PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Vanessa Morais Kiss

**A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2021

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Vanessa Morais Kiss

**A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Pedro Henrique Demercian.

São Paulo

2021

K61 Kiss, Vanessa Moraes

A investigação defensiva no Direito Processual Penal brasileiro / Vanessa
Moraes Kiss. -- São Paulo: [s.n.], 2021.
199p

Orientador: Prof. Dr. Pedro Henrique Demercian.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.
Área de Concentração: Direito Processual Penal.

1. Direito Processual Penal. 2. Investigação Criminal. 3. Investigação
Defensiva. I. Demercian, Pedro Henrique. II. Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD

Vanessa Morais Kiss

A investigação defensiva no Direito Processual Penal brasileiro

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Pedro Henrique Demercian.

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Dr. Pedro Henrique Demercian (Orientador)

Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Dr. Humberto Barrionuevo Fabretti

Aos meus pais,
André Kiss e Haydeé Cristina.

RESUMO

Por ser a investigação preliminar a fase em que se desenham aspectos essenciais da acusação criminal que, futuramente, poderá vir a ser formalizada, é de grande importância que, desde esse momento, o investigado conte com assistência legal, não apenas para que tenha resguardados seus direitos na perspectiva formal, mas também a fim de possibilitar a preparação adequada e tempestiva de sua defesa substancial. Partindo dessa premissa, parcela da doutrina, inspirada por experiências do direito estrangeiro, passou a defender a regulamentação da investigação defensiva no Brasil. Concebida como faculdade a ser exercida pela defesa técnica do imputado com o escopo de reunir dados úteis às suas teses, com vistas a assegurar a paridade de armas entre as partes, a atuação investigativa da defesa contribui para ampliar o campo cognitivo do julgador desde os momentos iniciais da persecução penal, evitando que prosperem acusações infundadas, ou, ainda, que sejam adotadas medidas cautelares desprovidas de fundamento. É possível falar-se na existência de um verdadeiro direito à investigação, na medida em que a prerrogativa de pesquisar e reunir elementos de forma autônoma é condição para o exercício adequado do direito à prova e para uma defesa efetiva. Embora o tema, atualmente, não esteja disciplinado em lei em sentido estrito, teve algumas importantes balizas fixadas pelo Provimento 188/2018 editado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. De mais a mais, o fundamento constitucional do instituto é extraído das garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Hoje em dia, a possibilidade de inserção da regulamentação da matéria no Código de Processo Penal é discutida no Congresso Nacional. Contudo, há uma série de barreiras não apenas de ordem legal, mas, também, de caráter institucional, cultural e material a serem superadas no caminho para a plena assimilação da investigação defensiva ao ordenamento jurídico brasileiro e, especialmente, para sua incorporação ao nosso modelo de assistência jurídica integral e gratuita.

Palavras-chave: Investigação criminal. Investigação defensiva. Paridade de armas. Direito à prova. Defensoria Pública.

ABSTRACT

Since the preliminary investigation is the stage where crucial aspects of the future potential accusation are established, it is extremely important that, from this point on, legal assistance is guaranteed to the person under charges, not only in order to protect their rights on a formal level, but also as to allow the proper and timely preparation of their substantial defense. Based on this premise, part of the doctrine, inspired by foreign law experiences, has proceeded to advocate for the regulation of defensive investigation in Brazil. The prerogative of practicing investigative diligences with the aim of gathering information that may be useful for the defensive strategy, so as to ensure the equality of arms between parts, contributes to amplify the judge's cognitive space since the preliminary stages of the criminal prosecution, so as to avoid empty accusations or unfounded precautionary measures. It is possible to claim the existence of a right to investigate, once the fulfillment of the right to proof and the effectiveness of the defense depend on the power of autonomously searching and gathering evidence. Although the issue has not yet been settled legally, a few important guidelines have been laid down by Resolution 188/2018, issued by the Federal Board of the Brazilian Bar Association. In addition, the constitutional grounds of the defensive investigation can be inferred from the due process of law clause, as well as from the right to an adversary judgement and to an effective defense. Currently, the possibility of introducing the regulation of the matter in the Code of Criminal Proceedings is under discussion in the National Congress. However, there is a series of obstacles, not only from a legal, but also from an institutional, cultural, and material standpoint, to be overcome in the path to the full assimilation of the institute of investigative defense to the Brazilian legal system, and, specially, to its incorporation to our model of public legal assistance.

Keywords: Criminal investigation. Defensive investigation. Equality of arms. Right to proof. Public Defense.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	14
1.1 BREVE HISTÓRICO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL.....	14
1.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	22
1.3 MODELOS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	27
1.3.1 Investigação a cargo da polícia	27
1.3.2 Investigação a cargo do juiz	29
1.3.3 Investigação a cargo do Ministério Público	33
1.3.4 Investigação direta pela defesa	43
1.4 VALOR PROBATÓRIO DOS ATOS DA INVESTIGAÇÃO	46
1.5 A DEVIDA INVESTIGAÇÃO LEGAL	56
2 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E DIREITO DE DEFESA	62
2.1 O DIREITO DE DEFESA NO MODELO PROCESSUAL ACUSATÓRIO.....	62
2.2 O EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL	67
2.2.1 Garantias do imputado no inquérito policial	67
2.2.2 A questão do contraditório	78
2.3 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO DESDOBRAMENTO DO DIREITO À PROVA	85
3 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO ESTRANGEIRO	96
3.1 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO ITALIANO.....	97
3.1.1 Panorama geral	97
3.1.2 Análise das <i>Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive</i>	107
3.2 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO ESTADUNIDENSE.....	112
3.2.1 Panorama geral	112

3.2.2 Análise dos <i>Criminal justice standards for the defense function</i>	116
3.3 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA AMÉRICA LATINA	120
4 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL	124
4.1 POR QUE INVESTIGAR DEFENSIVAMENTE	124
4.2 CONCEITO E ESPÉCIES	130
4.3 PRINCÍPIOS ORIENTADORES	132
4.4 FUNDAMENTOS JURÍDICOS	134
4.5 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS	142
4.6 BALIZAS NORMATIVAS	145
4.6.1 Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB	145
4.6.2 Projeto de Lei 8.045/2010 (Reforma do Código de Processo Penal)	150
4.7 DELINEAMENTOS PRÁTICOS	152
4.7.1 Forma da investigação defensiva	152
4.7.2 Momento da investigação defensiva	154
4.7.3 Prerrogativas e limitações do defensor	157
4.7.4 Procedimento e diligências possíveis	158
4.7.4.1 <i>Oitiva de testemunhas</i>	160
4.7.4.2 <i>Requisição de documentos e informações</i>	162
4.7.4.3 <i>Realização de exames e perícias</i>	162
4.7.4.4 <i>Realização de inspeções e vistorias</i>	164
4.7.4.5 <i>Apoio de especialistas e equipes multidisciplinares</i>	166
4.7.4.6 <i>Contratação de serviços de detetive particular</i>	166
4.7.4.7 <i>Atas notariais</i>	167
4.7.4.8 <i>Notificações extrajudiciais</i>	167
4.7.4.9 <i>Acesso aos bancos de dados públicos</i>	168
4.7.4.10 <i>Acesso a informações pessoais do imputado em poder de entidades privadas</i>	169
4.7.4.11 <i>Busca por informações públicas na internet</i>	170

4.7.5 Valoração dos resultados obtidos.....	171
5 DESAFIOS DO ACESSO À JUSTIÇA: A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E AS DEFENSORIAS PÚBLICAS.....	173
5.1 PANORAMA ATUAL DA ATUAÇÃO DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	173
5.2 PERSPECTIVAS E LIMITAÇÕES DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO CONTEXTO DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS	177
CONCLUSÃO.....	190
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	195

INTRODUÇÃO

Embora conte com menor espaço na doutrina, se comparado a outros temas do direito processual penal, e tampouco conte com uma disciplina legal tão pormenorizada quanto outras etapas da persecução criminal, a investigação preliminar se reveste de inestimável importância, pois é nessa fase que se desenham aspectos essenciais da acusação que, futuramente, poderá vir a ser formalizada. Com efeito, por se tratar de etapa decisiva para a obtenção de elementos de convicção, inclusive por meio de atos que não poderão ser repetidos posteriormente, é de grande valor para a defesa que, desde a fase preliminar, o investigado conte com assistência legal, não apenas para que sejam resguardados seus direitos na perspectiva formal – no sentido de fiscalização da regularidade das providências adotadas pela autoridade policial – mas também a fim de possibilitar a preparação adequada e tempestiva de sua defesa substancial¹.

A partir dessa premissa, parcela da doutrina passou a defender a instituição e a regulamentação da investigação defensiva como faculdade a ser exercida pela defesa técnica do imputado com o escopo de reunir dados úteis às suas teses, com vistas a assegurar a paridade de armas entre as partes e, ainda, a ampliar o campo cognitivo do julgador desde os momentos mais precoces da persecução, de modo a evitar que prosperem acusações infundadas, ou, ainda, que sejam adotadas medidas cautelares desprovidas de fundamento².

Segundo essa corrente de pensamento, portanto, a investigação defensiva despontaria como atividade potencialmente benéfica ao estabelecimento de um efetivo equilíbrio de poderes entre acusação e defesa na esfera penal, ao viabilizar a obtenção de elementos informativos e a identificação de fontes de prova de grande relevância para o confronto dos dados materiais reunidos na investigação pública, tendencialmente acusatória.

A investigação defensiva, segundo definição proposta por Édson Luís Baldan, consubstancia o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer etapa da persecução penal – incluindo a preliminar – pelo defensor técnico, que pode, para essa finalidade, ser assistido por outros profissionais, como peritos especialistas, tendo em vista a

¹ SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” – Investigação preliminar: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan./abr. 2020, p. 35.

² MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 180.

coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito de interesse da defesa³.

Sobre esse tema e suas implicações versa o presente trabalho de pesquisa. No primeiro capítulo, procura-se traçar um breve panorama do enquadramento legal da investigação criminal na história constitucional brasileira, para, em seguida, examinar cada um dos modelos de investigação preliminar existentes e as consequências da adoção de um ou outro formato. Na sequência, analisa-se a problemática da repercussão dos elementos colhidos na fase prévia da persecução penal sobre a esfera psíquica do julgador da causa, bem como os efeitos dos mecanismos legais e institucionais adotados com vistas a corrigir as distorções daí resultantes.

No segundo capítulo, busca-se compreender a configuração do direito de defesa no cenário processual acusatório e os modos atualmente reconhecidos de seu exercício no bojo do inquérito policial. À luz dessas considerações, enfrenta-se a discussão acerca da aplicabilidade, ou não, da garantia do contraditório à etapa de investigação. Enfim, propõe-se o enfoque da investigação direta pela defesa sob as lentes do direito fundamental à prova e da garantia da paridade de armas no processo penal.

O terceiro capítulo convida a um olhar atento sobre as experiências de investigação defensiva encontradas no direito estrangeiro. Inicialmente, debruça-se sobre os sistemas que possuem os modelos mais maduros de normatização da matéria, a saber, Itália e Estados Unidos. Em seguida, passa-se a examinar algumas referências paradigmáticas encontradas nos países latino-americanos, que fornecem valiosas lições sobre a importância da institucionalização e da profissionalização da atividade de investigação defensiva, bem como do papel indispensável a ser cumprido pelo Estado nesse processo.

O quarto capítulo é dedicado a delimitar os contornos teóricos do conceito de investigação defensiva, para, a partir daí, serem apresentados os fundamentos jurídicos que justificariam sua adoção no sistema processual brasileiro, de um lado, e os argumentos contrários a essa possibilidade, do outro. Em seguida, apresentam-se as balizas normativas existentes acerca do assunto, em especial o Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que estabeleceu alguns parâmetros para o exercício da atividade no âmbito da advocacia. Por último, abordam-se os aspectos práticos de uma possível atuação investigativa da defesa, tais como o momento adequado à sua realização, a forma de

³ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, jan./fev. 2007, p. 269.

apresentação de seus resultados, as prerrogativas e limitações a serem observadas pelo defensor e as diligências passíveis de serem empreendidas no bojo dessa atividade.

Por fim, no quinto capítulo, a partir de uma leitura da investigação defensiva enquanto importante ferramenta para a realização do acesso à justiça e a uma defesa criminal efetiva, abordam-se os desafios legais, institucionais e materiais a serem superados no caminho para sua adoção e colocação em prática no âmbito das defensorias públicas.

Longe de depositar na investigação defensiva as expectativas de uma panaceia para todas as desvirtudes que afligem o sistema de justiça criminal brasileiro, busca-se compreender o instituto em suas potencialidades e limitações, perquirindo *se e em que medida* pode representar um caminho para o aprimoramento do ordenamento jurídico brasileiro em direção a um modelo processual mais democrático. Assim, atravessando a análise de todos os aspectos mencionados, enfrentam-se as diversas controvérsias que pairam acerca da compatibilidade da investigação defensiva com o modelo processual pátrio, com especial atenção aos obstáculos hoje existentes para a sua plena incorporação ao direito brasileiro, bem como às possíveis soluções que se desenham para o seu desenlace.

1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1.1 BREVE HISTÓRICO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

Conforme demonstrado por André Augusto Mendes Machado, ao longo da história, a investigação criminal assumiu diversas formas, com diferentes cargas de poderes e deveres para o imputado e com características próprias, de acordo com o sistema processual prevalente em cada modelo estatal, mas sempre com o propósito comum de obter dados sobre a materialidade e a autoria de eventual prática delitiva⁴. Com o direito brasileiro não foi diferente, já que, desde o seu primórdio, sempre se previu alguma forma de investigação preliminar das infrações penais, isto é, um procedimento prévio à fase judicial voltado à reunião de dados sobre possível prática criminosa e aferição da viabilidade de eventual juízo acusatório⁵.

De igual modo, segundo Marta Saad, a apuração preliminar ou prévia dos crimes, enquanto primeira fase da persecução penal, sempre esteve presente no direito brasileiro, ainda que sob diferentes roupagens e com distintos níveis de possibilidade de participação da defesa nessa primeira fase da acusação^{6 7}.

No período colonial, essa atividade se materializava em dois institutos: a *devassa*, que constituía uma inquirição ordinária, sem preliminar indicação de autoria ou de indícios, e a *querela*, uma forma de inquirição sumária, com indicação prévia de autoria ou de indícios⁸.

Já na primeira Constituição brasileira, outorgada em 25 de março de 1824, previu-se a figura dos *juízes de paz*, eleitos pelo povo, a quem a lei promulgada em 1827 viria a conferir atribuições policiais, de caráter preventivo e repressivo⁹. Dentre essas atribuições, destacam-se, pela pertinência com o objeto de estudo deste trabalho, as de: i) fazer auto de corpo de delito,

⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30-31.

⁵ Ibidem, p. 59.

⁶ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 26-27.

⁷ A respeito da nomenclatura eleita, esclarece a autora: “Utilizaremos, para adjetivar a primeira fase da persecução penal, os termos prévia, preliminar, preservadora ou preparatória, tendo-se em conta que determinado elemento, ou atividade, da persecução pode ter caráter preparatório ou preventivo-cautelares, integrando-se todos funcionalmente, na complexa atividade instrutória que se desenrola nesse primeiro momento da persecução penal” (Ibidem, p. 26).

⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 59.

⁹ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 26-27.

nos casos e pelos modos previstos na lei; ii) sendo indicado o “delinquente”¹⁰, fazer conduzi-lo à sua presença para interrogá-lo sobre os fatos; e iii) caso provada a autoria, determinar sua prisão, apresentando-o imediatamente ao juiz criminal competente.

Em 29 de novembro de 1932, com vistas a adequar a legislação processual às diretrizes constitucionais, foi promulgado o Código de Processo Penal de Primeira Instância, que manteve os juízos de paz e suas atribuições ligadas à apuração dos crimes e sua autoria, bem como consagrou uma série de garantias dos acusados, como a exigência de mandado judicial para a revista e a necessidade de mandado ou flagrante para a prisão¹¹. Também foram regulamentados os recursos ordinários e o *habeas corpus*, considerado um recurso extraordinário¹².

O procedimento de formação da culpa era dirigido pelo juiz de paz, a quem competia lavrar auto de corpo de delito e inquirir testemunhas¹³. Previa-se a possibilidade de o acusado acompanhar os depoimentos, desde que residisse no distrito e ali estivesse preso ou afiançado, podendo formular reperguntas¹⁴. Ressalta-se, contudo, que a atuação do juiz de paz nessa seara era caracterizada pela discricionariedade, uma vez que “podia, ao empuxo da necessidade e da urgência das provas, indeferir os pedidos do suspeito levado à sua presença”¹⁵. Ainda assim, afirma Marta Saad que a disciplina adotada pelo Código do Império representou um notável avanço para o reconhecimento do direito de defesa em relação ao regime das Ordenações Filipinas, em que a persecução prévia, marcada pelas devassas e querelas, era exclusivamente inquisitiva¹⁶.

Ocorre que essa organização judiciária descentralizadora por excelência, em virtude da extensão dos poderes conferidos aos juízes de paz, deu margem a agitações políticas e movimentos revolucionários que, por sua vez, despertaram uma reação monárquico-conservadora que atribuía ao caráter liberal do código o período de instabilidade que se seguiu à sua promulgação. Nesse cenário, é promulgada em 3 de dezembro de 1841 a Lei 261, promovendo no sistema uma profunda reforma de cunho autoritário e centralizador, com o

¹⁰ Embora não se trate do termo mais adequado, optou-se por reproduzir os termos empregados no texto legislativo, a fim de traduzir com maior fidelidade o contexto da época.

¹¹ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 30-31.

¹² *Ibidem*, p. 32.

¹³ *Ibidem*, p. 32-33.

¹⁴ *Ibidem*, p. 34-35.

¹⁵ *Ibidem*, p. 35.

¹⁶ *Ibidem*, p. 35.

escopo de munir o governo de poderes e instrumentos para debelar a desordem e impor a sua autoridade em todo o território nacional¹⁷.

A mais relevante inovação promovida pela nova lei, complementada pelo Regulamento 120/1842, foi a criação das figuras dos delegados e subdelegados de polícia, que absorveram poderes dos juízes de paz. Ao contrário destes, eleitos popularmente, os novos cargos eram preenchidos por nomeação do imperador ou presidente da província¹⁸. Assim, o auto de corpo de delito, a instrução preliminar e a formação da culpa passaram a ser de competência dos chefes de polícia, em toda a província do Império e na Corte, e dos delegados, nos respectivos distritos¹⁹. As funções das autoridades policiais abrangiam, inclusive, a decisão de pronúncia, que deveria então ser submetida ao crivo do juiz municipal, o qual poderia decidir por mantê-la ou não²⁰.

O direito de defesa, na etapa de formação da culpa, poderia ser exercido por meio do interrogatório, da contestação às testemunhas e da apresentação de documentos e instrumentos; no entanto, não eram admitidas as provas que exigissem alta indagação e nem as relativas à justificação do crime²¹.

Sintetizando as críticas das quais foi alvo essa legislação, sobretudo por parte dos setores reformistas de inspiração liberal²² que reprovavam a interferência do governo na magistratura e a confusão entre as esferas policial e judicial, elucidada José Frederico Marques:

A lei de 3 de dezembro, no seu policialismo exagerado, foi além do que realmente exigia a situação do país, fortalecendo, com isto, o reacionarismo político. [...] Apesar do caráter autoritarista de que vinha revestida, a lei de 3 de dezembro não conseguiu atender aos reclamos da defesa social na luta contra o crime e a impunidade dos delinquentes.²³

¹⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 101.

¹⁸ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 41-42.

¹⁹ *Ibidem*, p. 43-44. No entanto, registra a autora que os juízes de paz ainda poderiam, de forma concorrente, proceder ao auto de corpo de delito e à formação da culpa. Os juízes de direito das comarcas, por sua vez, detinham competência para a formação da culpa nos crimes de responsabilidade de empregados públicos.

²⁰ *Ibidem*, p. 46.

²¹ *Ibidem*, p. 47-48.

²² DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Inquérito policial e ação penal**. São Paulo: CPC, 2004, p. 14.

²³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 101-103.

Importa registrar que, a despeito dessas críticas, a lei de 3 de dezembro perdurou até 1871, quando foram aprovadas a Lei 2.033 (20 de setembro de 1871) e seu decreto regulamentador (Decreto 4.824, de 22 de novembro)²⁴.

A reforma de 1871 procurou separar as funções policiais das judiciais, bem como introduziu no direito brasileiro a previsão legal do inquérito policial, com essa nomenclatura, e sua regulamentação²⁵. A respeito dessa inovação, ensina Antonio Scarance Fernandes que²⁶:

[...] a estruturação do inquérito em 1871 resultou de uma preocupação garantista, pois teve como objetivo coibir abusos na atuação das autoridades policiais, que, em virtude da Lei de 3 de dezembro de 1841 e do Regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842, detinham excessivos poderes no sistema processual penal brasileiro.

Estabeleceu-se, assim, que as autoridades policiais deveriam, tão logo tomassem conhecimento de um delito, empreender as diligências necessárias à apuração do fato criminoso, suas circunstâncias e sua autoria, reduzindo-as a escrito. O resultado dessas diligências, acompanhado dos autos de corpo de delito e da indicação de testemunhas, deveria ser transmitido aos promotores públicos e comunicado à autoridade competente para a formação da culpa²⁷.

No tocante à participação da defesa, o decreto previa a possibilidade de o indiciado assistir às diligências do inquérito e impugnar os depoimentos das testemunhas, bem como a faculdade de juntar documentos e justificações por ocasião do seu interrogatório²⁸.

Em 24 de fevereiro de 1891, é promulgada a primeira Constituição da República brasileira que, ao prever a competência do Congresso Nacional para legislar sobre o direito processual da justiça federal, autorizou, implicitamente, que os estados-membros elaborassem suas próprias legislações sobre a matéria²⁹. Contudo, segundo a posição de José Frederico Marques:

O golpe dado na unidade processual não trouxe vantagem alguma para nossas instituições jurídicas; ao contrário, essa fragmentação contribuiu para que se

²⁴ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 49-50.

²⁵ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Inquérito policial e ação penal**. São Paulo: CPC, 2004, p. 13.

²⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 92, apud MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 50.

²⁷ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 52-53.

²⁸ *Ibidem*, p. 55-56.

²⁹ *Ibidem*, p. 58.

estabelecesse acentuada diversidade de sistemas, o que, sem dúvida alguma, prejudicou a aplicação da lei penal.³⁰

Em que pesem alguns Estados terem se valido do permissivo constitucional, aprovando códigos próprios, a Lei 2.033/1871 permaneceria em vigor até a promulgação, em nível federal, do Código de Processo Penal de 1941³¹.

A Carta de 1891 elevou ao patamar constitucional a garantia da “mais plena defesa, com todos os recursos essenciais a ela”, conforme o artigo 172, §6º, que previa, ainda, a exigência de entrega ao preso, no prazo de 24 horas, da nota de culpa assinada pela autoridade competente, indicando os nomes do acusador e das testemunhas³².

A fragmentação legislativa que resultou da opção pelo modelo descentralizado foi alvo de muitas censuras³³, que contribuíram para que a Constituição seguinte, de 16 de julho de 1934, restabelecesse a unidade em matéria processual, devolvendo à União a competência privativa para legislar sobre o tema³⁴.

Já em 1935 foi apresentado ao presidente da República o projeto de Código de Processo Penal conhecido como Projeto Vicente Ráo, em referência ao ministro da justiça da época. Sua principal inovação era a supressão do inquérito policial e a criação do juizado de instrução.

A justificativa da mudança proposta, conforme a exposição de motivos³⁵, partia da constatação de que, no sistema então vigente, a apuração da responsabilidade criminal acabava por ocorrer não em juízo, mas perante a polícia. Assim, desvirtuavam-se as funções desta que, em vez de investigar e promover a manutenção da ordem, formava o conteúdo do processo e praticava atos inequivocamente processuais, como a tomada de declarações do acusado e das testemunhas. O processo, por sua vez, incorporava mera reprodução dos depoimentos, circunstâncias indiciárias, declarações, exames e vistorias constantes dos autos do inquérito, peça formada fora do juízo e sem a observância das garantias do acusado, e sem, tampouco, a possibilidade de produção de prova pela defesa em contraditório. Como resposta a essas

³⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 104.

³¹ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 51.

³² *Ibidem*, p. 58.

³³ “A diferença no tratamento em diversos pontos dos Códigos rendeu críticas à descentralização do processo penal brasileiro, até mesmo em face da dificuldade de aplicação da lei penal” (*Ibidem*, p. 69-70).

³⁴ *Ibidem*, p. 70.

³⁵ RÁO, V.; FARIA, A. B. de; CASADO, P. de C. **Projeto do Código do Processo penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1938.

fragilidades, propunha-se, então, a instauração do juizado de instrução, incumbido da direção dos trabalhos investigativos, valendo-se do auxílio da autoridade policial³⁶.

Embora tenha chegado a ser aprovado pela Seção do Congresso Nacional de Direito Judiciário, sob a relatoria de Mário Bulhões Pedreira, o Projeto Vicente Ráo nunca se converteu em lei, já que sua discussão foi interrompida pelo golpe de Estado de 10 de novembro de 1937, que deu origem ao Estado Novo.

Já sob o novo regime, foi elaborado o Código de Processo Penal atualmente vigente, por meio do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941³⁷. A nova legislação manteve a apuração preliminar dos delitos sob a forma de inquérito policial, com o argumento principal de se tratar de modelo mais adequado à dimensão territorial do país, circunstância que dificultaria a atuação adequada dos juízes de instrução. Nesse sentido, consignou-se na exposição de motivos do código³⁸:

O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juzizados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade.

Na ocasião, sustentou-se, ainda, que a forma do inquérito contribuiria para evitar juízos prematuros acerca da prática delitiva³⁹.

Conforme a leitura de José Frederico Marques⁴⁰, o Código de 1941 incorporou em seu texto as diretrizes basilares do sistema processual acusatório:

³⁶ “Contudo, é de se notar que, do modo como foi concebido pelo Anteprojeto Vicente Ráo, o então idealizado juizado de instrução na verdade não suprimia o inquérito policial, mas apenas mudava sua denominação para ‘diligências policiais’” (SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 74).

³⁷ A disciplina do inquérito policial no código vigente é analisada adiante em maior profundidade ao longo do presente trabalho.

³⁸ CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal** (Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941).

³⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 51.

⁴⁰ Registra o doutrinador, contudo, que “o Código de Processo Penal, apesar de ter mantido grande fidelidade aos postulados essenciais do sistema acusatório, não deixou de sentir os influxos autoritários do Estado Novo. A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de pôr cobro a formalismos procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de pôr cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de o ter feito com um lamentável confucionismo e absoluta falta de

O novo Código não se afastou de nossas tradições legislativas. Manteve o inquérito policial, configurando-o tal como o herdamos do Império através da reforma de 1871: em obediência a um mandamento constitucional, estabeleceu a instrução plenamente contraditória e separou de vez as funções acusatória e julgadora, eliminando quase por completo o procedimento *ex officio*, que só permaneceu para o processo de contravenções; restringiu, ainda mais, a competência do Júri, e plasmou todas as formas procedimentais sob fiel observância do sistema acusatório.⁴¹

A respeito das alterações promovidas pelo novo código, é a visão de Antonio Scarance Fernandes⁴²:

Percebe-se, pelos comentários feitos ao Código de 1941, que se considerava o inquérito policial verdadeiro sumário de culpa, devendo as provas nele colhidas valer para a condenação, se não contrariadas pela defesa e se coerentes com a prova produzida no processo. Explica essa inicial orientação o debate travado antes de ser o Código aprovado, quando houve forte discussão sobre a criação do juizado de instrução, invocando-se como fundamento principal para sua implantação a economia dele resultante, a eliminação da duplicidade da prova, colhida no inquérito e repetida no processo. Não vingou essa alternativa, principalmente em virtude das dificuldades de implantação do juizado em todo o território brasileiro, devido à ausência de juízes de instrução em número suficiente em todas as comarcas, principalmente as menores.

Acrescenta Fernandes que a participação da defesa, na seara do inquérito, ficou restrita ao direito de solicitar diligências à autoridade policial, ficando ao arbítrio desta realizá-la; é dizer, não havia um direito à providência requerida. Segundo o autor, essa estrutura estava em sintonia com a tendência então predominante em todo o mundo de restrição à participação da defesa na instrução preliminar⁴³.

Em 1946, promulga-se uma nova constituição, consagrando os princípios da acusatoriedade, do contraditório, do devido processo legal e do juiz natural⁴⁴.

Mais tarde, a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, inovou ao dispensar o inquérito policial para as infrações penais de menor potencial ofensivo, determinando que a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência deverá lavrar termo circunstanciado e o encaminhar imediatamente ao juizado (artigo 69). No entanto, conforme observa Marta Saad, a instauração do inquérito continuou imprescindível em certas hipóteses, como as de autoria

técnica” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 108).

⁴¹ Ibidem, p. 107.

⁴² FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 69-70.

⁴³ Ibidem, p.71.

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 109.

desconhecida ou indeterminada, bem como aquelas em que o sujeito apontado como agente puder ser inimputável ou semi-imputável⁴⁵.

Em 2008, a legislação processual penal foi alvo de uma extensa reforma. As Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008 operaram sensíveis alterações no sistema, sem, contudo, modificar significativamente a disciplina do inquérito policial. Dentre as pontuais inovações promovidas nesse âmbito, merece referência a criticada redação conferida ao artigo 155 do Código de Processo Penal, que passou a dispor que o juiz não poderá fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas⁴⁶. Destaca-se, ainda, a previsão, no parágrafo 1º do artigo 405 do código, de que o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, sempre que possível, a fim de assegurar maior confiabilidade às informações colhidas.

Enfim, a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, popularmente conhecida como o “Pacote Anticrime”, introduziu no sistema brasileiro a figura do *juiz de garantias*, a quem compete o controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (artigo 3º-B do Código de Processo Penal)⁴⁷.

Tal alteração já era defendida por parcela significativa da doutrina, que via com maus olhos o fato de o juízo de pré-admissibilidade da acusação ser realizado pelo mesmo que proferiria a sentença ao fim do processo. Nesse sentido, o chamado *juiz-garante da investigação preliminar* seria aquele que atua na instrução preliminar para decidir acerca das providências que lhe são inerentes, não atuando, porém, na fase processual, a fim de que seja resguardada sua imparcialidade⁴⁸.

Também ao juiz de garantias cabe, na forma do inciso XIV do novel artigo 3º-B, examinar os elementos de informação e decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos

⁴⁵ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 92.

⁴⁶ As críticas tecidas ao texto do artigo 155, *caput*, notadamente pelo emprego do termo “exclusivamente”, são abordadas no item 1.4. do presente trabalho.

⁴⁷ Em decisão cautelar proferida em 22/01/2020 no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305, o Ministro Luiz Fux suspendeu por tempo indeterminado a eficácia das regras do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) que instituem a figura do juiz das garantias.

⁴⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 330. No mesmo sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. **Verdade e prova no processo penal**. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 8.

termos do artigo 399 do Código, momento que cessa sua competência, conforme o *caput* do artigo 3º-C.

O parágrafo 3º do artigo 3º-C, por sua vez, incluiu no ordenamento processual penal brasileiro a previsão de exclusão física do material pertinente à investigação em relação aos autos principais da ação penal, *in verbis*:

Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

A inovação legislativa adotou modelo semelhante ao italiano, que contempla a regra de eliminação dos autos da ação penal de todas as peças da investigação preliminar, exceto o laudo do corpo de delito e as provas antecipadas, produzidas em incidente próprio, tudo a fim de garantir a chamada *originalidade* do processo penal⁴⁹. Assim, a exclusão dos elementos informativos se volta a evitar a contaminação do juiz sentenciante e garantir que a valoração probatória repousará somente sobre as provas produzidas sob o crivo do contraditório, ressalvadas as exceções legais.

1.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

À atividade que se volta à apuração dos delitos em momento anterior ao processo criminal são atribuídas as mais diversas terminologias. Historicamente, como se expôs no tópico anterior, diversas legislações brasileiras empregaram a expressão *formação de culpa* para se referir a essa fase da persecução. No Código de Processo Penal vigente, essa atividade passou a ser chamada de *inquérito policial*, em referência ao órgão dela encarregado. Em outros sistemas, ela aparece sob designações como *inquérito preliminar*, *procedimento preparatório* e *diligências prévias*⁵⁰.

Na doutrina, Marta Saad utiliza os termos *persecução prévia*, *preliminar*, *preservadora* ou *preparatória* para se referir a essa etapa da apuração⁵¹. Aury Lopes Jr. e

⁴⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 327.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 87-88.

⁵¹ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 26.

Ricardo Jacobsen Gloeckner preferem a expressão *instrução preliminar*, mais abrangente que *investigação*, aludindo “ao fundamento e à natureza da atividade levada a cabo, isto é, a apuração de dados fáticos e elementos de convicção que possam servir para formar a *opinio delicti* do acusador e justificar o processo ou o não processo”⁵². De modo semelhante, José Frederico Marques se refere ao inquérito policial como uma *instrução provisória*⁵³. Ressalta a doutrina, todavia, que, na tradição brasileira, prevalece o emprego da nomenclatura *investigação criminal*, reservando-se o uso de *instrução* para a fase processual⁵⁴.

Com relação à investigação em sentido amplo, Marques define-a como a atividade estatal da *persecutio criminis* destinada a preparar a ação penal, ressaltando, portanto, seu caráter *preparatório* e *informativo*, visto que seu objetivo seria o de levar aos órgãos da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo⁵⁵. Trata-se da conceituação clássica do instituto, que enfatiza o aspecto ligado à formação da *opinio delicti* com vistas a subsidiar o oferecimento da ação penal.

Já segundo André Augusto Mendes Machado, a investigação criminal corresponde ao procedimento preliminar e preparatório à ação penal, composto por um conjunto de atos encadeados, que podem ser praticados pelos sujeitos envolvidos e diretamente interessados na persecução penal, com a finalidade de reunir elementos materiais relacionados ao possível delito⁵⁶. Destaca-se, nesse conceito, uma maior abrangência quanto aos sujeitos que poderiam praticar atos de investigação, visto que o autor faz referência, de forma ampla, a todos aqueles com envolvimento e interesse direto na persecução penal.

Marta Saad, por sua vez, define a atividade como procedimento prévio, cautelar, realizado no mais das vezes pela polícia judiciária, em inquérito policial, procedimento de natureza administrativa e finalidade judiciária, voltado a apurar o fato, que aparenta ser ilícito e típico, bem como sua autoria, coautoria e participação⁵⁷. Tal qual ocorre com a concepção anterior, ao afirmar que se trata de atividade desempenhada com maior frequência pela polícia

⁵² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 88.

⁵³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 147.

⁵⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 88.

⁵⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 139.

⁵⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 17.

⁵⁷ SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” – Investigação preliminar: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan./abr. 2020, p. 31.

judiciária, Marta Saad expressa a não exclusividade do órgão para desempenhar esse encargo, o que permite concluir, *a contrario sensu*, que outros atores também estão legitimados a fazê-lo.

Cita-se, ainda, a posição de Lopes Jr. e Gloeckner, que conceituam a investigação preliminar como o conjunto de atividades realizadas de forma concatenada por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício, com caráter prévio e de natureza preparatória em relação ao processo penal, tendo como escopo averiguar a autoria e as circunstâncias de um aparente delito, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não processo)⁵⁸. Nessa definição, diversamente de outras mais tradicionais como a de Marques, contempla-se a possibilidade de que os frutos da investigação sejam empregados não apenas para fundamentar o exercício da pretensão punitiva, mas também para justificar o arquivamento nas hipóteses legais. Ademais, os autores também optam por uma posição ampliativa quanto aos sujeitos da investigação, ao empregar a expressão, bastante genérica, “órgãos do Estado”.

Não obstante a vasta produção doutrinária a esse respeito, conforme registra Fauzi Hassan Choukr, é comum, na prática penal brasileira, a confusão entre as noções de investigação criminal e inquérito policial, quando, em verdade, este apenas consubstancia um modo de ser daquela⁵⁹.

De fato, embora os conceitos sejam, por vezes, empregados imprecisamente como equivalentes, a investigação criminal constitui gênero do qual são espécies a investigação policial; a investigação desenvolvida pelo Ministério Público; a investigação privada, levada a efeito por detetive profissional; a investigação defensiva; e, ainda, a investigação parlamentar, materializada nas comissões parlamentares de inquérito. Em outros termos, o inquérito policial é apenas um dos instrumentos por meio dos quais se concretiza a investigação, primeira fase da persecução penal⁶⁰.

Interessa registrar ainda, consoante a lição de Pedro Henrique Demercian, que, ao lado dos policiais, a legislação brasileira prevê ainda outras formas de inquérito, como o

⁵⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 90-91.

⁵⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 55. No mesmo sentido, SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 394.

⁶⁰ MACHADO, Angela C. Cangiano; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2007, p. 21.

administrativo, presidido por autoridade administrativa; o policial-militar, presidido por oficial da Polícia Militar; e o civil, voltado à apuração de lesão aos interesses difusos e coletivos, presidido por membro do Ministério Público, com a finalidade de instruir eventual ação civil pública⁶¹.

Posto isso, o *inquérito policial*, à luz das disposições dos artigos 4º e 6º do Código de Processo Penal, pode ser compreendido como “a atividade desenvolvida pela Polícia Judicial com a finalidade de averiguar o delito e sua autoria”⁶².

Em relação à natureza jurídica do inquérito policial, segundo Marta Saad⁶³, prevalece na maior parte da doutrina a visão geral do inquérito policial como procedimento preliminar ou prévio, cautelar, de natureza administrativa e finalidade judiciária, desenvolvido pela polícia judiciária a fim de apurar fato aparentemente ilícito e típico, bem como sua autoria. Contudo, ressalta, em um olhar mais detido, as concepções variam segundo a maior ênfase dada a um ou outro desses aspectos. Nesse contexto, distingue quatro correntes doutrinárias acerca do tema: i) a que destaca o fato de se tratar de procedimento voltado à elucidação de fato típico e ilícito e à apuração de responsabilidades; ii) a que realça seu caráter preparatório em relação à ação penal; iii) a que identifica o inquérito como o registro e coleta de provas do fato; e iv) a que sublinha o aspecto da cautelaridade.

Lopes Jr. e Gloeckner identificam duas concepções principais quanto à natureza jurídica do inquérito. A primeira seria aquela que o identifica como procedimento administrativo pré-processual, ou seja, uma fase antecedente e preparatória do processo penal, a cargo de um órgão estatal não integrante do Poder Judiciário e, portanto, sem poder jurisdicional. Nessa categoria se enquadraria o inquérito policial do sistema pátrio. Essa classificação leva em conta os atos predominantes, que, no caso do inquérito policial, são de natureza administrativa, o que não exclui a possibilidade de intervenção jurisdicional em casos específicos⁶⁴. Sob ótica diversa, a investigação preliminar poderia ser compreendida como procedimento judicial pré-processual, que “a cargo de um órgão que pertence ao Poder

⁶¹ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Inquérito policial e ação penal**. São Paulo: CPC, 2004, p. 16.

⁶² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91.

⁶³ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 139-142.

⁶⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91-92. Observam, entretanto, que, nos países em que o Ministério Público está constitucionalmente integrado ao Poder Judiciário e conta com as mesmas garantias da magistratura, tal como ocorre na Itália e em Portugal, a investigação preliminar realizada pelo Ministério Público assume a natureza de procedimento judicial.

Judiciário e dirige a investigação com base na *potestas* que emana do fato de pertencer ao Poder Judiciário”⁶⁵. Tal papel poderia ser desempenhado por juízes ou promotores, neste caso nos sistemas em que promotores são considerados magistrados e gozam das garantias daqueles. Para o autor, ainda que dirigida por autoridade judiciária, como é o caso da figura do juiz instrutor na Espanha, a investigação preliminar não pode ser considerada processo em sentido estrito, e, assim, diante da ausência de características elementares deste, como a existência de partes (e não meros sujeitos) a quem sejam assegurados de forma plena o contraditório e a ampla defesa⁶⁶.

Para Machado, o inquérito policial consubstancia procedimento cautelar pré-processual de caráter administrativo e judiciário. É procedimento porque, muito embora inexista ordem legal rígida para a prática dos atos que o integram, observa uma sequência lógica para sua instauração, desenvolvimento e conclusão. Não se trata de processo, por não haver contraditoriedade perfeita na sucessão de atos que o integram. É cautelar na medida em que serve para a captação e preservação de meios de prova e materialidade e da autoria delitiva, a serviço de eventual ação penal. É pré-processual, justamente, porque precede o processo, embasando a sua instauração ou impedindo acusações descabidas. É, ainda, procedimento administrativo, porquanto dirigido pela polícia judiciária, ente estatal integrante da Administração Pública. Por fim, considerando a finalidade de formação da culpa dos atos desenvolvidos em seu bojo, é qualificado como judiciário⁶⁷.

Também para José Frederico Marques, o inquérito policial não tem natureza de processo, mas de mero procedimento, direcionado a preparar a apresentação em juízo da pretensão punitiva a ser deduzida na ação penal⁶⁸.

Em outro vértice, na visão de Antonio Scarance Fernandes, o inquérito policial não constitui processo e, sequer, procedimento, mas mero conjunto de atos praticados por autoridade administrativa. E não se trata de procedimento por faltar-lhe característica essencial para tanto, a saber, “a formação por atos que devam obedecer a uma sequência predeterminada

⁶⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 93.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 94.

⁶⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 53-55.

⁶⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 149.

pela lei, em que, após a prática de um ato, passa-se à do seguinte até o último da série, numa ordem a ser necessariamente observada”⁶⁹.

1.3 MODELOS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

1.3.1 Investigação a cargo da polícia

O inquérito policial, previsto nos artigos 4º e seguintes do Código de Processo Penal, constitui, sem dúvida, a mais representativa modalidade de investigação oficial no Brasil⁷⁰, embora não seja a única contemplada no ordenamento vigente⁷¹.

Conforme destaca Rogério Lauria Tucci⁷², foi a partir do Decreto 4.824/71 que se consolidou a denominação *inquérito policial*, designando a atividade investigatória desenvolvida pela polícia judiciária⁷³.

Para José Frederico Marques, consiste o inquérito policial em “um procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal”⁷⁴.

Nessa modalidade de investigação pública, compete à autoridade policial definir a linha de investigação e praticar diretamente os atos relevantes para o esclarecimento do fato criminoso, exceto quando sua realização implicar restrição a direitos fundamentais, hipótese em que será necessária autorização judicial prévia⁷⁵. Dessa feita, compete à polícia judiciária produzir as provas técnicas consideradas necessárias, bem como proceder à oitiva das testemunhas que considerar úteis para a elucidação do fato. Entretanto, para certos atos (como

⁶⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 64.

⁷⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 148.

⁷¹ Entre as exceções à regra, Marta Saad aponta o inquérito policial militar; os inquéritos administrativos, disciplinares ou não disciplinares; e o inquérito parlamentar. (SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 99-100). Franklyn Roger Alves Silva, por sua vez, sustenta que também há investigação criminal no âmbito de procedimentos administrativos sancionadores levados a efeito pelos órgãos aos quais a lei confia funções de fiscalização no bojo das relações negociais, a exemplo da Comissão de Valores Mobiliários, dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e do Banco Central. Sublinha o autor que, em que pesem esses órgãos não terem como atribuição precípua a investigação criminal, é certo que suas atividades perpassam a apuração de ilícitos com consequências no campo penal (SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação Criminal Direta pela Defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 392-394).

⁷² TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 67.

⁷³ Ressalta, todavia, que, embora nova a nomenclatura, a atribuição de funções ligadas à elucidação dos delitos aos órgãos policiais já vinha de longa data (Ibidem, p. 70).

⁷⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 148.

⁷⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24.

prisões cautelares, buscas domiciliares, intervenções corporais e interceptações telefônicas), será necessária a autorização do órgão jurisdicional para que se revistam de legalidade⁷⁶.

Sustentava Marques que, no desempenho dessa tarefa, a polícia judiciária atuaria como órgão auxiliar do juízo e do Ministério Público, responsável por preparar a persecução penal a ser levada a juízo por meio da ação penal⁷⁷. Mais ainda, defendia o autor que, enquanto instrumento para uma futura denúncia ou queixa, o inquérito seria peça de interesse precípua do Ministério Público, de modo que somente esse órgão poderia avaliar a utilidade de quaisquer diligências, e nem mesmo o juiz poderia indeferir pedido ministerial a elas pertinente⁷⁸.

Em contraste, segundo André Augusto Mendes Machado⁷⁹, a autoridade policial dispõe de autonomia na definição das formas e dos meios de investigação, não se subordinando funcionalmente ao Ministério Público e ao juiz, a quem compete apenas a fiscalização das atividades policiais.

Essa posição encontra ressonância na lição de Gloeckner e Lopes Jr., para quem, no inquérito, a polícia não é mero auxiliar, mas:

[...] o titular (verdadeiro diretor da instrução preliminar), com autonomia para dizer as formas e os meios empregados na investigação e, inclusive, não se pode afirmar que existe uma subordinação funcional em relação aos juízes e promotores.⁸⁰

Também em desacordo com a postura de Marques, cita-se a lição de Marta Saad:

Outro equívoco, usualmente repetido, é que o inquérito policial é dirigido ao Ministério Público, tendo tal entendimento inclusive se repetido no art. 7.º, caput, do Projeto de Lei 4.209/2001. O engano, aí, está em não se ver o inquérito, realizado pela polícia judiciária, como instrumento de justiça, que serve ao juiz e também ao acusado, o qual precisa saber sobre a viabilidade ou não da ação penal que lhe seja proposta [...].⁸¹

Por outro lado, converge a doutrina ao reconhecer que, além de fornecer elementos para subsidiar eventual acusação em juízo, também é com base nos dados do inquérito que a

⁷⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 125.

⁷⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 148-149.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 152.

⁷⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24.

⁸⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 126.

⁸¹ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 152.

autoridade judicial decidirá acerca da adoção ou não de medidas cautelares, incluindo a prisão preventiva, durante a etapa pré-processual⁸². Daí decorre a necessidade de máximo zelo pelos direitos e garantias em jogo desde o momento em que tem início a persecução.

