencial como a liberdade, o imputado deve poder atuar ativamente durante toda a persecução, garantido sua absolvição, e quando não, a condenação mais justa.

Dessa forma, conclui-se que, estando diante de um sujeito de direitos, a quem devem ser preservadas garantias e princípios postulados por nossa Carta Magna, o viés inquisitorial, marcado pela busca da condenação a qualquer custo deve ser superado.

Logo, um instituto como a investigação defensiva, que garante efetiva participação da defesa em todo processo penal, em especial na fase de inquérito, tão importante para a produção de provas percíveis com o tempo, é essencial a efetivação da pretensão garantista de nosso ordenamento.

Dito isso, apesar das dificuldades levantadas no presente estudo, sua concretização deve ser pretendida e estudada com afincos pelos advogados criminais do país, devendo haver pressão na busca pela materialização do ideal pretendido pelo Projeto de Lei n. 8.045/2010 e o Provimento nº 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, passos importantes na efetivação do instituto investigativo em análise.

Sendo assim, o preenchimento da lacuna normativa existente hoje sobre o tema é algo de extrema importância, pois, pequenos passos como os mencionados acima são formas de trazer segurança jurídica para os operadores do direito e tornar a investigação defensiva algo comum a sua atividade diária.

Ressalta-se ainda, que não são ignoradas as dificuldades enfrentadas, tanto no que diz respeito a mentalidade punitivista e inquisitorial, cravejada em nossos órgãos judiciários, como no estranhamento provocado em todos atuantes da área em relação a produção probatória partindo da defesa. Além das dificuldades estruturais e deficiência dos recursos do sistema penal.

Contudo, considerando a importância e relevância da execução do instituto de defesa em nosso ordenamento, almeja-se, aos poucos, mudar a estrutura, como aconteceu na Itália, a qual saiu de um sistema fascista e autoritário e encontrou na investigação defensiva uma forma de sanar, em partes, a disparidade historicamente existente entre acusação e defesa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, J. C. M. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 1973.

BADARÓ, G. H. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2017.

BONATO, G. **Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. Conselho Federal da OAB. Provimento n. 188, de 2018. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. **Diário Eletrônico da OAB**, Brasília, DF, 12 dez. 2018. Disponível em <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em 15 dez. 2022.

BRASIL. Decreto n. 4.824, de 1871. Regula a execução da Lei nº 2033 de 24 de Setembro do corrente ano, que alterou diferentes disposições da Legislação Judiciária. **Caderno de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 1871.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 15 dez. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 jul. 1994.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Pacote Anticrime. **Diário Oficial da União**, 26 dez. 2019, Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 07 de janeiro de 2020.

BRASIL. Projeto de Lei 8.045, de 2010. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em 15 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Dá provimento à apelação. Relator: Des. Fed. Mauricio Kato. Brasília, DF, 27 abr. 2021. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 28 abr. 2021.

CABETTE, E. L. S; SANNINI NETO, F. **O Poder investigatório do MP não tem amparo legal**. 9 abr. 2013. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-abr-09/poder-investigatorio-ministerio-publico-nao-amparo-legal>. Acesso em 15 dez. 2022.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Princípio do devido processo legal**. [20--]. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/7865-principio-do-devido-processo-legal>. Acesso em 15 dez. 22.

COSTA, P. B. M. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2001.

DIAS, G. B. N. **Manual de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. Florianópolis: EMais, 2019.

DINIZ, C. R. F. **Produção de provas - Investigação defensiva e apuração de falsas memórias**. 9 ago. 2022. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/371253/investigacao-defensiva-e-apuracao-de-falsas-memorias>. Acesso em 15 dez. 2022.

FERNANDES, A. S. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

GOMES FILHO, A. M. **A motivação das decisões penais**. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, V. **Tutela Constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

IRIGONHÊ, M. M. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LOPES JÚNIOR, A; ROSA, A. M; DIAS, G. B. N. **Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania**. 1 fev. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania#:~:text=Investigação%20defensiva%3A%20poder-dever%20da%20advocacia%20e%20direito%20da%20cidadania&text=O%20tema%20da%20investigação%20defensiva,e%20de%20seus%20respectivos%20quadros>. Acesso em 15 dez. 2022.

LOPES JÚNIOR, A. **Introdução crítica do processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

MACHADO, A. A. M **A investigação criminal defensiva**. 2009. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MALAN, D. R. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012.

MARQUES, J. F. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.

MILANEZI, R. C. **Investigação criminal defensiva**. 20 nov. 2020. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/investigacao-criminal-defensiva>. Acesso em 15 dez. 2022.

NUCCI, G. S. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SAAD, M. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVEIRA, M. A. N. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264 - 275, jan./fev. 2015. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_264.pdf. Acesso em 15 dez. 2022.

TUCCI, R. L. Devido processo penal e alguns dos seus mais importantes corolários. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 88, p. 463-484, 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67232>. Acesso em: 15 dez. 2022. Acesso em 15 dez. 2022.