À guisa de conclusão, registra-se que, segundo Gloeckner e Lopes Jr., a opção de delegar à polícia a direção da fase pré-processual apresenta vantagens e desvantagens. De um lado, destacam como benefícios desse modelo a amplitude da presença policial; a maior celeridade, ao menos no plano teórico; e a economia para o erário, pois utilizam-se recursos humanos com menor grau de especialização⁸³. Advertem, no entanto, que os órgãos policiais estariam mais suscetíveis à contaminação política e a sofrer pressão dos meios de comunicação, o que potencializaria o risco de sua cooptação como instrumento de perseguição, além de dar margem à produção de injustiças como produto do clamor pela rápida resolução dos casos de grande repercussão. Criticam, por fim, a confusão que se instala entre a política de segurança pública e a função investigatória, que, não raramente, acabam por se imiscuir na figura da autoridade policial⁸⁴.

1.3.2 Investigação a cargo do juiz

Nos sistemas que adotam a investigação preliminar judicial, a figura do juiz instrutor concentra os poderes ligados ao impulso e à direção oficial da instrução preliminar. Assume, nessa fase, um papel de protagonismo, podendo praticar todas as diligências que considere necessárias para aportar elementos de convicção para subsidiar eventual acusação. A autoridade judicial não apenas assiste à produção dos elementos informativos pelas partes, mas pode colhê-los e produzi-los diretamente, independentemente de provocação. Assim, ao tomar conhecimento de um delito, o juiz instrutor⁸⁵ pode dar início à investigação por si mesmo ou

⁸² Nesse sentido: “Mas o inquérito não é só instrumento da denúncia ou queixa. É com base no inquérito que o juiz decreta a prisão preventiva do acusado, emitindo, assim, o juízo de probabilidade dessa providência cautelar, fundado tão-só no procedimento policial de instrução provisória que no inquérito se contém” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 153). E ainda: “A segunda finalidade do inquérito é a de ministrar elementos para que o juiz possa se convencer acerca da necessidade ou não de se decretar a prisão preventiva, o arresto e seqüestro de bens, a busca e a apreensão, a quebra do sigilo bancário ou telefônico. Serve, portanto, de base para decretação de medidas e provimentos cautelares, no curso do inquérito” (SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 153).

⁸³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 126-127.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 130.

⁸⁵ Com relação a essa figura, ressalta André Augusto Mendes Machado: “Vale ressaltar que o atual juiz instrutor não se confunde com a antiga figura do ‘inquisidor’. Primeiro, porque há a separação das funções de investigar,

determinar à polícia judiciária que pratique os atos considerados pertinentes para a apuração da materialidade e autoria do fato⁸⁶. Em regra, é possível que as partes solicitem a realização de diligências, que serão ou não efetuadas a critério do órgão judicial⁸⁷.

Ainda sobre o funcionamento desse sistema, esclarece José Frederico Marques que ele se estrutura em dois momentos:

A finalidade da ‘instrução’ ou formação da culpa é exclusivamente processual, porquanto dessa decorre a possibilidade, ou não, de ser instaurado o *judicium causae*, em que então se decidirá sobre o conteúdo da acusação, ou pretensão punitiva, isto é, o próprio mérito da causa penal. O pronunciamento jurisdicional, portanto, com que se encerra a formação da culpa, tem efeito preponderantemente processual: se de inadmissibilidade da acusação (*ou de impronúncia*) consiste ela em verdadeira *absolutio ab instantia*; se de admissibilidade, ou sentença de pronúncia, determina que se prossiga na relação processual, para que o réu seja submetido a julgamento em que se decidirá do *meritum causae*.⁸⁸

Entre os países que adotam o juizado de instrução estão a França, berço desse sistema⁸⁹, a Espanha, a Argentina, o México e alguns Estados árabes (Marrocos, Argélia, Tunísia, Líbano, Iraque e Síria), neste último caso como resultado da influência francesa⁹⁰.

No processo penal brasileiro não se adotou esse formato, tendo prevalecido a opção pela investigação dirigida pela autoridade policial⁹¹. Portanto, não está presente em nosso ordenamento a figura de um juizado de instrução com iniciativa investigatória; ao contrário, a

acusar e julgar: enquanto o juiz instrutor investiga, o Ministério Público ou o próprio ofendido acusam e um outro juiz – diverso do instrutor – atua no processo. Segundo, porque o juiz instrutor, ao contrário do inquisidor, tem o dever de ser imparcial, recolhendo provas relacionadas à imputação, independentemente de serem favoráveis à acusação ou ao imputado” (MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25).

⁸⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 132-133.

⁸⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

⁸⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 167-168.

⁸⁹ Sobre o modelo francês, explica José Frederico Marques: “Quando existente o juízo da formação da culpa, a instrução constitui procedimento preliminar, com finalidades próprias, como a criou e concebeu o sistema processual misto do *Code D’Instruction Criminelle*. Há assim um *jurisdiction d’instruction*, anterior e preparatória da *jurisdiction de jugement*. No juízo de instrução realiza-se *l’instruction preparatoire, qui a pour but préparer le procès penal*, e no juízo propriamente dito (ou juízo da causa), ainda há *l’instruction définitive*, que tem por fim fazer julgar a causa penal” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 167).

⁹⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 38-42.

⁹¹ Registra-se que, na redação anterior à reforma de 2008, o artigo 533 do Código de Processo Penal conferia ao juiz criminal funções investigatórias no procedimento das contravenções penais. Merece referência, também, a figura do “inquérito judicial” prevista na antiga Lei de Falências, e suprimida pela Lei 11.101/2005. A respeito, conferir: MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 142.

instrução consubstancia um momento da relação processual, posterior à fase postulatória e anterior aos debates e ao julgamento da causa⁹².

Em nosso ordenamento, o papel atribuído ao juiz no inquérito policial tem duas facetas. A ele compete, por um lado, verificar a legalidade das diligências praticadas pela polícia judiciária, tarefa que, como regra, pode ser exercida *a posteriori*. Por outro lado, a autoridade judicial também está incumbida de realizar o controle prévio dos atos que implicarem restrição a direitos fundamentais, autorizando ou não a sua prática à luz das balizas legais e do princípio da proporcionalidade⁹³.

Importa destacar que a Lei 13.964/19, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, cuidou de confiar essas funções a um magistrado distinto daquele que atuará, posteriormente, na fase processual, com vistas a resguardar a imparcialidade do último. Assim, criou-se a figura do juiz das garantias, que, no entanto, não tem atribuição de investigar, mas de realizar o controle da legalidade da investigação criminal e garantir a salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à apreciação prévia do Poder Judiciário (artigo 3º-B, *caput*, do Código de Processo Penal).

A participação do magistrado que atua na fase prévia no futuro julgamento do processo foi objeto de exame pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em reiteradas ocasiões⁹⁴, tendo prevalecido o entendimento de que a atuação do juiz instrutor no tribunal sentenciador viola o direito a um juiz imparcial consagrado no artigo 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950⁹⁵. Conforme a análise de Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner:

Destaca o Tribunal Europeu uma fundada preocupação com a aparência de imparcialidade, ou uma estética de imparcialidade, diremos nós, que o julgador deve externar para os submetidos à administração da Justiça, pois, ainda, que não se produza o prejulgamento, é difícil evitar a impressão de que o juiz (instrutor) não julga com plena imparcialidade. Isso afeta negativamente a confiança que os Tribunais de uma sociedade democrática devem inspirar nos jurisdicionados, especialmente na esfera penal.⁹⁶

⁹² MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 146.

⁹³ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 75-76.

⁹⁴ São exemplos o caso Piersack contra Bélgica (1982); o caso de Cubber contra Bélgica (1984); e o caso Perote Pellón contra Espanha (2002).

⁹⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 138.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 142.

À luz desse raciocínio, prosseguem os autores defendendo que o juiz instrutor tem sua imparcialidade irremediavelmente comprometida, seja em razão de estar em contato com as fontes de investigação, seja em virtude dos diversos prejulgamentos que realiza no curso da instrução preliminar, ao apreciar, por exemplo, medidas cautelares, buscas e apreensões e pedidos de quebra de sigilo de dados. Por esse motivo, para que se adote um sistema como o dos juizados de instrução, é imprescindível que o processo seja cindido em duas fases distintas, atribuindo-se a diferentes pessoas as tarefas de investigar e julgar⁹⁷.

Uma vez observada essa condição, argumenta-se que o sistema judicial de instrução preliminar judicial apresentaria como principal vantagem a garantia de ser a investigação conduzida por um órgão *suprapartes*, o que asseguraria um controle mais efetivo da legalidade nessa etapa e, ainda, um maior grau de credibilidade para o material nela colhido⁹⁸. Nas palavras dos doutrinadores:

Por outro lado, no sistema de investigação judicial – juiz instrutor – há uma tendência de produzir um material probatório menos parcial, até porque o juiz instrutor não é o titular da ação penal e está mais preocupado em esclarecer o fato. [...] Com isso, a tendência é de que o material final possa ser usufruído tanto pela acusação como pela defesa, reforçando a instrumentalidade da investigação preliminar, com a ampla possibilidade de decisão entre processo e não processo, e não exclusivamente como instrumento a serviço da acusação.⁹⁹

Noutro vértice, como inconveniente dessa configuração, cita-se a sua tonalidade inquisitiva, na medida em que concentra na pessoa do juiz papéis que, no sistema acusatório, pertencem a entes diversos. Afirma-se, ainda, que são logicamente incompatíveis as funções de investigar e, ao mesmo tempo, garantir o respeito aos direitos do imputado, o que comprometeria a eficácia das garantias individuais do sujeito passivo e a credibilidade da administração da justiça. Sustenta-se, por fim, que a instrução preliminar judicial causa uma distorção do valor probatório reconhecido aos atos de investigação, já que, por terem sido praticados por um juiz, acabam por ser valorados na sentença, sem a regular produção em juízo¹⁰⁰.

Fazendo coro a essas críticas, argumenta Machado que:

⁹⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 143-144.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 144.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 98.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 147-150.

[...] num verdadeiro sistema acusatório, o magistrado funciona como órgão suprapartes, adstrito à função de julgar. A prática de atos investigatórios pelo juiz representa forma de acusação em sentido amplo, pois pressupõe prejulgamentos a respeito da imputação, refletindo em sua imparcialidade.¹⁰¹

Contudo, sublinha o autor que a atividade investigatória do juiz não se confunde com a sua iniciativa probatória, esta plenamente admissível, desde que exercida de forma subsidiária às partes com a finalidade de suprir as desigualdades entre elas. Já a colheita direta de elementos informativos durante a persecução prévia seria vedada ao magistrado, sob pena de desvirtuar-se em verdadeiro inquisidor e ter comprometida sua necessária imparcialidade¹⁰².

1.3.3 Investigação a cargo do Ministério Público

A investigação a cargo do Ministério Público vem substituindo, em alguns países europeus, a tradição da instrução preliminar judicial. Conforme observou Franklyn Roger Alves Silva, “a iniciativa investigatória do Ministério Público foi encarada como uma reação a modelos inquisitoriais dos sistemas jurídicos em que o magistrado exercia a função de juiz instrutor, como era o caso do código Rocco na Itália”¹⁰³.

Esse movimento teve início na reforma alemã de 1974, que suprimiu a figura do juiz instrutor e passou a contemplar o promotor investigador. Sobrevieram modificações legislativas orientadas na mesma direção em países como Itália, em 1988, e Portugal, em 1995. Na Espanha, a Lei Orgânica 7/88 outorgou maiores poderes à *Fiscalia* (órgão equivalente ao Ministério Público), mas não abandonou a figura do juiz de instrução¹⁰⁴. Este também foi o modelo adotado no Código de Processo Penal Modelo para a Ibero-América e, ainda, pelo Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional¹⁰⁵.

Acerca do funcionamento do sistema de investigação preliminar a cargo do Ministério Público, aduzem Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner que, nele, o promotor atua como diretor da investigação, encarregado de investigar os fatos de que tome conhecimento

¹⁰¹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 82.

¹⁰² Ibidem, p. 84.

¹⁰³ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 372.

¹⁰⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 152.

¹⁰⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 38.

diretamente, a partir de notícia-crime, ou indiretamente, por comunicação da polícia. Para tanto, poderá dispor do auxílio da polícia judiciária, numa relação de dependência funcional, ou praticar por si mesmo os atos que considerar necessários para reunir elementos de convicção aptos a subsidiar a sua decisão pela acusação ou pelo arquivamento. Em regra, porém, será exigida autorização judicial prévia para a adoção de medidas limitativas de direitos fundamentais do acusado, como as medidas cautelares, buscas domiciliares, intervenções telefônicas, entre outras¹⁰⁶.

A respeito da constitucionalidade da atuação investigativa do Ministério Público no processo criminal, formaram-se, segundo Rogério Lauria Tucci, duas correntes principais. A primeira delas adota uma leitura restritiva do artigo 144, §1º, IV, e §4º, da Constituição Federal, no sentido de que a investigação criminal é de exclusiva atribuição da polícia judiciária. No vértice oposto está a corrente que considera que a outros órgãos, especialmente o Ministério Público, também é dada a possibilidade de desempenhar essa atividade sem ofensa à Lei Maior¹⁰⁷.

Na síntese de Lopes Jr. e Gloeckner, os principais argumentos favoráveis a esse modelo seriam: i) a imparcialidade do Ministério Público, que agiria movido pelo desejo de promoção da justiça, segundo os critérios legais¹⁰⁸; ii) o caráter preparatório da investigação, que serve à formação da *opinio delicti* por parte do titular da ação penal pública, razão pela qual a instrução preliminar deveria ser dirigida por e para o promotor¹⁰⁹; iii) a economia processual proporcionada por esse sistema, que dispensa que o Poder Judiciário cumpra uma função mediadora entre as diligências policiais e as providências do acusador¹¹⁰; e iv) o fortalecimento do papel de garante do juiz, pois mantê-lo alheio à investigação preliminar, invocando-o somente quando necessário para autorizar certas medidas restritivas, fortaleceria sua

¹⁰⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 152. No mesmo sentido: MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 26.

¹⁰⁷ TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

¹⁰⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 154.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 154. Nesse sentido é a posição esposada por Bruno Calabrich: “Posto isso, tem-se que, conduzida diretamente por quem é seu natural destinatário, a quem cumpre, ao final, apreciá-la, a investigação pelo Ministério Público tende a ser mais célere e econômica. Contribui-se, assim, para redução das cifras da impunidade (ou cifras negras da criminalidade), que no Brasil se devem, em boa parte, à ineficiência de um sistema de investigação preliminar que ainda tem no inquérito policial (com todos os defeitos que lhe são apontadas), na prática, seu principal instrumento” (CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 135-136).

imparcialidade e aproximaria a fase pré-processual de uma estrutura verdadeiramente dialética¹¹¹.

Por outro lado, segundo os autores, as principais críticas doutrinárias à atuação investigativa do *Parquet* seriam as seguintes: i) historicamente, esse modelo está relacionado ao utilitarismo judicial que prega o combate da criminalidade a qualquer custo e que pretende justificar com os fins o uso abusivo dos meios, colocando em risco os mais fundamentais direitos e garantias¹¹²; ii) a construção da instituição como parte imparcial não se coaduna com o sistema processual acusatório, pois é da própria parcialidade das partes que resulta a imparcialidade que se espera do órgão judicial¹¹³; iii) a atribuição de poderes de investigação ao Ministério Público, tornando-o uma parte polivalente na persecução penal, estabelece entre defesa e acusação um patente desequilíbrio, comprometendo a paridade de armas no processo¹¹⁴; iv) no modelo de investigação pelo *Parquet*, a fase pré-processual deixa de servir à colheita de elementos informativos contrários e favoráveis ao imputado, e passa a ser norteadada pelo interesse acusatório¹¹⁵; v) esse cenário de desigualdade resulta no cerceamento da defesa, que se vê privada de meios para resistir de forma efetiva à acusação, além de gerar tumulto processual, já que o acusado, impedido de carrear elementos de convicção na fase preliminar, realiza essa atividade integralmente no curso do processo¹¹⁶.

Em defesa da possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público, reflete José Frederico Marques:

A participação do Ministério Público, no inquérito, resulta de sua qualidade de órgão do Estado a quem também se confia a missão de tutelar os bens jurídicos garantidos na lei penal. Promotores públicos e autoridades policiais encarnam, na persecução penal, o interesse punitivo do Estado, que nasce quando praticado um fato aparentemente delituoso. Se a polícia ‘investiga’ e o Ministério Público ‘acusa’ é porque essa distribuição de funções torna mais eficiente a tutela penal de que ambos se encontram investidos. Todavia, como a acusação pode ter mais elementos em mãos

¹¹¹ CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 157.

¹¹² Ibidem, p. 159.

¹¹³ Ibidem, p. 160-162. Cita-se, ilustrativamente, a posição de André Augusto Mendes Machado: “Ademais, se o Ministério Público presidir a instrução preliminar a atividade investigatória penderá em favor da acusação, olvidando-se dos elementos relevantes para o imputado. Compreenda-se que ‘o Ministério Público, como eventual parte acusadora, pode não dispor de imparcialidade suficiente para conduzir a primeira fase da persecução penal, podendo vir a causar prejuízos ao acusado e à sua defesa” (MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 43).

¹¹⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 162.

¹¹⁵ Ibidem, p. 165.

¹¹⁶ Ibidem, p. 165-166.

quando participa dos atos investigatórios, quase todas as legislações cometem ao Ministério Público atribuições também da Polícia Judiciária. [...] Se é o Estado Administração quem investiga e acusa, é irrelevante o órgão a quem ele atribui uma ou outra função. No juízo ou no inquérito quem está presente é esse Estado-Administração. Que importa, pois, que ele se faça representar, na fase investigatória, também pelo Ministério Público?¹¹⁷

Em reforço a esse entendimento, sustentam Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens que as atribuições conferidas ao Ministério Público pelo artigo 129 da Constituição não são taxativas, e assim por força da previsão constante do inciso IX desse dispositivo¹¹⁸, bem como à luz da cláusula de abertura contida no artigo 5º, VI, da Lei Complementar 75/1993¹¹⁹. Nesse diapasão, estaria amparada constitucionalmente a determinação constante do artigo 8º, V, da mesma lei, que confere ao Ministério Público da União a prerrogativa de realizar inspeções e diligências investigatórias nos procedimentos de sua competência¹²⁰.

Argumentam Streck e Feldens, ainda, que, ao consagrar à Polícia Federal o exercício, com exclusividade, das funções de polícia judiciária da União (artigo 144, §1º, IV), não pretendeu o constituinte concentrar, nesse órgão, o monopólio para a realização de toda e qualquer investigação, mas delimitar as atribuições de cada uma das polícias (federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar)¹²¹.

Enfim, observam os autores que a pretensa exclusividade policial para investigar esbarra na constatação de que a diversos outros entes tem sido reconhecida a legitimidade para levar a efeito atividades dessa natureza nos contextos que lhe são próprios. Como exemplos, referenciam-se as diligências investigativas praticadas pela Receita Federal, pelo Banco Central e pelo Conselho de Coordenação de Atividades Financeiras, no âmbito do Poder Executivo; as Comissões Parlamentares de Inquérito, no âmbito do Poder Legislativo; e a prerrogativa que

¹¹⁷ MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001, p. 86-87.

¹¹⁸ “Artigo 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

¹¹⁹ “Artigo 5º. São funções institucionais do Ministério Público da União: [...] VI - exercer outras funções previstas na Constituição Federal e na lei.”

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 76-80.

¹²¹ *Ibidem*, p. 87-88. Em igual sentido é a lição de Bruno Calabrich: “Com tal constatação, extrai-se também a *ratio essendi* do art. 144, § 1.º, IV, da CF/88: confere-se a exclusividade das funções de polícia judiciária da União à polícia federal para, com isso, afastar das demais polícias dessa função. O simples propósito dessa exclusividade, destarte, é a distribuição de atribuições, nos moldes em que distribuídas diversas outras atribuições entre os entes federados” (CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 99).

têm os membros da magistratura e do Ministério Público de serem investigados por órgãos integrantes das respectivas carreiras¹²².

Partilha dessa opinião Bruno Calabrich, para quem a melhor exegese da Lei Complementar 75/1993 e da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público) é a que reconhece a legitimidade do órgão ministerial para realizar um amplo leque de medidas de natureza investigatória, como a inquirição de testemunhas e a requisição de informações e documentos públicos e privados¹²³. Argumenta o autor que a persecução criminal, que alcança a atividade de investigação pré-processual, está compreendida no escopo da proteção dos interesses mencionados no artigo 127, *caput*¹²⁴, da Constituição da República¹²⁵. Outrossim, a atribuição de investigar decorreria também das outras funções institucionais do *Parquet*, como o exercício do controle externo da atividade policial, que, de outro modo, seria inócuo, e a prerrogativa de requisição de diligências da polícia, sob pena de transformar-se a autoridade requisitante em subordinada da requisitada¹²⁶.

Para Calabrich, não assiste razão ao argumento de que a atribuição de poderes de investigação ao Ministério Público vulneraria o princípio da paridade de armas, e assim porque não haveria, nessa etapa, imputação formal de um crime a ninguém, mas apenas a averiguação de uma ou de várias hipóteses¹²⁷. Ademais, essa suposta desvantagem da parte acusada seria compensada pelo princípio da presunção de não-culpabilidade que socorre o imputado e pelo fato de o ônus da prova penal recair integralmente sobre a acusação¹²⁸.

Por derradeiro, anota o autor que o princípio da independência funcional, que rege a conduta dos membros do Ministério Público, fomentaria a eficiência das investigações sobre os fatos cuja apuração é dificultada em razão da qualidade das pessoas envolvidas ou interessadas, as quais poderiam exercer ingerências diretas ou veladas sobre a atividade persecutória da

¹²² CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 88-95.

¹²³ *Ibidem*, p. 115.

¹²⁴ “Artigo 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

¹²⁵ CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 119.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 123-124.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 128-129.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 133.

polícia¹²⁹. Seria esse o caso, por exemplo, dos crimes de autoria de policiais e demais autoridades públicas¹³⁰.

Na mesma toada, afirma Pedro Henrique Demercian, invocando a doutrina dos poderes implícitos, que as atribuições do Ministério Público em matéria criminal incluem poderes próprios de investigação, os quais não lhe podem ser recusados, porque inerentes ao seu dever de propor a ação penal pública¹³¹. De mais a mais, soaria teratológico deferir ao titular do direito de ação o amplo poder de requisitar diligências à autoridade policial e, ao mesmo tempo, recusar-lhe a prerrogativa de pesquisar, por meios próprios, a autoria e a materialidade delitivas. É dizer, retirando-se do titular do direito de ação o poder de investigar, não teria ele alternativa senão emitir sucessivas requisições voltadas à realização das diligências consideradas necessárias, tornando o delegado de polícia mero instrumento do *Parquet*¹³².

De outro lado, é contrária à possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público a posição defendida por Geraldo Prado¹³³. Anota o autor que, durante essa fase da persecução, as fronteiras entre o permitido e o proibido são mais tênues, de modo que, por vezes, a busca de maior eficiência pode dar causa à violação de certas normas e garantias. Nesse cenário, desponta o Ministério Público como agente encarregado de fiscalizar os atos da investigação, por decorrência do disposto no artigo 129, VII, da Constituição Federal. Portanto, em princípio, não poderia o órgão acusatório investigar diretamente sem descuidar de sua missão constitucional. Prado ressalva, no entanto, que o Ministério Público poderia atuar investigativamente mediante previsão legal expressa e em casos excepcionais, a exemplo daqueles afetos ao envolvimento sistemático de policiais com ações de corrupção ou criminalidade acentuada no âmbito da própria polícia. Ademais, uma lei que contivesse previsão dessa natureza também estaria sujeita a limites, não podendo atribuir ampla liberdade ao Ministério Público para escolher o que investigar, ante a necessidade democrática de fixar esses contornos de forma clara. Em arremate, aduz o autor:

¹²⁹ CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites** constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 133-134.

¹³⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 655-656.

¹³¹ DEMERCIAN, Pedro Henrique. **O regime jurídico do Ministério Público no processo penal**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 139-141.

¹³² *Ibidem*, p. 147.

¹³³ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 132-134.

Acontece que a história da investigação criminal brasileira é também história de repressão e autoritarismo, com abusos em investigação e recurso frequente à tortura. O distanciamento que a Constituição da República de 1988 impôs ao Ministério Público é coerente com a sua função de fiscal das atividades de polícia judiciária, criando estrutura confiável de controle dirigida à redução dos abusos. Quando o Ministério Público abdica disso retorna ao passado, fundindo funções, pois a questão não está no nome da instituição que investiga, mas na função que as instituições exercem.¹³⁴

A posição contrária à atuação investigatória ministerial é ladeada por Rogério Lauria Tucci, para quem, a leitura conjunta dos artigos 129, VIII, e 144, §1º, IV, e §4º da Lei Maior permite inferir que, enquanto à polícia judiciária compete a instauração da *informatio delicti*, bem como a investigação do fato criminoso e respectiva autoria, ao Ministério Público é confiado o poder de determinar, mediante requisição, e fiscalizar aquela atividade policial¹³⁵.
Noutros termos:

Em suma, os referenciados regramentos constitucionais determinam, destacadamente, os campos de atuação de cada uma dessas instituições estatais atuantes na *persecutio criminis*, distinguindo entre a atividade investigatória, atribuída à Polícia Judiciária, e a dela provocatória e supervisora, concedida ao Ministério Público.¹³⁶

Segundo Tucci, a apregoada figura do “promotor-investigador” consubstanciaria grave afronta às garantias constitucionais do imputado, notadamente aquelas insculpidas nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal¹³⁷. Mais ainda, ocasionaria injustificável desequilíbrio entre as partes na persecução criminal, por implicar a outorga a sujeito parcial do poder para colher elementos probatórios determinantes para o resultado exitoso de futura postulação condenatória a ser por ele próprio deduzida¹³⁸. Ressalta que, em virtude dessa parcialidade, sua ação será inevitavelmente guiada pelo interesse na colheita de prova desfavorável ao investigado e correspondente desinteresse pela que lhe possa beneficiar. Em vista disso, defende que, a atividade investigatória ministerial é “determinante da ilicitude de

¹³⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 135.

¹³⁵ TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 29.

¹³⁶ Ibidem, p. 30.

¹³⁷ Ibidem, p. 79-80.

¹³⁸ Ibidem, p. 82-83.

toda a sua atuação, e, outrossim, da nulidade dos atos praticados, bem como de todos os que deles venham a ser consequentes”¹³⁹.

No mesmo sentido, em fevereiro de 2004, foi publicada a edição de número 135 do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, cujo editorial veiculou crítica à chamada teoria dos poderes implícitos, segundo a qual a prerrogativa de investigar seria inerente às funções institucionais no Ministério Público. Sustentou-se que o texto constitucional foi claro ao delimitar as funções do *Parquet*, e que a exclusão da investigação criminal desse rol foi deliberada, voltando-se a resguardar o equilíbrio com as demais instituições do sistema de justiça penal. Argumentou-se, ainda, que a opção de confiar ao Ministério Público essa tarefa poderia produzir uma investigação com viés acusatório e resultados viciados quanto à apuração da verdade; ademais, atingiria em cheio a imparcialidade da acusação a ser deduzida em eventual ação penal. Concluiu-se, portanto, pela inconstitucionalidade desse modelo¹⁴⁰.

No tocante à discussão da legitimidade da investigação pelo *Parquet* no âmbito do Supremo Tribunal Federal¹⁴¹, merecem ser referenciados, por sua representatividade para esse debate, alguns precedentes.

Assim, destaca-se, de saída, que, na decisão do *Habeas Corpus* 75.796-3/MG¹⁴², consignou-se que a atuação do Ministério Público na fase do inquérito policial tem justificativa no seu próprio papel de titular da ação penal, sem que configure usurpação de função policial ou venha a ser impedimento a que ofereça denúncia.

Posteriormente, no julgamento do Recurso Extraordinário 205.473-9/AL¹⁴³, a Corte assentou que não competiria ao Procurador da República, em virtude do disposto do artigo 129, VIII, da Constituição, assumir a direção das investigações tendentes à apuração de infrações penais, substituindo-se à autoridade policial, sem prejuízo da possibilidade de promover o inquérito civil, expressamente contemplada no inciso III do artigo 129.

Já em 1999, a Segunda Turma reiterou esse entendimento ao decidir o Recurso Extraordinário 233.072-4/RJ¹⁴⁴, assinalando que o Ministério Público não tem competência

¹³⁹ TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 84-85.

¹⁴⁰ CORACINI, Celso Eduardo Faria (Coord.). Poderes Investigatórios do Ministério Público [editorial]. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 135, fev. 2004.

¹⁴¹ Anota-se que o tema já fora objeto de análise em reiteradas ocasiões pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante demonstra Rogério Lauria Tucci (**Ministério Público e investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 22-23/p. 53-54).

¹⁴² STF – HC 75.769-3/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 28/11/1997.

¹⁴³ STF – RE 205.473-9/AL, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 15/12/1988.

¹⁴⁴ STF – RE 233.072-4/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 18/05/1999.

para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos e, tampouco, competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem poderes para expedir notificações em procedimentos administrativos. Poderia, no entanto, propor a ação penal sem o inquérito policial caso disponha de elementos suficientes.

Outro marco paradigmático foi o RHC 81.326-7/DF¹⁴⁵, que versava sobre a possibilidade de que o delegado de polícia fosse intimado a comparecer perante o Núcleo de Investigação e Controle Externo da Atividade Policial do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, a fim de depor acerca de possível envolvimento em prática criminosa. Por ocasião do julgamento do recurso, em 2003, observou-se que o artigo 129, VIII, da Constituição Federal de 1988, conferiu ao órgão acusatório a prerrogativa de requisitar diligências investigatórias e de instaurar o inquérito policial, mas não de realizá-lo e presidi-lo diretamente. Dessa feita, não poderiam seus membros proceder à inquirição de pessoas suspeitas da autoria de delitos, mas tão-somente requisitar à autoridade policial que diligenciasse nesse sentido, sendo que, tratando-se de indivíduo que ocupa o cargo de delegado, tal requisição deveria ser dirigida aos órgãos hierárquicos próprios da corporação policial. Com esteio nesse raciocínio, a Segunda Turma concluiu que não havia lastro constitucional e legal a sustentar a intimação do recorrente para prestar esclarecimentos ao *Parquet* a respeito de crime em tese por ele cometido.

Naquela oportunidade, parcela da doutrina se manifestou contrariamente ao entendimento assentado pela Corte. Sustentou-se que a decisão não observou a necessária distinção entre duas situações distintas: o poder para conduzir inquéritos policiais, esse sim vedado ao Ministério Público, e a legitimidade para, no âmbito de seus procedimentos, empreender diligências investigatórias no intuito de subsidiar a propositura de futura ação penal pública, prerrogativa que estaria abarcada pela competência constitucional do órgão¹⁴⁶.

O HC 89.837/DF¹⁴⁷ marca uma mudança de entendimento na Corte, pois, em seu julgamento, datado de 2009, prevaleceu a tese que reconhece ao Ministério Público competência para promover, por iniciativa própria, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias dos acusados e as prerrogativas profissionais dos advogados, e sem prejuízo do permanente controle jurisdicional.

¹⁴⁵ STF – RHC 81.326-7/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 01/08/2003.

¹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 75-76.

¹⁴⁷ STF – HC 89.837/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20/11/2009.

Em 2011, no bojo do HC 97.969/RS¹⁴⁸, o Supremo Tribunal Federal reiterou a posição de que não existe ilegalidade na investigação direta pelo Ministério Público, divergindo de sua jurisprudência anterior, que atribuía ao órgão acusador somente uma prerrogativa investigativa de caráter suplementar ou excepcional¹⁴⁹. No julgamento do *habeas corpus*, rejeitou-se a alegação de nulidade do inquérito por haver o órgão ministerial protagonizado várias das diligências de investigação, reconhecendo-se a sua legitimidade para promover as medidas necessárias à efetivação das suas missões constitucionais, inclusive investigando fatos, documentos e pessoas.

Em 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que os artigos 5º (LIV e LV), 129 (III e VIII) e 144 (IV, § 4º), da Constituição da República, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público, fixando, em repercussão geral, a seguinte tese:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.¹⁵⁰

Assim, embora reconhecendo poderes de investigação ao Ministério Público, o Supremo fixou alguns limites e parâmetros para o seu exercício, em especial o respeito aos direitos e garantias dos acusados; a observância das hipóteses de reserva de jurisdição; o cumprimento das prerrogativas dos advogados; a documentação dos atos investigatórios; e a submissão dos atos praticados a permanente controle jurisdicional.

É importante registrar que alguns dos argumentos ventilados no acórdão que julgou o RE 593.727/MG contribuem para dar respaldo, também, à investigação levada a efeito pela defesa. Em primeiro lugar, ao consignar que os artigos 5º (LIV e LV), 129 (III e VIII) e 144 (IV, § 4º) do diploma constitucional não tornam a investigação criminal exclusividade da

¹⁴⁸ STF – HC 97.969/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 23/05/2011.

¹⁴⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 156.

¹⁵⁰ STF – RE 593.727/MG, Plenário, Rel. Min. Cezar Peluzo, j. 14/5/2015, DJ 08/09/2015.

polícia, o Supremo, *a contrario sensu*, reconhece a possibilidade de que outros entes sejam igualmente legitimados a desempenhar tal atividade, o que abre espaço não apenas para que o Ministério Público investigue, mas também para que a advocacia e a Defensoria Pública o façam. Em segundo lugar, adotando o raciocínio de que “quem pode o mais pode o menos”, com esteio na teoria dos poderes implícitos, a Corte conclui que, por ser o titular da ação penal pública, o Ministério Público estaria autorizado a realizar diligências investigatórias, quando necessário. Ocorre que tal lógica também favorece a defesa, a quem também é facultado acusar em certas hipóteses, a exemplo da atuação na qualidade de assistente de acusação e do oferecimento de queixa nos casos de ação penal privada.

Não é exagero, portanto, afirmar que a legitimação da investigação defensiva pode ser intuída da referida decisão, sob pena de, injustificadamente, reconhecer-se novas armas à acusação sem garanti-las também à defesa, acentuando o quadro de desequilíbrio entre as partes na persecução penal.

Em 7 de agosto de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público adotou a Resolução 181, regulamentando a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal realizado pela instituição, a qual foi posteriormente objeto de alteração pela Resolução 183/18.

Atualmente, tramita perante o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do ministro Luiz Fux, a ADI 4.271/DF, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL), questionando dispositivos legais e infralegais que versam sobre o controle externo das atividades das Polícias Civil e Federal por parte do Ministério Público.

1.3.4 Investigação direta pela defesa

O estudo da investigação criminal defensiva é desenvolvido em maior profundidade ao longo do presente trabalho; entretanto, são pertinentes, para este momento, algumas considerações introdutórias.

Importa registrar, de início, que, diferentemente dos modelos anteriormente descritos neste capítulo, não se trata aqui, propriamente de uma forma de investigação oficial, mas de uma construção voltada a restabelecer o equilíbrio de forças na fase preambular da persecução

penal, na medida em que é nesse momento que se forjam importantes condicionantes de todo o processo que sobrevirá¹⁵¹.

Segundo a reflexão de Edson Luís Baldan, estabeleceu-se, na fase de investigação preliminar, um cenário de anomia, no qual múltiplos agentes e órgãos do Estado invocam legitimidade para realizá-la, e a defesa tende a ser mantida o mais distante possível da apuração oficial¹⁵². Da mesma forma, elucida Marta Saad:

A fase de investigação preliminar foi durante muito tempo esquecida pela doutrina. Poucos eram os trabalhos que se voltavam a analisar a primeira fase da persecução penal, sua importância, dificuldades e desafios. Isso, claro, repercutia na própria prática da atividade, negligenciada e pouco prestigiada.¹⁵³

No plano legal, a sucinta disciplina que trata do inquérito policial, desprovido de rigidez procedimental, possibilita seu desenvolvimento de forma mais ou menos livre, ao arbítrio da autoridade policial, a quem é facultado deferir, ou não, as diligências requeridas pelas partes segundo as considere relevantes para o desfecho da investigação¹⁵⁴.

Ocorre que, consoante a observação de Marta Saad, precisamente por ser a investigação etapa decisiva para a obtenção de elementos de informação, inclusive por meio de atos que não poderão ser repetidos posteriormente¹⁵⁵, é imprescindível que, desde a fase preliminar, o investigado conte com assistência legal não apenas para que seja resguardado seu

¹⁵¹ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 23.

¹⁵² BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, jan./fev. 2007, p. 253-257.

¹⁵³ SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” – Investigação preliminar: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan./abr. 2020, p. 30.

¹⁵⁴ Nessa esteira, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Antonio Magalhães Gomes Filho anotam que, no Brasil, a participação das partes na etapa investigativa está contemplada, no caso no Ministério Público, no artigo 129, VII, da Constituição Federal, que trata do controle externo da atividade policial e, no caso da defesa, no artigo 7º, XIV, da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB); contudo, na prática, as diligências preliminares tendem a se desenvolver de forma alheia a esses atores (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 65, mar./abr. 2007, p. 193).

¹⁵⁵ “Carregado de atos definitivos, que não mais se repetem no correr da persecução penal – tais como exame do corpo de delito, busca, apreensão, reconhecimento, acareação, juntada de documento –, o inquérito policial guarda importância que reclama, em benefício do acusado, em favor de sua liberdade e da própria sociedade, o exercício do direito de defesa desde o início do inquérito policial, com a nomeação, inclusive, de defensor dativo ao acusado impossibilitado de fazê-lo” (SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 19).

direito de defesa na perspectiva formal, mas também a fim de possibilitar a preparação adequada e tempestiva de sua defesa substancial, de conteúdo¹⁵⁶.

Daí decorre a necessidade de revisitar o tema sob as luzes do devido processo legal, vetor garantista que atravessa toda a extensão da persecução penal, alcançando, também, a fase inquisitiva antejudicial, de modo a assegurar ao imputado o direito de confrontar de modo efetivo o Estado-investigador. E é certo que a realização desse objetivo passa pela adequação dos meios e das formas pelos quais se exerce a defesa nessa etapa¹⁵⁷.

Nessa ordem de ideias, sustenta Baldan que uma leitura garantista dos dispositivos que regem a persecução preliminar impõe que possam ingressar nos autos do inquérito policial, também, os elementos de convicção de interesse da defesa da pessoa investigada, desde que legal e constitucionalmente obtidos¹⁵⁸.

Mais ainda, André Augusto Mendes Machado defende a instituição e a regulamentação da investigação defensiva como faculdade a ser exercida pelo defensor do imputado a fim de reunir dados úteis às suas teses, com vistas a assegurar a paridade de armas entre as partes e, ainda, a ampliar o campo cognitivo do julgador, evitando acusações infundadas ou medidas cautelares descabidas¹⁵⁹.

Em defesa dessa possibilidade, Gabriel Bulhões Nóbrega Dias enxerga a investigação criminal direta pela defesa como corolário de diversos princípios constitucionais, como a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal, a presunção de inocência e o livre exercício das profissões, além de contribuir para o aprimoramento da segurança pública e da administração da justiça¹⁶⁰.

Nesse panorama, a regulamentação adequada da atividade defensiva investigatória despontaria como medida tendencialmente benéfica ao estabelecimento de um efetivo equilíbrio de poderes entre acusação e defesa na esfera penal, ao viabilizar a obtenção de meios

¹⁵⁶ SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” – Investigação preliminar: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan./abr. 2020, p. 35.

¹⁵⁷ AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 137, abr. 2004.

¹⁵⁸ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, jan./fev. 2007, p. 272.

¹⁵⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 180.

¹⁶⁰ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Ematis, 2019, p. 94.

de prova relevantes para o confronto dos dados materiais reunidos na investigação pública, tendencialmente acusatória.

1.4 VALOR PROBATÓRIO DOS ATOS DA INVESTIGAÇÃO

A análise do valor a ser atribuído aos atos praticados no âmbito da fase investigatória está relacionada ao exame da finalidade a eles reconhecida.

Marta Saad identifica na persecução preliminar uma dupla função: preservadora, voltada a garantir que se minimizem as acusações infundadas e temerárias¹⁶¹, evitando-se os custos de seu prosseguimento perante a justiça criminal, e preparatória, relacionada ao acautelamento de eventuais meios de prova que poderiam perecer com o tempo¹⁶².

Nesse sentido, seria possível afirmar que o inquérito policial se reveste de natureza cautelar, no sentido da preservação de eventuais elementos ou meios de prova. Contudo, a autora ressalta que, nesse contexto, cautelaridade não se confunde com provisoriedade, já que certos atos do inquérito se transmitem para a futura ação penal em caráter definitivo, porque de impossível repetição ou renovação. De mais a mais, a cautelaridade da investigação preliminar também está relacionada à finalidade de evitar excessos que a imediatidade de eventual ação penal poderia acarretar à honra e à reputação do acusado no processo penal¹⁶³.

Para Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Antonio Magalhães Gomes Filho, os elementos da fase prévia não equivalem às provas na acepção própria do termo, pois destinam-se a subsidiar a opinião do órgão acusador e o entendimento do julgador acerca da admissão da acusação, bem como sobre eventuais providências cautelares¹⁶⁴.

Nesse ponto, merece referência, ainda, a lição de Paulo Tovo:

De qualquer modo, não há dúvida que a finalidade última da investigação formal chamada inquérito policial é ministrar elementos para que o titular da ação penal possa

¹⁶¹ “Note-se que esse especial aspecto preservador da apuração preliminar foi ressaltado na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1931, como uma das razões da manutenção do inquérito policial em nossa sistemática processual penal [...]” (SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 23).

¹⁶² Ibidem, p. 23-25.

¹⁶³ SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” – Investigação preliminar: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan./abr. 2020, p. 31-32.

¹⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 65, mar./abr. 2007, p. 193.

acusar o autor do crime e/ou da contravenção. [...] Cumpre, no entanto, acentuar que o inquérito policial pode servir de base também para absolver, para a decretação de medidas cautelares, pessoais ou patrimoniais, para a declaração da extinção da punibilidade etc.¹⁶⁵

André Augusto Mendes Machado, por sua vez, procura demonstrar que a finalidade da investigação não é confirmar a tese acusatória, e sim colocar em exame a plausibilidade da imputação, inclusive a fim de racionalizar a atividade persecutória, fundamentando a instauração do processo ou evitando-a quando infundada a imputação¹⁶⁶. Sublinha o autor que se trata de uma fase de cognição sumária, é dizer, que não comporta o aprofundamento no mérito da imputação a ponto de autorizar um juízo de certeza a seu respeito, o que só poderá ocorrer após a regular instrução processual¹⁶⁷.

Em semelhante sentido, Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner ressaltam o papel de filtro preparatório desempenhado pela etapa pré-processual de apuração das infrações penais, voltada sobretudo a evitar acusações infundadas e prevenir abusos por parte do poder persecutório estatal¹⁶⁸. E, ainda, sobre o valor probatório dos atos praticados no inquérito, esclarecem:

O inquérito, como procedimento a cargo da polícia e sem natureza processual, possui um alto grau de liberdade da forma e por isso o valor probatório deve ser limitadíssimo. [...] Outro aspecto que reforça nosso entendimento é a natureza instrumental da investigação preliminar. Serve ela para – provisoriamente – reconstruir o fato e individualizar a conduta dos possíveis autores, permitindo, assim, o exercício e a admissão da ação penal. No plano probatório, o valor exaure-se com a admissão da denúncia. Servirá, sim, para indicar os elementos que permitam produzir a prova em juízo, isto é, para a articulação dos meios de prova. [...] Em efeito, o inquérito filtra e aporta as fontes de informação úteis. Sua importância está em dizer quem deve ser ouvido, e não o que foi declarado. A declaração válida é a que se produz em juízo, e não a contida no inquérito.¹⁶⁹

Como se nota, a maior parte das definições doutrinárias acentua o caráter sumário, instrumental, preparatório e informativo dos atos praticados no âmbito da investigação¹⁷⁰.

¹⁶⁵ TOVO, Paulo Cláudio. Democratização do inquérito policial. In: TOVO, Paulo Cláudio (Org.). **Estudos de Direito Processual Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. v. 2, p. 200-201.

¹⁶⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 117-118.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 21-22.

¹⁶⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 107-108.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 317.

¹⁷⁰ TOVO, Paulo Cláudio. O inquérito policial em sua verdadeira dimensão. In: TOVO, Paulo Cláudio (Org.). **Estudos de Direito Processual Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. v. 1, p. 141.

Sucedee que, na prática, não raro o valor atribuído aos resultados de tais diligências extrapola a acessoriedade que lhes é inerente, elevando-os ao patamar de verdadeiras fontes de prova no processo penal, mesmo fora das hipóteses de produção probatória antecipada¹⁷¹.

De acordo com a visão de Fauzi Hassan Choukr, a “mais séria distorção encontrada na realização da nossa justiça penal reside na indevida intromissão dos elementos de informação coletados durante a investigação na atividade jurisdicional”¹⁷². Segundo sua análise, tal desvirtuamento do sistema ganhou espaço por materializar uma comodidade para os atores da jurisdição penal, no sentido de que é mais conveniente aproveitar informações já existentes, ainda que oriundas da fase preliminar, do que as produzir sob o crivo do contraditório. Com isso, observa, converte-se a jurisdição penal em mero desdobramento da atividade policial, o que poderia ser evitado por meio da adoção de medidas como a separação dos autos de investigação dos definitivos e a atribuição a juízes distintos das tarefas de atuar na fase de preparação e de julgar o mérito da ação penal¹⁷³.

Esse estado de coisas pode ser atribuído, em parte, à redação conferida ao artigo 155 do Código de Processo Penal vigente, que versa que:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão *exclusivamente* nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Em breve retrospecto, observa-se que, na redação anterior à reforma processual promovida pela Lei 11.690/08, o artigo 157 versava que: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”, o que, em tese, permitia que a autoridade judicial fundamentasse sua convicção apenas com esteio no produto da investigação preliminar.

Ocorre que, nesse ponto, a alteração legislativa que deu nova redação ao artigo 155 deixou de assentar claramente que ao juiz seria vedado basear-se em provas colhidas em sede inquisitorial, limitando-se a estabelecer que o julgador não poderia fundamentar sua decisão *exclusivamente* em tais elementos informativos da etapa pré-processual.

Nota-se que o advérbio “exclusivamente”, inexistente no projeto apresentado pela comissão presidida por Ada Pelegrini Grinover (Projeto de Lei 4.205/01), foi objeto de intenso

¹⁷¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 121.

¹⁷² *Ibidem*, p. 118.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 124.

debate durante a tramitação legislativa da reforma de 2008. Com efeito, o texto chegou a receber emenda no Senado voltada a retirar o termo da redação, o que implicaria que as informações colhidas na investigação não poderiam ser levadas em consideração pelo juiz sentenciante a qualquer título (salvo na hipótese de produção antecipada de provas); tal alteração, contudo, não prevaleceu na Câmara dos Deputados.

Assim, ao introduzir no texto o advérbio “exclusivamente”, o legislador autorizou, *a contrario sensu*, a interpretação de que é possível utilizar elementos da investigação preliminar para fundamentar a sentença, desde que não isolados. Tal redação é alvo de intensa crítica doutrinária, segundo a qual o termo “exclusivamente” acaba por subverter a leitura adequada do dispositivo à luz do princípio acusatório – ou seja, de que os elementos da fase preliminar, em regra, servem apenas à formação da *opinio delicti*, com a consequente denúncia ou arquivamento, ao passo que o convencimento judicial deve imbuir-se apenas das informações carreadas pelas partes em juízo e sob o crivo do contraditório, observadas todas as garantias individuais implicadas¹⁷⁴.

Em outros termos, se, por um lado, com a redação dada ao artigo 155 pela reforma de 2008, vedou-se a fundamentação do convencimento judicial unicamente com base nos elementos provenientes da investigação, como há muito defendido pela doutrina¹⁷⁵; por outro, ao ressaltar sua própria razão de ser com a inclusão do advérbio “exclusivamente”, o texto perpetuou a incerteza sobre a questão¹⁷⁶.

Sobre a controvérsia, sustentou Antonio Scarance Fernandes:

[...] a melhor interpretação é a que vê, na reforma, profunda alteração no esquema anterior, pois somente ela se afina com os postulados do contraditório e da ampla defesa e alinha o país aos que, como visto, proíbem a utilização no julgamento de elementos anteriormente obtidos, não os admitindo como *sucedâneos de prova*. Assim, não pode o juiz, independentemente do que conste na lei, considerar como prova aquilo que não foi colhido mediante contraditório judicial. No caso, aliás, é o que estipula o *caput* do art. 155. O uso do vocábulo ‘exclusivamente’ para afirmar que essa regra não é absoluta significa que há possibilidade excepcional de ser considerado

¹⁷⁴ É essa a posição de Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner acerca da redação dada ao artigo 155: “Ora, isso é simbólico e fadado ao fracasso, pois não evita a contaminação consciente ou inconsciente do julgador. Os elementos do inquérito continuam dentro do processo e a vedação apenas fará com que os juízes lancem mão de um exercício de retórica para condenar com base no inquérito, sem dizê-lo de forma clara” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 332).

¹⁷⁵ Conferir, a respeito: MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 1, p. 194.

¹⁷⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 301-303.

como prova elemento obtido durante a investigação. O próprio artigo indica quando isso será admissível: prova antecipada, prova irrepetível, prova cautelar.¹⁷⁷

A respeito da influência do contato com elementos da fase preambular sobre o convencimento do julgador, Bernd Schünemann¹⁷⁸ descreve experimento em que 58 juízes e promotores alemães foram chamados a apreciar processo criminal simulado que versava sobre acusação pelo crime de libertação de preso, sendo que apenas parcela deles teve acesso aos autos de investigação preliminar.

O resultado revelou que todos os juízes que tiveram acesso aos autos de etapa preambular acabaram condenando o acusado, enquanto, dentre aqueles que não tinham esse conhecimento prévio, a maior parte decidiu pela absolvição. O teste demonstrou também a presença do *efeito inércia* (*perseverança do julgamento*) no momento da decisão, na medida em que os participantes que conheciam o teor da investigação se recordaram com menor clareza das respostas apresentadas pelas testemunhas em audiência. Isso, segundo a leitura de Schünemann, porque “eles só apreendiam e armazenavam as informações incriminadoras, que já lhes eram conhecidas (‘redundantes’) em razão da leitura prévia dos autos”¹⁷⁹.

Com base em tais resultados, Schünemann deduz que as tendências observadas revelam a inversão do princípio *in dubio pro reo*, já que o advogado, na audiência de instrução e julgamento, se vê incumbido de provar a incorreção da denúncia a fim de obter a absolvição. Conclui, então, que o melhor resultado em termos de processamento de informações seria obtido por um juiz sem conhecimento prévio do teor da investigação preliminar e dotado de direitos de inquirição em audiência¹⁸⁰.

Em posição alinhada com essas conclusões, já defende Choukr que a indesejável influência em juízo dos informes colhidos nas investigações se devia, parcialmente, à inexistência de separação entre os autos da investigação e aqueles que formarão a ação penal, com a conseqüente transposição material de tudo o que foi produzido na fase de preparação para os autos definitivos. Nesse cenário, torna-se inevitável a intromissão, ainda que

¹⁷⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: ALMEIDA, José Raul Gavião; FERNANDES, Antonio Scarance; MORAES, Mauricio Zanoide de (Coord.). **Provas no processo penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35.

¹⁷⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confraternização empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 209-210.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 211-212.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 216-217.

inconsciente, dos elementos informativos no espaço cognitivo do julgador do mérito¹⁸¹. Nessa esteira, observa o doutrinador:

Se a cindibilidade física dos volumes não é, por si, a tábua de salvação do sistema, fato é que sua adoção ajudaria em muito, pelo menos na medida em que obrigaria o titular da ação a, jurisdicionalmente, produzir as provas necessárias para a comprovação da imputação criminosa dirigida ao acusado, não se servindo, com a largueza que hoje se encontra, da investigação para sustentar uma condenação.¹⁸²

Ademais, aponta o autor que o fato de não haver em nosso modelo um juiz exclusivo para tratar das questões próprias ao andamento das investigações permite que o juiz que atua no inquérito (a título exemplificativo, para prorrogar o prazo para novas diligências) seja influenciado por seus elementos, coletados sem as garantias do contraditório e da ampla defesa. Como consequência, ter-se-ia a repercussão de indícios que não têm essa finalidade sobre o processo decisório do julgador da causa¹⁸³.

O efeito desse desvirtuamento do sistema, ainda segundo Choukr, seria o de tornar a justiça criminal herdeira – e, em muitos casos, mera repetidora – de tudo quanto foi feito na etapa prévia¹⁸⁴. Mais ainda, assevera:

Uma vez desvinculados do compromisso da construção de uma justiça criminal que ande pelas próprias pernas, os atores acima mencionados também abandonaram o foro de discussão da elaboração de um conceito de segurança pública, deixando o modelo repressivo quase que exclusivamente como pauta da agenda policial, limitando-se a consumir o sistema construído.¹⁸⁵

À luz do quanto já exposto, é possível inferir que, para a doutrina majoritária, os atos praticados no inquérito policial possuem função eminentemente endoprocedimental, com eficácia probatória limitada à fase investigativa, destinando-se a justificar as decisões interlocutórias proferidas em seu curso e fundamentar a probabilidade do *fumus comissi delicti* necessário à instauração do processo¹⁸⁶. Conforme assevera José Frederico Marques, o inquérito policial tem valor apenas informativo, já que prepara o oferecimento da acusação e

¹⁸¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 125.

¹⁸² Ibidem, p. 125.

¹⁸³ Ibidem, p. 126.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 127.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 128.

¹⁸⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 326.

fornece ao titular da ação penal elementos a nortear sua atividade durante a fase processual¹⁸⁷. No entanto, além de servirem à fundamentação de medidas internas aptas a restringir a liberdade pessoal e a disponibilidade de bens, não se pode ignorar que, em certos casos, aos atos do inquérito é atribuída uma *transcendência valorativa* incompatível com sua natureza preponderantemente informativa¹⁸⁸.

Posto isso, Paulo Cláudio Tovo¹⁸⁹ propõe a classificação dos elementos obtidos no inquérito policial em *renováveis ou repetíveis*; *não-renováveis ou não-repetíveis*; e *provas prontas*. Segundo o autor, as *provas renováveis* oriundas da fase inquisitorial teriam valor meramente informativo, não podendo, sob pena de violação ao contraditório e à ampla defesa, servir de base ou sequer apoiar subsidiariamente a condenação. Contudo, não há óbice para que subsidiem a absolvição. Já quantos às *provas não-repetíveis*, para que sejam utilizadas na instrução, exige-se que sejam colhidas na presença fiscalizante da defesa técnica. Enfim, designa como *provas prontas* as que estão acabadas antes da deflagração da persecução penal e, por esse motivo, não seria exigível a observância do contraditório e da ampla defesa no momento de sua formação.

Nesses termos, para que possam ser valoradas na sentença, as provas repetíveis, tal como a testemunhal, devem ser renovadas na fase processual, perante a autoridade judicial e na presença das partes, com atenção às formalidades legais¹⁹⁰. Não satisfazem a exigência de repetição a mera leitura, pelo juiz ou pelas partes, do testemunho anteriormente prestado, e tampouco a simples ratificação do depoimento prévio, devendo ser observadas as exigências da oralidade e da imediação¹⁹¹.

¹⁸⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 154.

¹⁸⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 322.

¹⁸⁹ TOVO, Paulo Cláudio. Democratização do inquérito policial. In: TOVO, Paulo Cláudio (Org.). **Estudos de Direito Processual Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. v. 2, p. 201-202.

¹⁹⁰ A respeito, referencia-se a lição de Fauzi Hassan Choukr, ao afirmar que: “deve ser ao máximo restringida a utilização em juízo dos elementos informativos colhidos na fase preparatória, cabendo excepcionar apenas aqueles que, pela sua natureza, não poderão mais ser repetidas. O uso indiscriminado de todos os demais configura sério atentado aos princípios do processo penal democrático” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 124).

¹⁹¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 323-325. No mesmo sentido: “A atividade desempenhada no inquérito policial em relação aos elementos passíveis de repetição não ultrapassa o território dos atos de investigação [...]. A ausência de contraditório e ampla defesa, em seu caráter absoluto, advirta-se, impede que os elementos produzidos no inquérito policial sirvam de suporte a um decreto condenatório se o seu conteúdo não é reproduzido em juízo” (SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 381).

Por outro lado, com relação às provas irrepetíveis ou perecíveis pelo decurso do tempo, como o exame de corpo de delito, é possível, excepcionalmente, a produção antecipada. Ainda assim, é preciso que sejam colhidas com certas cautelas, em atenção ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal, sendo mister oportunizar-se manifestação da defesa, seja para postular outras provas, requerer determinado tipo de análise ou de meios ou formular quesitos aos peritos¹⁹².

Embora ausente previsão expressa nesse sentido, defende Guilherme Nucci¹⁹³ que, para que a prova antecipada possa ser valorada na sentença, é necessária a designação de audiência pelo órgão julgador, com a presença das partes interessadas, dando-se efetividade ao mandamento constitucional do artigo 5º, LV, da Constituição Federal. É imprescindível a intimação do indiciado, ou caso ainda não tenha havido indiciamento, de todos os suspeitos. Caso estes não tenham constituído advogado, atuará a Defensoria Pública ou, onde ela não estiver estruturada, será nomeado defensor dativo.

As recentes alterações promovidas na legislação penal e processual penal pela Lei 13.964/19, popularmente conhecida como o “Pacote Anticrime”, tornam necessária a releitura da questão sob nova perspectiva.

Inicialmente, é de se destacar que a referida lei introduziu em nosso sistema a figura do *juiz de garantias*¹⁹⁴, a quem compete o “controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” (artigo 3º-B do Código de Processo Penal)¹⁹⁵.

¹⁹² SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 326. Assim também Fauzi Hassan Choukr: “A característica de irrepetibilidade do ato, existente por excelência nas primeiras hipóteses, é que autoriza a colocação em pauta do tema do contraditório já na fase prévia à ação penal, raciocinando-se que não poderá haver um pleno direito de defesa se não for possibilitada a intervenção do suspeito já desde este momento” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 119-120).

¹⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 43.

¹⁹⁴ A instituição dessa figura já era há muito defendida pela doutrina. Nesse sentido: “A tarefa de engajamento que resgate o quadro apontado e o recoloca dentro dos padrões de normalidade passa, necessariamente, pela reestruturação global da fase pré-processual, com a redefinição de papéis na forma mencionada, inspirada num modelo acusatório de processo penal. [...] Zelando por esta nova visão, temos a figura de um juiz que, desenvolvendo um papel garantidor fiscalizará a obediência do transcurso das investigações aos princípios constitucionais que estruturam o processo penal acusatório e, de forma geral, o devido processo legal e as medidas cautelares” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 128-129).

¹⁹⁵ Em decisão cautelar proferida em 22/01/2020 no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305, o Ministro Luiz Fux suspendeu por tempo indeterminado a eficácia das regras do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) que instituem a figura do juiz das garantias.

Nesse sentido, o chamado *juiz garante da investigação preliminar* seria aquele que atua na instrução preliminar para decidir acerca das providências que lhe são inerentes, não atuando, porém, na fase processual, a fim de que seja resguardada sua imparcialidade¹⁹⁶.

Também ao juiz de garantias cabe, na forma do inciso XIV do novel artigo 3º-B, examinar os elementos de informação e decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do artigo 399 do código, momento em que cessa sua competência, conforme o *caput* do artigo 3º-C.

O parágrafo 3º do artigo 3º-C, por sua vez, incluiu no ordenamento processual penal brasileiro a inovadora previsão de exclusão física do material pertinente à investigação em relação aos autos principais da ação penal, *in verbis*:

Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

A inovação legislativa adotou modelo semelhante ao italiano, que contempla a regra de eliminação dos autos da ação penal de todas as peças da investigação preliminar, exceto o laudo do corpo de delito e as provas antecipadas, produzidas em incidente próprio, tudo a fim de garantir a chamada *originalidade* do processo penal. Para essa corrente, a exclusão dos elementos informativos é medida necessária para evitar-se a contaminação do juiz sentenciante e garantir-se que a valoração probatória repousará somente sobre as provas produzidas sob o crivo do contraditório, ressalvadas as exceções legais – sobretudo no procedimento do júri, em que os juízes leigos não fundamentam a decisão proferida, julgando segundo sua íntima convicção¹⁹⁷.

As alterações legislativas, vindo ao encontro de anseio doutrinário de longa data¹⁹⁸, voltaram-se a evitar de forma mais efetiva o risco de que o juiz responsável por emitir a sentença

¹⁹⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 330. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. **Verdade e prova no processo penal**. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 8.

¹⁹⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 327.

¹⁹⁸ “A divisão fascicular diminuiria sensivelmente o emprego na ação penal das informações, servindo como mecanismo de dinamização da fase jurisdicional, compelindo os atores da justiça criminal (especificamente o titular da ação penal) a movimentarem-se com mais dinamismo em juízo e abandonarem a tranqüila posição de

penal tenha seu convencimento maculado pelas impressões causadas por elementos de informação cuja finalidade é diversa¹⁹⁹. Nesse sentido, muito antes das mudanças introduzidas pela Lei 13.964/19, já sustentava Ada Pellegrini Grinover:

Não se confunda o que se disse quanto aos poderes do juiz no processo e à sua iniciativa probatória quanto aos poderes do juiz no processo e à sua iniciativa probatória com a atribuição de poderes para buscar elementos probatórios durante a fase de investigação prévia. Esta não pode ser confiada ao juiz, sob pena de se retornar ao juiz inquisidor do modelo antigo. Durante a investigação, o juiz do processo acusatório tem apenas a função de determinar providências cautelares. Por isso, é oportuno que o juiz da investigação prévia (a cargo do Ministério Público e/ou da polícia judiciária) seja diverso do juiz do processo. É neste, e somente neste, que deve ser estimulada a iniciativa oficial.²⁰⁰

Isso porque, embora tenha sido forjado com semelhante espírito, é certo que o texto do artigo 155 não era suficiente de realizar a finalidade prática pretendida, a saber, a de evitar a indevida transcendência probatória dos atos de investigação e garantir o julgamento efetivamente contraditório.

Nessa esteira, a disciplina adotada contribui para dar concretude ao princípio acusatório, conforme expressamente passa a prever o artigo 3º-A do Código de Processo Penal, também inserido pela Lei 13.964/19: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

De todo o exposto, é possível extrair a conclusão de que, em que pese o caráter instrumental da investigação em relação ao processo, e o valor eminentemente endoprocedimental dos atos nela praticados, fato é que, não raro, seus resultados acabam por servir de fundamento para as decisões de mérito proferidas na fase processual, e assim por diversas razões.

Em primeiro lugar, em razão da possibilidade de absolvição sumária prevista no artigo 397 do Código de Processo Penal, decisão passível de ser tomada unicamente com esteio nos

meros usuários dos informes preparativos. Ao lado desta providência ‘mecânica’, outra, de índole mais substancial, deve ser pensada, que é a diferenciação de julgadores para cada uma dessas etapas” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 126).

¹⁹⁹ Conforme observa Antonio Scarance Fernandes: “A experiência mostra que, embora não os invoque expressamente na decisão para não ofender o princípio constitucional do contraditório, se permanecerem nos autos e forem conhecidos pelo julgador, tais elementos influenciarão na sua convicção” (FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 122).

²⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 27, jul./set. 1999, p. 75.

elementos produzidos durante a fase de investigação, além daqueles eventualmente trazidos aos autos por meio da resposta à acusação, já que prolatada em momento anterior à deflagração da instrução processual propriamente dita.

A dois, em virtude do disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal, cuja redação acaba por autorizar que a sentença condenatória se fundamente em elementos extraídos da instrução preliminar, desde que cotejados com outros produzidos sob o crivo do contraditório judicial.

E, a três, nas excepcionais hipóteses de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, em incidente próprio.

Diante desse quadro, e considerando-se que a defesa só é plena quando dispõe de meios efetivos para influenciar os rumos do processo e as decisões nele proferidas, não se justifica que a presença defensiva e as condições adequadas para sua atuação na investigação preliminar sejam negligenciadas. Emerge, então, a ideia de uma investigação defensiva como espaço teórico rico de possibilidades a serem exploradas no caminho para a realização do ideal de um processo mais justo e igual.

1.4 A DEVIDA INVESTIGAÇÃO LEGAL

Partindo da ideia de que o estudo da investigação preliminar não pode se dissociar da análise do processo judicial como um todo, já que ambos estão conectados instrumental e dogmaticamente, Édson Luís Baldan propõe um modelo teórico para a *devida investigação legal*²⁰¹.

De acordo com o autor, o garantismo processual não satisfaz a exigência de irrestrita proteção aos direitos individuais quando compreendido como incidente apenas no âmbito da ação penal, preterindo a fase investigatória. É preciso não perder de vista que a persecução penal compreende dois momentos, o da investigação e o da ação penal, sendo, no entanto, una e indivisível, razão pela qual deve se sujeitar em sua integralidade à cláusula do devido processo legal²⁰².

²⁰¹ BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR, Salah Hassan (Org.). **Sistema penal e poder punitivo**. Estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito/Livramento, 2020, p. 215.

²⁰² Ibidem, p. 215-216.

Daí resulta que a investigação preliminar, quer esteja formalizada por meio de seu instrumento por excelência, o inquérito policial, quer por meio de outros procedimentos previstos em lei, como as comissões parlamentares de inquérito, só atenderá às condições de uma devida investigação legal quando observar certos princípios configuradores²⁰³.

O primeiro desses princípios é o da *legalidade*, que implica que “o sujeito investigante somente atue nos exatos limites da autorização legal”²⁰⁴, exigência ligada ao fato de que a investigação frequentemente tende a impor certas restrições aos direitos individuais do investigado. Por via de consequência, deve ser considerado inválido qualquer elemento de convicção obtido em caso de ausência, desvio ou abuso de expressa autorização legal, e ilícita toda prova dele decorrente²⁰⁵.

Esclarece Baldan que o termo “lei”, nesse contexto, deve ser compreendido em sua acepção literal, ou seja, “como norma emanada do Congresso Nacional, após o regular processo legislativo, em nível topográfico mínimo de lei ordinária federal e, sempre, em harmonia com as normas e princípios extraídos da Constituição da República”²⁰⁶.

O segundo princípio condicionante da devida investigação legal é o do *investigante natural*, desdobramento lógico do supracitado postulado da legalidade. Tal princípio encontra assento constitucional no artigo 5º, III, da Lei Maior, que determina que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Isso porque a opção do constituinte pelo emprego da expressão “autoridade competente”, de sentido abrangente, impõe não restringir essa disciplina exclusivamente ao processo judicial, mas estendê-la a todo aquele submetido a processo (em sentido amplo) de qualquer natureza – judicial ou administrativo. É esse o entendimento que se obtém a partir de uma leitura lógico-sistemática do diploma constitucional, sobretudo considerando-se que nos incisos seguintes do artigo 5º tratou-se de fazer referência aos “litigantes em processo judicial ou administrativo” e aos “acusados em geral”. Nessa ordem de ideias, conclui Baldan que a exigência de competência legal se aplica

²⁰³ BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR, Salah Hassan (Org.). **Sistema penal e poder punitivo**. Estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito/Livramento, 2020, p. 218.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 219.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 220.

tanto ao órgão judicial que preside a instrução como à autoridade policial (ou outro ente expressamente autorizado por lei) responsável pela direção da investigação preliminar²⁰⁷.

Ainda segundo Baldan, desse princípio decorre a incompatibilidade da figura do promotor-investigante com a devida investigação legal, ante a ausência de previsão dessa atuação ministerial na legislação atualmente vigente²⁰⁸.

À luz dessas observações, pode o princípio do investigador natural ser formulado nos seguintes termos:

Em síntese: da justaposição de preceitos constitucionais cristalinos (CRFB, art. 5º, incisos LIII, LIV e LV), somente estarão legitimados a protagonizar a investigação criminal aqueles agentes aos quais tenha a lei (em sentido estrito), prévia e expressamente, atribuído tais direitos-deveres. Posição adversa conduz à admissão da figura da investigação de exceção, a qual produz efeitos tão ou mais perversos aos direitos do imputado do que um juízo de exceção, pois neste, em alguma medida, sempre deverá estar presente a vigilante defesa, circunstância nem sempre constatada naquela.²⁰⁹

O terceiro princípio basilar dessa concepção de investigação é o do *contraditório*, emanado do artigo 5º, LV, da Constituição de 1988, segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”²¹⁰.

A respeito da questão do contraditório no inquérito policial, trata-se em maior detalhe no item 2.2.2.

De mais a mais, a doutrina identifica o princípio da *defesa* como de observância necessária com vistas à configuração de uma devida investigação legal, e assim porque a ordem constitucional de 1988 tornou necessária uma nova leitura, de matiz garantista, da disposição contida no artigo 14 do Código de Processo Penal. Sob essa ótica, o atendimento dos requerimentos de diligências formulados pelo investigado não mais deveria ser enxergado enquanto puro poder discricionário da autoridade policial, segundo critérios de conveniência e oportunidade por ela avaliados, mas estaria sujeito somente a juízo de legalidade da diligência cuja produção é pretendida. Trata-se, portanto, de mero juízo de admissibilidade, sob pena de

²⁰⁷ BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR, Salah Hassan (Org.). **Sistema penal e poder punitivo**. Estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito/Livramento, 2020.

²⁰⁸ Ibidem, p. 220-221.

²⁰⁹ Ibidem, p. 221.

²¹⁰ Ibidem, p. 221-222.

indevida sobreposição do interesse público na apuração do crime às garantias individuais da dignidade humana, da isonomia e do devido processo legal. De mais a mais, essa defesa endógena ao procedimento de investigação não exclui a possibilidade de emprego, em paralelo, de instrumentos defensivos exógenos como o *habeas corpus*, o mandado de segurança e requerimentos diversos dirigidos à autoridade judicial²¹¹.

A esses se acrescenta o princípio da *publicidade*, segundo o qual o sigilo eventualmente decretado sobre o procedimento investigatório, com guarida no artigo 20 do Código de Processo Penal, não pode ser oposto ao defensor do investigado²¹². Tal postulado encontra fundamento legal no artigo 7º, XIV, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo sido encampado na Súmula Vinculante 14 publicada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009.

Trata Baldan, ainda, do princípio da *paridade de armas*, cuja aplicação à fase de investigação resulta da adoção de uma concepção ampla de “acusação”²¹³. A promoção do equilíbrio de partes na etapa antejudicial da persecução penal, em que são delineados contornos determinantes de eventual futura ação penal, representa um dos principais argumentos em favor da possibilidade de investigação direta pela defesa.

Igualmente imperiosa é a observância do princípio da *imparcialidade*, que determina que os elementos de convicção obtidos na investigação transcendem os interesses da acusação e, portanto, a eles não se subordinam, devendo a autoridade investigante adotar postura equidistante em relação à defesa e à acusação²¹⁴. Na lição de Baldan:

Unilateralidade tem a ver com parcialidade que não se coaduna com a isenção esperada do incumbido por lei de investigar a conduta do indivíduo que, por regra constitucional, deve ser, no plano material e instrumental, presumido não-culpado e nessa condição tratado. Os maiores erros e abusos na etapa da investigação verificam-se quando o que investiga alia-se psicologicamente à busca do êxito do acusador, promovendo a coleta seletiva dos elementos de convicção e deixando de considerar relevante o que não sirva à condenação mais severa possível.²¹⁵

²¹¹ BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR, Salah Hassan (Org.). **Sistema penal e poder punitivo**. Estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito/Livramento, 2020, p. 222-223.

²¹² Ibidem, p. 223-224.

²¹³ Ibidem, p. 224-225.

²¹⁴ Ibidem, p. 225.

²¹⁵ Ibidem.

Ao lado dos já tratados, está o princípio da *reserva de jurisdição*, o qual impõe a observância, pelo ente investigador, das restrições legais e constitucionais à sua atuação. No caso do inquérito policial, submete-se a autoridade policial, ainda, ao controle externo do Ministério Público (artigo 129, VII, da Constituição Federal)²¹⁶.

O princípio seguinte de que trata a doutrina é o da *inadmissibilidade das provas ilícitas*, que implica a ilicitude e a impossibilidade de valoração, para qualquer finalidade, de todas as provas obtidas com violação a direitos fundamentais, bem como de todas as que dela derivarem (artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal). Nesse ponto, posiciona-se Baldan contrariamente à doutrina que sustenta a intransmissibilidade dos vícios do inquérito policial para a ação penal, pois, segundo o autor, a violação de exigências de índole constitucional produz nulidade absoluta, cuja observância interessa não apenas às partes, mas à coletividade. Daí que, estando a investigação preliminar contaminada pelo ferimento a direitos individuais, dela derivarão provas imprestáveis²¹⁷.

Há que se atentar, também, ao princípio da *duração razoável da investigação*, ligado à observância dos parâmetros temporais legais para a conclusão das apurações. A título exemplificativo, a polícia judiciária, em seus inquéritos, submete-se ao prazo de 10 dias, tratando-se de investigado preso, e 30 dias para investigado solto (artigo 10, *caput*, do Código de Processo Penal)²¹⁸.

A devida investigação legal deve respeitar, ainda, o princípio da *presunção de não-culpa*, com assento no artigo 5º, LVII, da Constituição da República²¹⁹.

O derradeiro princípio configurador da devida investigação legal é o da *não-autoincriminação*, que pode ser extraído de diversos dispositivos constitucionais, como o artigo 1º, III, que trata da dignidade da pessoa humana; o artigo 5º, LXIII, que versa sobre o direito ao silêncio; e o artigo 5º, LVII, que contempla a presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Como consequência da aplicação desse princípio à investigação preliminar, entende-se tacitamente revogada a disposição encerrada no artigo 260

²¹⁶ BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR, Salah Hassan (Org.). **Sistema penal e poder punitivo**. Estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito/Livramento, 2020, p. 225-226.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 226-227.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 227.

²¹⁹ *Ibidem*.

do Código de Processo Penal, no ponto em que prevê a possibilidade de condução coercitiva de indivíduo que deva ser submetido a interrogatório²²⁰.

Em síntese, a adoção de um conceito de *devida investigação legal* importa em admitir a necessidade de incorporação a essa fase de todo o repertório principiológico e dogmático que norteia a persecução penal, na medida em que esta se constitui como unidade incidível, em que pese desenvolver-se em momentos com características próprias²²¹.

²²⁰ BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR, Salah Hassan (Org.). **Sistema penal e poder punitivo**. Estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito/Livramento, 2020, p. 227-228.

²²¹ *Ibidem*, p. 228-229.

2 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E DIREITO DE DEFESA

2.1 O DIREITO DE DEFESA NO MODELO PROCESSUAL ACUSATÓRIO

As origens históricas do sistema processual acusatório remontam à Antiguidade, notadamente aos modelos grego e romano do período republicano. Posteriormente, suas características se fizeram presentes também no processo germânico e no inglês, bem como nos países que sofreram sua influência. Mais recentemente, observa-se nos países latino-americanos, inspirados pelo Código Modelo para Ibero-América²²², uma tendência de aproximação ao paradigma acusatório, com a paulatina superação das legislações de matiz inquisitória influenciadas pela tradição espanhola. Uma semelhante inclinação pode ser notada na Itália, sobretudo a partir de 1988, quando o Código de Processo Penal consagrou a passagem do sistema misto para o acusatório²²³.

Geraldo Prado²²⁴ explica que a construção teórica do princípio acusatório deve ser realizada mediante oposição ao princípio inquisitivo, já que são antagônicas as funções que os sujeitos exercem nos dois modelos de processo: se no modelo inquisitório o juiz acusa; na formatação acusatória ele é deslocado para o centro do processo, enquanto a tarefa de acusar é depositada sobre uma parte autônoma. Estabelecida essa premissa, deduz que:

Ao aludirmos ao princípio acusatório falamos, pois, de um processo de partes, visto, quer do ponto de vista estático, por intermédio da análise das funções significativamente designadas aos três principais sujeitos, quer do ponto de vista dinâmico, ou seja, pela observação do modo como se relacionam juridicamente autor, réu, e seu defensor, e juiz, no exercício das mencionadas funções. [...] Ora, um princípio fundado na oposição entre acusação e defesa, ambas com direitos, deveres, ônus e faculdades, só se desenvolve regularmente em um processo de partes, centrados nas relações recíprocas que se estabelecessem.²²⁵

²²² O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América foi aprovado em 1988, nas XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, realizadas no Rio de Janeiro, representando um verdadeiro marco na história do processo penal na América Latina. Seu texto, adotado por países como Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Venezuela e Paraguai, teve importante influência na reforma das legislações dos países da América espanhola em direção à adoção de um sistema acusatório, com atribuição ao Ministério Público do papel de presidir a investigação e de acusar, assegurada a atuação da defesa desde a investigação. No Brasil, o código modelo influenciou reformas pontuais na legislação processual penal (FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 89-91).

²²³ Ibidem, p. 14-15.

²²⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 106.

²²⁵ Ibidem, p. 106-107.

Diferenciando o sistema processual acusatório do inquisitivo, afirma José Frederico Marques²²⁶ que, “enquanto no procedimento acusatório, o juiz penal é o *actum trium personarum* de que falavam os práticos medievais, existindo assim verdadeira relação processual, - no processo inquisitivo, a investigação unilateral da verdade a tudo se antepõe”. Explica o autor que, se no sistema inquisitivo o juiz tem preponderância tal que nele se concentram as funções de acusar, julgar e defender; no modelo acusatório, autor e réu estão em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambos a autoridade judicante. Por via de consequência, neste último sistema, a titularidade da pretensão punitiva é reservada ao Ministério Público, e não ao juiz, a quem incumbe tão-somente a aplicação imparcial da lei ao conflito.

De acordo com a definição proposta por Luigi Ferrajoli,

[...] pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção.²²⁷

Em oposição, considera-se inquisitório o sistema processual em que o juiz atua de ofício na procura, colheita e avaliação das provas, e em que a instrução se desenvolve de modo escrito e secreto, restando excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa²²⁸.

O autor italiano identifica, também, uma diferenciação quanto à natureza da verdade que se busca por meio do processo em cada um dos modelos. No processo inquisitório, almeja-se uma verdade descrita como absoluta ou substancial, e conseqüentemente única. Disso resulta um sistema caracterizado pelo segredo, pela escritura e pela ausência de contraditório e de defesa, pois a obtenção da verdade é confiada à capacidade e ao poder de investigação do juiz. A essa concepção monista da verdade corresponde o caráter monológico da atividade processual, cujo único protagonista é o juiz, que é ao mesmo tempo acusador. Diversamente, a verdade perseguida pelo método acusatório é de natureza relativa ou formal, obtida a partir do livre desenvolvimento do conflito entre partes portadoras de pontos de vista contrastantes, porque titulares de interesses em oposição. E, nesse confronto, o primeiro movimento compete

²²⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 70-71.

²²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 452.

²²⁸ *Ibidem*, p. 452.

à acusação, já que a inocência é presumida até prova em contrário²²⁹. Conclui, a partir desse raciocínio, que:

Os diversos estilos assinalam a diversa relação suprailustrada entre meios e fins do processo: o primado do fim de uma verdade máxima no processo inquisitório, qualquer que seja o meio para atingi-la; o primado dos meios no processo acusatório, enquanto garantias de uma verdade mínima, mas o mais certa possível. E são o reflexo de um distinto conteúdo do princípio de legalidade processual nos dois sistemas: enquanto no processo acusatório é livre a valoração, mas é vinculado o método de aquisição das provas, no processo inquisitório é vinculada a valoração das provas, mas é livre o seu método de formação.²³⁰

Ainda segundo Ferrajoli, dentre os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por constituir o pressuposto lógico e estrutural de todos os demais, é a separação entre juiz e acusação. Essa característica implica, de um lado, a atribuição do papel de espectador passivo e desinteressado à autoridade judicante, e, de outro, a consignação do papel de parte ao órgão acusador, em posição de paridade com a defesa²³¹. Essa divisão supõe, portanto, a configuração do processo como uma relação triangular, ou triádica, em que os vértices são ocupados pelas duas partes em causa – acusador e defensor – e pelo juiz, sendo essa estrutura imprescindível para assegurar a equidistância do órgão judicante em relação aos interesses contrapostos²³².

Na mesma direção, Antonio Scarance Fernandes elenca como características marcantes do sistema acusatório as seguintes:

[...] processo de partes, estando de um lado a acusação (Ministério Público, ofendido), de outro o acusado, igualdade de posições entre as partes, imparcialidade do juiz, necessidade do contraditório, prova produzida pelas partes, investigação afeta a um órgão do Estado, distinto do órgão judiciário, liberdade do acusado, oralidade, julgamento popular e publicidade, proibição do juiz de impor pena superior àquela pelo acusado, presunção de inocência.²³³

E, dentre todos os aspectos enumerados, assim como faz Ferrajoli, Fernandes destaca como marca fundamental desse sistema a separação das funções de acusar, de defender e de julgar, atribuídas a pessoas ou órgãos diversos, em contraposição aos modelos em que uma só

²²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 487-488.

²³⁰ Ibidem, p. 489.

²³¹ Ibidem, p. 454-455.

²³² Ibidem, p. 467.

²³³ FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 15-17.

pessoa ou um só órgão estavam incumbidos de investigar, instaurar o processo e julgar, deixando quase que anuladas a atuação defensiva e a participação do acusado²³⁴.

Segundo o doutrinador, a estrutura acusatória representa um ideal a ser perseguido, por traduzir a configuração que melhor assegura uma eficaz reação defensiva à imputação e uma maior imparcialidade ao julgador, razão pela qual, em regra, “nos períodos de sistema acusatório se nota maior sensibilidade às exigências de liberdade do cidadão”²³⁵. Relembra-se, aqui, a advertência de James Goldschmidt no sentido de que a estrutura do processo penal de uma nação é o termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição²³⁶.

Sustenta Fernandes, ainda, que, no Brasil, vigora o sistema acusatório, sobretudo após o advento da Constituição de 1988, que atribuiu ao Ministério Público a titularidade exclusiva para acusar nos crimes de ação penal pública (artigo 129, I), ressalvada a possibilidade de acusação subsidiária pelo particular quando não intentada a ação no prazo legal (artigo 5º LIX). Registra o autor, contudo, a insuficiência dos mecanismos outorgados à defesa para reagir à imputação²³⁷.

Nesse cenário, de acordo com o pensamento de Ferrajoli, o direito de defesa, que tradicionalmente conta com reduzido espaço no processo inquisitório, ganha relevo enquanto principal ferramenta de controle do método de prova acusatório, consistente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa, bem como entre as respectivas provas e contraprovas²³⁸.

Nesse ponto, defende Antonio Scarance Fernandes que a defesa deve ser enxergada sob uma dupla perspectiva. De um lado, refere-se ao direito individual que tem o acusado de reagir à pretensão acusatória a fim de ver preservados seus interesses, sobretudo, no caso do processo penal, a preservação de sua liberdade de ir e vir. E, precisamente, porque afeta a tal bem fundamental, a defesa é, sob esse primeiro aspecto, necessária e indeclinável. Noutra ótica, sob uma perspectiva constitucional mais ampla, a defesa é compreendida como garantia da

²³⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19.

²³⁵ *Ibidem*, p. 19-20.

²³⁶ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios generales del proceso II**. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: EJE, 1936, p. 39.

²³⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20-21.

²³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 490.

própria sociedade e condição de legitimidade do exercício da função jurisdicional, extrapolando os interesses da pessoa acusada, pois essencial à realização do Estado de Direito²³⁹.

Essa visão é compartilhada por Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Cleunice A. Valentim Bastos²⁴⁰, que também procuram diferenciar a compreensão da defesa penal como direito e como garantia. Sob o primeiro enfoque, que privilegia o interesse privado, é entendida como o “direito do acusado, ou sancionado, à tutela jurídica de sua liberdade ou, também, como o direito de querer a observância das normas, que lhe evitam a lesão do direito à liberdade”, em contrariedade à acusação que representa sua repulsa ou antítese. Já sob uma ótica publicística, que transcende a esfera privada, traduz a garantia consagrada no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, que interessa não apenas ao acusado, mas à materialização do justo processo.

Ressalta a doutrina, entretanto, que o mandamento constitucional não se satisfaz com a mera defesa formal; ao contrário, deve esta ser efetiva, materializando verdadeira reação à imputação²⁴¹. Não basta, portanto, que o imputado tenha defensor constituído, nomeado, ou que atue em seu favor a Defensoria Pública, sendo indispensável a atuação efetiva do profissional no sentido de fazer valer os interesses do acusado²⁴². Daí afirmar-se que a exigência do artigo 5º, LV, “é satisfeita somente se o contraditório for efetivo, e a igualdade de armas real, assegurado o *due process of law*”²⁴³.

Tal preocupação encontra amparo no pensamento de José Frederico Marques, segundo o qual o direito de defesa não abarca apenas a faculdade que tem o réu de contestar os termos da acusação, contrapondo-se aos motivos e razões em que se baseia, mas também o poder de praticar atos aptos a influenciar o desenrolar do processo e engendrar perspectivas favoráveis ao reconhecimento de sua inocência, ou ainda à criação de situações processuais tendencialmente mais benéficas²⁴⁴.

Tem-se, então, que a realização da defesa plena pressupõe a existência de condições legais e materiais que viabilizem sua efetiva influência sobre os rumos do processo e a situação

²³⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25-26.

²⁴⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 4, out./dez. 1993, p. 113.

²⁴¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25.

²⁴² *Ibidem*, p. 273-274.

²⁴³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 4, out./dez. 1993, p. 120.

²⁴⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 345.

jurídica do imputado, cenário em que se torna relevante o exame dos meios concretos de exercício desse direito-garantia desde o momento da deflagração da persecução penal.

2.2 O EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

2.2.1 Garantias do imputado no inquérito policial

André Augusto Mendes Machado destaca que, em razão da qualidade informativa da investigação, por muito tempo foram dissonantes na doutrina nacional as vozes que admitiam o exercício do direito de defesa nessa fase²⁴⁵.

Ocorre que, conforme observa Marta Saad, os elementos constantes do inquérito policial não se prestam somente a informar, mas também a convencer quanto à viabilidade ou não da ação penal, bem como quanto à presença das condições necessárias para a decretação de qualquer medida ou provimento de ordem cautelar²⁴⁶. Dessa forma, argumenta a autora que, “em decorrência da própria finalidade que encerra, tendo em conta que os resultados da atividade ali desenvolvida servem de base para a propositura e para o recebimento da denúncia ou queixa, tem-se que o inquérito policial exprime atividade de formação da culpa”²⁴⁷.

Isso porque, consoante a lição de Antônio Scarance Fernandes, a imputação, definida como o juízo pelo qual se atribui a alguém a prática de fato penal relevante, nem sempre se materializa por meio de ato oficial – como o indiciamento, a denúncia, ou mesmo a determinação judicial de medidas constritivas²⁴⁸ –, podendo também se revelar pela maneira como a pessoa passa a ser tratada pela autoridade encarregada da persecução, ainda que em momento anterior à formalização da acusação²⁴⁹. Essa percepção ampliada é de central importância para que se dê concretude ao direito de defesa:

²⁴⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 16.

²⁴⁶ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 160.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 163.

²⁴⁸ “A falta de indiciamento, contudo, não representa para a pessoa a certeza de que está sendo inquirida como testemunha; pode a autoridade deixar de realizar o indiciamento formal a fim de impedir o suspeito de exercitar os direitos reservados ao indiciado, mas, na realidade, atribui à pessoa a prática da infração, como se constata pela própria maneira como a autoridade conduz a investigação e ela é tratada. Neste caso, a pessoa tem o direito de requerer que seja ouvida como indiciada, podendo utilizar, por exemplo, o direito ao silêncio” (FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 125).

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 103.

Não há sentido em limitar-se a imputação à fase processual, sendo de máxima importância, em um Estado democrático, assegurar à pessoa considerada a provável autora da infração penal meios de atuar em sua defesa. Por isso, é essencial que se trabalhe com conceito ampliado de imputação e se admita haver imputado (indiciado, investigado), com direitos e deveres, desde a fase de investigação.²⁵⁰

Segundo a análise de André Boiani Azevedo e Édson Luís Baldan²⁵¹, o histórico descaso da doutrina pela fase pré-processual conduziu à instalação de uma verdadeira anomia quanto a esse momento da persecução, com deletérias consequências para o *jus libertatis* do cidadão imputado. Assim, em especial nessa etapa administrativa, o processo penal teria deixado de desempenhar a função de frear o ímpeto do *jus puniendi* em face do acusado. Propõe-se, frente a esse quadro, uma releitura garantista do inquérito policial:

Afinados com esse entendimento autorizado, pensamos que o princípio constitucional do devido processo legal é vetor garantista que, numa correta acepção material, perpassa os estreitos lindes da relação judicial e se projeta, igual e necessariamente, sobre a fase inquisitiva antejudicial, tornando cogente o respeito ao direito do indigitado em confrontar efetivamente com o Estado-Investigador, cuidando-se, naturalmente da adequação dos meios e formas para o exercício dessa prerrogativa defensiva sem a exclusão, ao revés com a coincidência, do interesse social.²⁵²

Na mesma esteira, de acordo com Saad, é a confusão entre as ideias de inquisitividade e inquisitorialidade, ou entre caráter inquisitivo e processo inquisitório, que conduz parcela da doutrina à conclusão de que o acusado não tem direito de participar do inquérito policial. Segundo a autora, a falta de um rito preestabelecido confere à autoridade policial certa discricionariedade quando à escolha das medidas de investigação a serem adotadas. No entanto, isso não pode ser confundido com um modelo processual inquisitório, em que o inquisidor acumula as funções de acusar, defender e julgar, sem qualquer possibilidade de ingerência do acusado²⁵³. A inquisitorialidade, portanto, não é incompatível com o exercício de defesa pelo indiciado durante o inquérito policial, tendo em vista que nessa seara ele tem, ao menos, interesse em demonstrar que não deve ser denunciado²⁵⁴.

²⁵⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 104.

²⁵¹ AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 137, abr. 2004.

²⁵² Ibidem.

²⁵³ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 155-156.

²⁵⁴ Ibidem, p. 157.

Nesses termos, a incorporação das garantias constitucionais à investigação criminal, na medida em que for compatível com sua natureza e finalidade, desponta como importante passo em direção à construção de um processo penal garantidor, visto como arcabouço instrumental para a proteção da liberdade individual e da dignidade humana frente ao arbítrio do Estado²⁵⁵. Não mais se sustenta, nesse cenário, a visão do imputado como mero objeto da investigação²⁵⁶. Nas palavras de Fauzi Hasan Choukr:

As novas tendências do Estado democrático reservam uma permeabilidade cada vez maior das conquistas processuais para o próprio procedimento (processo) administrativo, daí porque ser encarada com naturalidade a inserção de valor antes somente afetos à etapa jurisdicional, já na fase pré-processual [...].²⁵⁷

Argumenta-se, nessa esteira, que a opção constitucional pelo emprego da expressão “acusados em geral” (artigo 5º, LV), em vez de simplesmente “acusados”, aponta para a necessidade de uma compreensão ampliativa do termo. Dessa feita, ao tratar de “acusados em geral”, pretendeu o constituinte incluir na locução toda sorte deles, ou seja, acusados em juízo ou fora dele, abrangendo, então, o suspeito, o indiciado, o acusado e o condenado²⁵⁸. Ainda, na lição de Saad:

Mesmo que se diga que não há acusados, nem informalmente, no inquérito policial, ainda assim há de se reconhecer a possibilidade de exercício do direito de defesa no inquérito policial pelo fato de este ter natureza jurídica de procedimento administrativo, não obstante sua finalidade judiciária. É manifesto que elementos de convencimento são colhidos na fase extrajudicial do procedimento da persecução penal, ensejando acusação formal.²⁵⁹

Posto isso, observa-se que, segundo a lição de Baldan, a defesa na fase antejudicial da persecução penal representa para o investigado uma garantia bifronte, que compreende tanto a prerrogativa de produção de elementos de convicção em reação à ação investigatória oficial – seja pessoalmente, seja por meio de defensor com habilitação técnica –, como o direito do

²⁵⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 24-25.

²⁵⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 126.

²⁵⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 73.

²⁵⁸ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 234-238.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 241.

imputado à preservação da sua liberdade e a não sofrer restrições de ordem moral ou patrimonial quando ausentes indícios razoáveis de autoria e de materialidade delitivas²⁶⁰.

Em relação ao seu modo de exercício, o direito de defesa em sede de investigação preliminar pode ser classificado como endógeno, quando materializado nos próprios autos do inquérito policial, por meio do interrogatório ou de solicitações dirigidas ao delegado de polícia, ou exógeno, quando exercido fora desses autos. O exercício *exógeno* no direito de defesa se concretiza por meio de *habeas corpus*, de mandado de segurança ou de petições dirigidas ao promotor público ou ao juiz de direito logrando obter, por exemplo, o relaxamento da prisão ilegal ou a liberdade provisória. Por outro lado, em sua dimensão endógena, tal direito é exercido quando o acusado solicita diligências à autoridade policial, indica-lhe testemunhas, formula quesitos e pedidos de esclarecimentos acerca de laudos periciais, requisita a juntada de documentos, permanece em silêncio durante o interrogatório, recusa-se a participar da produção de certos meios de prova, faz-se acompanhar de defensor legalmente habilitado, ou ainda de intérprete de seu idioma. É precisamente a conjugação dos exercícios endógeno e exógeno que proporciona a plena realização do direito à defesa no curso da investigação prévia²⁶¹.

Em síntese, adota-se aqui a premissa de que “a ampla defesa assegurada pela Constituição Federal atinge também o momento da investigação criminal”²⁶². Em outros termos, trata-se de constatar que, por servirem certos atos praticados na investigação para embasar as medidas cautelares pessoais e patrimoniais ultimadas nessa fase, bem como eventual juízo de acusação, é imprescindível que se reconheça desde logo o direito de defesa do imputado, conferindo-lhe meios para exercê-lo²⁶³. Uma tal afirmação supõe a observância de uma série de outros direitos e garantias que serão objeto de análise a seguir.

Inicialmente, é preciso que seja assegurado ao investigado seu *direito à ciência e à informação*, ou seja, que lhe seja franqueado conhecimento da existência e do conteúdo do inquérito policial a partir do momento em que um feixe de indícios o aponte como provável autor da infração penal. A informação prestada deverá ser clara, precisa e completa, de modo a

²⁶⁰ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, jan./fev. 2007, p. 269-270.

²⁶¹ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 269-272.

²⁶² FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 130.

²⁶³ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 7-10, apud MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 16.

permitir que o acusado (em sentido amplo) conheça a imputação que pesa contra si e todos os elementos informativos a sustentá-la²⁶⁴.

Tratando-se de suspeito preso, o artigo 306 do Código de Processo Penal determina que lhe seja entregue, em até 24 horas após a prisão, nota de culpa contendo os motivos da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas²⁶⁵. O direito da pessoa detida de conhecer as razões da sua prisão e das acusações que existem contra ela também está consagrado no artigo 7.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto 678/92).

Quando se tratar de pessoa em liberdade, tomará conhecimento da imputação e suas razões por meio de notificação para comparecimento à delegacia, onde a autoridade que preside a investigação deverá fazer constar uma síntese da acusação e, ainda, a informação de que o sujeito será ouvido na qualidade de suspeito ou indiciado, e não como testemunha²⁶⁶:

Tal ressalva é importante, porque direitos são devidos ao acusado. Pode ser também que determinada pessoa, ouvida inicialmente como testemunhal, passe, no decorrer do inquérito a ser considerada suspeita. Deve-se então cientificá-la desse fato, para que se possa fazer acompanhar de defensor, bem como guardar silêncio, se entender conveniente.²⁶⁷

Por outro lado, o direito à informação deverá ser observado não apenas nesse primeiro momento, mas ao longo de todo o desenvolvimento da investigação, à medida que forem levadas a efeito as diligências:

Com efeito, depois de seu primeiro comparecimento, tem o acusado o direito de saber da tramitação do inquérito policial, para participar dos atos instrutórios, alguns de caráter definitivo. Na medida em que atos instrutórios se realizam, ao sabor da investigação criminal, o acusado deve ser notificado, a fim de, querendo, comparecer, acompanhado de defensor, e participar da coleta de meios de prova, como nos casos de realização de perícia, acareação, reprodução simulada dos fatos.²⁶⁸

²⁶⁴ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 272-273.

²⁶⁵ “Por dar ciência formal dos motivos da prisão, a nota de culpa permite a verificação da legalidade da captura, bem como a formulação da defesa do acusado, de modo que é importante instrumento informador para a defesa desde o início da acusação” (Ibidem, p. 274).

²⁶⁶ Ibidem, p. 277-278.

²⁶⁷ AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 137, abr. 2004.

²⁶⁸ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 279-280

O artigo 20, *caput*, do Código de Processo Penal contempla a possibilidade de a autoridade policial determinar o sigilo do inquérito policial em certos casos, a fim, por exemplo, de viabilizar a elucidação da infração penal ou de resguardar a intimidade e a imagem das pessoas investigadas²⁶⁹.

Contudo, segundo Fernandes, tal sigilo não é oponível ao defensor do indiciado, em vista da previsão constante do artigo 7º, XIV, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil²⁷⁰.

Saad, por sua vez, adota a distinção entre atos de investigação e atos de instrução²⁷¹, sustentando que apenas em relação aos primeiros o sigilo pode ser oposto ao acusado e seu defensor²⁷². De acordo com a autora, para que possa defender-se adequadamente, o imputado precisa ter acesso aos autos que materializam a acusação (ainda que informal) que pesa contra ele, motivo pelo qual, no que toca aos atos de instrução realizados no curso do inquérito policial, o sigilo não lhe é oponível²⁷³.

A edição da Súmula Vinculante 14²⁷⁴, em 2009, marcou o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da inoponibilidade ao investigado e ao seu defensor do sigilo das diligências já concluídas.

Uma vez ciente dos fatos que lhe são imputados, tem o investigado o *direito de ser ouvido* pela autoridade investigante. Conforme assevera Saad, o interrogatório é, por

²⁶⁹ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 334. Acentuando o último aspecto, assevera Édson Luís Baldan que a cláusula de sigilo, “antes que ferramenta de eficiência da investigação, é providência que configura, em última instância, prestígio à presunção constitucional da não-culpabilidade e da intimidade da pessoa investigada. [...] Baixa-se o segredo para que os holofotes da imprensa (nem sempre cônica) não avassalem direitos individuais manejados nos autos. Remotamente protege-se a eficiência dos atos investigatórios cuja revelação poderia ser-lhe nociva” (BALDAN, Édson Luís. *Investigação defensiva: o direito de defender-se provando*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, jan./fev. 2007, p. 266).

²⁷⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 130.

²⁷¹ Segundo a distinção proposta, são de investigação os atos de procura do delito e seus autores, bem como as diligências tomadas pela autoridade policial logo que toma notícia do fato, como aquelas voltadas à preservação do local do crime. Noutra vértice, seriam atos de instrução aqueles tendentes a produzir prova da infração penal para posterior apresentação ao Judiciário. O inquérito policial, segundo a autora, compreende atos de investigação e atos de instrução, compreendida a instrução como a atividade por meio da qual se registram por escrito os resultados obtidos a partir da atuação investigatória (SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 166-170). Semelhante diferenciação é adotada por Antonio Scarance Fernandes (**A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 133).

²⁷² SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 335.

²⁷³ *Ibidem*, p. 338-340.

²⁷⁴ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

excelência, o momento de exercício da autodefesa e, como tal, rege-se pelo princípio da presunção de inocência, insculpido no artigo 5º, LVII, da Constituição da República²⁷⁵. Nesse ato, poderá o acusado contar com a assistência de advogado, bem como por este ser entrevistado previamente²⁷⁶. Deverá o investigado, ainda, ser advertido de seu direito ao silêncio, previsto no artigo 186 do Código de Processo Penal.

O *direito ao silêncio*, ou *direito de permanecer calado*, verte do artigo 5º, LXIII, da Constituição, bem como de garantias asseguradas em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Nesse sentido, o artigo 14.3, “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e o artigo 8.2, “g”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, consagram o direito de toda pessoa acusada de um delito a não ser obrigada a depor contra si mesma e nem a se confessar culpada.

Segundo Saad, em caso de prisão em flagrante delito, o direito ao silêncio deverá ser garantido desde o momento da captura, devendo o preso ser advertido de que pode calar-se diante das questões que lhe forem feitas sem que isso lhe importe qualquer prejuízo. Nas demais hipóteses, o imputado deve ser comunicado desse direito pela autoridade que preside o procedimento investigativo, previamente ao seu interrogatório²⁷⁷.

A ausência de informação sobre a faculdade de calar-se, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, pode produzir consequências de duas ordens, conforme a medida do prejuízo causado à defesa:

[...] a mais grave, consubstanciada na nulidade de todo o processo, a partir do interrogatório, se, no caso, o ato viciado redundou no sacrifício da autodefesa e, conseqüentemente, da defesa como um todo. Ou, na dimensão mais moderada, pela invalidade do interrogatório, com sua necessária repetição, mas sem que os atos sucessivos fiquem contaminados, se se verificar que o conteúdo das declarações não prejudicou a defesa como um todo e os atos sucessivos.²⁷⁸

Acrescentam os autores que, nos casos em que o interrogatório for condição para a validade de outro ato, como a lavratura do auto de prisão em flagrante (artigo 304, *caput*, do

²⁷⁵SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 283-284.

²⁷⁶ Ibidem, p. 285.

²⁷⁷ Ibidem, p. 292-297.

²⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 83.

Código de Processo Penal), a nulidade sempre se comunicará ao ato lastreado na inquirição viciada²⁷⁹.

Diretamente relacionado ao direito de permanecer calado está o *direito de não produzir prova contra si mesmo*; é dizer, não há para o acusado o dever de colaborar com qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa²⁸⁰. Essa prerrogativa, também chamada de “privilégio contra a não-autoincriminação”, compreende tanto as manifestações orais do acusado como a produção de provas que dependam da sua colaboração. Na primeira vertente, está intimamente conectado com o direito ao silêncio, que, na forma do artigo 186, parágrafo único do Código de Processo Penal, não poderá ser interpretado em seu desfavor. Em seu segundo aspecto, diz respeito à impossibilidade de se compelir o acusado a participar ativamente da confecção de qualquer prova, sem que dessa recusa se possa extrair qualquer consequência desfavorável ao acusado, como, por exemplo, a imputação de crime de desobediência.

Para além da autodefesa e das garantias que lhe são inerentes, conta o acusado com o *direito à defesa técnica por profissional legalmente habilitado*, emanado no artigo 5º, LXIII, da Constituição da República, e do artigo 8.2, “c”, do Pacto de São José da Costa Rica²⁸¹. Conforme assinala Luigi Ferrajoli, foi a partir das reformas iluministas que a defesa técnica assumiu a forma de um patrocínio legal obrigatório, ou seja, um direito do imputado a que corresponde uma obrigação do Estado de assegurá-lo gratuitamente sempre que o interessado não puder pagar²⁸².

A defesa técnica representa condição essencial da paridade de armas no processo penal pois, se de um lado está o Ministério Público, composto de membros altamente qualificados e contando com o apoio da polícia judiciária, especializada em investigar, na outra face da relação

²⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 84.

²⁸⁰ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 301.

²⁸¹ “Basicamente cinco ordens de fundamentos justificam a necessidade de assistência por profissional habilitado: o fundamento político, segundo o qual o direito de defesa é garantia contra agressões e despotismo; o fundamento lógico, pelo qual a toda acusação deve corresponder uma defesa, em um encontro dialético; o fundamento natural ou psicológico, segundo o qual o acusado carece de tranquilidade para se defender; o fundamento deontológico, pelo qual o acusado necessita de conhecimento, experiência e serenidade para se defender; e, por fim, o fundamento processual, segundo o qual a defesa trabalha a serviço do descobrimento da verdade, em igualdade processual” (Ibidem, p. 227-228).

²⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 491.

processual é preciso que também o acusado esteja amparado por profissional legalmente habilitado e tecnicamente capacitado²⁸³.

Assim como ocorre com o direito ao silêncio, o acusado, quer esteja preso ou solto, deverá ser cientificado desde logo do direito a ser assistido por defensor em todos os atos do inquérito²⁸⁴. No caso de pessoa privada de liberdade, a fim de evitar quaisquer nulidades, essa comunicação deverá ocorrer já no momento da prisão. Quando o inquérito não houver se originado de prisão em flagrante, na notificação encaminhada ao acusado deverá constar, de forma expressa, o direito de comparecer acompanhado de advogado e a advertência de que, estando impossibilitado de fazê-lo, tem o direito de solicitar a nomeação de um defensor oficial²⁸⁵.

O direito à assistência por ocasião do interrogatório não implica mero acompanhamento do ato, mas efetiva possibilidade de orientação, o que pressupõe o contato anterior. Nessa esteira, a Lei 10.792/03 introduziu expressamente no Código de Processo Penal, a previsão do direito de entrevista prévia e reservada com o defensor (artigo 185, §5º). Conforme a textualidade do dispositivo, tal direito deve ser observado em qualquer modalidade de interrogatório, de modo que se aplica também ao interrogatório policial.

Entretanto, o direito à defesa técnica no bojo do inquérito policial não se restringe ao momento do interrogatório, devendo ser estendido a todas as diligências²⁸⁶ e a todos os acusados, independentemente de estar ou não formalizada a acusação²⁸⁷. Nesse sentido, após a alteração promovida pela Lei 13.245/16, o artigo 7º, XXI, do Estatuto da Ordem dos Advogados

²⁸³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 270-271.

²⁸⁴ Nesse sentido: “A primeira observação é a de que, aludindo ao direito ao silêncio e à assistência do advogado para o *preso*, a Lei Maior denota simplesmente sua preocupação inicial com a pessoa capturada: a esta, mesmo fora e antes do interrogatório, são asseguradas as mencionadas garantias. Mas isto não pode, nem quer dizer que ao indiciado ou acusado que não esteja preso não seja estendida a mesma proteção, no momento maior da autodefesa, que é o interrogatório” (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 82).

²⁸⁵ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 311-312.

²⁸⁶ “Dessa forma, deve o acusado contar com a presença de seu defensor no reconhecimento, acareação, na reprodução simulada dos fatos, na oitiva de testemunhas, na formalização do auto de prisão em flagrante delito. O acusado deve ser assistido por defensor no interrogatório, deve poder formular quesitos e pedidos de esclarecimentos em relação aos laudos já apresentados, deve poder solicitar a juntada de documentos importantes à sua defesa, bem como impugnar a autenticidade de documentos já juntados e indicar testemunhas. [...] Nos casos em que a medida a ser tomada necessita ser efetivada sem a ciência ou a presença do acusado, tais como as interceptações telefônicas, as buscas, as apreensões, ou algum exame que, circunstancialmente, não possa ser postergado, há necessidade de controle diferido, exercido por defensor” (Ibidem, p. 328-329).

²⁸⁷ Ibidem, p. 317.

do Brasil (Lei 8.906/94) passou a prever a prerrogativa de assistência ao acusado durante as investigações, sob pena de nulidade absoluta das diligências e de seus desdobramentos.

Do direito à assistência legal durante o inquérito desdobra-se o *direito à livre comunicação entre o acusado e seu defensor*, prerrogativa consagrada no artigo 7º, III, do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94).

A possibilidade de decretação da incomunicabilidade do indiciado está prevista no artigo 21, *caput*, do Código de Processo Penal. Entretanto, conforme argumenta Saad, se a Constituição Federal determina, no artigo 136, §3º, IV, que é vedada a incomunicabilidade do preso na vigência do estado de defesa, com ainda mais razão deve ser rechaçada nos períodos de normalidade institucional²⁸⁸.

Essa leitura é reforçada pela determinação constante do artigo, 5º, LXIII, do texto constitucional, que trata do direito da pessoa presa à assistência da família e de advogado, e, ainda, pela previsão do artigo 8.2, “d”, do Pacto de São José da Costa Rica, que versa expressamente sobre o direito do acusado de se comunicar, de forma livre e reservada, com seu defensor. Nessa esteira, conclui-se que, em nenhuma hipótese, poderá a incomunicabilidade do preso alcançar o seu advogado, sob pena de violação do direito à ampla defesa na perspectiva da defesa técnica²⁸⁹.

O direito de defesa no inquérito policial determina, também, o *direito de requerer a realização de diligências* à autoridade investigante, na forma do artigo 14 do Código de Processo Penal. Em defesa de uma interpretação ampliativa dessa prerrogativa, sustenta Saad:

Dessa forma, o indiciado e também o ofendido, ou seu representante legal, podem requerer a realização de perícias e formular quesitos, pedir esclarecimentos ou complementação de laudos já apresentados, podem arrolar testemunhas e contestar todas as ouvidas, requerer a juntada de documentos e papéis, bem como impugnar a autenticidade de documentos já juntados.²⁹⁰

Muito embora a textualidade do artigo 14 indique que os pedidos formulados pelo investigado e pelo ofendido ficariam sujeitos à discricionariedade da autoridade policial, tal compreensão, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988, passou a ser objeto de

²⁸⁸ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 341-342. No mesmo sentido: FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 284.

²⁸⁹ Ibidem, p. 342-343.

²⁹⁰ Ibidem, p. 348.

questionamento doutrinário²⁹¹. Nesse sentido, para autores como Édson Luís Baldan, na ordem constitucional vigente, os requerimentos de diligências formulados pelos investigados não poderiam se sujeitar ao puro arbítrio da autoridade policial, e tampouco poderiam ser indeferidos com esteio em uma suposta preponderância do interesse público na apuração do crime sobre a garantia individual da dignidade humana. O único juízo possível, conforme essa visão, seria o de admissibilidade do elemento cuja produção se pretende, segundo critérios de legalidade²⁹². Logo, caberia ao delegado de polícia potencializar o uso da disposição garantista encerrada no dispositivo, propiciando que nos autos do inquérito policial ingressassem, também, os elementos de interesse da defesa da pessoa sujeita à investigação, desde que legítimos²⁹³.

Afirmou-se, ainda, que uma leitura constitucionalmente orientada do artigo 14 permitiria concluir que a realização das diligências de seu interesse constituiria um direito subjetivo do acusado, podendo ser negada pelo delegado de polícia apenas se inviáveis ou irrelevantes para o esclarecimento dos fatos e a defesa do investigado. Como consequência, a violação desse direito poderia ser remediada por meio do manejo de mandado de segurança ou *habeas corpus*. Ademais, a autoridade policial que recusa imotivadamente o pedido defensivo, ou que age desmesuradamente, estaria sujeita à responsabilização administrativa, civil e criminal pelos excessos praticados²⁹⁴.

Em relação ao investigado preso, o artigo 5º da Constituição consagra, ainda, o direito de não ser submetido a tratamento desumano e degradante (inciso III); o direito a que seja respeitada sua integridade física e moral (inciso XLIX); o direito do civilmente identificado a não ser submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (inciso LVIII); o direito de que sua prisão e o local onde se encontra sejam comunicados imediatamente à autoridade judicial e à sua família ou a pessoa por ele indicada (inciso LXII); e o direito a ser informado da identidade dos responsáveis por sua detenção (inciso LXIV).

²⁹¹ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 347-348.

²⁹² BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, jan./fev. 2007, p. 265.

²⁹³ *Ibidem*, p. 272.

²⁹⁴ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 351-352. Conferir também: FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 132.

Em acréscimo, merece referência o *direito de ser assistido por tradutor ou intérprete*, extraído do artigo 8.2, “a”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, a ser observado sempre que o investigado não compreender ou não falar o idioma do júízo ou tribunal.

Importa registrar que o artigo 9º da Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, com a redação conferida pela 183/18, prevê alguns direitos de participação da defesa no âmbito da investigação conduzida pelo *Parquet*. Assim, segundo o *caput*, o investigado poderá apresentar, no bojo do procedimento de apuração ministerial, apresentar as informações que considerar relevantes para a sua defesa, facultado o acompanhamento por defensor. Ademais, faculta-se ao defensor a prerrogativa de examinar os autos findos ou em andamento, ainda que sem procuração (§1º), salvo quando decretado o sigilo das suas investigações (§2º). Prevê-se, ainda, para o órgão responsável pela investigação, o dever de viabilizar a atuação da defesa técnica durante a apuração das infrações, com vistas a evitar futuras alegações de nulidade (§3º). Determina-se, contudo, que o acesso do defensor poderá ser restringido aos elementos relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências (§4º).

Enfim, na posição de verdadeiro princípio norteador da atuação de todas as autoridades encarregadas da persecução criminal, ainda que na etapa pré-processual, e pressuposto para efetivação de todos os direitos e garantias anteriormente descritos, está o postulado constitucional da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade²⁹⁵), ao qual se subordina o tratamento da pessoa investigada, assim formulado no inciso LVII do artigo 5º da Carta Maior: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

2.2.2 A questão do contraditório

Antes de iniciar a abordagem da questão relativa à aplicabilidade ou não da garantia do contraditório à fase de investigação criminal preliminar, importa que sejam estabelecidas algumas premissas e, para tanto, remete-se à lição de Ada Pellegrini Grinover: i) a primeira:

²⁹⁵ “Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. Procurar distinguir ambas é uma tentativa inútil do ponto de vista processual” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 283).

contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, além de constituírem direitos subjetivos das partes, são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, que atenta ao devido processo e é conduzido não só em benefício dos litigantes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Ou seja, trata-se de um direito titularizado por todo o corpo social, que interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes e consubstancia condição essencial para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa; ii) a segunda: o princípio da ineficácia das provas que não sejam colhidas em contraditório não significa apenas que a parte possa se defender das provas produzidas contra si; a bem da verdade, o que se exige é que a parte seja posta em condições de participar, assistindo à produção das mesmas enquanto ela se desenvolve.

A garantia do contraditório tem como pressupostos fundamentais a necessidade de informação e a possibilidade de reação. No entanto, se no processo civil tem-se afirmado que o contraditório se satisfaz com a oportunidade de reação proporcionada pela citação, garantindo-se ao réu o direito de, querendo, comparecer a fim de responder aos atos da parte contrária e se defender; no processo penal há a necessidade de um contraditório pleno e efetivo. Para que seja pleno, deverá ser observado durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento, mesmo quando haja revelia – o que não ocorre no processo civil, onde, em caso de revelia, admite-se o seguimento do feito sem a ciência ao réu dos atos e termos posteriores ao reconhecimento da contumácia. Por outro lado, a exigência de um contraditório efetivo significa que não basta dar à parte a possibilidade formal de se manifestar sobre os atos em face dela praticados; é preciso, também, proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de confrontá-los. Ou seja: um contraditório efetivo pressupõe uma relação de equilíbrio entre partes munidas de forças equivalentes²⁹⁶.

Segundo Antonio Scarance Fernandes, essa diversidade de graus de exigência para a realização do contraditório se justifica pela natureza do direito material subjacente em cada caso, “pois quanto mais indisponível o direito em jogo, maiores devem ser as preocupações garantistas e, entre elas, a de que o contraditório seja efetivo e pleno”²⁹⁷.

Acerca da relação entre o contraditório e o próprio direito de defesa, sustenta Fernandes que, embora estejam estreitamente ligados, não se vislumbra entre eles relação de

²⁹⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 58-59.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 61.

primazia, pois ambos são manifestações da garantia genérica do devido processo penal²⁹⁸. Em outros termos, lecionam Grinover, Fernandes e Magalhães Gomes Filho:

Defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.²⁹⁹

Ainda segundo os autores, a garantia do contraditório não tem apenas como objetivo a defesa entendida em sentido negativo, como oposição ou resistência, mas principalmente em sua dimensão positiva, de influência, relacionada ao direito de intervir no desenvolvimento do processo e contribuir para seu desfecho. Trata-se do direito da parte a que sejam desenvolvidas todas as atividades necessárias para a tutela de seus interesses³⁰⁰.

Conforme a visão de José Frederico Marques, a noção de contraditório está implicitamente inscrita nos meios e recursos essenciais ao direito de defesa dos quais trata o texto constitucional. Nas palavras do autor, “todo processo tem de ser estruturado sob a forma do *contraditório* para que o direito de defesa não sofra restrições indevidas”³⁰¹.

À luz dessas considerações, emerge a necessidade de se enfrentar a questão do enquadramento do contraditório no cenário da investigação preliminar.

No sistema processual italiano, não aparece o contraditório na fase de preparação da ação com a mesma amplitude da fase jurisdicional. Em contraponto, houve uma preocupação legislativa em evitar, ao máximo, a intromissão em juízo dos elementos informativos coletados na etapa pré-processual. Dessa feita, estabeleceu-se a divisão fascicular dos autos relativos à investigação daqueles próprios à esfera processual, além de atribuir-se a julgadores distintos a apreciação de cada uma das atividades. Procurou-se, também, garantir-se a participação da defesa técnica, tanto quanto possível, bem como jurisdicionalizar todos os atos de natureza cautelar, de ordem patrimonial ou pessoal³⁰². Conforme a síntese de Fauzi Hassan Choukr:

²⁹⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 267.

²⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 77.

³⁰⁰ Ibidem, p. 122.

³⁰¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 87.

³⁰² CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 99-100.

Pode-se concluir que a inexistência de um contraditório pleno é contrabalançada de dois modos bem claros: um referente à não intromissão dos meios de prova da investigação na ação (salvo as irrepetíveis, como os exames de corpo de delito, submetidas a contraditório sucessivo) e outro com a criação de um verdadeiro juiz natural para o procedimento investigatório, procurando-se assim minimizar a não incidência da garantia.³⁰³

Em outra perspectiva, caracteriza-se o modelo norte-americano pela inserção de uma série de garantias defensivas já na etapa da investigação, a exemplo da jurisdicionalização das buscas domiciliares e das interceptações telefônicas, bem como da atenção ao direito do investigado de não constituir prova contra si mesmo. No entanto, não há que se falar na existência de um contraditório pleno nessa etapa. Os elementos obtidos no curso da investigação, desde que regularmente obtidos, poderão, posteriormente, ser utilizados em juízo, seja no momento da apreciação da viabilidade da ação penal, seja no curso do processo, oportunidades em que serão submetidos ao contraditório³⁰⁴.

Na doutrina brasileira, o debate sobre a admissão do contraditório no âmbito do inquérito policial foi, historicamente, pautado pela predominância da posição de resistência. Segundo a visão mais tradicional, a investigação preliminar era vista como uma fase de cunho eminentemente administrativo, com a finalidade de fornecer elementos para a propositura ou não da ação penal, e que, portanto, não comportaria o contraditório³⁰⁵.

No entanto, vozes dissonantes se manifestavam favoravelmente, argumentando que a carga acusatória presente no inquérito impunha que se prestigiasse a participação da defesa também nessa seara. Conforme sustentou parcela da doutrina, haveria nessa etapa um verdadeiro processo administrativo preparatório ao exercício da ação penal e um autêntico conflito de interesses a impor a necessidade de atenção ao contraditório. Sobretudo com o advento da Constituição de 1988 (artigo 5º, LV), que contemplou a exigência do devido processo legal também na seara administrativa, ganhou força um movimento interpretativo que procurou inserir a garantia do contraditório na investigação criminal³⁰⁶.

Alinhado com a primeira corrente, José Frederico Marques considera que, no processo penal, o contraditório é imperativo apenas na etapa de instrução desenvolvida perante o juízo,

³⁰³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 100.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 105.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 109-110.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 111.

mas não na seara do inquérito policial³⁰⁷. Segundo argumenta, admitir um inquérito contraditório colocaria em xeque o êxito das apurações, sobretudo em casos de difícil elucidação. Assim, à polícia judiciária deveria ser conferido um amplo campo de liberdade de ação, limitado somente pela legalidade, no desempenho de sua atividade, voltada que é à promoção da ordem pública e do bem comum, além de constituir preparação indispensável de futura ação penal. Daí que o princípio da instrução contraditória seria aplicável, somente, à instrução propriamente judiciária³⁰⁸.

Em reforço, argumenta o autor que as garantias do acusado restam perfeitamente asseguradas com a defesa ampla que lhe é facultada exercer perante os órgãos jurisdicionais, após o oferecimento da ação penal, momento a partir do qual devem acusação e defesa ser colocadas em situação de estrita igualdade, tal qual ocorre com autor e réu na esfera processual civil³⁰⁹. Acrescenta que o contraditório é textualmente assegurado pela ordem constitucional aos acusados, e não aos indiciados, o que representaria razão a mais para que não seja aplicado ao inquérito policial³¹⁰. Aduz que o artigo 14 do Código de Processo Penal não se voltou a instaurar em solo policial um debate contraditório, mas apenas permitir que o indiciado colabore na investigação quando puder apontar fatos ou provas que sirvam para elucidar as pesquisas e indagações realizadas pela polícia judiciária. No entanto, não haveria direito subjetivo do indiciado a influir nos rumos da investigação e nos atos a serem praticados com vistas à elucidação do fato criminoso e sua autoria³¹¹.

A ideia de que a observância do contraditório, no processo penal, só é exigível na fase judicial, e não na investigatória, é compartilhada por Antonio Scarance Fernandes, para quem tal conclusão pode ser extraída diretamente da redação do inciso LV do artigo 5º da Constituição. Isso porque, ao impor a observância dessa garantia em processo judicial ou administrativo, o dispositivo não abarcou o inquérito policial. Sucede que, conforme sua concepção, o inquérito constitui não mais que um conjunto de atos praticados por autoridade administrativa, o que não basta para a configuração de um processo administrativo. Mais ainda, defende o autor que o inquérito nem sequer é procedimento, por faltar-lhe aspecto essencial

³⁰⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 88.

³⁰⁸ Ibidem, p. 151-152.

³⁰⁹ MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001, p. 62.

³¹⁰ Ibidem, p. 64.

³¹¹ Ibidem, p. 65.

dessa categoria, a saber, a formação por uma sucessão de atos que obedeçam a uma sequência predeterminada pela lei³¹². Nesse espírito, assinala o autor:

Não há razão para se estender à investigação um contraditório amplo e irrestrito, reservado ao estágio processual. Ainda não há procedimento, mas atos de investigação, alguns marcados pela necessidade de sigilo, como a busca e apreensão, a interceptação telefônica. Para que se configure o contraditório pleno, seria necessária a ciência prévia do ato a ser realizado, a oportunidade de participação e de reação, o que é inviável, porque o sucesso de certas diligências está exatamente na surpresa de sua realização. Perderia, com isso, a atividade repressiva e ficaria prejudicada a rapidez das apurações e nem mesmo ganharia o indiciado.³¹³

Para Fernandes, contudo, a não exigência do contraditório, por meio de prévia intimação dos atos praticados na investigação, não exclui a necessidade de se admitir a atuação da defesa nesse momento da persecução, ainda que de forma mais restrita, inclusive valendo-se da possibilidade de pleitear a realização de diligências³¹⁴.

Semelhante raciocínio é desenvolvido por Marta Saad, para quem o contraditório supõe a existência de um conflito bilateral, uma relação de oposição entre tese e antítese; contudo, no processo penal não há que se falar em litigantes, mas sim em acusador e acusado³¹⁵. Daí decorre que, segundo sua leitura, “não se mostra apropriado falar em contraditório no curso do inquérito policial, seja porque não há acusação formal, seja porque, na opinião de alguns, sequer há procedimento”³¹⁶.

Ressalta a autora, contudo, a necessidade de se garantir ao investigado, a qualquer tempo, o exercício do direito de defesa, que compreende o direito de se contrapor às acusações, com a assistência de defensor; a possibilidade de silenciar; e, ainda, a admissibilidade da produção das provas por ele proposta sempre que relevantes à demonstração de sua inocência ou de sua culpabilidade diminuída. Entende Saad, portanto, que o direito de defesa, para que seja eficaz e tempestivo, deve ser exercido desde o inquérito policial, e independentemente da efetiva instalação do contraditório³¹⁷.

³¹² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 64.

³¹³ FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 120.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 64-65.

³¹⁵ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 215-216.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 221.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 223-224.

Também Fauzi Hassan Choukr entende que não é correto falar-se na caracterização do contraditório durante a investigação preliminar, uma vez que ausente nesse momento um dos aspectos fundamentais da garantia, a saber, a capacidade de influência sobre aquele que detém o processo decisório nesse momento. Nesse sentido, compreendido o contraditório a partir do binômio ciência/participação, restaria prejudicada a face da participação, já que, ainda que se garanta a presença do defensor técnico na maioria das diligências, não conta ele com o poder de exigir a realização de um determinado ato nessa etapa³¹⁸. Posto isso, já em 1995 o autor defendia que a proteção do investigado deveria se operar por outros caminhos, que passariam pela correção de distorções como a intromissão dos elementos provenientes do inquérito na fase jurisdicional e, ainda, a imparcialidade comprometida do juiz que julga a ação após ter tido contato com aqueles elementos informativos³¹⁹.

Dentre as vozes em defesa da observância do contraditório desde a investigação – ainda que não em sua forma mais plena³²⁰ – estão as de Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner, para quem o ponto decisivo da questão está em compreender o alcance da expressão “acusados” empregada no artigo 5º, LV, da Constituição de 1988. De acordo com a leitura dos autores, o constituinte adotou uma postura claramente garantista, e eventual imprecisão terminológica quanto ao emprego do termo “processo” ao invés de “procedimento” não pode servir de obstáculo à aplicação do contraditório ao inquérito policial. Isso porque ao eleger-se o uso da expressão “acusados em geral” no texto do dispositivo, não se excluiu de seu sentido o investigado, pois também na investigação há uma imputação em sentido amplo. Em outros termos, ao falar em “acusados em geral”, refere-se o legislador a um leque de situações que extrapola a acusação formal, vinculada ao exercício da ação penal, com o claro intuito de atingir também a figura do indiciado³²¹.

Em reforço, destaca Franklyn Roger Alves Silva que é na fase pré-processual que estão concentrados os principais elementos que nortearão a formação do convencimento do juiz para a autorização do processamento da ação penal, muito embora não constituam provas propriamente ditas. Em razão disso, diligências como o exame de corpo de delito, os exames periciais sobre os objetos do crime e a coleta de depoimentos das testemunhas e suspeitos são

³¹⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 116-117.

³¹⁹ Ibidem, p. 118.

³²⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 418.

³²¹ Ibidem, p. 443-444.

construídos sem o necessário contraditório, uma vez que não se prevê a intervenção obrigatória da defesa nesse momento. Ressalta o autor, contudo, que não haveria óbice intransponível para que o sistema jurídico passasse a determinar tal participação com maior frequência³²².

Observe-se que a ideia de contraditório no inquérito não se confunde com uma concepção de investigação defensiva, pois, se aquele diz respeito ao conhecimento e à possibilidade de reação às providências adotadas no bojo da investigação oficial, a investigação defensiva consubstancia verdadeira pesquisa própria e independente de elementos de interesse para a tutela dos interesses da pessoa defensiva.

Contudo, em que pese a divergência doutrinária quanto à presença ou não da garantia do contraditório no bojo da investigação criminal preliminar, é possível identificar como ponto de convergência a necessidade de se resguardar e viabilizar, desde esse momento, o exercício do direito de defesa, com todos os meios necessários para torná-la efetiva. E é justamente no ponto que trata da efetividade da defesa levada a efeito no momento prévio à ação penal que reside o germe da concepção de uma investigação defensiva.

2.3 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO DESDOBRAMENTO DO DIREITO À PROVA

Segundo Luigi Ferrajoli, a paridade de partes no processo penal pressupõe a presença de duas condições. Em primeiro lugar, é indispensável que o juiz não tenha funções acusatórias e que, reciprocamente, a acusação pública não tenha funções judiciais. A segunda condição consiste em assegurar à defesa a mesma dignidade e os mesmos poderes de investigação reconhecidos ao Ministério Público³²³.

Defende o autor italiano, nesse sentido, que, para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é preciso dotar a defesa das mesmas capacidades atribuídas à acusação, o que exige que o imputado seja assistido por um defensor, de modo a poder competir com o Ministério Público em condições de igualdade. É necessário, ademais, que o papel contraditor da defesa seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada um dos atos probatórios, das averiguações preliminares e perícias ao interrogatório do

³²² SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 77.

³²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 467.

imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e acareações. Ou seja, a opção acusatória exige que ao imputado e ao seu defensor seja reconhecida uma ampla esfera de intervenção em toda atividade probatória levada a efeito ao longo da persecução penal³²⁴.

Prosseguindo com esse raciocínio, remete-se à lição de Antonio Scarance Fernandes ao afirmar que, além de necessária, indeclinável e plena, a defesa deve ser efetiva, não sendo suficiente uma aparência de defesa para que se possa falar em verdadeira igualdade de partes. Em outros termos, trata-se de dizer que o fato de ter o réu defensor constituído, ou de ter sido nomeado advogado para sua defesa, não basta. É também necessário que exista, no processo, atividade efetiva do advogado no sentido de assistir o imputado³²⁵.

Essas lições se complementam com as de Geraldo Prado, ao demonstrar que o advogado (ou defensor) exerce um *mínus* público e deve, portanto, contar com os poderes necessários para desempenhá-lo de forma efetiva:

Assim, é lícito acentuar que o advogado ou defensor exerce um *mínus* público (contribuindo em grande parte para a resolução da causa conforme o direito) equilibrado por tudo quanto, no exercício da sua atividade, imponha a atuação ou omissão, ambas necessárias à preservação ou conquista de posições jurídicas de vantagem para o acusado, conforme o direito.

Essa é a razão pela qual se concebe, em um processo acusatório, a positivação de poderes do advogado do acusado para se opor à vontade deste último, sempre que divise, nas consequências da manifestação dela, a operação de grave prejuízo jurídico.³²⁶

Consoante a visão de Franklyn Roger Alves Silva, o acesso adequado aos meios de prova está condicionado à possibilidade de o acusado propor a produção de quaisquer meios relevantes e admitidos no ordenamento jurídico. Em sua analogia, não bastaria o “convite para a festa processual”, sendo imprescindível que a defesa pudesse comparecer ao evento processual e desfrutar de tudo quanto nele proporcionado³²⁷. Por via de consequência, ainda que a carga probatória predominante permanecesse nas mãos do acusado, poderia a defesa realizar atos de iniciativa probatória com diversas finalidades, como, por exemplo, demonstrar certo fato a fim de abreviar a existência da ação penal; demonstrar a qualificação jurídica

³²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 491.

³²⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 273.

³²⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 126.

³²⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 78-79.

adequada de um fato de modo a obter instituto despenalizador; e, ainda, investigar os limites da responsabilidade do agente com vistas à negociação de colaboração premiada³²⁸.

Somente com uma participação ativa da defesa, mediante a coleta e apresentação de elementos de formação do convencimento, é que será possível um contraditório eficaz, capaz de influenciar o processo decisório do magistrado desde os primeiros momentos da persecução penal. Daí se infere que, por trás da ampla defesa e do contraditório, desdobra-se uma série de direitos e garantias, entre as quais figura a *investigação defensiva como substrato do direito à produção probatória*, sendo que o último deriva do devido processo legal e da paridade de armas³²⁹.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover, é possível falar na existência de um verdadeiro *direito à prova*, que figura em lugar de destaque no quadro de garantias da defesa no processo, pois é no terreno probatório que muitas dessas garantias ganham efetiva aplicação. Afirma a autora, ainda, que o princípio do contraditório fica esvaziado de qualquer sentido quando as partes não são colocadas em condições de participar da formação da prova, em situação paritética. Nesse sentido, argumenta que não basta que a parte possa se defender das provas contra ela apresentadas, sendo igualmente imprescindível que seja posta em condições de participar ativamente de sua produção³³⁰.

No mesmo sentido é a lição de Gustavo Badaró:

Dentre as atividades necessárias à tutela dos interesses postulados pelas partes, sobressai a probatória, pois a prova é indiscutivelmente o momento central do processo, no qual são reconstituídos os fatos que dão suporte às pretensões deduzidas. Assim, o direito à prova constitui aspecto fundamental do contraditório, pois sua inobservância representa negação da própria ação e da defesa. Para se dar cumprimento à garantia constitucional é necessário que se estabeleça um procedimento probatório que se desenvolva em contraditório de partes, perante o juiz. Num processo de partes, o contraditório probatório deve constituir a única fonte de cognição para a jurisdição, não podendo haver outra fonte de conhecimento para a decisão.³³¹

Destaca Badaró, ademais, que não se pode confundir o ônus da prova com o interesse em provar certo fato. Em sua visão, no processo penal, diante da garantia constitucional da

³²⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 83.

³²⁹ Ibidem, p. 420.

³³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 4, out./dez. 1993, p. 60-62.

³³¹ BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (Coord.). **Garantismo Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 222.

presunção de inocência, não há distribuição do ônus da prova, que pesa de modo unidirecional sobre a acusação. A título de exemplo, o acusado não teria o ônus de provar a existência de uma excludente de ilicitude, e nem mesmo o encargo de gerar dúvida a seu respeito, mas teria, sim, interesse em provar sua ocorrência³³².

Entende-se, portanto, que o direito à prova conforma aspecto de central importância no quadro do contraditório, justamente porque é por meio da atividade probatória que as partes procuram reconstruir os fatos subjacentes à causa sob a sua ótica, de modo a fundamentar suas pretensões e tentar exercer influência sobre o conteúdo do provimento jurisdicional³³³.

Estabelecida a existência de um direito à prova no processo penal, impende conceituá-lo. Segundo a definição proposta por Marta Saad:

Trata-se o direito à prova de concessão aos sujeitos parciais (no processo penal, de *persecutio criminis*) de idênticas possibilidades de oferecer e materializar, nos autos, todos os elementos de convicção demonstrativos da veracidade dos fatos alegados, bem como de participar de todos os atos probatórios e manifestar-se sobre os seus respectivos conteúdos; e descartando-se, na expressão de Barbosa Moreira, qualquer disparidade no deferimento ou indeferimento de sua apresentação ou produção.³³⁴

O direito à prova no âmbito do processo penal pode ser extraído de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)³³⁵, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966)³³⁶, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950)³³⁷ e, ainda, o Pacto de São José da Costa Rica (1969)³³⁸. Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho, esses textos evidenciam que o direito à prova consubstancia um dos pilares de um processo justo segundo parâmetros

³³² BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 429-433.

³³³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 122.

³³⁴ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 345.

³³⁵ “Artigo 11.1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

³³⁶ “Artigo 14.3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] (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 [...]”

³³⁷ “Artigo 6.3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: [...] (d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação [...]”

³³⁸ “Artigo 8.2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] (f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos [...]”

internacionalmente reconhecidos, e compreende não apenas o direito de obter o comparecimento de testemunhas de defesa, mas, também, o de participar ativamente da inquirição das testemunhas arroladas pela parte contrária. Acrescenta o autor, ainda, que a referência dos textos internacionais à prova testemunhal não deve ser compreendida como excludentes daquelas obtidas pelos demais meios, estendendo-se, portanto, às evidências de qualquer natureza³³⁹.

Para além das disposições contidas em tratados internacionais, o direito à prova também é reconhecido em outros ordenamentos jurídico-processuais, como o norte-americano, o italiano e o alemão³⁴⁰.

No que diz respeito ao seu escopo, remetendo-se ao sistema norte-americano, explica Diogo Malan que o *direito à prova defensiva* não se esgota no direito à notificação para comparecimento compulsório das testemunhas de defesa, mas abrange também o direito à admissão em juízo de outros elementos probatórios propostos pelo acusado que sejam lícitos e relevantes³⁴¹.

Retornando às lições de Ferrajoli, observa-se que a garantia do contraditório está diretamente ligada à possibilidade de refutação ou contraprova por parte do imputado. Por essa razão, a pesquisa de contraprovas deve ser tutelada e favorecida tanto quanto a das provas acusatórias³⁴². Como consequência, o esquema triangular, que é próprio do modelo acusatório, se configura de tal modo que:

[...] se a acusação tem o ônus de descobrir hipóteses e provas e a defesa tem o direito de contraditar com contra-hipóteses e contraprovas, o juiz, cujos hábitos profissionais são a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de ensaiar todas as hipóteses, aceitando a acusatória só se estiver provada e não a aceitando, conforme o critério pragmático do *favor rei*, não só se resultar desmentida, mas também se não forem desmentidas todas as hipóteses em conflito com ela.³⁴³

Desse raciocínio, é possível inferir que não se confunde o direito à prova com ônus da prova, pois este, via de regra, recai exclusivamente sobre o acusador no processo penal regido

³³⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 72-74.

³⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 122.

³⁴¹ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, mai./jun. 2012, p. 284.

³⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 121.

³⁴³ *Ibidem*, p. 122.

pela presunção de inocência, de modo que não pode o acusado ser prejudicado pela dúvida acerca de fato relevante³⁴⁴. Assim, sustenta Antonio Magalhães Gomes Filho, que não é adequado, no processo penal, tratar a relação entre as partes e a prova sob a ótica negativa do *ônus*, pois essa abordagem sugere que ao sujeito que não se desincumbe do encargo probatório são atribuídos os riscos da falta de evidências no julgamento da causa. Propõe o enfrentamento da questão sob a lente positiva de um *direito* reconhecido à parte de empregar todas as provas disponíveis a fim de demonstrar a verdade que fundamenta sua pretensão³⁴⁵.

Portanto, nessa perspectiva, o direito à prova assume a natureza jurídica de um *direito subjetivo*, que compreende, a um só tempo, a introdução de material probatório no processo, a participação em todas as fases do procedimento respectivo e a garantia de exercício de todos os poderes necessários para influenciar positivamente o convencimento da autoridade jurisdicional. Mais ainda, fala-se em um direito *público* ou *cívico*, na medida em que, como regra, tem como sujeito passivo o Estado, representado pela figura do juiz, sobre o qual recai a obrigação de tornar efetivas as postulações das partes quanto às atividades probatórias, desde que legítimas³⁴⁶. Nota-se, assim, que o direito à prova está intimamente conectado com os direitos de ação e de defesa, pois nada serviria às partes o direito de postular em juízo se não lhes fosse proporcionada oportunidade de demonstrar as suas afirmações³⁴⁷.

Na perspectiva de Antonio Scarance Fernandes, o direito à prova desdobra-se em diversos outros direitos, por meio dos quais se manifesta concretamente no desenvolvimento da causa, a saber: i) o direito de requerer a produção da prova; ii) o direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova; iii) o direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, levando-se a cabo todas as providências necessárias para sua produção; iv) o direito a participar da produção da prova; v) o direito a que a produção da prova seja feita em contraditório; vi) o direito a que a prova seja produzida com a participação do órgão judicial; vii) o direito a que,

³⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 240. Ressalva o autor, contudo, que, se é essa a regra aplicável às ações penais condenatórias, existem hipóteses específicas em que não vigora o *in dubio pro reo* e, portanto, será possível admitir a existência de um ônus probatório subjetivo para o acusado, como seria o caso da revisão criminal.

³⁴⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 83.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 84-85. Embora para o propósito do presente trabalho se enfoque o direito à prova titularizado pelo acusado, Gomes Filho ressalta que ele alcança também os titulares da ação penal pública e privada, pois, ao conferir-lhes tal iniciativa, a Constituição também lhes atribui os poderes de participação em todas as atividades processuais, inclusive, evidentemente, as de caráter probatório.

³⁴⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 72.

produzida a prova, possa se manifestar a seu respeito; e viii) o direito a que a prova seja apreciada pelo julgador³⁴⁸.

Não se trata de impor à parte a obrigatoriedade de estar presente em todos e quaisquer atos processuais – pois ao acusado é possível ausentar-se – mas de conceder-lhe condições de participar, ainda quando se trate de prova colhida de ofício pelo juiz, nos cenários em que, eventualmente, se admita essa possibilidade. De outro lado, o direito à prova exige que, ao sentenciar, o julgador leve em conta a prova produzida pelas partes, pois de nada adiantaria assegurar ao promotor, ao querelante e ao réu a faculdade de produzir a prova se ela não fosse considerada pelo magistrado ao fundamentar a sentença³⁴⁹.

Também para Antônio Magalhães Gomes Filho, o direito à prova apresenta diversos desdobramentos que merecem ser analisados separadamente. Segundo o autor, o reconhecimento de que se trata de um direito subjetivo impõe que estejam as partes em condições de influir ativamente na construção do material probatório que servirá para embasar a decisão judicial³⁵⁰.

A atividade probatória deve, portanto, ser aberta à iniciativa, à participação e ao controle pelos interessados no provimento jurisdicional. Ademais, o exercício desse direito deve permear o fenômeno probatório em sua integralidade, alcançando todas as tarefas voltadas à procura e colheita de dados acerca dos acontecimentos históricos afirmados pelas partes e sobre os quais versará a sentença. Por esse motivo, não se deve restringir o direito à prova à dimensão endoprocessual do fenômeno probatório, pois há também provas que se formam extraprocessualmente. Deve, portanto, esse direito ser reconhecido também *antes e fora* do processo, inclusive com o intuito de reunir elementos para embasar ou evitar a persecução penal³⁵¹.

Nessa ordem de ideias, num primeiro momento da persecução penal, é possível identificar um *direito à investigação*, na medida em que a faculdade de procurar e descobrir provas é condição indispensável para que se possa exercer um direito à prova. Isso porque, se na tradição inquisitória, as atividades de pesquisa probatória prévia são confiadas

³⁴⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 73-74.

³⁴⁹ Ibidem, 2002, p. 74-75.

³⁵⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 85. No mesmo sentido: DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Inquérito policial e ação penal**. São Paulo: CPC, 2004, p. 11.

³⁵¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 85-86.

exclusivamente aos órgãos oficiais da investigação penal, como a polícia judiciária e o Ministério Público; no modelo acusatório, com o reconhecimento do *direito à prova*, deixa de ser possível negá-las ao acusado e ao defensor, com vistas à coleta do material voltado à demonstração das teses defensivas³⁵².

Trata-se, segundo Magalhães Gomes Filho, de faculdade há muito reclamada pela doutrina e que ao legislador italiano de 1988 pareceu indispensável para o direito à prova³⁵³. De acordo com Luigi Ferrajoli, o direito à prova foi incorporado ao sistema italiano por meio do artigo 190 do Código de Processo Penal, segundo o qual “as provas serão admitidas mediante solicitação da parte”, fruto da opção acusatória que guiou a reforma processual de 1988³⁵⁴. Ademais, o artigo 38 das disposições de atuação do CPP, fazendo expressa referência ao artigo 190, primeiro parágrafo, estabeleceu que a atividade probatória poderá ser desenvolvida sob o encargo de defensores e investigadores privados. Assim, procurou-se assegurar à defesa, em paridade de armas com a acusação, a possibilidade de reunir elementos favoráveis às suas teses desde os momentos mais precoces da persecução³⁵⁵.

Prosseguindo com a lição de Magalhães Gomes Filho, tem-se que o direito à prova compreende, também, um poder de iniciativa em relação à introdução de material probatório no processo. Trata-se do *direito de proposição, indicação ou requerimento de provas*, reconhecido não só à parte, mas também a outros interessados, como é o caso do ofendido, admitido como assistente de acusação no processo penal brasileiro (artigo 271, *caput*, do Código de Processo Penal).³⁵⁶ Nas palavras do doutrinador:

De fato, é no pronunciamento judicial relativo à admissão das provas que se encontra o *núcleo* do direito aqui examinado: é a efetiva permissão para o ingresso dos elementos pretendidos pelos interessados que caracteriza a observância do direito à prova; por isso, somente através de uma disciplina legal das hipóteses de rejeição das provas, acompanhada da exigência de decisões expressas e motivadas, e adotadas após o debate contraditório pode estar a garantia.³⁵⁷

³⁵² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 86-87.

³⁵³ *Ibidem*, p. 87.

³⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 124.

³⁵⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 87.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 88

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 88

Discute-se, ainda, a existência de um *direito à prova legitimamente obtida, produzida e valorada*, com base no qual poderia a parte exigir do juiz que não permita o ingresso ou a permanência nos autos de prova ilícita produzida pela parte adversária³⁵⁸. Daí que, correlato ao direito à prova, é possível afirmar a existência de um *direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes*³⁵⁹.

O direito à prova no processo penal também se manifesta no procedimento pelo qual a prova é formada ou introduzida no processo. Trata-se, nesses termos, de assegurar a participação nos atos de produção ou execução da prova. É essa participação, por meio de impugnações, perguntas, críticas e eventual apresentação de contraprova, que viabiliza, em sua plenitude, o contraditório na instrução criminal, requisito para a legitimação da atividade jurisdicional³⁶⁰.

A exigência do contraditório na investigação criminal tem como implicações a proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos no processo e submetidos a debate pelas partes; a proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou colhidas na ausência das partes; e a obrigação do juiz, quando determinar a produção de provas *ex officio*, de submetê-las ao contraditório das partes, facultando-lhes a participar de sua produção e oferecer contraprova³⁶¹.

Por fim, como corolário desses poderes e faculdades que integram o direito à prova, infere-se, finalmente, um *direito à valoração das provas* existentes no processo, pois de nada adiantaria assegurar às partes a possibilidade de carrear evidências aos autos sem fixar o correspondente dever judicial de proceder à sua análise e valoração³⁶². Com efeito, uma vez reconhecida a essencialidade da iniciativa e participação dos interessados na tarefa de constituição do material probatório, seria verdadeiro contrassenso admitir que pudesse o julgador deixar de considerar qualquer elemento informativo trazido ao processo; é dizer: “somente a concreta *apreciação* da prova, verificável pela *motivação* da sentença, assegura a *efetividade* do direito à prova”³⁶³.

³⁵⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

³⁵⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 88-89.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 89.

³⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 122-123.

³⁶² *Ibidem*, p. 127.

³⁶³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 89.

Na perspectiva da parte acusada, é possível afirmar, com inspiração no direito italiano, a existência de um *direito de defender-se provando*, ou seja, de não ver diminuída a possibilidade de defesa por meio de uma restrição arbitrária dos meios de prova oferecidos ao juiz ou do objeto da prova proposta³⁶⁴. Nas palavras de Leonardo Greco:

A prova passa a ser um dos componentes do direito de defesa, o direito de defender-se provando, que não se exaure no direito de propor a sua produção, mas se completa com o direito de produzir todas as provas que potencialmente tenham alguma relevância para o êxito da postulação ou de defesa.³⁶⁵

Consagrando tal direito, a Lei 397/2000 introduziu na disciplina processual italiana disposições específicas acerca das prerrogativas de investigação da defesa, atribuindo ao advogado o direito-dever de, auxiliado ou não por peritos técnicos e investigadores privados, desempenhar uma série de atividades tendentes à produção de evidências probatórias favoráveis ao sujeito defendido³⁶⁶.

Ressalta-se que, conforme a já referenciada lição de Magalhães Gomes Filho, o reconhecimento de um direito defensivo à apresentação de material probatório de seu interesse implica um correspondente direito à investigação de fontes de prova³⁶⁷. A respeito, elucida o doutrinador:

Partindo dessa constatação, parece possível identificar, num primeiro momento, um *direito à investigação*, pois a faculdade de procurar e descobrir provas é condição indispensável para que se possa exercer o direito à prova; na tradição inquisitória, as atividades de pesquisa probatória prévia constituem tarefa confiada exclusivamente aos órgãos oficiais de investigação penal (Polícia Judiciária e Ministério Público), mas, no modelo acusatório, com a consagração do *direito à prova*, não ocorre ser possível negá-las ao acusado e ao defensor, com vistas à obtenção do material destinado à demonstração das teses defensivas.³⁶⁸

Em particular nos sistemas que atribuem ao órgão acusatório a prerrogativa de investigar, como é a tendência no sistema brasileiro, o reconhecimento de equivalentes

³⁶⁴ BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (Coord.). **Garantismo Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 224.

³⁶⁵ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí/SC, ano VII, n. 14, abr. 2002, p. 24.

³⁶⁶ AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 137, abr. 2004.

³⁶⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 86.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 86-87.

oportunidades à defesa vem ao encontro do ideal de um processo paritário, impulsionado por partes colocadas em condições de partida equilibradas³⁶⁹. Invoca-se, nesse sentido, a lição de Marcos Alexandre Coelho Zilli:

Em outras palavras, o reforço de poderes a 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 acompanhadas, necessariamente, de uma permissão, em igual medida, para o investigado.³⁷⁰

Portanto, conforme a síntese de Diogo Malan, o direito à investigação defensiva pode ser duplamente fundamentado no direito à prova (na medida em que o seu exercício em juízo pressupõe prévia atividade investigativa) e na garantia da paridade de armas³⁷¹.

Como se vê, o direito à prova do imputado no processo penal só se concretiza quando são concedidas a ele e à sua defesa condições e meios para efetivamente influenciar o processo cognitivo que culminará com a prolação de decisões judiciais, desde a deflagração da persecução penal até o seu desfecho. Ocorre que, como já se demonstrou em tópico anterior, tal como atualmente configurado, o sistema processual brasileiro favorece que tais decisões sofram significativa influência dos elementos de convicção colhidos na fase de apuração prévia à instauração da ação penal. Como consequência lógica, a atividade defensiva só terá aptidão para repercutir sobre a esfera decisória do magistrado se for possível exercê-la de forma efetiva desde os momentos mais precoces da persecução, ressalvadas as exceções legais e hipóteses de absoluta imprescindibilidade para a consecução da diligência. Caminha-se, assim, em direção a uma participação ativa do acusado na primeira fase da persecução penal, de modo a se assegurar a plenitude de sua defesa³⁷². Nesse cenário, a atribuição à defesa dos poderes e prerrogativas necessários para investigar sobressai como verdadeiro desdobramento do direito à prova enxergado de forma ampla, pressuposto para a realização de uma verdadeira paridade de armas no processo penal.

³⁶⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 45.

³⁷⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Os bons ventos de Haia. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 190, set. 2008.

³⁷¹ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, mai./jun. 2012, p. 297.

³⁷² SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 353.

3 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO ESTRANGEIRO

Para a análise de experiências de investigação defensiva na perspectiva de outros sistemas, servem de importante referência os modelos adotados nos Estados Unidos da América e na Itália, onde o instituto se encontra bem estabelecido e conta com sofisticada regulamentação.

Na Itália, a necessidade de uma atuação investigativa defensiva é identificada sobretudo por ocasião da Operação Mãos Limpas, ao fim da década de 1990, momento em que a classe advocatícia percebeu que uma defesa meramente protocolar e formal não satisfazia as exigências impostas por processos de alta complexidade. Daí, “surge a necessidade de reinventar a participação defensiva no Processo Penal, a partir da instrumentalização probatória proativa e não mais *refém* da produção probatória estatal”³⁷³.

Como se vê adiante, a análise do modelo italiano de assistência jurídica gratuita revela uma pronunciada preocupação com a efetividade do serviço oferecido, tanto assim que o patrocínio da defesa pelo Estado compreende não apenas a atuação de um advogado, mas também a de um assistente técnico e de um investigador privado, quando necessário. Experiências como essa inspiram possíveis formatos em que seria possível estruturar a investigação defensiva no Brasil, ainda que, aqui, uma medida dessa natureza pudesse esbarrar em obstáculos de ordem orçamentária, conforme se aborda no último capítulo deste trabalho.

Por outro lado, no modelo norte-americano, parte-se de uma tradição jurídica anglo-saxã; distinta, portanto, da aqui adotada. Nada obstante, o valor da análise desse modelo reside no fato de estar profundamente enraizado naquela cultura o reconhecimento de poderes investigatórios da defesa, que contam com minuciosa disciplina tanto nas normas federais que regem o processo penal como em nível deontológico, de onde se podem extrair relevantes aprendizados para a regulamentação do tema no direito brasileiro.

O intuito do estudo que segue acerca desses sistemas não é a transposição de qualquer deles para solo pátrio, mas, antes, espelhar as melhores ferramentas e práticas neles reconhecidas na medida de sua pertinência ao ordenamento jurídico brasileiro, sem olvidar da necessidade de construção de um modelo próprio e adequado às diretrizes legais e constitucionais que norteiam o último.

³⁷³ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva**: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2019, p. 26.

3.1 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO ITALIANO

3.1.1 Panorama geral

O sistema processual italiano foi marcado por uma significativa virada no ano de 1988, quando promulgado o Código de Processo Penal vigente. A reforma inovou ao criar uma etapa pré-processual, denominada *indagini preliminari*, cuja condução ficaria a cargo do Ministério Público. A atuação do magistrado, por sua vez, ficou reservada aos momentos em que necessária a jurisdicionalização de medidas promovidas no curso das *indagini*. Conforme anota Choukr: “O tratamento é oposto ao preexistente, na medida em que a legislação anterior previa o juizado da instrução, com o magistrado atuando no sentido de coletar provas e descobrir a ‘verdade’, podendo delegar essa função à polícia judiciária ou ao MP”³⁷⁴.

Assim, de um sistema misto em que a produção probatória era atribuição do juiz instrutor, passou-se a um sistema predominantemente acusatório, com a abolição daquela figura e a atribuição às partes dos ônus de investigar e provar³⁷⁵. Com isso, a função da autoridade judiciária passou a ser predominantemente fiscalizatória e decisória, admitindo-se sua iniciativa probatória apenas em casos residuais³⁷⁶.

A preponderância do modelo acusatório está evidenciada na incidência do princípio dispositivo, na separação das funções de acusar e julgar e, ainda, na prevalência da atividade probatória desenvolvida em contraditório durante a fase processual, em detrimento dos elementos oriundos da investigação preliminar³⁷⁷.

Contudo, segundo a leitura de Franklyn Roger Alves Silva, não se trata de um sistema adversarial puro, pois, embora o artigo 190 do código preveja que a produção das provas depende, como regra, de requerimento das partes, admite-se que a lei defina casos em que as provas podem ser admitidas de ofício, chancelando uma atuação subsidiária do magistrado em prol da busca da verdade³⁷⁸.

³⁷⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 199.

³⁷⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 129.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 130.

³⁷⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 171.

³⁷⁸ *Ibidem*, 2019, p. 170.

No que diz respeito à assistência jurídica gratuita, diferentemente do que ocorreu no Brasil, a Itália não adotou o modelo público³⁷⁹, sendo esse serviço oferecido à população por meio de dois institutos: a *difesa d'ufficio*, aplicável somente ao processo penal, e o *patrocinio a spese dello stato*, para as demais áreas³⁸⁰. Enquanto o *patrocinio a spese dello stato* se direciona somente às pessoas economicamente hipossuficientes que buscam certa prestação jurisdicional ou desejam se defender em causas contra ela ajuizadas; a *difesa d'ufficio* consiste na nomeação de um advogado a todo investigado ou acusado em processo penal que não constituir defensor de sua confiança, podendo esse serviço ser prestado gratuitamente ou não, a depender da capacidade financeira do interessado³⁸¹.

Por outro lado, observa-se no processo penal italiano uma preocupação com a efetividade da defesa proporcionada pelo Estado, tanto assim que o patrocínio da assistência jurídica compreende não apenas a atuação de um advogado, mas também a de um assistente técnico e de um investigador privado, sempre que necessário³⁸². Assim, nas palavras de Franklyn Roger Alves Silva³⁸³:

No caso específico do processo penal, o patrocínio alcança também a fase de investigação, podendo o indiciado postular a assistência jurídica para essa finalidade específica. No contexto de um sistema que preza pela investigação defensiva, tal regra não poderia ser diferente, já que no percurso do inquérito policial e da audiência preliminar é possível que o indiciado possa firmar acordo para fixação da pena ou escolher uma das hipóteses de simplificação procedimental.

Feitas essas considerações gerais, observa-se que a reforma de 1988 promoveu uma série de mudanças na etapa pré-processual, criando um novo modelo de investigação oficial a cargo do Ministério Público (*indagini preliminari*), conduzida diretamente pelo órgão ou pela polícia judiciária. Nas *indagini preliminari*, admite-se a intervenção judicial somente em hipóteses excepcionais, como é o caso de medidas que implicam restrição a direitos

³⁷⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 172.

³⁸⁰ Ibidem, p. 193.

³⁸¹ Ibidem, p. 195.

³⁸² Ibidem, p. 199.

³⁸³ Ibidem, p. 203.

fundamentais do imputado³⁸⁴. Ademais, essa intervenção, a cargo de juiz distinto daquele que julgará o processo³⁸⁵, depende de provocação das partes, não podendo se operar *ex officio*³⁸⁶.

Nessa fase, o defensor do investigado tem o direito de dirigir manifestações escritas ao Ministério Público, bem como de participar de certos atos, notadamente daqueles que podem vir a ser utilizados na fase judicial, como os exames técnicos irrepetíveis, o interrogatório, a inspeção, dentre outros³⁸⁷.

O Código de 1988 trouxe, ainda que de forma tímida, o reconhecimento da possibilidade de investigação direta pela defesa³⁸⁸, expressão do *direito de se defender provando*, que pode ser extraído do artigo 190, *comma 1*, do diploma processual e do artigo 24, *comma 2*, da Constituição³⁸⁹.

Acerca do significado da reforma de 1988 para o exercício da defesa, é a análise de André Augusto Mendes Machado³⁹⁰:

Com a reforma processual que outorgou às partes a gestão da prova, a defesa deixou de ser figura inerte na persecução penal, que se limitava a examinar os elementos oriundos da instrução, e passou a ter posição ativa, sendo dotado de poderes para buscar fontes de prova em favor do sujeito passivo.

Para tanto, previu-se a possibilidade de a defesa participar das *indagini preliminari* conduzidas pelo Ministério Público, como analisado, ou desenvolver investigação própria, independente da investigação pública.

A atividade investigativa da defesa foi contemplada, inicialmente, no artigo 38 das Disposições de Atuação do Código de Processo Penal (*Norme di Attuazione del Codice di Procedura Penale*), que previa a possibilidade de o defensor apresentar ao juiz os elementos de

³⁸⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 131.

³⁸⁵ Franklyn Roger Alves Silva identifica no sistema italiano uma forte preocupação em evitar a contaminação do julgador por elementos da fase de investigação, razão pela qual o Código de Processo Penal trabalha com a separação em fases procedimentais sujeitas à intervenção de órgãos jurisdicionais diferentes. Dessa feita, explica: “Durante a fase investigatória, todos os atos jurisdicionais eventualmente necessários para a apuração de indícios são realizados pelo *giudice per le indagini preliminari* (GIP). Uma vez alcançada a audiência preliminar, teremos a intervenção de um outro juiz e será feita uma valoração a respeito da oportunidade da instauração do processo penal e a consequente remessa dos autos para o juízo competente (*rinvio a giudizio*)” (SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 178-179).

³⁸⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 136.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 137-138.

³⁸⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 208.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 179-180.

³⁹⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 143.

convicção reunidos em sua pesquisa. Contudo, ao interpretar tal dispositivo, a jurisprudência italiana adotou a chamada *teoria da canalização* (*teoria dela canalizzazione*), que tornava obrigatório o encaminhamento dos dados coletados ao Ministério Público para que posteriormente pudessem servir como prova³⁹¹.

Ocorre que, consoante observa Édson Luís Baldan, “afora as observações de caráter ético que podem ser lançadas sobre tal absurdo, forçoso reconhecer que inexiste ‘fair play’ quando uma parte detém poderes para sequestrar e mutilar livremente as provas d’outra”³⁹².

Esse quadro foi modificado pelo advento da Lei 332, de 8 de agosto de 1995, que garantiu à defesa a prerrogativa de apresentar diretamente ao magistrado as informações coletadas no bojo de investigação independente, sem necessidade do filtro do Ministério Público, fixando, também, o dever judicial de inserir tais elementos nos autos das investigações preliminares³⁹³. O juiz italiano, portanto, ao receber a denúncia, recebe também o inquérito produzido e encaminhado pela defesa e, com base nas informações carreadas por ambos, deliberará acerca da admissão, ou não, da denúncia.

Para Franklyn Roger Alves Silva, essa reforma teve a importância de evidenciar que o desenvolvimento de investigação sobre determinada infração penal não constitui monopólio de um dos sujeitos processuais, chancelando a liberdade das partes para buscar elementos de informação autonomamente e reafirmando o *direito de se defender provando*³⁹⁴.

A expressão “investigação do defensor” foi introduzida no processo penal italiano, pela primeira vez, na Lei 479, de 16 de dezembro de 1999 (Lei *Carotti*), que, embora tenha conferido *status* legal à investigação defensiva, não trouxe disciplina aprofundada da matéria³⁹⁵. Dentre suas disposições, destaca-se a constante do artigo 17.2, que alterou o artigo 415-bis do Código de Processo Penal para definir que o ato de notificação do suspeito acerca da conclusão da investigação oficial, quando não se tratar de hipótese de arquivamento, deverá conter a

³⁹¹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 145.

³⁹² BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva como estratégia articuladora do sistema acusatório no Brasil. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 5, p. 366.

³⁹³ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 146.

³⁹⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 215-216.

³⁹⁵ AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 137, abr. 2004.

advertência de que ao imputado é facultado, no prazo de 20 dias, apresentar peças, produzir documentos, depositar documentação relativa às investigações do defensor, solicitar ao Ministério Público a realização de diligências, bem como comparecer para prestar declarações ou pedir para ser submetido a interrogatório³⁹⁶.

A Lei 397, de 07 de dezembro de 2000, promoveu novas modificações no Código de Processo Penal, refinando a normatização da matéria e a ela destinando um título específico na parte do texto destinada à fase pré-processual.

Assim, introduziu-se no texto o artigo 327-bis, segundo o qual, desde o momento de sua nomeação pelo assistido, formalizada em ato escrito, o defensor poderá desenvolver investigação própria, orientada à busca de fontes de prova favoráveis à defesa. Determinou-se, ainda, que essa faculdade poderá ser exercida em qualquer fase do procedimento e, ainda, no curso da execução penal ou para fins de juízo de revisão³⁹⁷. Acrescenta-se que, quando necessário, poderá o profissional valer-se de substitutos, investigadores privados e consultores técnicos³⁹⁸.

Além disso, a lei acrescentou ao código o artigo 334-bis, que dispensa os defensores e demais profissionais que o auxiliam da obrigação de denunciar eventuais crimes dos quais tomem conhecimento por meio da investigação defensiva³⁹⁹.

Trata-se, segundo André Augusto Mendes Machado, de consequência lógica do lugar de antagonista que o defensor ocupa na relação processual ao patrocinar interesse privado. Precisamente em virtude dessa posição, ele não tem o dever de recolher elementos de prova desfavoráveis ao próprio assistido, diferentemente do que ocorre com o Ministério Público e a polícia judiciária, a quem compete investigar todos os fatos que envolvem a suposta prática

³⁹⁶ “*L'avviso contiene altresì l'avvertimento che l'indagato ha facoltà, entro il termine di venti giorni, di presentare memorie, produrre documenti, depositare documentazione relativa ad investigazioni del difensore, chiedere al pubblico ministero il compimento di atti di indagine, nonché di presentarsi per rilasciare dichiarazioni ovvero chiedere di essere sottoposto ad interrogatorio.*”

³⁹⁷ “Em suma, o defensor pode investigar sempre que houver a necessidade de procurar elementos de prova favoráveis ao assistido, não obstante esta atividade se manifestar com maior frequência na fase de persecução prévia” (MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 149).

³⁹⁸ “*1. Fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI-bis del presente libro. 2. La facoltà indicata al comma 1 può essere attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione. 3. Le attività previste dal comma 1 possono essere svolte, su incarico del difensore, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, da consulenti tecnici.*”

³⁹⁹ “*Il difensore e gli altri soggetti di cui all'articolo 391-bis non hanno obbligo di denuncia neppure relativamente ai reati dei quali abbiano avuto notizia nel corso delle attività investigative da essi svolte.*”

ilícita. Ressalta-se, todavia, que essa liberdade não alcança a faculdade de introduzir no processo elementos sabidamente falsos ou ilícitos, nem a de destruir provas, sob pena de configuração do crime de favorecimento pessoal⁴⁰⁰.

O Artigo 366, *comma* 1, por sua vez, passou a prever que ao defensor é facultado examinar as coisas apreendidas no local onde se encontrarem, bem como de extrair cópias quando se tratar de documento⁴⁰¹.

Ainda por força da Lei 397/2000, introduziu-se no diploma processual italiano o Título VI-bis, que trata especificamente da investigação defensiva, conferindo ao defensor uma série de prerrogativas. Assim, passa o artigo 391-bis do código a prever que o defensor, auxiliado ou não pelos profissionais referidos, poderá entrevistar pessoalmente potenciais testemunhas, por meio de colóquio não documentado⁴⁰², bem como colher declarações escritas de pessoas e solicitar informações documentais⁴⁰³, em ambos os casos devendo adverti-las do direito de não responder e da vedação de prestar informações falsas, sob pena de responsabilização criminal⁴⁰⁴. No entanto, caso a pessoa solicitada opte por exercer o direito ao silêncio, poderá o defensor requerer ao Ministério Público a designação de audiência conjunta, no prazo de sete dias⁴⁰⁵, ou, ainda, requerer a instauração de incidente probatório, perante a autoridade judicial, para a realização da oitiva⁴⁰⁶.

⁴⁰⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 163-164.

⁴⁰¹ “*All'articolo 366, comma 1, del codice di procedura penale e' aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Il difensore ha facolta' di esaminare le cose sequestrate nel luogo in cui esse si trovano e, se si tratta di documenti, di estrarne copia."*”

⁴⁰² “*Salve le incompatibilita' previste dall'articolo 197, comma 1, lettere c) e d), per acquisire notizie il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici possono conferire con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attivitá' investigativa. In questo caso, l'acquisizione delle notizie avviene attraverso un colloquio non documentato.*”

⁴⁰³ “*Il difensore o il sostituto possono inoltre chiedere alle persone di cui al comma 1 una dichiarazione scritta ovvero di rendere informazioni da documentare secondo le modalita' previste dall'articolo 391-ter.*”

⁴⁰⁴ “*In ogni caso, il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici avvertono le persone indicate nel comma 1: a) della propria qualita' e dello scopo del colloquio; b) se intendono semplicemente conferire ovvero ricevere dichiarazioni o assumere informazioni indicando, in tal caso, le modalita' e la forma di documentazione; c) dell'obbligo di dichiarare se sono sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato; d) della facolta' di non rispondere o di non rendere la dichiarazione; e) del divieto di rivelare le domande eventualmente formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date; f) delle responsabilita' penali conseguenti alla falsa dichiarazione.*”

⁴⁰⁵ “*Quando la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attivitá' investigativa abbia esercitato la facolta' di cui alla lettera d) del comma 3, il pubblico ministero, su richiesta del difensore, ne dispone l'audizione che fissa entro sette giorni dalla richiesta medesima. [...]*”

⁴⁰⁶ “*Il difensore, in alternativa all'audizione di cui al comma 10, puo' chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza o all'esame della persona che abbia esercitato la facolta' di cui alla lettera d) del comma 3, anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 392, comma 1*”.

Assinala André Augusto Mendes Machado que, ao contrário do que ocorre com a investigação oficial, que deve ser obrigatoriamente documentada, o defensor dispõe da faculdade de apenas registrar formalmente os resultados de sua investigação se considerar conveniente. No entanto, para o autor, se decidir efetuar tal registro, o defensor deve documentar fielmente o conteúdo das oitivas realizadas, sem deturpar seu teor ou suprimir trechos desfavoráveis ao investigado⁴⁰⁷.

Ao defensor também foi garantida, pela Lei 397/200, a prerrogativa de solicitar acesso e extrair cópias de documentos em poder da Administração Pública para os fins da investigação defensiva (artigo 391-quarter, *comma 1*)⁴⁰⁸, sendo que a recusa em fornecer as informações requisitadas só poderá ter embasamento na preservação de segredo de Estado ou de segredos decorrentes do próprio ofício⁴⁰⁹.

O artigo 391-quinques, *comma 1*, determina que, se assim exigirem circunstâncias específicas da investigação oficial, o Ministério Público poderá, por decisão motivada, proibir que as pessoas ouvidas no âmbito do inquérito policial prestem declarações à defesa, por prazo não superior a dois meses⁴¹⁰.

Por outro lado, é facultado ao defensor vistoriar coisas e inspecionar lugares públicos, podendo deles efetuar registros técnicos, gráficos, planimétricos, fotográficos ou audiovisuais (artigo 391-sexies)⁴¹¹, e, ainda, acessar lugares privados, neste caso mediante autorização judicial quando não houver consenso do titular (artigo 391-septies, *comma 1*)⁴¹².

Acerca da forma de documentação desses atos, determina-se que, salvo nas hipóteses de apresentação dos elementos colhidos diretamente à autoridade judicial no curso da

⁴⁰⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 154.

⁴⁰⁸ “*Ai fini delle indagini difensive, il difensore puo' chiedere i documenti in possesso della pubblica amministrazione e di estrarne copia a sue spese.*”

⁴⁰⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 260.

⁴¹⁰ “*Se sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine, il pubblico ministero può, con decreto motivato, vietare alle persone sentite di comunicare i fatti e le circostanze oggetto dell'indagine di cui hanno conoscenza. Il divieto non può avere una durata superiore a due mesi.*”

⁴¹¹ “*Quando effettuano un accesso per prendere visione dello stato dei luoghi e delle cose ovvero per procedere alla loro descrizione o per eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi, il difensore, il sostituto e gli ausiliari indicati nell'articolo 391-bis possono redigere un verbale [...].*”

⁴¹² “*Se è necessario accedere a luoghi privati o non aperti al pubblico e non vi è il consenso di chi ne ha la disponibilità, l'accesso, su richiesta del difensore, è autorizzato dal giudice, con decreto motivato che ne specifica le concrete modalità.*”

investigação oficial (artigo 391-octies, *comma* 1⁴¹³ e *comma* 2⁴¹⁴), será constituído *fascículo do defensor*, no qual serão introduzidos os registros dos resultados das diligências praticadas. O inquérito defensivo será conservado em sigilo junto à secretaria do juízo até o encerramento da investigação preliminar, momento em que será anexado ao inquérito policial formando um único instrumento (artigo 391-octies, *comma* 3)⁴¹⁵.

Nota-se que a lei concede ao defensor uma ampla margem temporal para a apresentação dos autos do seu inquérito, desde o desenrolar da investigação policial até a audiência preliminar, caso o juiz deva decidir algum aspecto que dependa de intervenção das partes privadas⁴¹⁶.

É possível, ainda, apresentar diretamente ao Ministério Público, a qualquer tempo, elementos de prova favoráveis aos interesses do investigado (artigo 391-octies, *comma* 4)⁴¹⁷.

O artigo 391-nonies, *comma* 1, prevê a investigação defensiva de caráter preventivo, ou seja, aquela desenvolvida em face da mera possibilidade de vir a ser instaurado um procedimento penal, ressalvada a necessidade de intervenção judicial nos casos previstos em lei⁴¹⁸. Conforme esclarece André Augusto Mendes Machado⁴¹⁹:

A investigação defensiva preventiva é aquela que se realiza antes da formal instauração de procedimento criminal, isto é, antes do registro, da notícia de crime por parte do Ministério Público. Com o início das *indagini preliminari*, tenha ou não o sujeito passivo conhecimento deste fato, a investigação defensiva passa a ser ordinária.

Para desempenhar tal atividade, o defensor deve receber mandato específico em razão da eventualidade de se instaurar procedimento criminal. Tal procuração deve ser expedida com firma autenticada e conter a indicação do defensor e dos fatos aos quais se refere.

⁴¹³ “*Nel corso delle indagini preliminari e nell'udienza preliminare, quando il giudice deve adottare una decisione con l'intervento della parte privata, il difensore può presentargli direttamente gli elementi di prova a favore del proprio assistito.*”

⁴¹⁴ “*Nel corso delle indagini preliminari il difensore che abbia conoscenza di un procedimento penale può presentare gli elementi difensivi di cui al comma 1 direttamente al giudice, perché ne tenga conto anche nel caso in cui debba adottare una decisione per la quale non è previsto l'intervento della parte assistita.*”

⁴¹⁵ “*La documentazione di cui ai commi 1 e 2, in originale o, se il difensore ne richiede la restituzione, in copia, e' inserita nel fascicolo del difensore, che e' formato e conservato presso l'ufficio del giudice per le indagini preliminari. [...]*”

⁴¹⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 236-237.

⁴¹⁷ “*Il difensore puo', in ogni caso, presentare al pubblico ministero gli elementi di prova a favore del proprio assistito.*”

⁴¹⁸ “*L'attivit investigativa prevista dall'articolo 327-bis, con esclusione degli atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorit giudiziaria, puo' essere svolta anche dal difensore che ha ricevuto apposito mandato per l'eventualit che si instauri un procedimento penale.*”

⁴¹⁹ MACHADO, Andr Augusto Mendes. **Investigo criminal defensiva**. So Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 159-160.

Portanto, a leitura desse dispositivo, em cotejo com o artigo 327-bis, permite concluir que não há um marco temporal condicionante para o início da investigação defensiva, sendo suficiente que o defensor receba do interessado mandato para essa finalidade⁴²⁰.

A redação dada ao artigo 391-nonies, *comma* 1, permite que o interessado procure um defensor a fim de dar início a uma investigação antes mesmo de o Ministério Público e a polícia judiciária receberem a comunicação da ocorrência do delito, sendo certo, porém, que somente poderão ser praticados desse modo os atos para os quais a legislação processual não exige intervenção judicial⁴²¹. É possível, igualmente, que o inquérito defensivo caminhe em paralelo ao inquérito oficial, sem que as partes tenham ciência recíproca das atividades em desenvolvimento⁴²².

No artigo 391-decies, *comma* 3, prevê-se a possibilidade de a defesa realizar diligências técnicas não repetíveis, hipótese em que deverá notificar sem demora o Ministério Público, a fim de facultar sua participação na diligência, em uma perspectiva dialética⁴²³.

Por fim, destaca-se a adição ao Código Penal do artigo 371-ter., que tipifica o crime de “falsas declarações ao defensor”, punível com pena de até quatro anos de reclusão. Conforme a lição de Franklyn Roger Alves Silva, trata-se de crime contra a administração da justiça, cujo aperfeiçoamento independe da qualidade formal de testemunha, alcançando todo aquele que presta declarações, ainda que sob a forma de entrevista não documentada, no curso da investigação defensiva⁴²⁴.

Segundo André Boiani Azevedo e Édson Luiz Baldan, a sistemática adotada pelas leis mencionadas contribui para garantir o direito à prova em qualquer fase da persecução e, ainda, para a concretização do princípio paritário, base do devido processo legal, possibilitando que a defesa se prepare adequadamente para sustentar as próprias teses⁴²⁵. Ao lado disso, ao assumir

⁴²⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 223.

⁴²¹ Ibidem, p. 230-231.

⁴²² Ibidem, p. 237.

⁴²³ “*Quando si tratta di accertamenti tecnici non ripetibili, il difensore deve darne avviso, senza ritardo, al pubblico ministero per l'esercizio delle facoltà previste, in quanto compatibili, dall'articolo 360.*”

⁴²⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 250.

⁴²⁵ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, jan./fev. 2007, p. 271-272.

a direção, o controle e a responsabilidade sobre sua própria investigação, o defensor passa a ocupar um papel mais ativo e dinâmico na definição dos rumos da persecução penal⁴²⁶.

Entretanto, alguns aspectos permanecem objeto de discussão doutrinária, em particular: i) a ausência de poder de polícia do defensor no exercício da investigação defensiva⁴²⁷, fator que restringe a eficácia de sua atuação e compromete a paridade de armas na persecução criminal⁴²⁸; ii) a qualificação subjetiva, pública ou privada, do advogado que documenta a investigação defensiva e as consequências que podem advir do registro infiel desses atos⁴²⁹; e iii) a relação da investigação defensiva com a legislação referente à proteção dos dados pessoais⁴³⁰.

No que tange ao último ponto, observa-se que o tratamento de informações sensíveis pelo defensor depende de prévia autorização daquele que as detém, bem como da observância das seguintes condições: i) indispensabilidade do acesso aos dados para a consecução de atos requeridos pelo assistido; e ii) impossibilidade de o encargo profissional ser desenvolvido com esteio em dados anônimos ou dados pessoais de natureza diversa⁴³¹. Destaca-se que, em 2003, o Decreto-Lei 196 promoveu uma série de derrogações no regime de proteção de dados pessoais em favor da atividade de investigação defensiva; entretanto, a compatibilização de seus dispositivos com as regras do Código de Processo Penal tem se mostrado desafiadora e levado as cortes italianas a buscar uma ponderação entre o direito à investigação defensiva e a preservação de dados sensíveis, a partir dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade⁴³².

Segundo a leitura de André Augusto Mendes Machado, a experiência italiana aponta para uma tendência de incorporação da investigação defensiva em sistemas jurídicos de matriz acusatória, pois o instituto, “além de equiparar os poderes da acusação e da defesa no tocante à

⁴²⁶ AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 137, abr. 2004.

⁴²⁷ Nesse sentido: “A estrutura morfológica da investigação criminal defensiva italiana não conferiu ao defensor poderes coercitivos para a realização de atos e diligências no exercício de sua função” (SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 256).

⁴²⁸ “Como solução, defende-se a instituição de poder de polícia para o defensor, dentro de limites bem determinados, principalmente para colher o depoimento de testemunhas” (MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 164-165).

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 165.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 166.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 167.

⁴³² SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 261.

procura de fontes de prova, amplia o campo cognitivo do magistrado, que terá conhecimento dos dados trazidos por ambas as partes para respaldar suas decisões”⁴³³.

Franklyn Roger Alves Silva, por sua vez, avalia que, muito embora a simples previsão do instituto não seja suficiente para assegurar uma efetiva igualdade de condições entre as partes, é notável que, no ordenamento italiano, buscou-se conferir contornos razoavelmente detalhados ao instituto, com vistas à promoção da paridade de armas, do compartilhamento de responsabilidades e da lealdade no processo penal⁴³⁴. Nesse diapasão, a disciplina do instituto veio complementada, na seara administrativa, pelas normas que se passa a analisar na sequência.

3.1.2 Análise das *Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive*

As especificidades do exercício da investigação defensiva na Itália são objeto das *Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive* (ou, simplificada, *Regole*)⁴³⁵, instrumento aprovado em 2001 (e, posteriormente, modificado em 2007), pela *Unione delle Camere Penali Italiane*, entidade sem fins lucrativos representativa dos advogados criminalistas em nível nacional. Trata-se de um “manual de deontologia, o qual visa a fornecer aos advogados e advogadas criminalistas as melhores práticas e orientações para o bom desempenho desse mister”⁴³⁶.

De acordo com o texto vigente, no desenvolvimento da investigação defensiva, o defensor deverá observar, entre outros, os deveres de probidade, fidelidade, competência e verdade, respeito ao princípio da lealdade processual e garantia do contraditório processual (*Articolo 1.1*)⁴³⁷. Determina-se, ainda, a vedação de qualquer distinção entre os deveres

⁴³³ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 168.

⁴³⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 268-269.

⁴³⁵ ITÁLIA. Camere Penali. **Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive**.

Disponível em:

<<https://www.camerepenali.it/public/file/Documenti/REGOLE%20DI%20COMPORTAMENTO%20DEL%20PENALISTA.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2021.

⁴³⁶ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Ematis, 2019, p. 30.

⁴³⁷ “*Nello svolgimento delle investigazioni difensive il difensore osserva le norme del Codice deontologico forense, con particolare riferimento ai doveri di probità, fedeltà, competenza e verità, nonché le ulteriori norme degli articoli che seguono, nel rispetto del principio di lealtà processuale e a garanzia della reale dialettica nel procedimento.*”

profissionais dos *difensore di fiducia* e *difensore d'ufficio*, categorias que se assemelham, respectivamente, às de defensor constituído e defensor nomeado pelo Estado (*Articolo 1.2*)⁴³⁸.

A legitimação do defensor para investigar se inicia no momento de sua constituição, sem necessidade, como regra, de atribuição de poderes específicos para tanto ou de depósito de procuração junto à autoridade judiciária (*Articolo 2.1*)⁴³⁹. Na hipótese de investigação defensiva preventiva, contudo, será necessário firmar instrumento de mandado com firma reconhecida e breve descrição dos fatos a que se refere (*Articolo 2.2*)⁴⁴⁰.

É dever do defensor, desde o início de sua atuação até sua conclusão, avaliar, à luz das exigências e dos objetivos da defesa, a necessidade ou conveniência de desenvolver investigação própria, seja para fins de direcionamento da defesa em si, seja para o emprego dos resultados nos autos do processo, nos termos previstos pela lei (*Articolo 3.1*)⁴⁴¹.

Ao defensor compete a decisão de iniciar e encerrar a investigação, bem como a escolha de seu objeto, seu modo de consecução e de sua forma (*Articolo 4.1*)⁴⁴². Quando, nas hipóteses permitidas pelo Código de Processo Penal, o defensor se valer de substitutos, investigadores privados autorizados e consultores técnicos para levar a cabo a atividade investigativa, a ele competirá estabelecer as diretrizes para a atuação desses profissionais, as quais deverão ser por eles observadas (*Articolo 4.2*)⁴⁴³.

A avaliação do defensor quanto à necessidade ou conveniência de desenvolver investigação defensiva, bem como as despesas previsíveis em relação a tal atividade, deverão ser prontamente comunicadas à pessoa assistida (*Articolo 5*)⁴⁴⁴.

⁴³⁸ “Nessuna distinzione circa i doveri professionali in materia di investigazioni difensive è consentita tra difensore di fiducia e difensore d'ufficio.”

⁴³⁹ “Il difensore è legittimato a svolgere investigazioni difensive sin dal momento della nomina senza necessità di specifico mandato ed indipendentemente dal deposito dell'atto di nomina presso l'autorità giudiziaria.”

⁴⁴⁰ “2. Il mandato con sottoscrizione autenticata, necessario per svolgere l'attività investigativa preventiva prevista dall'articolo 391-nonies del codice di procedura penale, indica i fatti ai quali si riferisce in modo sintetico al solo fine della individuazione dell'oggetto di tale attività, con esclusione di ogni riferimento ad ipotesi di reato.”

⁴⁴¹ “Il difensore, fin dal momento dell'incarico e successivamente fino alla sua conclusione, ha il dovere di valutare, in relazione alle esigenze e agli obbiettivi della difesa, la necessità o l'opportunità di svolgere investigazioni, sia ai fini delle determinazioni inerenti alla difesa stessa, sia per l'ipotesi di un impiego dei risultati nel procedimento, secondo le forme, i tempi e i modi previsti dalla legge.”

⁴⁴² “La decisione di iniziare e terminare le investigazioni, le scelte sull'oggetto, sui modi e sulle forme di esse competono al difensore [in accordo con l'eventuale condifensore].”

⁴⁴³ 2. “Quando non svolge di persona le investigazioni e, secondo la previsione del comma 3 dell'articolo 327-bis del codice di procedura penale, si avvale di sostituti, investigatori privati autorizzati e consulenti tecnici, il difensore dà, anche oralmente, le direttive necessarie, cui i sostituti e tali ausiliari hanno il dovere di attenersi, fermi tutti i loro obblighi previsti dalla legge.”

⁴⁴⁴ “Nell'ambito dei rapporti informativi con la persona assistita al fine di coordinare la difesa tecnica e l'autodifesa, il difensore, oltre ad attingere eventuali notizie utili per apprezzare la necessità o l'opportunità di

O defensor tem o dever de manter o segredo profissional sobre os atos da investigação defensiva e seu conteúdo, enquanto não for necessário utilizá-los no processo, ressalvadas as hipóteses de revelação por justa causa no interesse do próprio assistido (*Articolo 6.1*)⁴⁴⁵. Em todos os casos, a documentação desses atos deverá ser utilizada nos estritos limites de sua necessidade para o bom desempenho da defesa (*Articolo 6.2*)⁴⁴⁶.

É vedado aos defensores, bem como aos seus substitutos, auxiliares e colaboradores, o pagamento, a qualquer título, de honorários ou compensações às pessoas que fornecerem informações ou permitirem o acesso a lugares, inspeção de coisas, vistorias, entrega ou exame de documento e demais atos compreendidos na investigação defensiva, salvo para reembolso das despesas comprovadas (*Articolo 7*)⁴⁴⁷.

Ao interpelar pessoas para delas obter declarações, os profissionais deverão informá-las de que estão sendo ouvidas nessa qualidade, bem como indicar a questão sob investigação, sem, necessariamente, revelar o nome do assistido (*Articolo 9.1*)⁴⁴⁸. Deverão questionar, também, se a pessoa interpelada se encontra em uma das situações de incompatibilidade previstas no Código de Processo Penal (*Articolo 9.2*)⁴⁴⁹. Adicionalmente, é preciso informar à testemunha da faculdade de não responder, bem como da possibilidade de, nesse caso, vir a ser convocada para prestar depoimento em uma audiência com o Ministério Público ou perante a autoridade judicial, onde deverá responder também às perguntas da defesa (*Articolo 9.3*)⁴⁵⁰. No caso de pessoas sob investigação ou acusadas no mesmo ou em outros processos relacionados, dever-se-á também as advertir da faculdade de não responder, bem como da possibilidade de virem a ser chamadas a prestar declarações perante o juiz em incidente probatório (*Articolo*

svolgere investigazioni difensive, valuta la esigenza di comunicare tempestivamente alla persona medesima tale apprezzamento, anche con riguardo alle spese prevedibili per le relative attività.”

⁴⁴⁵ “Il difensore ha il dovere di mantenere il segreto professionale sugli atti delle investigazioni difensive e sul loro contenuto, finché non ne faccia uso nel procedimento, salva la rivelazione per giusta causa nell’interesse del proprio assistito.”

⁴⁴⁶ “In ogni caso, il difensore utilizza la documentazione degli atti delle investigazioni difensive e i relativi contenuti nei soli limiti e nei tempi in cui siano necessari all’esercizio della difesa.”

⁴⁴⁷ “È fatto divieto al difensore, al suo sostituto, agli ausiliari e ai loro collaboratori di corrispondere compensi o indennità, sotto qualsiasi forma, salvo il rimborso delle spese documentate, alle persone che ai fini delle investigazioni difensive danno informazioni o si prestano al compimento di accessi ai luoghi, ispezione di cose, rilievi, consegna o esame di documenti e in genere alla esecuzione di atti.”

⁴⁴⁸ “I soggetti della difesa, nell’informare le persone interpellate della loro qualità, indicano la vicenda in ordine alla quale svolgono investigazioni, senza necessariamente rivelare il nome dell’assistito.”

⁴⁴⁹ “Oltre quanto è previsto dal comma 3 dell’articolo 391-bis del codice di procedura penale, invitano le persone interpellate a dichiarare se si trovano in una delle situazioni di incompatibilità previste dall’articolo 197 comma 1, lettere c) e d) del codice di procedura penale.”

⁴⁵⁰ “Inoltre, informano le persone interpellate che, se si avvarranno della facoltà di non rispondere, potranno essere chiamate ad una audizione davanti al pubblico ministero ovvero a rendere un esame testimoniale davanti al giudice, ove saranno tenute a rispondere anche alle domande del difensore.”

9.4)⁴⁵¹. Parentes próximos de arguido ou de pessoa sob investigação também deverão ser alertados de que, pela natureza dessa relação, têm o direito de se abster de se pronunciar nos casos previstos em lei (*Articolo 9.5*)⁴⁵². Por fim, destaca-se que essas advertências podem estar contidas no convite encaminhado ao depoente ou ser feitas oralmente, devendo sempre preceder o ato (*Articolo 9.7*)⁴⁵³.

Para receber declarações escritas ou obter informações documentadas do ofendido, os sujeitos da defesa deverão proceder por meio de convite escrito (*Articolo 10.1*)⁴⁵⁴, com a indicação da possibilidade de fazer-se o declarante acompanhar de defensor durante o ato (*Articolo 10.2*)⁴⁵⁵. O convite escrito também será exigido para a requisição de declarações escritas ou informações documentadas de pessoas menores de idade, caso em que o convite deverá ser dirigido também aos seus representantes, com o aviso da faculdade de participarem do ato (*Articolo 10.3*)⁴⁵⁶.

Os defensores e sua equipe se comunicarão livremente e reservadamente com o assistido, a fim de transmitir-lhe todas as informações necessárias para assegurar o exercício coordenado da defesa técnica e da autodefesa, bem como de orientá-lo a respeito de todos os atos processuais e das opções que estão à sua disposição (*Articolo 11.2*)⁴⁵⁷.

⁴⁵¹ “Se si tratta di persone sottoposte a indagine o imputate nello stesso procedimento o in altro procedimento connesso o collegato ai sensi dell'articolo 210 del codice di procedura penale, le informano che, se si avvarranno della facoltà di non rispondere, potranno essere chiamate a rendere esame davanti al giudice in incidente probatorio.”

⁴⁵² “Se si tratta di prossimi congiunti di un imputato o di una persona sottoposta alle indagini, li avvertono che, anche in ragione di tale rapporto, hanno facoltà di astenersi dal rispondere o dal rendere la dichiarazione nei casi previsti dalla legge.”

⁴⁵³ “Quando i soggetti della difesa procedono con invito scritto, gli avvertimenti previsti dalla legge e dalle norme deontologiche, se non sono contenuti nell'invito stesso, possono essere dati oralmente, ma devono comunque precedere l'atto.”

⁴⁵⁴ “Per conferire, chiedere e ricevere dichiarazioni scritte o assumere informazioni da documentare dalla persona offesa dal reato i soggetti della difesa procedono mediante un invito scritto.”

⁴⁵⁵ “Se la persona offesa è assistita da un difensore, a costui è dato avviso almeno ventiquattro ore prima. Se non risulta assistita da un difensore, nell'invito è indicata l'opportunità che comunque un difensore sia consultato e intervenga all'atto.”

⁴⁵⁶ “La disposizione del comma 1 si applica anche quando si intende chiedere e ricevere una dichiarazione scritta o assumere informazioni da documentare da una persona minore. L'invito è comunicato anche a chi esercita la potestà dei genitori, con l'avviso della facoltà di intervenire all'atto. [...]”

⁴⁵⁷ “Il difensore e il sostituto, anche, se del caso, con la presenza degli ausiliari, scambiano liberamente e riservatamente con il proprio assistito, nelle forme e nei tempi opportuni, le informazioni necessarie ad assicurare un coordinato esercizio della difesa tecnica e dell'autodifesa su tutti i temi ritenuti utili. Inoltre, lo consigliano e lo assistono in relazione agli atti, orali o scritti, nonché alle scelte che egli compie personalmente nel procedimento.”

Determina-se, ainda, que à defesa caberá adotar todas as providências necessárias para criar as condições adequadas para assegurar a autenticidade das declarações (*Articolo 12*)⁴⁵⁸.

As informações colhidas pela defesa deverão ser integralmente documentadas (*Articolo 13.1*)⁴⁵⁹, não havendo obrigação de entregar cópia do relatório à pessoa que prestou informações ou ao seu defensor (*Articolo 13.3*)⁴⁶⁰.

Especificamente com relação às diligências de inspeção de lugares e coisas, as *Regole* estabelecem que a defesa deverá produzir um relatório documentando o estado dos lugares e coisas examinados, adotando-se as cautelas necessárias para que nada seja alterado ou perdido (*Articolo 14.1*)⁴⁶¹. Quando se tratar de local privado ou não aberto ao público, os sujeitos da defesa, ao solicitarem o consentimento para acessá-lo, informarão sua própria qualidade, a natureza do ato a ser praticado e a possibilidade de que, na falta de consentimento, o ato seja autorizado por um juiz (*Articolo 14.2*)⁴⁶².

Por fim, estabelece a normativa que, quando a defesa pretender proceder a avaliações técnicas de caráter irrepitível, deverão ser prontamente comunicados todos aqueles sobre quem o ato poderá produzir efeitos e dos quais se tenha conhecimento (*Articolo 15*)⁴⁶³.

⁴⁵⁸ “Il difensore o il suo sostituto danno tutte le disposizioni necessarie per realizzare condizioni idonee ad assicurare la genuinità delle dichiarazioni.”

⁴⁵⁹ “Le informazioni assunte dal difensore, secondo le previsioni degli articoli 391-bis comma 2 e 391-ter comma 3 del codice di procedura penale, sono documentate in forma integrale. [...]”

⁴⁶⁰ “Il difensore non è tenuto a rilasciare copia del verbale alla persona che ha reso informazioni né al suo difensore.”

⁴⁶¹ “Il difensore, il sostituto e gli ausiliari, che procedono agli atti indicati nell'articolo 391-sexies del codice di procedura penale, anche quando non redigono un verbale, documentano nelle forme più opportune lo stato dei luoghi e delle cose, procurando che nulla sia mutato, alterato o disperso.”

⁴⁶² “Oltre a quanto è previsto dal comma 2 dell'articolo 391-septies del codice di procedura penale, quando intendono compiere un accesso a luogo privato o non aperto al pubblico, i soggetti della difesa, nel richiedere il consenso di chi ne ha la disponibilità, lo avvertono della propria qualità, della natura dell'atto da compiere e della possibilità che, ove non sia prestato il consenso, l'atto sia autorizzato dal giudice.”

⁴⁶³ “Quando i soggetti della difesa intendono compiere accertamenti tecnici irripetibili, a cura del difensore o del sostituto è dato avviso senza ritardo a tutti coloro nei confronti dei quali l'atto può avere effetto e dei quali si abbia conoscenza.”

3.2 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO ESTADUNIDENSE

3.2.1 Panorama geral

O direito estadunidense adota o paradigma “adversarial”, em que a gestão da prova e o ônus de investigar os fatos são partilhados pelas partes, enquanto à autoridade judicial cabe adotar em relação a elas uma postura inerte e equidistante⁴⁶⁴.

Nessa perspectiva de protagonismo das partes, observa-se uma preocupação com a fixação de parâmetros para o compartilhamento das evidências em poder de cada uma delas⁴⁶⁵ – trata-se do *duty do disclose*, que traduz um dever de transparência das partes no que toca às informações em seu poder⁴⁶⁶. Dessa feita, recai sobre a acusação o chamado *duty to disclose exculpatory evidence*, que traduz o dever de revelar à defesa todo o material arrecadado que, de qualquer modo, possa beneficiar o acusado⁴⁶⁷. No entanto, como se vê mais adiante, também da defesa se espera o manejo transparente dos elementos de convicção de que venha a tomar conhecimento por meio de investigação independente⁴⁶⁸.

As diretrizes para o compartilhamento de evidências estão previstas na Regra 16 das *Federal Rules of Criminal Procedure*⁴⁶⁹. Em linhas gerais, o texto imputa ao governo (no desempenho da função acusatória), entre outros, os deveres de: i) revelar o conteúdo de quaisquer declarações orais feitas pelo acusado a agentes do governo, se este pretender utilizá-las no processo – *Rule 16(a)(1)(A)*⁴⁷⁰; ii) disponibilizar para inspeção, cópia ou registro

⁴⁶⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 124.

⁴⁶⁵ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 299.

⁴⁶⁶ “A doutrina norte-americana nota que o cumprimento do *dever* de investigação criminal defensiva pressupõe o *direito* ao acesso amplo e irrestrito aos elementos de convicção amealhados pela Polícia Judiciária ou parte acusadora, a fim de que o defensor técnico saiba quais são os fatos passíveis de investigação” (MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, mai./jun. 2012, p. 292).

⁴⁶⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, 2019, p. 304.

⁴⁶⁸ “Considerando ser a Discovery uma forma de transparência entre as partes, atribui-se à defesa também um ônus de compartilhar o seu material com órgão acusatório. Trata-se de uma perspectiva de equilíbrio de forças na relação dialética adversarial” (SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 315).

⁴⁶⁹ UNITED STATES OF AMERICA. **Federal Rules of Criminal Procedure**. Disponível em: <<https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

⁴⁷⁰ “(A) *Defendant’s Oral Statement*. Upon a defendant’s request, the government must disclose to the defendant the substance of any relevant oral statement made by the defendant, before or after arrest, in response to

fotográfico declarações escritas ou gravadas do acusado em seu poder ou domínio – *Rule 16(a)(1)(B)*⁴⁷¹; iii) fornecer cópia do registro de antecedentes do acusado – *Rule 16(a)(1)(D)*⁴⁷²; iv) permitir a inspeção, cópia ou registro fotográfico de livros, papéis, documentos, dados, álbuns, objetos, prédios e lugares em seu poder ou domínio – *Rule 16(a)(1)(E)*⁴⁷³; v) permitir a inspeção, cópia ou registro fotográfico de relatórios ou laudos de exames físicos ou mentais e testes científicos em seu poder ou domínio – *Rule 16(a)(1)(F)*⁴⁷⁴; vi) disponibilizar um resumo de depoimentos prestados por peritos que a acusação pretenda utilizar no processo – *Rule 16(a)(1)(G)*⁴⁷⁵.

À defesa, por sua vez, cabe, essencialmente: i) permitir o acesso a livros, papéis, documentos, dados, álbuns, objetos, prédios e lugares em seu poder ou domínio, inclusive para fins de inspeção, cópia ou registro fotográfico – *Rule 16(b)(1)(A)*⁴⁷⁶; ii) disponibilizar, nas mesmas condições, o acesso a relatórios ou laudos de exames físicos ou mentais e testes

interrogation by a person the defendant knew was a government agent if the government intends to use the statement at trial.”

⁴⁷¹ “(B) *Defendant’s Written or Recorded Statement.* Upon a defendant’s request, the government must disclose to the defendant, and make available for inspection, copying, or photographing, all of the following: (i) any relevant written or recorded statement by the defendant if: the statement is within the government’s possession, custody, or control; and the attorney for the government knows-or through due diligence could know-that the statement exists; (ii) the portion of any written record containing the substance of any relevant oral statement made before or after arrest if the defendant made the statement in response to interrogation by a person the defendant knew was a government agent; and (iii) the defendant’s recorded testimony before a grand jury relating to the charged offense.”

⁴⁷² “(D) *Defendant’s Prior Record.* Upon a defendant’s request, the government must furnish the defendant with a copy of the defendant’s prior criminal record that is within the government’s possession, custody, or control if the attorney for the government knows-or through due diligence could know-that the record exists.”

⁴⁷³ “(E) *Documents and Objects.* Upon a defendant’s request, the government must permit the defendant to inspect and to copy or photograph books, papers, documents, data, photographs, tangible objects, buildings or places, or copies or portions of any of these items, if the item is within the government’s possession, custody, or control and: (i) the item is material to preparing the defense; (ii) the government intends to use the item in its case-in-chief at trial; or (iii) the item was obtained from or belongs to the defendant.”

⁴⁷⁴ “(F) *Reports of Examinations and Tests.* Upon a defendant’s request, the government must permit a defendant to inspect and to copy or photograph the results or reports of any physical or mental examination and of any scientific test or experiment if: (i) the item is within the government’s possession, custody, or control; (ii) the attorney for the government knows-or through due diligence could know-that the item exists; and (iii) the item is material to preparing the defense or the government intends to use the item in its case-in-chief at trial.”

⁴⁷⁵ “(G) *Expert Witnesses.* At the defendant’s request, the government must give to the defendant a written summary of any testimony that the government intends to use under Rules 702, 703, or 705 of the Federal Rules of Evidence during its case-in-chief at trial. If the government requests discovery under subdivision (b)(1)(C)(ii) and the defendant complies, the government must, at the defendant’s request, give to the defendant a written summary of testimony that the government intends to use under Rules 702, 703, or 705 of the Federal Rules of Evidence as evidence at trial on the issue of the defendant’s mental condition. [...]”

⁴⁷⁶ “(A) *Documents and Objects.* If a defendant requests disclosure under Rule 16(a)(1)(E) and the government complies, then the defendant must permit the government, upon request, to inspect and to copy or photograph books, papers, documents, data, photographs, tangible objects, buildings or places, or copies or portions of any of these items if: (i) the item is within the defendant’s possession, custody, or control; and (ii) the defendant intends to use the item in the defendant’s case-in-chief at trial.”

científicos em seu poder ou domínio – *Rule 16(b)(1)(B)*⁴⁷⁷; e iii) fornecer um resumo de depoimentos prestados por peritos que a defesa pretenda utilizar no processo – *Rule 16(b)(1)(C)*⁴⁷⁸. Protege-se, por outro lado, o sigilo das declarações feitas ao acusado, seu defensor ou procurador pelo próprio acusado ou por testemunhas – *Rule (b)(2)(B)*⁴⁷⁹.

Importa destacar, ainda, que, nessa sistemática, não pode emanar da parte acusadora a iniciativa de requisitar informações em poder da defesa. Apenas se o defensor realiza essa provocação, e seu pedido é atendido pela acusação, é que esta adquire a prerrogativa de formular requisição em desfavor do imputado. Daí porque, conforme a explicação de Franklyn Roger Alves Silva, a defesa deve avaliar com cautela a pertinência de sua solicitação, uma vez que dará ensejo à atuação correspondente da parte rival⁴⁸⁰.

Segundo André Augusto Mendes Machado, nesse sistema, na fase inicial da investigação, caracterizada pelo sigilo e pela inexistência de um suspeito formal, não há o pleno exercício do direito de defesa. As garantias do imputado surgem com a sua identificação, momento em que tem início efetivo a persecução criminal⁴⁸¹. Afirma o autor, contudo, que a defesa também dispõe de poderes para empreender investigação paralela à oficial, “podendo colher os meios de prova necessários para fundamentar suas alegações, devendo observar os mesmos requisitos processuais das provas obtidas em juízo”⁴⁸².

⁴⁷⁷ “(B) Reports of Examinations and Tests. If a defendant requests disclosure under Rule 16(a)(1)(F) and the government complies, the defendant must permit the government, upon request, to inspect and to copy or photograph the results or reports of any physical or mental examination and of any scientific test or experiment if: (i) the item is within the defendant’s possession, custody, or control; and (ii) the defendant intends to use the item in the defendant’s case-in-chief at trial, or intends to call the witness who prepared the report and the report relates to the witness’s testimony.”

⁴⁷⁸ “(C) Expert Witnesses. The defendant must, at the government’s request, give to the government a written summary of any testimony that the defendant intends to use under Rules 702, 703, or 705 of the Federal Rules of Evidence as evidence at trial, if- (i) the defendant requests disclosure under subdivision (a)(1)(G) and the government complies; or (ii) the defendant has given notice under Rule 12.2(b) of an intent to present expert testimony on the defendant’s mental condition. [...]”

⁴⁷⁹ “(2) Information Not Subject to Disclosure. Except for scientific or medical reports, Rule 16(b)(1) does not authorize discovery or inspection of: [...] (B) a statement made to the defendant, or the defendant’s attorney or agent, by: (i) the defendant; (ii) a government or defense witness; or (iii) a prospective government or defense witness.”

⁴⁸⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 316.

⁴⁸¹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 125.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 126.

É que o processo penal norte-americano é orientado pelo ideal de liberdade das provas, ou seja, admite-se a produção de toda prova apta a convencer o julgador, ainda que não prevista expressamente em lei, bastando que não seja vedada⁴⁸³.

Nessa esteira, admite-se naquele sistema a produção de provas inclusive extrajudicialmente, a exemplo da colheita de depoimentos pré-processuais na presença de notários, a fim de que futuramente possam ingressar os autos na forma documental⁴⁸⁴.

Para Gabriel Bulhões, o dever de investigar no direito estadunidense pode ser extraído também da redação da Sexta Emenda à Constituição, que versa sobre o direito à assistência jurídica, ao assegurar a todo acusado em processo criminal as prerrogativas de ser acareado com as testemunhas de acusação, de fazer comparecer por meios legais as testemunhas de defesa e de ser defendido por um advogado⁴⁸⁵.

A Sexta Emenda foi objeto do precedente judicial *Gideon vs. Wainwright*, em que a Suprema Corte reconheceu o caráter fundamental do direito à defesa, inclusive quanto a acusados hipossuficientes⁴⁸⁶, não apenas no bojo do processo criminal, mas também no que se refere à própria busca por fontes de prova, notadamente quando o acusado está privado de liberdade e, portanto, impedido de empreender tal pesquisa pessoalmente⁴⁸⁷.

Outro precedente de relevo para o tema em exame é o do caso *Strickland vs. Washington*, no qual a Suprema Corte consolidou o entendimento de que a investigação realizada pelo defensor constitui um elemento essencial para a caracterização de uma defesa efetiva⁴⁸⁸.

Em reforço, no caso *Wiggins vs. Smith*, julgado em 2003, reafirmou-se que uma investigação defensiva inexistente ou inadequada resulta em uma defesa técnica não efetiva, em violação ao núcleo essencial do *right to counsel* consagrado na Sexta Emenda. Na ocasião,

⁴⁸³ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 126.

⁴⁸⁴ Ibidem, p. 126.

⁴⁸⁵ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Ematis, 2019, p. 38.

⁴⁸⁶ Sobre a assistência jurídica gratuita no direito estadunidense esclarece Franklyn Roger Alves Silva: “No plano federal, o Federal Criminal Court Act n. 18, em sua seção 3006A, determinar que toda pessoa em condição de hipossuficiência econômica tenha a seu dispor a adequada representação, assim compreendida como os serviços de advogado, investigador, assistente técnico e qualquer outra atividade necessária ao exercício adequado da defesa. No plano estadual, cada legislação tem liberdade para dispor a respeito da extensão da assistência jurídica, sendo comum que algumas federações reproduzam modelo similar ao implementado em âmbito nacional” (SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 332).

⁴⁸⁷ Ibidem, p. 327.

⁴⁸⁸ Ibidem, p. 333.

entendeu a Suprema Corte que o defensor falhou em investigar com o cuidado necessário elementos de prova ligados aos antecedentes sociais e ao histórico familiar do acusado, que poderiam ter contribuído para a fixação de pena distinta da capital caso os jurados tivessem deles tomado conhecimento⁴⁸⁹.

Essas observações permitem inferir que a investigação defensiva, desdobramento lógico de um modelo processual que atribui às partes a iniciativa investigatória e probatória, está plenamente assimilada ao direito estadunidense, no qual representa uma verdadeira obrigação do defensor e conta com minucioso diploma.

Quanto à forma de realização e documentação dessa atividade, não há previsão de procedimento legal rígido; no entanto, para que os elementos colhidos por essa via possam ser aproveitados na fase judicial, devem ser expressamente admitidos na fase adjudicatória⁴⁹⁰.

Em que pese a falta de marcos legais que tratem com aprofundamento da matéria, como é característico dos sistemas de *common law*, merecem atenção as orientações editadas a respeito pela American Bar Association, entidade representativa da classe advocatícia nos Estados Unidos, e sobre as quais se debruça o tópico seguinte.

3.2.2 Análise dos *Criminal justice standards for the defense function*

Em nível deontológico, as diretrizes para a realização de investigação pela defesa estão contidas no documento intitulado *Criminal justice standards for the defense function* (doravante abreviado como *Standards*)⁴⁹¹, editado pela American Bar Association.

Segundo as disposições iniciais do documento, os *Standards* têm natureza aspiracional e descrevem “boas práticas”, com o intuito de orientar a conduta profissional e a performance de profissionais atuantes na defesa criminal,⁴⁹² observadas todas as demais normas

⁴⁸⁹ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, mai./jun. 2012, p. 292-293.

⁴⁹⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 127.

⁴⁹¹ AMERICAN BAR ASSOCIATION. Section of criminal justice. **Criminal justice standards for the defense function**. 4th ed. 2017. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition>. Acesso em: 2 mar. 2021.

⁴⁹² “A existência de regras de conduta dessa natureza reflete um importante instrumento de atuação da defesa técnica, que vê na sua instituição de classe o amparo necessário para atuar sem qualquer receio de perseguição ou atribuição indevida de responsabilidade. Por conta do império da discricionariedade técnica e independência funcional, poucas são as orientações editadas pela Ordem dos Advogados do Brasil e por algumas Defensorias Públicas. A prática norte-americana se traduz como um importante passo em prol da atividade defensiva muito

administrativas, legais e constitucionais aplicáveis (*Standard 4-1.1, “b”*)⁴⁹³. Trata-se, portanto, de um verdadeiro código de conduta a prescrever os deveres éticos mínimos que devem pautar a atuação do defensor técnico⁴⁹⁴.

Inicialmente, observa-se que, dentre as boas práticas de defesa criminal enumeradas no documento, recomenda-se que a defesa trabalhe diligentemente para desenvolver, em conjunto com o imputado, a melhor estratégia legal e investigativa para o caso, modificando-a e ajustando-a sempre que necessário à medida que a persecução avança (*Standard 4-3.7, “c”*)⁴⁹⁵.

Os *Standards* estabelecem expressamente para o defensor a obrigação de investigar em todos os casos (*Standard 4-4.1, “a”*)⁴⁹⁶, a fim de verificar se há base factual suficiente para a acusação, ainda que o imputado confesse ou se manifeste o desejo de que não haja investigação (*Standard 4-4.1, “b”*)⁴⁹⁷.

O defensor deverá sempre planejar a investigação segundo os melhores interesses do cliente, empreendendo esforços para obter informações relevantes que se encontre em poder das autoridades, sem prejuízo da realização de investigação independente. A investigação deverá, também, incluir o escrutínio das evidências acusatórias, inclusive procedendo a novas testagens quando cabível, bem como a análise de inconsistências, hipóteses de impedimento de testemunhas e identificação de teorias alternativas que as provas possam suscitar (*Standard 4-4.1, “c”*)⁴⁹⁸.

mais questionada pela sociedade e demais atores do sistema de justiça” (SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 292).

⁴⁹³ “These Standards are intended to provide guidance for the professional conduct and performance of defense counsel. They are not intended to modify a defense attorney’s obligations under applicable rules, statutes or the constitution. They are aspirational or describe “best practices,” and are not intended to serve as the basis for the imposition of professional discipline, to create substantive or procedural rights for clients, or to create a standard of care for civil liability.”

⁴⁹⁴ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, mai./jun. 2012, p. 289.

⁴⁹⁵ “Defense counsel should work diligently to develop, in consultation with the client, an investigative and legal defense strategy, including a theory of the case. As the matter progresses, counsel should refine or alter the theory of the case as necessary, and similarly adjust the investigative or defense strategy.”

⁴⁹⁶ “Defense counsel has a duty to investigate in all cases, and to determine whether there is a sufficient factual basis for criminal charges.”

⁴⁹⁷ “The duty to investigate is not terminated by factors such as the apparent force of the prosecution’s evidence, a client’s alleged admissions to others of facts suggesting guilt, a client’s expressed desire to plead guilty or that there should be no investigation, or statements to defense counsel supporting guilt.”

⁴⁹⁸ “[...] Although investigation will vary depending on the circumstances, it should always be shaped by what is in the client’s best interests, after consultation with the client. Defense counsel’s investigation of the merits of the criminal charges should include efforts to secure relevant information in the possession of the prosecution, law enforcement authorities, and others, as well as independent investigation. Counsel’s investigation should also include evaluation of the prosecution’s evidence (including possible re-testing or re-evaluation of physical,

Cabe à defesa, ainda, avaliar, junto ao imputado, a possibilidade de utilizar os serviços de detetives, especialistas forenses, contadores e outros profissionais, reavaliando essa necessidade ao longo de toda a investigação (*Standard 4-4.1, “d”*)⁴⁹⁹.

Quando o imputado não dispuser de recursos suficientes para custear a investigação, a defesa deverá buscar recursos junto aos tribunais, ao governo ou a doadores. Os serviços públicos de assistência jurídica gratuita devem buscar aportes orçamentários para financiar o desempenho regular da atividade investigativa. Quando não for possível obter tais recursos, a defesa poderá advertir a Corte de que a falta deles poderá tornar a representação legal inefetiva (*Standard 4-4.1, “e”*)⁵⁰⁰. Em semelhante sentido, estabelece, mais à frente, o *Standard 4-4.6, “e”*, que aos órgãos públicos incumbidos da assistência jurídica gratuita devem ser garantidos os meios e recursos necessários para viabilizar a adequada preparação da defesa para a atuação em juízo⁵⁰¹.

À luz dessas disposições, avalia Gabriel Bulhões que, no sistema norte-americano, recai sobre o advogado verdadeiro dever de levar a efeito, desde logo, uma investigação do fato que explore todos os caminhos defensivos à disposição, inclusive valendo-se dos recursos tecnológicos acessíveis, buscando apurar dados que possam conduzir a um julgamento mais favorável, seja quanto ao resultado global ou somente quanto à aplicação da pena⁵⁰².

O *Standard 4-4.2* veda o emprego de meios ilegais ou antiéticos para a obtenção de evidências, bem como o induzimento de terceiros a fazê-lo⁵⁰³.

A seguir, são disciplinadas as relações do defensor com testemunhas (*Standard 4-4.3*) e peritos (*Standard 4-4.4*). Nesse âmbito, merecem destaque as seguintes diretrizes: i) o defensor deve procurar ouvir todas as testemunhas e vítimas, sem tentar intimidá-las ou

forensic, and expert evidence) and consideration of inconsistencies, potential avenues of impeachment of prosecution witnesses, and other possible suspects and alternative theories that the evidence may raise.”

⁴⁹⁹ “*Defense counsel should determine whether the client’s interests would be served by engaging fact investigators, forensic, accounting or other experts, or other professional witnesses such as sentencing specialists or social workers, and if so, consider, in consultation with the client, whether to engage them. Counsel should regularly re-evaluate the need for such services throughout the representation.”*

⁵⁰⁰ “*If the client lacks sufficient resources to pay for necessary investigation, counsel should seek resources from the court, the government, or donors. [...] Publicly funded defense offices should advocate for resources sufficient to fund such investigative expert services on a regular basis. If adequate investigative funding is not provided, counsel may advise the court that the lack of resources for investigation may render legal representation ineffective.”*

⁵⁰¹ “*A public criminal defense office should be provided sufficient resources and be organized to permit adequate preparation for court proceedings.”*

⁵⁰² DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Ematis, 2019, p. 36.

⁵⁰³ “*Defense counsel should not use illegal or unethical means to obtain evidence or information, or employ, instruct, or encourage others to do so.”*

influenciá-las indevidamente⁵⁰⁴; ii) é permitido compensar as testemunhas pelas despesas resultantes do comparecimento para prestar declarações, seja em juízo ou na fase pré-processual, tais como as decorrentes de transporte e perda de rendimentos⁵⁰⁵; iii) nenhum outro benefício pode ser fornecido às testemunhas por seu depoimento, sobretudo com o intuito de influenciar seu teor⁵⁰⁶; iv) o defensor deve evitar permanecer sozinho com uma testemunha sabidamente hostil, caso em que se recomenda que o ato seja acompanhado por um terceiro⁵⁰⁷; v) não é necessário advertir a testemunha sobre o seu privilégio contra a autoincriminação ou o seu direito a fazer-se acompanhar de advogado, mas, tratando-se de pessoa desacompanhada de defesa técnica, deve ser adotada uma postura ética no sentido de não se utilizar o prospecto de responsabilização criminal como recurso para intimidar ou coagir⁵⁰⁸; vi) o defensor não deve estabelecer qualquer relacionamento pessoal inapropriado com qualquer vítima ou testemunha⁵⁰⁹; e vii) na hipótese de colheita de opinião pericial, o defensor deve respeitar a independência do profissional e abster-se de tentar direcionar o conteúdo de suas declarações sobre o tópico em questão⁵¹⁰.

O *Standard 4-4.5* estabelece para a defesa o dever de transparência quanto às informações em seu poder, de modo que o acesso a elas, nas hipóteses legais, deve ser viabilizado de maneira breve e diligente, salvo por determinação judicial em contrário⁵¹¹.

Acrescenta-se que o defensor não deve aconselhar o imputado a aceitar uma proposta de negociação antes de levar a efeito uma investigação apropriada do caso (*Standard 4-6.1*,

⁵⁰⁴ “Defense counsel or counsel’s agents should seek to interview all witnesses, including seeking to interview the victim or victims, and should not act to intimidate or unduly influence any witness.”

⁵⁰⁵ “Defense counsel should be permitted to compensate a witness for reasonable expenses such as costs of attending court, depositions pursuant to statute or court rule, and pretrial interviews, including transportation and loss of income.”

⁵⁰⁶ “Defense counsel should not pay or provide a benefit to a witness in order to, or in an amount that is likely to, affect the substance or truthfulness of the witness’s testimony.”

⁵⁰⁷ “[...] when the need for corroboration of an interview is reasonably anticipated, counsel should be accompanied by another trusted and credible person during the interview. Defense counsel should avoid being alone with foreseeably hostile witnesses.”

⁵⁰⁸ “It is not necessary for defense counsel or defense counsel’s agents, when interviewing a witness, to caution the witness concerning possible self-incrimination or a right to independent counsel. Defense counsel should, however, follow applicable ethical rules that address dealing with unrepresented persons. Defense counsel should not discuss or exaggerate the potential criminal liability of a witness with a purpose, or in a manner likely, to intimidate the witness, to influence the truthfulness or completeness of the witness’s testimony, or to change the witness’s decision about whether to provide information.”

⁵⁰⁹ “Defense counsel should not engage in any inappropriate personal relationship with any victim or other witness.”

⁵¹⁰ “Defense counsel who engages an expert to provide a testimonial opinion should respect the independence of the expert and should not seek to dictate the substance of the expert’s opinion on the relevant subject.”

⁵¹¹ “Defense counsel should timely respond to legally proper discovery requests, and make a diligent effort to comply with legally proper disclosure obligations, unless otherwise authorized by a court.”

“b”) ⁵¹², podendo, para essa finalidade, requisitar que a acusação revele quaisquer informações que possam apontar para a inocência do acusado, mitigar a imputação ou reduzir a pena (*Standard 4-6.2, “d”*) ⁵¹³.

Os *standards* contemplam, ainda, a hipótese de investigação posterior à condenação, quando evidências descobertas mais tarde puderem afetar a validade da sentença ou demonstrar a inocência do sentenciado (*Standard 4-6.2, “b”*) ⁵¹⁴.

3.3 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA AMÉRICA LATINA

Algumas das legislações processuais penais latino-americanas incorporaram mecanismos voltados a viabilizar – em certos casos, inclusive do ponto vista material – o desenvolvimento de investigação própria pela defesa.

Inicialmente, merece referência o texto do Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América aprovado em 1988, nas XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, realizadas no Rio de Janeiro. De acordo com Ada Pellegrini Grinover, o sentido da adoção de um código modelo foi configurar um paradigma institucional para servir como proposta básica, e ao mesmo tempo concreta e operativa, voltada a inspirar e direcionar a superação, nos países da comunidade hispano-luso-americana, de um processo penal preso a ritos superados e a métodos inquisitoriais, “no qual continuam a prevalecer a falta de respeito à dignidade humana, a delegação das funções judiciárias, o sigilo e a ausência de imediação, características que repugnam ao processo penal moderno” ⁵¹⁵.

Segundo Antonio Scarance Fernandes, o código modelo desempenhou importante influência na reforma das legislações dos países da América espanhola em direção à adoção de

⁵¹² “In every criminal matter, defense counsel should consider the individual circumstances of the case and of the client, and should not recommend to a client acceptance of a disposition offer unless and until appropriate investigation and study of the matter has been completed.”

⁵¹³ “Defense counsel should not recommend to a defendant acceptance of a disposition without appropriate investigation. Before accepting or advising a disposition, defense counsel should request that the prosecution disclose any information that tends to negate guilt, mitigates the offense or is likely to reduce punishment.”

⁵¹⁴ “If such newly discovered evidence or law (whether due to a change in the law or not) relevant to the validity of the client’s conviction or sentence, or evidence or law tending to show actual innocence of the client, comes to the attention of the client’s current defense counsel at any time after conviction, counsel should promptly: (i) evaluate the information, investigate if necessary, and determine what potential remedies are available; (ii) advise and consult with the client; and (iii) determine what action if any to take.”

⁵¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 1, 1993, p. 43.

um sistema acusatório, com a atribuição ao Ministério Público do papel de presidir a investigação e de acusar, assegurada a atuação defensiva desde a fase investigatória. Nesse sentido, embora não tenha contemplado, propriamente, prerrogativas investigativas à defesa, o texto procurou resguardar sua participação desde o início da persecução penal, por meio da possibilidade de intervir em todos os atos que incorporem prova ao processo, bem como de requerer meios de prova durante a investigação⁵¹⁶.

Na Argentina, o artigo 199 do Código de Processo Penal Nacional ⁵¹⁷ prevê que, no curso da investigação oficial, a defesa poderá propor diligências, que, no entanto, só serão realizadas se consideradas pertinentes e relevantes pelo *juez de instrucción*, cuja decisão é inapelável. Contudo, há precedentes jurisprudenciais que excepcionam tal irrecorribilidade nas hipóteses de negativa arbitrária ou que gere um prejuízo de impossível reparação posterior, daí resultando a exigência de que o exame sobre a pertinência e utilidade da diligência seja adequadamente motivado⁵¹⁸.

Mais especificamente, nos estados de Chubut e Buenos Aires, os códigos de processo contemplam uma investigação independente a cargo da defesa, que pode requerer ao procurador ou à autoridade judicial os serviços de um consultor técnico ou de especialistas, solicitação que só poderá ser negada caso o juiz a julgue excessiva. Ademais, a defesa conta com a prerrogativa de marcar entrevistas privadas com as testemunhas. Em Chubut se prevê, ainda, a alocação de recursos orçamentários para a contratação de auxiliares técnicos, peritos ou especialistas. A despeito dessas previsões, ainda não é habitual, na Argentina, que os defensores desenvolvam investigação própria que vá além da obtenção de algumas testemunhas, o que está relacionado ao custo econômico da produção de provas técnicas, em que não há orçamento especial para

⁵¹⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 90-91.

⁵¹⁷ “*El diseño constitucional argentino dispone que cada estado provincial establezca su propio sistema de administración de justicia – y, por supuesto, también sancione sus propios códigos de procedimientos – debiendo respetar los principios y las garantías establecidos por la Constitución Nacional. Además de la administración de justicia de cada estado provincial existe un sistema de administración de justicia federal, con presencia, en todo el país – que coexiste con los sistemas provinciales – que se dedica a investigar y juzgar aquellos delitos que ponen en riesgo la seguridad de la nación*” (VARGAS, Nicolás Omar. La producción de prueba de descargo por parte de la defensa en el proceso penal en Argentina durante la etapa de instrucción o investigación. Un análisis comparativo entre procesos inquisitivos y acusatorios. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan./abr. 2020, p. 330).

⁵¹⁸ VARGAS, Nicolás Omar. La producción de prueba de descargo por parte de la defensa en el proceso penal en Argentina durante la etapa de instrucción o investigación. Un análisis comparativo entre procesos inquisitivos y acusatorios. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan./abr. 2020, p. 343-344.

tanto, e a uma certa deficiência da cultura jurídica quanto à utilização ativa das ferramentas disponíveis⁵¹⁹.

Na Colômbia, está previsto o direito do indiciado de contar com uma defesa técnica desde o instante em que toma conhecimento de que está sendo investigado. Desde esse momento, a defesa pode exercer uma série de tarefas de cunho investigativo, como a busca ativa e coleta de elementos materiais probatórios, a entrevista de pessoas, a obtenção de depoimento juramentado e a solicitação à autoridade judicial para a prática antecipada de qualquer meio de prova, em casos de excepcional necessidade e urgência⁵²⁰.

Ademais, a Lei 941/2005 criou a Unidade Operativa de Investigação Criminal (UOIC), que compõe um corpo de investigação próprio do Sistema Nacional de Defensoria Pública (SNDP), com o escopo de apoiar os trabalhos de defesa pública por meio da coleta de material probatório e da prestação de serviços técnico-científicos. Para realizar o trabalho de investigação em favor da defesa, a UOIC conta com uma equipe de investigadores, peritos e auxiliares que prestam serviços para as regionais da Defensoria do Povo. A justificativa para a existência desse corpo de servidores dedicados exclusivamente ao trabalho de investigação defensiva repousa na paridade de armas e na proteção do direito fundamental à defesa técnica das pessoas impossibilitadas de arcar com os custos de um advogado particular, o que pressupõe que tenham condições de propor provas e contraditar aquelas apresentadas em seu desfavor⁵²¹.

Quanto ao escopo de atuação, os serviços periciais da unidade abrangem três ciências forenses (medicina forense, psicologia forense e física forense) e oito disciplinas criminalísticas (balística, topografia, fotografia e vídeo, grafologia e documentologia, contabilidade e economia, lofoscopia, análise de informação e morfologia). No entanto, o número de profissionais encarregados de prestar apoio aos trabalhos de investigação da defesa é muito inferior àquele de que dispõe a procuradoria; outrossim, há relatos de deficiências na capacitação dos investigadores da UOIC⁵²².

⁵¹⁹ BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo: ADC, 2016, p. 144-146.

⁵²⁰ Ibidem, p. 272-273.

⁵²¹ DAZA, Julieta Margarida Franco. Investigación para la defensa: panorama desde la implementación del Sistema Acusatorio Colombiano. **Revista de la Defensoría Pública de Colombia**, Bogotá, n. 8, dez. 2006, p.13, apud FARENA, Duciran Van Marsen. A Defensoria do Povo na Colômbia. In: **Modelos de ministérios públicos e defensorías del pueblo**. Brasília: ESMPU, 2014.

⁵²² BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo: ADC, 2016, p. 274-275.

Na Guatemala, o artigo 315 do Código de Processo Penal determina que, durante a etapa preparatória, o acusado, seu advogado ou seu mandatário podem propor diligências a qualquer momento. No entanto, tal solicitação será submetida à análise do Ministério Público, órgão que dirige a investigação criminal, que emitirá parecer sobre a utilidade e pertinência das providências. Em caso de negativa, a parte acusada pode pleitear ao juiz corregedor da investigação para que ordene a prática dessas diligências. Por outro lado, o artigo 339 autoriza que o imputado desenvolva investigação paralela, caso conte com meios idôneos para tanto, sendo que os meios de prova obtidos passarão pelo crivo do juiz corregedor para, após admitidos, serem avaliados em debate oral e público. Ademais, o acusado e seu defensor têm acesso irrestrito a todas as diligências praticadas pela parte acusadora, incluindo as consideradas urgentes, ressalvada a hipótese de, em caso de urgência extrema ou de a parte acusada não estar definida, a realização da diligência ser acompanhada por um defensor público (artigo 318)⁵²³.

Contudo, o efetivo exercício dessas prerrogativas está condicionado à capacidade econômica da parte acusada. Isso porque, embora o Instituto da Defesa Pública Penal (IDPP) conte com assessores específicos para investigação, seu número reduzido obriga que sua atuação seja predominantemente reativa, limitada ao enfrentamento das pretensões veiculadas pela procuradoria⁵²⁴.

No Peru, o Código de Processo Penal prevê que o defensor pode intervir em plena paridade de armas na atividade probatória (artigo 9º do Título Preliminar), inclusive oferecendo os meios de investigação e de prova que considerar relevantes (artigo 84, inciso 5º). Para tanto, poderá o defensor, público ou particular, recorrer à assistência de especialista em ciência, técnica ou arte na realização das diligências (artigo 84, inciso 3º). Ademais, o defensor pode requerer a designação de um perito independente para acompanhar as atividades do perito oficial, fazendo observações sobre a técnica utilizada com base na sua experiência (artigo 177). No entanto, a utilização de especialistas em outras disciplinas não é uma prática corriqueira, sobretudo em razão dos custos envolvidos. Isso porque, a despeito do permissivo legal, a Defensoria Pública não conta com orçamento para a contratação desses profissionais. Assim, quem arca com os custos de um perito é o próprio imputado ou sua família, quando possuem capacidade econômica para tanto⁵²⁵.

⁵²³ BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo: ADC, 2016, p. 319-320.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 321.

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 432-433.

4 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL

4.1 POR QUE INVESTIGAR DEFENSIVAMENTE

De acordo com a doutrina de Francisco da Costa Oliveira⁵²⁶, são de várias ordens as justificativas para que o defensor deixe de confiar o destino do arguido à sorte das investigações oficiosas e passe a empreender atos voltados à descoberta dos fatos e das circunstâncias favoráveis aos interesses do arguido, consoante o sentido lógico e processual da sua defesa. E, embora se baseie o autor no modelo processual português para fazer tal afirmação, tais justificativas, com as imprescindíveis adequações, podem ser transportadas em considerável medida para o terreno jurídico pátrio.

Nessa ordem de ideias, assinala o autor lusitano que a investigação do crime pela defesa proporciona: i) a recolha de prova de interesse do imputado na fase em que se dispõe de mais tempo útil para tanto, uma vez que, muito embora se possa apresentar requerimentos probatórios no curso da instrução ou, até mesmo, em fase posteriores, é preciso considerar que, em tais sedes, esses pleitos se sujeitam a diversas contingências que poderão inviabilizar seu sucesso; ii) o descondicionamento das inquirições, normalmente dirigidas no sentido acusatório, desde as fases preliminares da persecução penal, lançando luz sobre aspectos que poderiam ser ignorados, tais como circunstâncias atenuantes, causas de exclusão de culpa, pontos de dúvida quanto à responsabilidade do arguido e, ainda, debilidades das imputações que recaem sobre ele; iii) a intervenção direta na fixação do objeto do processo, que se opera, no contexto português, no bojo do “despacho da acusação” e, no caso brasileiro, por ocasião da decisão de recebimento da denúncia; iv) o conhecimento tempestivo da argumentação contrária aos pontos de vista da defesa, possibilitando a reavaliação de sua direção e de toda a atuação subsequente; v) uma maior antecipação das questões de fato e de direito convenientes à defesa, o que poderá contribuir para conferir-lhes maior peso no desenrolar do feito; e, ainda, vi) a possibilidade de prolongar as investigações no sentido de serem tomadas outras medidas práticas convenientes à defesa dos interesses do arguido – observados os parâmetros éticos que guiam o laborar do defensor técnico –, tais como a reparação das consequências do delito.

Conduzindo a discussão para as particularidades do contexto processual brasileiro, tem-se que a relevância do desenvolvimento de uma investigação própria para o pleno exercício

⁵²⁶ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 18-19.

do direito de defesa, igualmente, revela-se em diversas dimensões, a iniciar pelo fato de que o inquérito policial não é apenas base para a acusação, mas também para o arquivamento. Assim, sobressai a importância da produção de elementos também em favor do suspeito ou indiciado, seja a fim de demonstrar que não há indícios suficientes para esclarecer o fato ou para atribuir-lhe a sua autoria, seja para trazer à tona a existência de circunstância excludente de ilicitude ou extintiva de punibilidade. De mais a mais, o aporte de elementos defensivos poderá influenciar o convencimento judicial acerca da necessidade ou não da decretação de medidas e provimentos cautelares no curso do inquérito, como a prisão preventiva, o arresto e sequestro de bens, a busca e apreensão e a quebra de sigilo bancário ou telefônico⁵²⁷. Nessa ordem de ideias, sustenta Marta Saad:

A rigor, os elementos produzidos em inquérito policial destinam-se a convencer quanto à viabilidade ou não da ação penal ou quanto às condições necessárias para a decretação de qualquer medida ou provimento cautelar no curso da investigação. Com vistas a estas decisões, tomadas na etapa preliminar, os dados colhidos não só informam, mas convencem, tais como as declarações de vítimas, os depoimentos de testemunhas, as declarações dos acusados, a acareação, o reconhecimento, o conteúdo de determinados documentos juntados aos autos, as perícias em geral (exames, vistorias e avaliações), a identificação dactiloscópica, o estudo da vida pregressa, a reconstituição do crime.⁵²⁸

De acordo com a doutrina de Franklyn Roger Alves Silva, a importância da investigação defensiva reside em viabilizar a arrecadação de informações e elementos capazes de direcionar o exercício da resistência à pretensão acusatória, assegurando à defesa o controle e previsibilidade adequados de suas ações no processo. Não por outra razão, segundo o autor, é que o Estatuto da OAB e a Lei Complementar 80/1994, que rege as defensorias públicas, asseguram ao imputado a assistência jurídica desde o inquérito policial até o momento posterior ao trânsito em julgado, de modo a garantir que as possibilidades de coleta de elementos de formação do convencimento sejam tão amplas quanto possível⁵²⁹.

Nesse sentido, argumenta o autor que, dentre vários escopos possíveis, a investigação defensiva pode ser útil para:

⁵²⁷ SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” – Investigação preliminar: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan./abr. 2020, p. 32.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 34.

⁵²⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 416.

[...] 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; desanuviar a percepção da defesa quanto à oportunidade e conveniência na aceitação de instituto 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.⁵³⁰

Noutro vértice, Édson Luís Baldan destaca os seguintes benefícios potencialmente resultantes da atuação do defensor na condução de investigação própria: i) o aprimoramento da investigação policial, a partir do estímulo ao contínuo aperfeiçoamento técnico e científico da polícia judiciária e do Ministério Público; ii) o advento da categoria profissional dos investigadores privados; iii) a valorização científica das disciplinas que dialogam com o direito penal, tais como a criminalística, a criminologia e a medicina legal; iv) o redimensionamento do papel do advogado, no sentido de sair da posição de mero espectador para a de verdadeiro protagonista na produção da prova; v) o incremento no ônus de motivação judicial para a admissão da denúncia, aprimorando a filtragem sobre acusações mal sustentadas; e vi) a maior aproximação de uma verdade atingível no âmbito do processo, a partir da qualificação da prova penal em uma perspectiva de paridade de armas⁵³¹.

Gabriel Bulhões identifica um movimento de mudança no papel esperado da defesa técnica, cuja atuação qualificada não mais se satisfaz com uma postura reativa, pautada pela atuação estatal na produção da prova, mas, ao contrário, impõe a assunção de uma postura proativa e diligente por parte do profissional na condução de suas demandas⁵³². Nessa lógica, anota o autor que o modelo italiano de investigação defensiva foi forjado num contexto marcado pela ressonância da Operação Mãos Limpas, em que se constata a necessidade de qualificar a participação defensiva, com prerrogativas e ferramentas adequadas, em todos os momentos da persecução criminal⁵³³, de modo que seja capaz de “se defender provando” da nova e implacável forma de atuação estatal materializada nos maxiprocessos⁵³⁴.

⁵³⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 424-425.

⁵³¹ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, jan./fev. 2007, p. 270-271.

⁵³² DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Ematis, 2019, p. 21.

⁵³³ *Ibidem*, p. 25

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 28.

E um movimento como esse não poderia ignorar a fase preambular da persecução penal, pois, conforme a lição de André Augusto Mendes Machado⁵³⁵, de nada adianta garantir ao imputado direito à prova, em sede judicial, sem lhe dar oportunidade de buscar previamente as fontes de prova por meio da atividade investigatória. É que a investigação defensiva possibilita que, desde a fase preambular, o imputado exerça ativamente o seu direito de defesa, identificando fontes de prova e coletando informações úteis à demonstração das teses defensivas e, eventualmente, até mesmo para evitar a deflagração da ação penal. A partir desse raciocínio, constata que:

Diante disso, um verdadeiro e justo processo penal acusatório deve assegurar que acusação e defesa tenham oportunidades equânimes para sustentar as suas teses, inclusive durante a instrução preliminar. Até porque, nesta fase, já existe imputação em sentido amplo e, por conseguinte, o inegável interesse do imputado em demonstrar sua inocência.

Logo, se um ordenamento jurídico prevê procedimento investigatório público, de cunho nitidamente acusatório, é imprescindível que admita também a investigação autônoma do crime pela defesa.⁵³⁶

A tudo isso, Gabriel Bulhões acrescenta a problemática dos exíguos prazos em regra concedidos à defesa para preparação de sua atuação, limitando sobremaneira as possibilidades efetivas de confronto da hipótese acusatória. Nesse sentido, argumenta⁵³⁷:

Ocorre que os prazos fixados para se responder às acusações são, hoje, totalmente desproporcionais e, se poderia afirmar, desleais. Fala-se isso, pois há uma total disparidade de armas entre a acusação, que resta regulada quase que apenas pelo prazo prescricional para balizar sua atuação, e a Defesa, que dispõe de poucos dias para empreender a análise de todo o vasto material produzido pela acusação e ora posto ao seu escrutínio.

Nesse sentido, não é incomum, principalmente nessa área do Direito Penal Econômico, encontrar investigações com anos de duração, envolvendo um sem-número de medidas cautelares e uma vastidão documental que se apresenta humanamente impossível de se analisar no curto prazo dispensado à Defesa.

Num tal cenário, avulta a importância de se deflagrar logo que possível a estratégia defensiva, o que pode preceder, até mesmo, qualquer notícia oficial respeito, caso em que a atuação assumirá caráter preventivo, voltado a viabilizar desde esse momento a produção de

⁵³⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 120.

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 120.

⁵³⁷ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Ematis, 2019, p. 21-22.

provas (inclusive periciais) que possam favorecer o imputado e evitar o perecimento de elementos relevantes⁵³⁸.

No mesmo diapasão, Franklyn Roger Alves Silva sublinha o restrito tempo da instrução processual como fator prejudicial ao desempenho de um trabalho técnico que favoreça o êxito da tese de defesa e a obtenção do melhor resultado processual para o imputado, motivo pelo qual deve a atividade de investigação ser revisitada a partir da constatação da necessidade de ampliação das possibilidades de iniciativa defensiva na busca por fontes de prova⁵³⁹.

Mais ainda, a própria prisão cautelar do imputado é circunstância que milita contra a defesa técnica já que, quanto mais o defensor prologar a instrução processual, maior será o tempo de prisão de liberdade do indivíduo, mormente porque não tem a jurisprudência reconhecido a existência de constrangimento ilegal quando o retardamento é ocasionado pela defesa. O defensor, então, se vê diante de uma escolha trágica: produzir todas as provas que lhe interessam na fase processual e prolongar a prisão cautelar ou abrir mão delas e deixar de exercer plenamente o direito à ampla defesa⁵⁴⁰.

Nesse contexto, ganha relevo a investigação defensiva como espaço adequado para a antecipação de diligências relevantes e como conjunto de ferramentas a serviço do enfrentamento dos desafios que se colocam ao profissional da área, em razão de sua aptidão para mitigar as mazelas do desequilíbrio entre os recursos, inclusive de natureza temporal, de que dispõem as partes.

Frankly Roger Alves Silva procura assim enumerar os potenciais benefícios da atuação investigativa para a defesa⁵⁴¹:

Dentre seus vários escopos, a investigação 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; desanuviar a percepção da defesa quanto à oportunidade e conveniência na aceitação de instituto 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 [...].

⁵³⁸ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva**: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 1. ed. Florianópolis: Ematis, 2019, p. 22-23.

⁵³⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 399.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 402.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 424-425.

A investigação defensiva também produz o efeito de permitir uma intervenção mais efetiva nos estágios iniciais da persecução penal, em que os elementos de informação são incipientes, e um contato mais imediato com as diligências desenvolvidas nesse momento. Ademais, uma visão prévia do conjunto de elementos de convencimento disponíveis viabiliza uma melhor avaliação do comportamento a ser adotado na relação processual, inclusive no que diz respeito à aceitação ou não de benefícios despenalizadores que venham a ser propostos⁵⁴². É possível inferir, portanto, que as vantagens da investigação direta pela defesa também sobressaem no espaço negocial. Isso porque a adequada orientação do acusado quanto à aceitação ou não da aplicação de institutos despenalizadores passa por uma necessária compreensão abrangente da moldura probatória que se desenha⁵⁴³.

Nesse sentido, deve a defesa técnica estar capacitada para apresentar ao imputado todos os benefícios e ônus de anuir ou não com determinado acordo e, para isso, é vantajoso que tenha acesso a todos os elementos de convicção produzidos em seu desfavor, bem como que disponha de meios próprios para colher dados aptos a contraditar aquele material. A investigação defensiva, então, surge como verdadeiro fiel da balança, habilitando o acusado a negociar de maneira qualificada e informada⁵⁴⁴.

Em breve síntese, de uma perspectiva finalística e pragmática, é possível identificar como principais argumentos justificadores da atividade investigativa defensiva: i) a aprimoração do filtro sobre o recebimento da acusação, contribuindo para evitar o prosseguimento daquelas que sejam insustentadas, assim como os irreparáveis danos que acarretam ao imputado; ii) a ampliação da capacidade do defensor de influenciar as decisões acerca de medidas cautelares, inclusive as que precedem o processo, e particularmente em relação àquelas que restringem direitos de ordem patrimonial ou, até mesmo, corporal, como é o caso da prisão⁵⁴⁵; iii) a pesquisa por fontes de prova a serem utilizadas no processo, com o

⁵⁴² SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 426.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 42.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, 2019, p. 534.

⁵⁴⁵ “Com efeito, a partir da instauração da investigação, inúmeros atos que acarretam restrição a direitos constitucionalmente assegurados podem ser tomados em desfavor do investigado, tais como os decretos de prisão preventiva e temporária, se o inquérito já não tiver se iniciado por meio de flagrante, em nítida restrição ao direito de liberdade. Pode ainda ter lugar, no curso da investigação preliminar, a decretação de medidas cautelares, como a busca pessoal ou domiciliar, que limita os direitos de inviolabilidade do domicílio, da intimidade e da vida privada e a integridade física e moral do indivíduo; a apreensão, que pode restringir o direito à liberdade, tutela e curatela, a posse e a propriedade; a decretação do arresto ou sequestro de bens, que limitam a fruição da posse e propriedade; a quebra dos sigilos fiscal e bancário, que atinge a intimidade e a vida privada; a interceptação das comunicações telefônicas, que restringe o sigilo das comunicações; a determinação do indiciamento, que acarreta

escopo de ampliar o campo cognitivo daquele que proferirá decisões de mérito em seu bojo, aportando-lhe elementos para uma análise mais criteriosa da hipótese acusatória, em qualquer fase processual; e iv) a colheita de elementos para informar o comportamento processual do imputado, inclusive para fins de negociação de benefícios despenalizadores.

4.2 CONCEITO E ESPÉCIES

Em seu precursor trabalho sobre o tema, Édson Luís Baldan define a investigação defensiva como⁵⁴⁶:

[...] o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial.⁵⁴⁷

André Augusto Mendes Machado, por sua vez, utiliza a expressão investigação defensiva para designar “a investigação criminal realizada pelo imputado, por meio de seu defensor, em contraponto à investigação pública, isto é, aquela conduzida por órgãos estatais (seja a polícia judiciária, o Ministério Público ou a autoridade judiciária)”⁵⁴⁸.

O autor destaca que a investigação defensiva não se confunde com a participação do defensor na investigação oficial, em que sua atuação é sobretudo reativa e está adstrita aos rumos dados à persecução prévia pelo órgão público. Em contraponto, na investigação propriamente defensiva, caberia ao defensor, de modo independente da investigação pública, traçar e conduzir a estratégia investigatória, sem descuidar do respeito aos critérios

abalo moral, familiar e econômico; e, pior, ao fim, possível formalização da acusação, com o início da segunda fase da persecução penal, por meio da decisão de recebimento da denúncia, ou queixa” (SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” – Investigação preliminar: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan./abr. 2020, p. 32-33).

⁵⁴⁶ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, jan./fev. 2007, p. 269.

⁵⁴⁷ “Do conceito supratranscrito, extraem-se os requisitos essenciais da investigação defensiva, quais sejam: (I) prática de atos de investigação (e não de prova); (II) pelo defensor do imputado, com ou sem o apoio e auxiliares técnicos; (III) em qualquer momento da persecução penal; (IV) fora dos autos da investigação pública e como contraponto a esta; (V) com o objetivo de reunir elemento de convicção lícitos e relevantes para a defesa do imputado” (MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 48).

⁵⁴⁸ *Ibidem*, p. 11-12.

constitucionais e legais de obtenção de prova. Em outros termos: enquanto na investigação pública o defensor atua como mero coadjuvante; na investigação defensiva ele é o protagonista⁵⁴⁹.

De acordo com Franklyn Roger Alves Silva, trata-se de permitir à defesa trilhar caminho paralelo ao da investigação criminal, em uma perspectiva de licitude e lealdade, praticando atos próprios orientados para a colheita de material a ser utilizado no interesse do imputado, como forma de fornecer dados para subsidiar uma avaliação mais equilibrada da *opinio delicti* ou, ainda, como fonte de prova a ser produzida na fase judicial⁵⁵⁰.

Quanto às vertentes da investigação defensiva, Francisco da Costa Oliveira discrimina três maneiras possíveis de intervenção ativa do arguido e do seu defensor na investigação do crime e na descoberta da verdade, a saber: i) a intervenção indireta nas investigações promovidas oficiosamente, no sentido de as influenciar por intermédio da participação formal no inquérito, apresentando elementos e requerendo diligências; ii) a avaliação das investigações públicas, por meio do controle das decisões proferidas e dos resultados das diligências praticadas por meio dos meios impugnativos disponíveis; e iii) a investigação direta e por conta própria promovida pela defesa criminal em paralelo com a investigação oficial. Essas três frentes de atuação podem ser empregadas alternativamente ou combinadas entre si conforme seja mais profícuo para a estratégia defensiva⁵⁵¹.

Silva, sob outra ótica, identifica duas espécies de investigação defensiva. A primeira, estritamente defensiva na acepção literal do termo, seria aquela desenvolvida pelo defensor que pratica atos de investigação do interesse do imputado. Já a segunda, voltada aos interesses das vítimas⁵⁵², apresentaria viés acusatório, sendo desenvolvida pelo querelante ou assistente de acusação que, por meio de advogado ou defensor público, empreende diligências dirigidas à identificação de fontes de prova⁵⁵³. Sob essa ótica, a investigação defensiva poderia assumir

⁵⁴⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 47.

⁵⁵⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 43.

⁵⁵¹ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 24.

⁵⁵² “A Diretiva 2012/29, de 25 de outubro de 2012, editada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, quando estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade, parece albergar a possibilidade de investigação pela vítima, em especial quando o artigo 10º admite que elas: possam ser ouvidas durante o processo penal e possam apresentar elementos de prova” (SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 254).

⁵⁵³ “Se a qualidade de titular da ação penal (teoria dos poderes implícitos) é fator justificante ao exercício da investigação criminal, pensamos que o querelante, por meio de advogado ou da própria Defensoria Pública (art. 4º, XV, da LC n. 80/1993), possa realizar investigação criminal para colher elementos de prova que embasem a sua pretensão” (Ibidem, p. 391).

duas formas distintas: a de *inquérito defensivo*, quando o interessado é o sujeito apontado como autor da conduta criminosa, ou aquela que designa por *inquérito auxiliar*, realizada no interesse da vítima da infração penal⁵⁵⁴. Defende o autor, ainda, que, nesse último caso, se o advogado ou a Defensoria Pública não dispuserem de recursos suficientes para empreender atos de investigação em favor do ofendido, eles poderão requerer o suporte do Ministério Público e da polícia judiciária para essa finalidade⁵⁵⁵.

Gabriel Bulhões, por sua vez, compreende a investigação defensiva *lato sensu* como gênero que se desdobra em quatro espécies: i) investigação defensiva *stricto sensu*, levada a cabo no interesse do sujeito passivo da persecução penal; ii) investigação defensiva em favor das vítimas, seja na qualidade de assistente de acusação ou, ainda, na fase pré-processual; iii) investigação defensiva corporativa voltada à apuração de fraudes e ilícitos no ambiente empresarial, também chamada de “investigação interna”⁵⁵⁶; e, ainda, iv) investigação defensiva colaboracional, tendo por escopo os espaços negociais do sistema de justiça criminal⁵⁵⁷.

4.3 PRINCÍPIOS ORIENTADORES

A configuração da investigação defensiva como espécie do gênero investigação criminal, porém com caracteres próprios e distintos das atividades análogas desenvolvidas por outros órgãos, torna relevante o delineamento de um repertório principiológico próprio a nortear essa forma de atuação do advogado ou defensor público⁵⁵⁸.

Nesse cenário, a doutrina identifica os seguintes princípios regentes da atividade de investigação realizada diretamente pela defesa: i) *legalidade*, compreendida sob a ótica da conjugação de princípios e regras de estatura legal, constitucional e supraconstitucional,

⁵⁵⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 461.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, p. 391-392.

⁵⁵⁶ “As investigações internas consistem em esclarecimentos de fato que podem dar lugar a responsabilidades da empresa ou de seus órgãos de representação, normalmente relacionadas a casos de ilícitos úteis à empresa, tais como corrupção ou formação de cartéis, excluindo-se desta definição casos de ilícitos praticados por empregados em desfavor da empresa” (ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro; SILVA, Douglas Rodrigues da. Aproveitamento de investigações internas como prova no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 156, jun. 2019, p. 71).

⁵⁵⁷ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2019, p. 21.

⁵⁵⁸ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva como estratégia articuladora do sistema acusatório no Brasil. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 5, p. 361.

abordadas no item subsequente deste trabalho; ii) *oportunidade*, ou seja, a decisão acerca de sua realização resulta de análise da conveniência e oportunidade da medida, segundo seus potenciais benefícios à defesa do imputado, ou, ainda, à tutela de direitos do interessado, conforme o caso; iii) *disponibilidade*, enquanto prerrogativa do defensor de deliberar acerca do momento mais adequado para a promoção, sobrestamento e finalização das diligências, bem como do aproveitamento parcial ou integral do produto da investigação, tendo em vista os interesses da pessoa representada; iv) *unidirecionalidade*, que trata da parcialidade constitucional do defensor no exercício do múnus público de defesa dos direitos do assistido, o que o autoriza a promover a coleta seletiva dos elementos de convicção, diferentemente do que ocorre no caso na investigação oficial promovida pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público; v) *formalidade*, pois é recomendável que as diligências empreendidas no bojo da investigação defensiva sejam documentadas em um “inquérito defensivo” ou instrumento semelhante; vi) *confidencialidade*, pois a atuação do advogado e sua relação com o seu constituinte se submetem ao sigilo legal, que alcança os dados contidos no inquérito defensivo; vii) *transversalidade*, ligada à possibilidade de se realizar a investigação defensiva ao longo de todo o curso da persecução penal, bem como em momento anterior à deflagração da investigação pública, ou ainda após o encerramento da etapa de instrução e julgamento, já que não se trata de instrumento necessariamente simétrico a eventual investigação estatal; viii) *inquisitividade*, intimamente relacionado ao caráter confidencial da investigação defensiva, que, portanto, não comporta o exercício do contraditório pela parte adversa; e, por fim, ix) *incoercibilidade direta*, na medida em que não se trata de instrumento vocacionado ou autorizado a avançar sobre a esfera das liberdades individuais, ressalvada a possibilidade de, no caso de investigação empreendida no interesse da vítima, o defensor propor às autoridades legitimadas para tanto a adoção de medidas potencialmente restritivas de direitos⁵⁵⁹.

Ressalta-se que, em consonância com o princípio da oportunidade, a investigação defensiva não é revestida de obrigatoriedade, de modo que cabe ao profissional incumbido da defesa avaliar a viabilidade e a conveniência de sua realização, bem como definir quais são as diligências pertinentes no caso concreto. Nesse sentido, rememora-se que, consoante a redação do artigo 4º do Provimento 188/2018 da CFOAB, o advogado *poderá*, na condução da

⁵⁵⁹ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva como estratégia articuladora do sistema acusatório no Brasil. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 5, p. 361-373.

investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato. Em idêntico sentido é a previsão constante do artigo 47, *caput*, do Projeto de Lei 8.045/2010, na atual redação que tramita na Câmara dos Deputados⁵⁶⁰. No caso do advogado particular, essa atuação dependerá do vínculo estabelecido com a parte.

4.4 FUNDAMENTOS JURÍDICOS

O reconhecimento da possibilidade do exercício do direito de defesa no bojo da investigação preliminar é algo relativamente recente na jurisprudência brasileira, já que por muito tempo prevaleceu a crença de que o inquérito policial não passava de peça administrativa, de cunho estritamente informativo e formado somente por atos de investigação. Nada obstante, algumas alterações legislativas contribuíram para a progressiva efetivação do direito de defesa desde essa etapa, como o artigo 7º, XIV, da Lei 8.906/1994, que previu o acesso do advogado aos autos do inquérito, a Portaria 18/1998, da Delegacia Geral de Polícia do Estado de São Paulo, que também promoveu inovações relativas à publicidade do inquérito, e, sobretudo, o artigo 5º, LV, da Constituição da República, ao determinar que aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa. Nesse cenário, mais recentemente, os tribunais superiores passaram a adotar uma postura mais receptiva à participação defensiva na primeira fase da persecução penal, o que, inclusive, culminou com a edição da Súmula Vinculante 14⁵⁶¹. Se tais avanços não equivalem ao pleno sufrágio da investigação defensiva em nosso sistema processual, é certo que representam um passo a mais em um movimento maior que se desenha nessa direção.

Nesse sentido, Édson Luís Baldan propõe uma releitura constitucional e uma interpretação sistemática das disposições que regem a investigação preliminar, a fim de adequá-las aos contornos garantistas da Carta Política de 1988, sobretudo em três aspectos: i) a ampliação dos sujeitos legitimados ao exercício investigatório, em especial a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal reconhece a constitucionalidade da atuação investigativa

⁵⁶⁰ Artigo 47. Poderá o advogado ou defensor público, na condução da investigação defensiva, promover diretamente diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento de determinado fato, em especial a coleta de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, elaboração de laudos e exames periciais por profissionais privados, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição e os procedimentos previstos na legislação de acesso à informação.

⁵⁶¹ SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” – Investigação preliminar: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan./abr. 2020, p. 35-36.

autônoma do Ministério Público (RE 592.727/MG); ii) a expansão dos direitos da pessoa submetida à investigação, como desdobramento lógico da positivação das garantias do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Constituição), do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV); e iii) o alargamento das finalidades e potencial emprego do produto das apurações, uma vez que, ao escopo de fornecer elementos indiciários mínimos para a formação da *opinio delicti* do órgão acusatório, somam-se outros, como o de subsidiar o juízo de admissão ou rejeição da acusação pelo magistrado, o de fundamentar a decretação ou não de medidas cautelares, o de embasar, subsidiariamente, o juízo e a condenação ou absolvição e, ainda, o de fundamentar o juízo de absolvição sumária⁵⁶².

Dessa feita, é preciso reconhecer que, para além de constituir instrumento de inegável importância a serviço da qualificação da atuação defensiva, a possibilidade de investigação direta pela defesa não interessa somente a ela. Ao contrário, a investigação defensiva promove a maior eficiência da justiça como um todo e prestigia o garantismo processual, na medida em que, além de favorecer o equilíbrio de condições entre imputado e acusador, ela amplia o campo cognitivo do magistrado no momento de decidir sobre a viabilidade da ação penal ou sobre medidas cautelares no curso da fase prévia. E, como consequência, contribui não apenas para a proteção dos direitos fundamentais do imputado, mas, também, para minorar o risco de ações penais infundadas, que conduzem à movimentação desnecessária da máquina estatal com todos os custos materiais e sociais que daí resultam⁵⁶³.

André Augusto Mendes Machado parte sua análise das bases jurídicas do instituto da premissa de que um modelo penal acusatório deve se nortear pelos direitos fundamentais de igualdade e de defesa, os quais devem ser observados em todos os momentos do rito persecutório, incluída sua fase preliminar. Deduz o autor, então, que a investigação defensiva representa, a um só tempo, um desdobramento de tais direitos e um instrumento para assegurar sua concretização⁵⁶⁴. Nesse prisma, a investigação defensiva assume o *status* de garantia

⁵⁶² BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva como estratégia articuladora do sistema acusatório no Brasil. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 5, p. 381-382.

⁵⁶³ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 171.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 118.

fundamental do imputado, inerente a um processo de partes zeloso pelo respeito àqueles valores constitucionais⁵⁶⁵.

Trata-se de visão compartilhada por Gabriel Bulhões⁵⁶⁶, que compreende a investigação defensiva como um direito-dever do advogado e uma garantia fundamental do cidadão acusado pelo Estado, cujo fundamento pode ser extraído de diversas normas integrantes do ordenamento pátrio. No plano constitucional, destaca o artigo 133, que define o advogado como ator indispensável à administração da justiça e inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão; o artigo 5º, *caput*, e incisos LIV e LV, que consagram os princípios da igualdade, do devido processo legal⁵⁶⁷, do contraditório e da ampla defesa; e o artigo 144, que trata do direito à segurança pública. No plano legislativo ordinário, o autor sublinha as previsões constantes do artigo 5º, §3º, que trata da *notitia criminis*; do artigo 268, que versa sobre a assistência à acusação; e do artigo 242, que disciplina o pedido de busca e apreensão formulado pelo acusado ou ofendido, todos do Código de Processo Penal, além daquelas contidas em leis extravagantes como o Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994); a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011); a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973); e a Lei do Detetive Particular (Lei 13.432/2017). Por fim, faz referência às normas infralegais contidas no Código de Ética e Disciplina da Advocacia (Resolução 02/2015) e no Provimento 188/2018, ambas emanadas do Conselho Federal da OAB. A esse quadro podem ser acrescentadas as normas internas que disciplinam a atuação das defensorias públicas em suas diferentes esferas, tema a ser tratado em capítulo próprio.

Na esfera internacional, a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê, expressamente, como garantias mínimas da pessoa acusada, a concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação da sua defesa (artigo 8, item 2, alínea “c”), o direito de defender-se pessoalmente, de ser assistido por um defensor de sua escolha, ou ainda por um defensor proporcionado pelo Estado (item 2, alíneas “d” e “e”), e, ainda, o direito da defesa de

⁵⁶⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 119.

⁵⁶⁶ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2019, p. 40-41.

⁵⁶⁷ Para Baldan, a base do devido processo legal apresenta três faces: a de regramento legal emanado de agências legislativas legítimas e continente de disposições intrinsecamente justas e razoáveis; a de instrumento adequado de aplicação dessas normas jurídicas; e, por fim, a de ‘paridade de armas’ entre os sujeitos parciais. Segundo o autor, a legalidade ou ilegalidade constitucional da atuação estatal no processo penal deve ser aferida a partir dessa tríade, sendo que a resposta negativa a pelo menos um desses quesitos acarreta a ilegitimidade dessa atividade persecutória (BALDAN, Édson Luís. *Investigação defensiva: o direito de defender-se provando*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, jan./fev. 2007, p. 260).

inquirir testemunhas e obter o comparecimento de quaisquer pessoas que possam lançar luz sobre os fatos em exame (item 2, alínea “f”). Essas mesmas garantias estão contempladas no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, notadamente em seu artigo 14, item 2, alíneas “b”, “d” e “e”, e, ainda, no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, em seu artigo 67, item 1, alíneas “b” e “e”.

Nesse cenário, é possível observar que a fundamentação jurídica da investigação defensiva tem como elementos-chave as garantias constitucionais do devido processo legal (artigo 5º, LIV), de um lado, e da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, LV), de outro, das quais deflui a necessidade do reconhecimento do direito fundamental à prova⁵⁶⁸. Com efeito, o reconhecimento desses valores em nível constitucional dá ensejo a uma necessária reflexão sobre o enfoque tradicionalmente inquisitivo e sigilo da investigação criminal.

Conforme já se abordou em tópico anterior, o direito fundamental à ampla defesa tem como um de seus consectários lógicos o *direito à prova defensiva*, que não se resume à possibilidade de influenciar a avaliação judicial da prova pela via argumentativa, mas compreende também a prerrogativa de trazer aos autos material apto a corroborar com as manifestações defensivas. Esse direito, conforme a posição aqui esposada, não se restringe à fase judicial da persecução penal, estendendo-se também à investigação preliminar, momento em que o imputado tem legítimo interesse em apresentar elementos informativos que lhe sejam favoráveis – seja a fim de influenciar o juízo de admissibilidade da acusação, seja para, futuramente, contribuir para o convencimento do magistrado sentenciante⁵⁶⁹.

Em outra perspectiva, a atuação investigativa da defesa justifica-se também pela promoção da efetiva paridade de armas no processo penal, na medida em que consubstancia um modo de contrapor o crescente movimento no sentido de se atribuir poderes investigatórios ao Ministério Público⁵⁷⁰.

Com efeito, dentre as desigualdades materiais que desfavorecem o acusado no âmbito do sistema penal brasileiro, uma das mais significativas é observada na fase de investigação preliminar do delito. Isso porque, nessa etapa, dispõe o Estado do aparato da polícia judiciária, órgão dotado de recursos materiais e humanos à serviço da colheita de elementos informativos

⁵⁶⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 411.

⁵⁶⁹ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, mai./jun. 2012, p. 297.

⁵⁷⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 11.

sobre a autoria e a materialidade da infração penal, como investigadores com poderes de polícia para colher depoimentos coercitivamente e acessar bancos de dados sigilosos, e peritos em diversas áreas, como a criminalística e a medicina legal. Ao lado disso, o próprio Ministério Público, além de deter a prerrogativa constitucional de requisitar à polícia investigativa a realização de diligências e a instauração de inquérito, vive também um momento de progressiva estruturação de ferramentas internas de investigação. Noutra vértice está a defesa do investigado, a quem, em princípio, é facultado somente propor à autoridade policial a realização de diligência, que poderão ou não ser realizadas segundo seu critério⁵⁷¹.

Nesse sentido, a investigação defensiva favorecerá o equilíbrio de partes entre acusação e imputado, seja por instrumentalizar a obtenção de elementos a serem utilizados para confrontar, oportunamente, os dados reunidos na investigação pública, tendencialmente acusatória, seja por proporcionar meios para afastar desde logo a instauração de ação penal infundada⁵⁷².

Em semelhante raciocínio, argumenta Franklyn Roger Alves Silva⁵⁷³:

Esse contributo certamente fortalecerá a paridade de armas no processo penal, já que o tratamento judicial dispensado aos pedidos de prova é uma faceta da paridade [...]. Do mesmo modo, a investigação defensiva permitirá uma melhor forma de exercício do direito ao confronto (*right of confrontation*), desde a credibilidade da testemunha até o conteúdo de suas declarações. E o direito de confrontar, extraído do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, deve ser estendido também aos demais meios de prova, tornando-se uma grande arma a ser empregada na investigação defensiva.

A legitimidade da investigação defensiva como medida de justiça surge ainda mais clara quando reconhecida a possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público como desdobramento da teoria dos poderes implícitos⁵⁷⁴. Isso porque, uma vez admitida essa espécie

⁵⁷¹ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, mai./jun. 2012, p. 280.

⁵⁷² MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 12.

⁵⁷³ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 80.

⁵⁷⁴ Em 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público, fixando, em repercussão geral, a seguinte tese: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos,

de atividade por quem é parte da relação processual no extremo acusatório, a mesma prerrogativa não poderia ser negada aos demais sujeitos sob o argumento de parcialidade da defesa na coleta de elementos⁵⁷⁵.

É o entendimento esposado por Azevedo e Baldan⁵⁷⁶, ao sustentarem que:

[...] 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. Auguramos, outrossim, seja ouvido Montesquieu, para quem uma coisa não é justa somente pelo fato de ser lei, mas deve ser lei porque justa.

Nessa esteira, segundo André Augusto Mendes Machado, se for o Ministério Público o responsável pela investigação pública, é certo que atuará parcialmente, com o propósito de demonstrar a tese acusatória, ignorando os informes favoráveis ao imputado. Nesse cenário, impõem os postulados da igualdade e da ampla defesa que se faculte ao imputado a possibilidade de desenvolver uma equivalente atividade investigatória, com o escopo de reunir elementos dirigidos a afastar a imputação que pesa contra si. Mais ainda, sustenta o autor que, mesmo na investigação a cargo da polícia judiciária, sobre quem recai o dever de imparcialidade, o que se constata empiricamente é a adoção de um viés tendencialmente acusatório e uma certa restrição da participação da defesa. Assim, conclui, a efetivação de uma verdadeira isonomia de partes na persecução penal e do direito de defesa do imputado em toda a sua amplitude passam pela admissão da investigação defensiva, tanto nos ordenamentos que adotam a investigação ministerial quanto a policial⁵⁷⁷.

Aliás, conforme apontado por Baldan, o reconhecimento dessa legitimidade ao Ministério Público pode ser percebido como parte de um movimento crescente, embora difuso, de ampliação do rol de sujeitos investigantes, contexto em que também se insere a inovação introduzida pela Lei 13.432/17, que regulamentou o exercício da profissão de detetive particular

necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”(RE 593.727/MG, Rel. Min. Cezar Peluzo, j. 14/05/2015).

⁵⁷⁵ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 391.

⁵⁷⁶ AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 137, p. 6-8, abr. 2004.

⁵⁷⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 46.

ou profissional⁵⁷⁸. Há que se rememorar que investigação criminal não é sinônimo de inquérito policial, mas gênero do qual ele é espécie. Basta pensar na investigação realizada no âmbito de procedimentos administrativos sancionadores, na medida em que, com frequência, as atividades dos órgãos de fiscalização nesse campo perpassam a apuração de ilícitos com consequências no campo penal, evidenciando que a prerrogativa de os investigar não é exclusiva da polícia judiciária⁵⁷⁹.

Nessa lógica, não se sustenta a afirmação de que o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 12.830/13 estabelecerá uma dita exclusividade da polícia para empreender investigação criminal. Isso porque a exclusividade ali fixada em favor da autoridade policial se refere não à atividade investigativa como um todo, mas especificamente aos instrumentos de atuação do delegado de polícia, como o inquérito policial e o termo circunstanciado. Quaisquer outras expressões do conceito de investigação criminal fogem ao universo particularizado dessa carreira jurídica e adentram o espaço público do processo penal acusatório, partilhado pelos demais atores do sistema⁵⁸⁰. Assim, seria plenamente possível o desenvolvimento de investigação por particulares, como o advogado ou, ainda, o detetive particular, na forma do artigo 5º da Lei 13.432/2017⁵⁸¹.

Em reforço à argumentação aqui desenvolvida, é preciso recordar a figura da absolvição sumária contemplada no artigo 397 do CPP, antes prevista apenas no procedimento do júri e que passou a alcançar todos os crimes, mesmo aqueles previstos em legislação especial, por força da reforma processual de 2008⁵⁸². Não se trata, aqui, de fenômeno comparável ao arquivamento do inquérito policial, mas de verdadeira decisão de mérito com aptidão para trânsito em julgado formal e material, que impede nova acusação pelos mesmos fatos. Essa modificação ganha sentido apenas se, desde o momento da investigação, são facultados à defesa

⁵⁷⁸ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva como estratégia articuladora do sistema acusatório no Brasil. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 5, p. 381.

⁵⁷⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 392-394.

⁵⁸⁰ Ibidem, p. 360.

⁵⁸¹ Ibidem, 2019, p. 361-362.

⁵⁸² Antes da reforma, o Código de Processo Penal já previa, no procedimento especial relativo aos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, uma fase contraditória prévia ao recebimento da denúncia. Nesse rito, oferecida a peça acusatória, e estando em ordem, o juiz limita-se a mandar autuá-la e ordenar a notificação do acusado para apresentar resposta por escrito (artigo 514, caput), que poderá ser instruída com documentos e justificações (artigo 515, parágrafo único). Apenas então é que o juiz proferirá decisão fundamentada rejeitando a denúncia ou queixa, se convencido, pela resposta do acusado, da inexistência do crime ou da improcedência da ação (artigo 516), ou recebendo-a e determinando a citação (artigo 517).

instrumentos adequados para sua participação efetiva no sentido de identificar fontes e produzir elementos de provas favoráveis, sob pena de esvaziar-se a previsão autorizadora da extinção antecipada da ação penal⁵⁸³.

Torna-se necessário, então, romper com o pensamento de que o único destinatário do produto da investigação é o acusador, e de que sua única finalidade é alicerçar a acusação, pois é certo que os mesmos elementos informativos que servirão para embasar a opinião jurídica do acusador serão empregados por aquele que receberá ou rejeitará a denúncia, conforme exista justa causa para a ação penal e não se trate de peça inepta⁵⁸⁴.

Em que pese a ausência de legislação que discipline detalhadamente o modo de realização da investigação defensiva, a doutrina especializada tem sustentado que essa omissão não constitui óbice para o seu exercício. Para Franklyn Roger Alves Silva⁵⁸⁵, entendimento contrário implicaria negligenciar o conteúdo do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do direito à atividade probatória e da própria isonomia frente ao Ministério Público⁵⁸⁶. Mais ainda, o autor observa que o sistema jurídico não contém regras que proíbam a atividade, o que autorizaria seu desenvolvimento a partir da interpretação da função processual da defesa técnica e das prerrogativas dos advogados e membros da Defensoria Pública⁵⁸⁷. Isso porque a defesa, em sua concepção, mais do que simples resistência a uma pretensão, deve compreender a conduta proativa do profissional em prol dos interesses do defendido, não apenas no viés argumentativo, mas, também, na pesquisa e identificação de fontes de prova a partir de uma atuação investigativa⁵⁸⁸.

Entretanto, embora se possa afirmar que a investigação criminal defensiva pode ser iniciada no Brasil independentemente de alteração no Código de Processo Penal, é também

⁵⁸³ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 34-35.

⁵⁸⁴ Nesse sentido, argumenta Baldan: “Por isso que o inquérito policial não esgota sua utilidade unicamente na formação do convencimento do Ministério Público, haja vista que os elementos de convicção enfeixados nos autos investigatórios podem até fundamentar uma decisão do Magistrado pela rejeição da denúncia ofertada pelo Promotor de Justiça, discordando da *opinio delicti* deste e, assim, impedindo-o de exercer a ação penal” (BALDAN, Édson Luís. *Investigação defensiva: o direito de defender-se provando*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, jan./fev. 2007, p. 267).

⁵⁸⁵ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 414.

⁵⁸⁶ “Enxergar o contraditório apenas como a possibilidade de ciência e reação é uma visão reducionista do princípio. Se é fato que o contraditório possui essa vertente da participação na relação processual, a doutrina moderna também reconhece a possibilidade de se exercer a influência sobre o juiz na tomada da decisão como uma terceira característica do princípio” (Ibidem, p. 417).

⁵⁸⁷ Ibidem, p. 421.

⁵⁸⁸ Ibidem, p. 423.

verdade que, em um sistema que prestigia a segurança jurídica, é de extrema importância que sobrevenha uma regulamentação legislativa do tema, de modo a garantir maior fiabilidade às informações colhidas pela defesa⁵⁸⁹.

4.5 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

Contrariamente à possibilidade de realização de investigação própria por parte da defesa, tem-se argumentado, em primeiro lugar, com a ausência de normas constitucionais e legais vigentes que contemplem e disciplinem a realização de tal atividade.

De fato, tal omissão legislativa dificulta sobretudo a atuação investigativa da defesa. A respeito do tema, observa Diogo Malan que, além de inviabilizar o acesso dos defensores a informações sigilosas de relevância para os interesses do imputado e impedir a colheita de depoimentos de forma coercitiva, tal lacuna expõe esses profissionais ao risco de acusações pela prática de infrações contra a administração da justiça, além de contribuir para perpetuar o ceticismo sobre a credibilidade de elementos informativos por eles obtidos – diretamente ou por meio de investigadores privados contratados para essa finalidade⁵⁹⁰.

No entanto, importa recordar que a ausência de previsão expressa não equivale à existência de vedação ao exercício dessa atividade. Ao contrário, como já se expôs em tópico anterior, tal possibilidade pode ser depreendida da leitura de inúmeros dispositivos legais e constitucionais, bem como de normas integrantes de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro.

Não se ignora, contudo, que a atividade de investigação só poderá ser exercida de maneira efetiva e segura na presença de uma adequada disciplina legal da matéria, que, de um lado, resguarde os direitos do profissional que a leva a efeito e, de outro, estabeleça para a defesa prerrogativas cuja colocação em prática independa da anuência da autoridade policial ou de quaisquer outros entes investigantes.

Nessa ordem de ideias, conclui Marta Saad que: “Se no Brasil durante muito tempo a participação defensiva em investigação oficial foi negada, hoje, superado tal óbice, enfrenta-se

⁵⁸⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 427.

⁵⁹⁰ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, mai./jun. 2012, p. 281.

o desafio da efetiva implementação e regulamentação em lei federal da atividade de investigação defensiva, com vistas a assegurar a paridade de armas”⁵⁹¹.

Um segundo argumento diz respeito a uma certa *seletividade* inerente ao instituto da investigação defensiva, na medida em que se constata a insuficiência de recursos da vasta maioria dos acusados para custear os serviços envolvidos nessa atividade. Com isso, apenas os imputados mais abastados é que poderiam fazer frente aos elevados custos de se contratar peritos e investigadores privados, ficando privadas dessa possibilidade as parcelas empobrecidas da população. Com efeito, se hoje a atuação investigativa da defesa conta com regulamentação interna no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil (Provimento 188/2018 do CFOAB), o mesmo não se pode dizer a respeito das defensorias públicas, que a despeito do comando plasmado no artigo 2º da Emenda Constitucional 80/2014, está muito distante de se fazer presente em todas as comarcas e seções judiciárias do país.

A solução desse complexo impasse, passa, sem dúvida, pela estruturação adequada das defensorias públicas para ocupar esse novo campo de atuação e bem desempenhar as funções a que ele convida, com vistas à redução das assimetrias que atravessam nosso sistema processual, conforme será abordado em maior profundidade no quinto capítulo deste trabalho.

Contrariamente à investigação defensiva, afirma-se, também, que, na fase de investigação, não há acusação propriamente dita, não se justificando a atuação direta da defesa na colheita de elementos de informação de seu interesse. Entretanto, ainda que não exista acusação formal, é evidente o interesse do acusado em produzir e lançar luz sobre elementos que possam influenciar, inicialmente, a posição da autoridade policial quanto ao indiciamento e, posteriormente, o convencimento judicial sobre a admissibilidade da acusação. Também há, sem dúvida, legítimo interesse da pessoa investigada em produzir elementos que contribuam para informar a avaliação da autoridade judicial sobre a adoção de medidas cautelares de ordem patrimonial ou pessoal. Ademais, a despeito dos esforços doutrinários e legislativos, ainda hoje os elementos integrantes do inquérito policial são inteiramente acessíveis ao magistrado incumbido de julgar o mérito da acusação eventualmente formalizada, motivo a mais para evidenciar o legítimo interesse da defesa em contar com prerrogativas investigativas desde os momentos mais precoces da persecução penal.

⁵⁹¹ SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” – Investigação preliminar: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan./abr. 2020, p. 37.

Um terceiro argumento sugere que a polícia judiciária e o Ministério Público atuariam de forma imparcial no desenvolvimento de suas investigações, de modo que elas poderiam dar origem, com o mesmo grau de probabilidade, a elementos probatórios e informativos favoráveis ou desfavoráveis ao acusado.

A essa afirmação opõe-se Diogo Malan, argumentando que:

[...] quem investiga determinados fatos precisa previamente formular determinadas hipóteses 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).⁵⁹²

Nesse sentido, não seria correto afirmar que esses órgãos estão aptos a investigar de modo absolutamente imparcial, já que desempenham funções ligadas ao exercício do poder punitivo estatal, de sorte que suas hipóteses de partida tendem a refletir esse viés.

Ademais, não seria realista supor que a investigação oficial perquirirá a fundo todas as linhas de explicação do delito à disposição, na medida em que:

[...] muitas vezes os prazos processuais e/ou o clamor da opinião pública pressionam a Polícia Judiciária e o Ministério Público a encerrar com presteza a fase de investigação preliminar do crime. Nessa conjuntura, a pressão para se *solucionar o caso* rapidamente não permite sejam adequadamente pesquisadas todas as possíveis linhas investigativas e fontes de prova favoráveis ao investigado.⁵⁹³

Sob outro ângulo, há quem argumente que, à luz do disposto no artigo 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal vigente, a gestão probatória é protagonizada pela figura equidistante do juiz, o que asseguraria a produção de elementos probatórios com as mesmas chances de incriminar ou de inocentar o acusado. Não se sustenta, todavia, tal posição. Em um sistema de estrutura acusatória, como preconizado pela atual redação do artigo 3º-A do estatuto processual penal, a instrução deve ser protagonizada pelas partes, justamente a fim de se preservar a imparcialidade do magistrado. De outro modo, o reconhecimento de certos poderes instrutórios ao juiz não deslegitima a investigação defensiva, uma vez que aqueles devem ser

⁵⁹² MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, mai./jun. 2012, p. 298.

⁵⁹³ *Ibidem*, p. 298.

exercidos de forma suplementar e na fase judicial quando eventuais fontes de prova favoráveis ao acusado tendem a ter perecido⁵⁹⁴.

Por fim, poder-se-ia argumentar que a investigação defensiva colocaria em risco a eficácia de certas diligências investigativas empreendidas pela polícia judiciária. Importa recordar, contudo, que a investigação direta pela defesa não se confunde com a impossibilidade de adoção de providências urgentes no bojo da investigação oficial, nas hipóteses legalmente autorizadas e sob o devido controle jurisdicional, sempre que implicar restrição de direitos ao investigado.

4.6 BALIZAS NORMATIVAS

4.6.1 Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB

Atualmente, a atividade de investigação defensiva tem como principal paradigma disciplinador o Provimento 188/2018⁵⁹⁵, editado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. A discussão que deu origem a esse instrumento teve início em um grupo de trabalho formado no âmbito da Comissão de Advogados Criminalistas (COMACRIM) da OAB/RN, presidida por Gabriel Bulhões, esforço que resultou na redação da primeira versão do texto.

Essa redação original, bem mais extensa e detalhada que o texto que terminou aprovado, continha diversos dispositivos que não vieram a integrar o texto final, dentre os quais se destacam: i) a distinção entre a investigação defensiva e a função de polícia judiciária, pois enquanto esta visa a apurar a prática de infrações criminais, aquela intenta obter informações voltadas aos interesses da defesa, podendo eventualmente contribuir com a apuração policial ou ministerial; ii) a desnecessidade de autorização legal expressa para o desempenho dessa atividade, na medida em que se insere na lógica do desempenho profissional e da tutela de interesses particulares; iii) a possibilidade de juntada dos elementos obtidos na investigação defensiva a qualquer tempo, sendo que o material já autuado até o momento da resposta à acusação ou defesa prévia deveria ser obrigatoriamente apresentado, salvo quando pendentes

⁵⁹⁴ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, mai./jun. 2012, p. 299.

⁵⁹⁵ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento nº 188/2018**. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

diligências ou quando verificado risco de frustração da eficácia das medidas em caso de divulgação; iv) a disciplina detalhada do inquérito defensivo, instrumento materializador da investigação levada a efeito pela defesa; e v) a possibilidade de intimação formal de testemunhas pelo advogado, bem como a prerrogativa de delas colher o compromisso legal de dizer a verdade sob as penas do crime de falso testemunho.

A proposição foi submetida ao conselho do órgão em 9 outubro de 2017 e, após debates no bojo da Comissão Especial de Estudos do Direito Penal, sob a relatoria do conselheiro federal Raimundo Palmeira (AL), foi pré-aprovada na reunião do dia 17 de abril de 2018, com algumas modificações. A respeito, anota Gabriel Bulhões⁵⁹⁶:

Com alguns ajustes e modificações, manteve-se o texto original em tudo quanto não houvesse inovação normativa, fazendo com que o conteúdo apenas delimitasse e especificasse aquelas prerrogativas legais e hipóteses já postas dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Posteriormente, o projeto foi remetido ao Pleno, onde, em 21 de maio de 2018, o relator Nilson Antônio Araújo dos Santos (AL), recomendou seu encaminhamento para a Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, onde a proposta foi examinada e recebeu parecer favorável à aprovação.

De volta ao Pleno, na sessão de dezembro de 2018, o projeto foi finalmente aprovado, com a redação atual, como Provimento 188/2008 do Conselho Federal da Ordem, com o escopo de regulamentar o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.

Esmiuçando o texto, a definição por ele adotada, em seu artigo 1º, descreve a investigação defensiva 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 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.

⁵⁹⁶ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva**: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 1. ed. Florianópolis: Ematis, 2019, p. 71.

Acerca do momento da investigação defensiva, indica o artigo 2º que ela pode ser desenvolvida em qualquer momento processual ou extraprocessual, ou seja:

[...] 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.

O artigo 3º, por sua vez, traz um rol exemplificativo das finalidades a que podem se destinar os elementos colhidos na investigação defensiva, a saber: pedido de instauração ou trancamento de inquérito; rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa; resposta à acusação; pedido de medidas cautelares; defesa em ação penal pública ou privada; razões de recurso; revisão criminal; *habeas corpus*; proposta de acordo de colaboração premiada; proposta de acordo de leniência; quaisquer medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal; e, ainda, o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária.

A doutrina assim enumera os propósitos que podem dirigir a realização da investigação direta pela defesa: i) coleta de informações que permitam a elucidação de fatos não apurados pela autoridade policial ou pelo Ministério Público; ii) complementação de aspectos que a vítima pretenda trazer à atenção da acusação; iii) coleta de informações que possam embasar contraditas aos fatos apurados na investigação oficial; iv) identificação do panorama probatório que pesa contra o acusado de modo a viabilizar uma melhor avaliação do seu comportamento na relação processual e da estratégia mais apropriada de reação à imputação⁵⁹⁷.

Ressalta-se, ainda, que não é finalidade da investigação defensiva elucidar fato criminoso, papel reservado à atividade policial e à persecução criminal⁵⁹⁸.

No artigo 4º, também de forma exemplificativa, são listadas algumas das diligências passíveis de ser empreendidas pelo advogado com vistas ao esclarecimento do fato, quais sejam, a colheita de depoimentos; a pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados; a determinação de elaboração de laudos e exames periciais; e a realização de reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição.

Nesse ponto, alerta a doutrina que a investigação defensiva, por ser espécie de investigação privada, não goza de imperatividade. Em outros termos, o defensor não conta com

⁵⁹⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 469.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 469.

poderes coercitivos no desempenho dessa atividade e, por isso, depende do consentimento do titular do direito para praticar certos atos, sendo que, encontrando algum obstáculo, poderá recorrer à autoridade judiciária⁵⁹⁹.

O parágrafo único do artigo 4º, por sua vez, destaca a possibilidade de o profissional valer-se de colaboradores para esses fins, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo.

O artigo seguinte trata dos deveres do advogado no desempenho dessa atividade, notadamente a preservação do sigilo das informações colhidas e o zelo pela dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas.

Por outro lado, o artigo 6º ressalta que o advogado e demais profissionais engajados na investigação estão isentos da obrigação de relevar às autoridades os fatos investigados.

Sobre esse ponto, paira discussão ainda em processo de amadurecimento. Antes do advento do provimento, já havia quem defendesse a prerrogativa do defensor de revelar os resultados de sua investigação apenas se julgasse conveniente e no momento considerado mais adequado à estratégia processual adotada⁶⁰⁰. Como regra, sua apresentação ocorreria durante a persecução prévia, a fim de evitar a deflagração da ação penal; contudo, haveria também a possibilidade de sua divulgação em momento diverso, com o intuito, por exemplo, de obter a absolvição do acusado em julgamento ou, ainda, de evitar medidas coercitivas de natureza física ou patrimonial⁶⁰¹. Em todo o caso, pela própria natureza de sua atuação, não estaria o defensor obrigado a revelar os elementos obtidos em sua investigação e nem mesmo a denunciar crime do qual tome conhecimento por meio dela⁶⁰².

Na doutrina portuguesa, dá-se destaque à audiência de julgamento como momento processual privilegiado para a contradição das teses acusatórias e demonstração da inocência do arguido, de sorte que pode ser oportuno para a defesa ter ainda reservados para essa fase certos fatos, circunstâncias e elementos que lhe possibilitem influir no objeto do processo, provocar dúvida sobre determinados fatos constitutivos da responsabilidade penal, explorar

⁵⁹⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 48.

⁶⁰⁰ Ibidem, p. 174. No mesmo sentido: “Natural é, portanto, que a defesa opte pelo carreamento da prova obtida para o processo penal, no tempo e pelo modo que forem mais convenientes para a prossecução eficaz dos interesses do arguido. Isto é, a Defesa Criminal prossegue um interesse próprio no processo penal, o qual poderá não ser exatamente coincidente com o interesse da aplicação da Justiça Penal ao caso concreto. Mais a mais quando – como repetidamente temos alertado – o processo penal corre contra os arguidos e contra os arguidos é conduzido em muitas circunstâncias.

⁶⁰¹ Ibidem, p. 175.

⁶⁰² Ibidem, p. 176.

teses alternativas sobre a matéria de fato e apresentar razões objetivas que descredibilizem as investigações oficiais⁶⁰³.

O artigo 6º estabelece, ainda, que eventual divulgação dos dados obtidos depende de autorização expressa do constituinte.

Nesse sentido, importa observar que a divulgação dos resultados da investigação defensiva deve ser avaliada junto ao interessado a partir de uma perspectiva da cooperação, da lealdade processual e do direito à não autoincriminação⁶⁰⁴.

Enfim, o artigo 7º define a atividade de que trata o provimento como privativa da advocacia e legítima manifestação do exercício da profissão, não estando sujeita à censura ou a impedimento pelas autoridades. Em que pese essa previsão legal, entende-se que a prerrogativa de desenvolver investigação defensiva se estende também às defensorias públicas, tema que será objeto de tópico próprio do presente trabalho. Nesse sentido, sustenta Franklyn Roger Alves Silva:

Talvez este seja o dispositivo mais problemático do Provimento da OAB. De fato, concordamos que a atividade de investigação defensiva seja restrita, mas não apenas à advocacia, mas também à Defensoria Pública. Isso implica dizer que o regramento proposto pela autarquia profissional não interfere e nem obsta a atuação da instituição pública de assistência jurídica, já que a OAB não tem poder normativo para limitar atividades desenvolvidas pela Defensoria Pública.⁶⁰⁵

A leitura do provimento, composto de apenas oito artigos, demonstra que se trata de um instrumento destinado a demarcar delineamentos gerais para o instituto, estabelecendo uma disciplina inicial e longe de ser exaustiva sobre o exercício da atividade pela advocacia⁶⁰⁶.

O texto, contudo, não supre a necessidade de estabelecimento de um marco legal que traga segurança jurídica à atividade investigativa defensiva e maior clareza acerca das prerrogativas daquele que a desempenha. A doutrina defende, ainda, a importância da elaboração, no âmbito de órgãos de classe, associações, institutos ou da academia, de códigos

⁶⁰³ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 26-27.

⁶⁰⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 477.

⁶⁰⁵ *Ibidem*, p. 521.

⁶⁰⁶ “[...] a minuta do Provimento n.º 188/2018-CFOAB pretendeu trazer balizas, sem engessar a atividade da investigação defensiva. Almejou-se fixar parâmetros, valores, métodos e técnicas, sem, por outro lado, ditar pormenorizadamente como deve ser ou não a atuação profissional da advocacia investigativa” (DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2019, p. 73).

deontológicos e de boas práticas para orientar os profissionais que pretendam empreender a investigação direta⁶⁰⁷.

4.6.2 Projeto de Lei 8.045/2010 (Reforma do Código de Processo Penal)

Os primeiros passos em direção à construção de uma disciplina legal para a matéria remontam ao ano de 2005, quando foi constituída comissão de juristas para a elaboração de um anteprojeto de reforma do estatuto processual penal. Nessa seara, teve importante papel na defesa da investigação defensiva o professor Jacinto Nelson Miranda Coutinho, que integrava o grupo, o que culminou com a inclusão, no texto do anteprojeto, de dispositivo que tratava da investigação direta pelo defensor⁶⁰⁸.

Assim é que o Projeto de Lei do Senado 156/2009 passou a conter, em seu artigo 14, a seguinte redação:

Art. 14. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoa.
Parágrafo único. As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas envolvidas.

Na Câmara dos Deputados, o texto passou a ser chamado de Projeto de Lei 8.045/2010, e o dispositivo supracitado foi renumerado e recebeu novos parágrafos:

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.
§1º As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas envolvidas.
§2º A vítima não poderá ser interpelada para fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento.
§3º Na hipótese do §2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista.
§4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discricção e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial.

⁶⁰⁷ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva**: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2019, p. 73.

⁶⁰⁸ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva como estratégia articuladora do sistema acusatório no Brasil. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 5, p. 357.

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

§6º As pessoas mencionadas no *caput* deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.

De saída, destaca-se que, na Câmara dos Deputados, foi inserida na redação do *caput* a expressão “defensor público”, contribuindo para dissolver a controvérsia acerca de uma possível exclusividade da advocacia para o exercício da atividade.

Gabriel Bulhões identifica como ponto mais controverso do projeto a assimilação da *teoria da canalização* no parágrafo 5º do artigo 13. Segundo o autor, essa teoria, de origem italiana, pressupõe que todo material probatório e indiciário em investigação defensiva, para adquirir validade, deverá passar pelo crivo da autoridade pública responsável pela investigação oficial. Com isso, sustenta, há um esvaziamento do instituto, bem como do seu potencial de obstar imputações injustas e violações indevidas da intimidade⁶⁰⁹.

Outra crítica de Bulhões diz respeito ao foco excessivo na inquirição de testemunhas, deixando sem regulamentação todas as outras possibilidades compreendidas na ideia de investigação defensiva⁶¹⁰.

Em 26 de abril de 2021, a Comissão Especial constituída no âmbito da Câmara dos Deputados para examinar o projeto promoveu alterações em diversos pontos do texto, inclusive o que trata da investigação defensiva, cuja disciplina foi ampliada.

Inicialmente, o projeto substitutivo conferiu nova redação ao artigo 13 do texto, que passou a prever: “O material produzido em investigação defensiva poderá ser juntado ao inquérito, a critério da autoridade policial, que fundamentará eventual indeferimento”.

Além disso, os artigos 44 a 49 do Código de Processo Penal passaram a tratar de outros aspectos da atividade, *in verbis*:

Art. 44. A investigação defensiva é realizada por advogado ou defensor público no exercício da ampla defesa do imputado cujos interesses são por eles patrocinados.

Art. 45. Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado ou defensor público, no exercício da ampla defesa técnica, com ou sem assistência de perito, consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, visando à produção de elementos informativos lícitos destinados exclusivamente à tutela defensiva.

Art. 46. Os elementos informativos produzidos em investigação defensiva podem instruir pedidos formulados em quaisquer medidas defensivas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

⁶⁰⁹ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva**: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 1. ed. Florianópolis: Ematis, 2019, p. 69.

⁶¹⁰ *Ibidem*, p. 66.

Art. 47. Poderá o advogado ou defensor público, na condução da investigação defensiva, promover diretamente diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento de determinado fato, em especial a coleta de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, elaboração de laudos e exames periciais por profissionais privados, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição e os procedimentos previstos na legislação de acesso à informação.

§1º. Na realização da investigação defensiva, o advogado ou defensor público poderá valer-se de profissionais, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo, que serão identificados. No caso de juntada de diligência realizada por tais profissionais aos autos da persecução penal, a qualificação dos referidos profissionais será mantida em sigilo, tendo acesso a tal informação apenas o juiz, a autoridade policial, o Ministério Público, o querelante e o assistente da acusação.

§ 2º O depoente receberá cópia das declarações prestadas.

§ 3º O advogado ou o defensor público poderá formular pedido de cooperação jurídica internacional à autoridade central brasileira, desde que haja previsão em acordo internacional ou promessa de reciprocidade.

Art. 48. Durante a realização da investigação defensiva, o advogado ou defensor público preservará o sigilo das informações colhidas e zelará pelos direitos e garantias das pessoas naturais ou jurídicas envolvidas, especialmente em relação à dignidade, privacidade, intimidade, direitos autorais, propriedade intelectual e segredo industrial, sob pena de responsabilização disciplinar, cível, administrativa e criminal.

Parágrafo único. O advogado, o defensor público e os outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade judicial ou policial os fatos investigados defensivamente.

Art. 49. A investigação e a utilização dos elementos informativos deverão ser solicitadas e autorizadas prévia e expressamente pela pessoa defendida.

Parágrafo único. O abuso do direito de defesa e a prática de atos de investigação defensiva em desacordo com o disposto nesta seção poderão configurar, isolada ou cumulativamente, ilícitos de natureza cível, disciplinar, administrativa e criminal.

Vale dizer que as ferramentas delineadas nos projetos citados, no entanto, não vieram refletidas na Lei 13.964/19, conhecida como Pacote Anticrime, que produziu uma série de alterações na legislação penal e processual penal vigente, de modo que, até o momento, a investigação defensiva permanece disciplinada apenas na seara administrativa.

4.7 DELINEAMENTOS PRÁTICOS

4.7.1 Forma da investigação defensiva

Definido o panorama normativo que rege a investigação direta pela defesa no ordenamento pátrio, há que se examinar as questões práticas implicadas na realização dessa atividade, a iniciar pela sua forma de documentação.

Nesse ponto, falta regulamentação clara acerca do modo de registro dos atos praticados, de modo a assegurar a confiabilidade dos elementos colhidos e a possibilidade de

sua utilização processual⁶¹¹. No entanto, recomenda a doutrina que todos os atos e diligências, após sua conclusão, sejam documentados na forma escrita⁶¹².

Analisando a investigação defensiva no contexto processual português, Francisco da Costa Oliveira defende a confecção de um *dossier de investigação da Defesa Criminal*, em que assumem particular importância, de um lado, a reunião física de suportes ou materiais probatórios e, de outro, o registro das informações pertinentes ao seu modo de coleção, análise, seriação, conservação e manuseamento, na medida em que a origem e o tratamento desses elementos poderão ser determinantes para o bom desempenho da estratégia defensiva⁶¹³.

Segundo André Augusto Mendes Machado, caso a apresentação do resultado da investigação defensiva ocorra durante a persecução prévia, deverá ser constituído o fascículo do defensor, a ser mantido sob sigilo junto ao ofício judicial até a conclusão da instrução preliminar e, posteriormente, apensado aos autos da investigação pública⁶¹⁴.

Franklyn Roger Alves Silva defende que a atividade investigativa deverá se desenvolver no bojo de um procedimento denominado inquérito defensivo, conduzido por advogado, mediante regulamentação do Conselho Federal da OAB, com base no artigo 54, V, da Lei 8.906/1994, ou pela Defensoria Pública, por meio de órgão de atuação com atribuição definida pelo seu Conselho Superior, amparado no artigo 102, §1º, da Lei Complementar 80/1994⁶¹⁵. Desse inquérito próprio resultaria um instrumento semelhante ao *fascicolo del difensore* do direito italiano, instruído com as diligências praticadas pelo defensor e pelos profissionais de suporte, cujo acesso seria franqueado ao delegado de polícia, ao Ministério Público ou ao juiz de garantias ao final da investigação e que serviria para subsidiar a formação da *opinio delicti* do órgão acusatório⁶¹⁶.

Gabriel Bulhões, por sua vez, sugere a adoção dos Autos de Investigação Defensiva (AID) como modelo possível de documentação por meio de uma metodologia minimamente

⁶¹¹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 174.

⁶¹² DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2019, p. 133.

⁶¹³ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 63.

⁶¹⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 175.

⁶¹⁵ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 457.

⁶¹⁶ *Ibidem*, p. 455.

padronizada⁶¹⁷. Nessa esteira, assinala que a versão original do texto que deu origem ao Provimento 188/2018 do CFOAB trazia a exigência mínima dos seguintes documentos: i) capa dos Autos de Investigação Defensiva⁶¹⁸; ii) portaria ou termo de instauração⁶¹⁹; e iii) relatórios, tanto das diligências empreendidas como do resultado final da investigação⁶²⁰. Ainda, segundo o autor, as peças devem ser juntadas aos autos em ordem cronológica, com as folhas numeradas em ordem crescente, devendo cada diligência produzir um resultado documental para ser anexado aos Autos de Investigação Defensiva (AID) e, posteriormente, se o caso, aos autos da ação penal⁶²¹.

Destaca-se que a minuta original do texto que deu origem ao Provimento 188/2018 continha a expressa previsão de instrumento designado como “inquérito defensivo” enquanto modelo não obrigatório, mas recomendável, com vistas a uma mínima padronização da metodologia investigativa.

4.7.2 Momento da investigação defensiva

O artigo 2º do Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB define de forma ampla o escopo temporal da investigação defensiva, dispondo que ela poderá ocorrer desde a etapa da investigação preliminar até o momento de eventual revisão criminal⁶²².

⁶¹⁷ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva**: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2019, p. 132.

⁶¹⁸ “Quanto à capa, pois, tem-se que deverá conter, no mínimo: (i) área da advocacia da respectiva causa, notadamente a ‘CRIMINAL’; (ii) cidade onde fica a sede do escritório contratado; (iii) a numeração única dos Autos de Investigação Defensiva (AID) em trâmite no escritório profissional; (iv) a identificação profissional completa, abarcando nome completo, endereço e número de registro profissional junto à OAB; (v) a data de instauração dos Autos de Investigação Defensiva (AID), devendo apresentar, pelo menos, o mês e o ano de instauração” (Ibidem, p. 136).

⁶¹⁹ “Ainda na linha da proposição inicialmente feita ao CFOAB, os Autos de Investigação Defensiva (AID) deverá ser formalizado por meio de Termo lavrado pelo próprio advogado, o qual deve conter, no mínimo: (i) a qualificação completa do constituinte; (ii) a qualificação completa da(s) pessoa(s) física(s) e/ou jurídica(s) a quem o fato é atribuído, se for caso; (iii) a data, a hora e o local em que o advogado resolveu instaurar os Autos de Investigação Defensiva (AID); (iv) a causa, com toda a descrição possível; (v) as medidas que se almeja tomar inicialmente; e (v) o nome completo, endereço profissional e número de registro na OAB do advogado instaurador” (Ibidem, p. 134).

⁶²⁰ Ibidem, p. 134.

⁶²¹ “Em resumo, para o esclarecimento do fato objeto da investigação defensiva, deverão ser colhidas todas as provas permitidas pelo ordenamento jurídico, com a juntada das peças em ordem cronológica de apresentação, com suas folhas devidamente numeradas em ordem crescente, devendo cada diligência produzir um resultado documental para ser autuado aos Autos de Investigação Defensiva (AID) e, posteriormente, a eventual processo judicial” (Ibidem, p. 136).

⁶²² “Como a disciplina do atual CPC deu fim ao procedimento cautelar autônomo e, por consequência, da própria justificação, o processo penal ficou desamparado de um instrumento capaz de produzir a documentação de determinado fato ou relação jurídica. A dita supressão, a nosso ver, não cria um obstáculo, já que continua

Antes mesmo do advento do Provimento 188/2018, já alertava a doutrina para a necessidade de notificação do imputado quanto à instauração da investigação pública, ressalvadas hipóteses excepcionais de sigilo, de modo a possibilitar à defesa o desenvolvimento de investigação própria em qualquer estado e grau da persecução criminal, segundo a estratégia adotada⁶²³.

Mais ainda, essa pesquisa independente poderia ocorrer antes mesmo da instauração formal de persecução oficial, em razão, por exemplo, da suspeita da sua iminência. Trata-se, segundo André Augusto Mendes Machado, da hipótese de investigação defensiva preventiva que, entretanto, está limitada à prática de atos que prescindam da intervenção da autoridade judiciária⁶²⁴.

Na mesma direção, Franklyn Roger Alves Silva defende que o inquérito defensivo poderá se desenvolver “desde a prática do resultado naturalístico e enquanto couber qualquer meio de impugnação à decisão judicial que tenha apreciado o fato ou até mesmo após o trânsito em julgado e durante o cumprimento de pena”⁶²⁵.

Assim, seria possível identificar quatro momentos distintos em que há espaço para a investigação defensiva: i) após o cometimento do delito e antes do início da investigação criminal oficial; ii) de modo concomitante à investigação pública; iii) em paralelo ao trâmite do processo penal, em qualquer fase ou grau de jurisdição; e iv) após o trânsito em julgado da ação penal⁶²⁶.

Essa amplitude temporal está relacionada com as diversas finalidades a que a investigação do defensor pode se dirigir, exemplificadas no artigo 3º do Provimento, *in verbis*:

Artigo 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;

permitida a utilização de expedientes procedimentais para a coleta de elementos que instruirão a Revisão Criminal, a exemplo da ata notarial e da produção antecipada” (SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 464).

⁶²³ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 172.

⁶²⁴ Ibidem, p. 173.

⁶²⁵ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 462.

⁶²⁶ Ibidem, p. 463.

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.

A essas finalidades, é possível acrescentar as seguintes: i) influenciar a formação de juízo de absolvição sumária, a partir da demonstração da ocorrência de uma circunstância fática apta a afastar a tipicidade, a ilicitude, a culpabilidade⁶²⁷ ou a punibilidade do fato; ii) persuadir a autoridade investigante acerca da atribuição ou refutação da condição de indiciado ou imputado no inquérito policial ou outro procedimento investigatório, conforme se trate de investigação em favor do imputado ou da vítima; iii) provocar a atribuição ou negação da condição de autor do fato nos procedimentos de competência dos Juizados Especiais Criminais, seara em que os elementos reunidos no termo circunstanciado tendem a ser bastante escassos, tornando decisiva a atuação do defensor no sentido de contribuir com novas informações que favoreçam o defendido; iv) manejar, além das ações de *habeas corpus*, já contempladas no provimento, também as de mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, ação popular e ação civil pública, quando adequadas à tutela dos interesses do representado; v) exercer atividades de *compliance*, na esfera empresarial; vi) demonstrar ofensas a direitos individuais do preso condenado ou provisório; vii) evidenciar violação a direitos individuais no âmbito do sistema de justiça criminal, em qualquer de suas agências⁶²⁸.

Daí se conclui que não há simetria ou paralelismo necessários entre a investigação oficial, materializada em inquérito policial (ou procedimento análogo) e a investigação defensiva. Nada obsta que esta seja empregada, por exemplo, durante a instrução probatória, com vistas a alçar ao juiz do caso elementos que possam contribuir para a formação de seu convencimento pela condenação ou absolvição do acusado, ou ainda para provocar ou afastar a aplicação ou manutenção de medidas cautelares vigentes durante essa etapa, sejam de ordem

⁶²⁷ Exceto no caso de exclusão da culpabilidade calcada na imputabilidade, que conduz à absolvição imprópria com a aplicação de medida de segurança, por vezes tão ou mais gravosa que a pena, considerando-se sua duração por tempo indeterminado.

⁶²⁸ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva como estratégia articuladora do sistema acusatório no Brasil. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 5, p. 360-362.

peçoal ou material⁶²⁹. Óbice, não há, tampouco, a que os resultados da investigação defensiva sejam encaminhados ao Ministério Público, a fim de subsidiar seu juízo acerca do oferecimento da denúncia ou arquivamento do inquérito policial, bem como acerca do enquadramento típico fato sob escrutínio.

4.7.3 Prerrogativas e limitações do defensor

Para Gabriel Bulhões, desde que respeitadas os tratados internacionais de direitos humanos, as normas do bloco constitucional, as leis e deveres ético-administrativos, a advocacia dispõe de ampla autonomia para desenvolver a atividade de investigação defensiva, uma vez que ao particular é permitido fazer tudo aquilo que não for proibido⁶³⁰. Isso porque se trata de uma atividade privada – ainda que essencial à justiça e detentora de um *múnus* público – de modo que, mesmo na ausência de regulamentação minuciosa, pode o advogado se valer de todas as ferramentas legais disponíveis para a captação e documentação de informações consideradas relevantes⁶³¹.

Por outro lado, o autor destaca que o advogado se sujeita, em sua atuação investigativa, a limites de natureza constitucional (como os sigilos telefônico, telemático, fiscal, bancário, de correspondência e a inviolabilidade domiciliar); legal (como os estabelecidos pela Lei Federal 8.096, de 4 de julho de 1994, como a lei de regência da advocacia e da OAB); e administrativas (como o Código de Ética e Disciplina da OAB e demais resoluções e provimentos)⁶³².

Em sentido análogo, defende Francisco da Costa Oliveira que:

[...] excepto quando tal lhe seja vedado por lei ou por decisão proferida por autoridade legalmente competente, o arguido e o seu defensor poderão livremente investigar factos e circunstâncias, aceder ao local do crime e examiná-lo, entrevistar testemunhas, consultar e copiar documentação a que tenham acesso, guardar bens de sua posse ou propriedade, etc.⁶³³

⁶²⁹ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva como estratégia articuladora do sistema acusatório no Brasil. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 5, p. 361.

⁶³⁰ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2019, p. 66.

⁶³¹ *Ibidem*, p. 87.

⁶³² *Ibidem*, p. 93-94.

⁶³³ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 32.

Já André Augusto Mendes Machado defende que, em homenagem ao princípio da paridade de armas, o defensor deve possuir poderes investigatórios equivalentes aos dos órgãos públicos. No entanto, sobre ele também devem incidir os limites que recaem sobre a investigação pública, especialmente no que diz respeito à exigência de prévia autorização judicial para a adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais. Além destas, a investigação defensiva estaria sujeita às restrições decorrentes da ausência de poder de polícia de que gozam os órgãos oficiais, de modo que certas diligências só poderiam ser levadas a cabo com o consentimento do titular do direito. Em síntese, para o autor, no bojo da investigação defensiva, “deve ser permitida ao defensor a prática de qualquer atividade investigatória típica ou atípica, desde que não viole preceitos constitucionais e legais e exista a concordância do titular do direito”⁶³⁴.

Distingue-se, nesse quadro, a prática de atos repetíveis e não repetíveis. Quanto aos primeiros, a atividade investigatória do defensor seria ampla, na medida em que podem ser refeitos na fase judicial; já quanto aos últimos, haveria a necessidade de se assegurar o exercício do contraditório por meio da instalação de incidente probatório nos autos da investigação pública, sendo que o resultado do ato deveria, necessariamente, integrar os autos do procedimento criminal⁶³⁵.

4.7.4 Procedimento e diligências possíveis

Conforme já elucidado, a matéria carece de regulamentação legislativa, e mesmo de uma disciplina mais detalhada em nível administrativo – o que, em certa perspectiva, pode representar alguma vantagem posicional para a defesa, no seguinte sentido:

[...] a investigação particular não tem necessariamente por objetivo a descoberta da verdade, por muito que esse possa ser um seu objetivo intermédio, nem tem de se submeter às finalidades e às atribuições que vinculam as autoridades judiciárias e os órgãos de polícia criminal nas suas investigações officiosas, quanto ao apuramento de todos e quaisquer factos relevantes, como já dissemos. Acresce que a investigação particular pode desenrolar-se sem a submissão a quaisquer regras procedimentais ou de divisão de competências, o que lhe poderá conferir maior fluidez e agilidade.⁶³⁶

⁶³⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 173.

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 174.

⁶³⁶ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 58-59.

Nada obstante, a doutrina tem proposto a divisão do rito da investigação defensiva em três momentos, como se passa a elucidar⁶³⁷.

O primeiro deles corresponde à fase da investidura, no qual serão praticados os atos de investidura por meio dos quais o interessado e o defensor estabelecerão o vínculo de assistência. Também é a oportunidade em que o profissional entrevistará reservadamente o seu constituinte, a fim de colher as informações iniciais necessárias para o desempenho do seu encargo.

Num segundo momento, inicia-se a fase de coleta de provas, em que o defensor e, se o caso, sua equipe, praticarão todas as diligências necessárias para a arrecadação das informações que interessam à sua estratégia.

Por fim, a terceira fase é a de conclusão da investigação, encerrada com a formalização dos atos praticados e das informações colhidas em um breve relatório a ser apresentado ao interessado.

A inteligência obtida a partir desse percurso, segundo Franklyn Roger Alves Silva, permite à defesa construir teses baseadas nos fatos apurados; avaliar a força probatória dessas teses; traçar a estratégia defensiva mais adequada ao caso; avaliar a oportunidade e conveniência de institutos despenalizadores e proposta de acordo; antecipar a descoberta de conflitos de interesses entre imputados; e, por fim, capacitar a defesa para confrontar a validade das provas acusatórias⁶³⁸.

De maneira semelhante, Jeremy Lee Pennington enumera os seguintes passos a serem observados pelo defensor ao empreender investigação direta: i) a definição do escopo da investigação; ii) a coleta de dados; iii) a construção de um modelo a partir dos dados coletados; iv) a análise de todas as fontes identificadas; v) a formulação de um diagnóstico a partir da análise empreendida⁶³⁹.

Quanto aos atos que podem ser praticados no âmbito da investigação defensiva, Franklyn Roger Alves Silva observa que poderão ser empregados todos os meios de coleta de informações que sejam moralmente legítimos, ainda que não previstos expressamente em lei⁶⁴⁰.

⁶³⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 466-468.

⁶³⁸ Ibidem, p. 470.

⁶³⁹ PENNINGTON, Jeremy Lee. *Criminal defense investigation: theory, practice and methods*. Ironton: Pennington & Associates Ltds., 2016, p. 70, apud SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 471-472.

⁶⁴⁰ Ibidem, 2019, p. 483.

A redação original do projeto de regulamentação da matéria no âmbito da OAB, que deu origem ao Provimento 188/2018, continha título específico dedicado à explicitação (não exaustiva) das técnicas de investigação defensiva, que contemplava: i) a busca por informações públicas em sítios da internet; ii) a requisição de informações a instituições públicas ou que exerçam funções públicas; iii) a intimação e oitiva de testemunhas; iv) a realização de perícias; e v) a contratação dos serviços de detetive particular. Tais disposições, contudo, foram suprimidas do texto final da normativa, que encampou uma disciplina mais genérica do tema.

A seguir, aborda-se algumas das medidas à disposição da defesa no desempenho do múnus investigativo, ressaltando que essa enumeração não exclui a possibilidade de adoção de outras providências consideradas adequadas à tutela dos interesses da pessoa defensiva.

4.7.4.1 Oitiva de testemunhas

De saída, destaca-se a possibilidade de *colheita e registro de declarações* de pessoas que possam contribuir com a elucidação do fato⁶⁴¹. Ocorre que, conquanto o comparecimento em juízo para prestar depoimento seja obrigatório para qualquer pessoa apontada como testemunha em um processo, igual obrigação não se aplica à investigação defensiva, visto que o defensor não dispõe de poder coercitivo para intimar testemunhas. Assim, enquanto não sobrevier norma legal que estabeleça esse dever, a documentação unilateral de depoimentos pelo defensor dependerá da colaboração das pessoas que se pretenda ouvir⁶⁴².

Segundo Franklyn Roger Alves Silva, a coleta de informações orais pode se dar de duas maneiras: por meio de entrevista informal realizada pelo defensor ou membro de sua equipe ou, ainda, pela oitiva revestida de maiores formalidades realizada somente pelo advogado ou defensor público, mediante convite de comparecimento⁶⁴³.

Gabriel Bulhões afirma que a oitiva das testemunhas deve ser realizada no escritório profissional ou em outro ambiente condigno com a profissão, devendo ser integralmente registrada em meio audiovisual, cujo resultado será armazenado em suporte de mídia digital ao

⁶⁴¹ “No cotidiano da atuação criminal esse tipo de documentação unilateral é largamente utilizado pela defesa a respeito de declarações relativas ao comportamento e à personalidade do imputado (os chamados testemunhos de caráter). Em sede de violência doméstica, também é comum a documentação do testemunho da vítima com o intento de não ver o cônjuge processado e requerer a designação da audiência prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/2006” (SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 484).

⁶⁴² Ibidem, p. 485-486.

⁶⁴³ Ibidem, p. 486.

qual se anexará o termo de comparecimento voluntário e consciente, ou documento equivalente⁶⁴⁴.

Quanto à possibilidade de seccionamento dos resultados obtidos, o autor distingue a possibilidade de *selecionar* os elementos de informação relevantes para a estratégia defensiva, descartando os demais, esta compreendida na esfera de disponibilidade do defensor, das utilizações criminosas consistentes em *deturpar, falsear, adulterar* ou *manipular* os dados, visando a induzir outrem em erro, hipótese em que estará sujeito à responsabilização inclusive na esfera criminal⁶⁴⁵.

Ainda, Gabriel Bulhões destaca a importância de se alertar o depoente, preferencialmente com registro audiovisual, sobre: i) a possibilidade de falar na presença de advogado de sua confiança; ii) a possibilidade de se negar a responder no todo ou em parte; iii) o direito de não se autoincriminar; e iv) o dever da verdade caso opte por depor. O registro deverá conter, ainda, a qualificação completa da testemunha, bem como a manifestação da voluntariedade do comparecimento⁶⁴⁶.

Muito embora essa coleta de depoimentos não tenha a mesma força cogente das oitivas realizadas nos termos do artigo 206 do Código de Processo Penal, e assim por falta de previsão legal, defende Franklyn Roger Alves Silva que, se optar por comparecer, ela não poderá se escusar da obrigação de prestar declarações, exceto se for ascendente ou descendente, afim em linha reta, cônjuge, ainda que desquitado, irmão, pai, mãe ou filho adotivo da vítima, ou na hipótese em que deter informações em razão da função, ministério, ofício ou profissão e no caso de autoincriminação⁶⁴⁷.

Sem prejuízo da possibilidade de inquirição unilateral, poderá a defesa, também, indicar testemunhas a serem ouvidas no curso do inquérito policial⁶⁴⁸.

⁶⁴⁴ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva**: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2019, p. 120-121.

⁶⁴⁵ Ibidem, p. 121.

⁶⁴⁶ Ibidem, p. 122.

⁶⁴⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 487.

⁶⁴⁸ Ibidem, p. 489.

4.7.4.2 Requisição de documentos e informações

No caso de investigação empreendida por defensor público, por força do artigo 128, X, da Lei Complementar 80/1994, também há a possibilidade de *requisição de documentos e informações* pelo defensor. Trata-se de ato administrativo dotado de imperatividade, autoexecutoriedade e presunção de legitimidade, que prescinde de controle judicial prévio para produzir efeitos – ou seja, a partir de sua expedição, o ato de requisição se reveste de autoridade para fazer nascer, para o agente requisitado, a obrigação de fornecer a informação ou providência solicitada⁶⁴⁹.

Diante disso, Franklyn Roger Alves Silva defende a edição de norma que conceda também aos advogados equivalente prerrogativa de requisitar certas informações no âmbito da defesa no processo penal, tal como ocorre em relação à Defensoria Pública e ao Ministério Público⁶⁵⁰.

Tal previsão constava de forma expressa na minuta original do Provimento 188/2018 do CFOAB, que assegurava ao advogado o acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública, por meio de ofício ou outro documento equivalente. Contudo, o dispositivo em questão acabou excluído na versão aprovada.

Na hipótese de o defensor se deparar com dificuldades para obter acesso a informações ou documentos, poderá se socorrer da via judicial, seja por meio de mandado de segurança ou *habeas data*, conforme o caso⁶⁵¹.

4.7.4.3 Realização de exames e perícias

A atuação do perito no âmbito da atividade investigativa da defesa poderá se dar na qualidade de assistente técnico, após a conclusão dos laudos oficiais, para fins de contraprova (artigo 150, §3º, do CPP), ou de forma totalmente autônoma e independente da existência de qualquer perícia oficial⁶⁵².

⁶⁴⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 494.

⁶⁵⁰ Ibidem, p. 496.

⁶⁵¹ Ibidem, p. 497.

⁶⁵² DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Ematis, 2019, p. 127.

No contexto da investigação desenvolvida com vistas ao ajuizamento de revisão criminal, por exemplo, a apresentação de laudos e relatórios técnicos obtidos de forma independente, e que se contraponham às conclusões dos peritos oficiais que oficiaram no processo, pode ser decisiva para a admissão e o êxito da demanda.

Embora tenha sido excluída durante a tramitação do Provimento 188/2018, o dispositivo segundo o qual as perícias, no âmbito da investigação defensiva, deveriam ser realizadas por profissional técnico habilitado em seu respectivo conselho profissional, tal cautela merece ser observada a fim de se assegurar a admissão e a credibilidade dos resultados da diligência.

Gabriel Bulhões enumera, sem pretensão exauriente, o seguinte rol de possibilidades periciais no bojo da investigação defensiva⁶⁵³:

- (i) físicas, à exemplo da reconstituição de velocidade em crimes de trânsito; (ii) químicas, à exemplo da indicação de quesitos específicos na produção do laudo toxicológico acerca da substância apreendida em crimes relacionados às drogas; (iii) físico-químicas, à exemplo da aplicação de luminol em cenas de crimes para a identificação de manchas e/ou vestígios de sangue; (iv) eletrônicas, à exemplo da perícia técnica para exploração de arquivos em determinado aparelho celular ou outro equipamento; (v) contábil-financeira; (vi) perícias digitais as mais diversas, ou qualquer outra que se afigure possível/necessária ao caso concreto.

Não se desconhece que a maior parte das provas periciais previstas em nosso ordenamento não dependem da participação do acusado ou da defesa. Também não se ignora a dificuldade adicional que recai sobre o defensor em razão da insuficiência de recursos materiais para providenciar elementos técnicos para subsidiar seus argumentos⁶⁵⁴.

Há, no entanto, experiências bem-sucedidas e ferramentas disponíveis nesse campo que merecem referência: i) na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a Coordenadoria do Programa DNA, órgão ao qual compete realizar exames para investigação de filiação (Resolução DPGE 669/2012), é utilizado por defensores públicos criminais atuantes na assistência de acusação, para fins de confecção de exames genéticos em exumações para confirmação da identificação de vítimas, diante da dúvida a respeito do resultado pericial da polícia judiciária⁶⁵⁵; ii) no estado de São Paulo, foi editada a Portaria do Diretor Técnico de

⁶⁵³ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva**: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 1. ed. Florianópolis: Ematis, 2019, p. 127.

⁶⁵⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 497.

⁶⁵⁵ *Ibidem*, p. 499.

Departamento do IML, em 28 de novembro de 2017, permitindo que os médicos legistas possam realizar exames periciais e emitir laudos a pedido da Defensoria Pública⁶⁵⁶; iii) a Coordenação de Engenharia da DPE/RJ, que possui atribuição para confeccionar plantas de situação de imóveis para fins de ajuizamento de ação de usucapião, detém conhecimento técnico que pode ser utilizado em benefício de defensores, atuando em casos criminais que demandem essa *expertise*, como aqueles que envolvem desastres e desabamentos⁶⁵⁷; iv) ainda, no âmbito da DPE/RJ, a Resolução 319/2005 institui, no âmbito do Núcleo de Defesa do Consumidor, a Comissão de Defesa do Consumidor Superendividado, cujo suporte técnico também pode servir à defesa em crimes tributários e econômicos, possibilitando que o defensor contradite, com argumentos qualificados, documentos elaborados por órgãos de fiscalização como o COAF, o INSS e a Receita Federal⁶⁵⁸.

Quando não houver órgão de apoio semelhante aos citados na estrutura da Defensoria Pública, como é frequente ocorrer, surge a possibilidade de celebração de convênios com conselhos profissionais e universidades, como modo de contornar a insuficiência de recursos próprios⁶⁵⁹.

Em todo caso, é fundamental garantir a participação do acusado e de seu defensor na produção das provas periciais de natureza cautelar, especialmente quando forem irrepetíveis, de modo a oportunizar a apresentação de quesitos e o questionamento do método adotado para a realização da perícia⁶⁶⁰.

4.7.4.4 Realização de inspeções e vistorias

No que diz respeito à inspeção de local, Franklyn Roger Alves Silva discorre que a previsão do artigo 6º, inciso I, do Código de Processo Penal deve ser compatibilizada com a investigação defensiva, surgindo daí duas possibilidades: a defesa pode aguardar a chegada da autoridade policial e acompanhar os trabalhos da perícia oficial ou, ainda, pode realizar desde logo a inspeção, contanto que se preserve o local⁶⁶¹.

⁶⁵⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 499.

⁶⁵⁷ *Ibidem*, p. 502.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 502-503.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 502.

⁶⁶⁰ *Ibidem*, p. 503.

⁶⁶¹ *Ibidem*, p. 505.

Nesse sentido, poderá a defesa proceder ao registro audiovisual do local e tomar apontamentos, sem alterar o local. É recomendável que pratique tais diligências acompanhada de pessoa que sirva de testemunha instrumentária e que não integre a equipe da investigação defensiva ou mantenha relação de proximidade com os envolvidos⁶⁶².

De modo semelhante, Gabriel Bulhões sustenta a possibilidade de o profissional realizar vistorias de coisas às quais tenha acesso e inspeções em locais públicos e privados, desde que consentidos, ainda que abrangidos pela expressão “domicílio”⁶⁶³.

Acerca da importância da visita ao local do crime no contexto da investigação levada a cabo pela defesa, esclarece Francisco da Costa Oliveira:

Naturalmente, mais do que buscar inspiração metafísica naqueles locais como por vezes se representa na ficção policial e para além da recolha de possíveis vestígios ou sinais do crime, a investigação no local do crime visa testar hipóteses, registrar condicionantes físicas da actuação, assim como eliminar à partida pontos de vista errôneos sobre a realidade imaginada acerca dos factos.

De resto, a própria pesquisa das testemunhas oculares ou presenciais incide vulgarmente na vizinhança do local do crime, bem como a pesquisa das testemunhas circunstanciais que possam ajudar a esclarecer o que é que vulgarmente ocorre nas redondezas e qual o significado de determinados aspectos físicos do local.

Uma dada disposição de móveis numa habitação, por exemplo, poderá fornecer dados sobre as rotinas e os hábitos dos seus habitantes; uma dada frequência de um jardim público a certas horas e dias da semana poderá, por outra parte, estabelecer as condicionantes da actuação dos agentes do crime; uma dada configuração morfológica de terrenos poderá implicar a impossibilidade de o crime ter sido cometido de certa forma; e por aí adiante.⁶⁶⁴

Nada impede, também, que o defensor solicite de entidade pública ou privada o acesso a imagens de câmeras de vigilância quando elas puderem fornecer elementos relevantes para a estratégia defensiva. Ocorre que, por não estar revestida tal solicitação de cogência ou poder de polícia, essa colaboração dependerá da voluntariedade da pessoa física ou jurídica demandada.

Acrescenta-se que, consoante previa-se na redação inicial da proposta de regulamentação da matéria analisada pela OAB/RN, que redundou na aprovação do Provimento 188/2018 no CFOAB, caso não haja anuência do proprietário ou possuidor da coisa ou local com a realização da inspeção ou vistoria, será necessário requisitar autorização para tanto à autoridade judiciária.

⁶⁶² SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 505.

⁶⁶³ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2019, p. 125.

⁶⁶⁴ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 78.

4.7.4.5 Apoio de especialistas e equipes multidisciplinares

O defensor, em sua atividade investigativa, poderá se servir de *depoimentos de especialistas e apoio de equipes multidisciplinares*, a fim, por exemplo, de obter suporte para a contestação de laudos ou, ainda, para subsidiar atuação na qualidade de assistente de acusação. Os profissionais de apoio também poderão colaborar produzindo análises e relatórios sobre as informações técnicas colhidas pela defesa⁶⁶⁵.

4.7.4.6 Contratação de serviços de detetive particular

Aponta-se, também, como diligência possível no âmbito de investigação defensiva, a contratação dos serviços de detetive particular, nos termos da Lei Federal 13.432/2017, que disciplinou a profissão. Nesse caso, ao final da investigação ou encerrado o prazo pactuado para a consecução dos serviços, recomenda a doutrina que o detetive forneça relatório circunstanciado sobre os dados coletados, dele fazendo constar a descrição dos procedimentos técnicos adotados; os resultados obtidos; a indicação das providências legais a adotar; e, ainda, a data, a identificação completa do profissional e sua assinatura, com firma reconhecida em cartório⁶⁶⁶.

Na minuta de regulamentação da investigação defensiva apresentada à OAB pela Comissão de Advogados Criminais da Seccional do Rio Grande de Norte, previa-se uma série de situações acerca das quais o detetive particular poderia colher dados e informações, tais como o cometimento de infração administrativa ou descumprimento contratual; a prática de conduta lesiva à saúde ou à integridade física de pessoa; questões familiares, conjugais e de filiação; e o desaparecimento e paradeiro de pessoa ou animal. Embora esse rol de possibilidades não tenha sido incluído na redação final do Provimento 188/2018, ele revela quão amplo pode ser o escopo de atuação desse profissional na seara da investigação defensiva.

⁶⁶⁵ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 507.

⁶⁶⁶ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2019, p. 129.

4.7.4.7 Atas notariais

Outra ferramenta à disposição da investigação defensiva são as *atas notariais*, previstas no artigo 7º, III, da Lei 8.935/1994, e mais recentemente incorporadas ao Código de Processo Civil, em seu artigo 384. Trata-se de uma forma eficiente de conferir credibilidade a elementos imateriais, como áudios de aplicativos de comunicação, com a vantagem adicional de possibilitar o registro também dos metadados dos arquivos em questão, ou seja, aqueles que indicam informações como localização, máquina de origem, data e horário de sua criação e armazenamento⁶⁶⁷.

Importa destacar que, na forma do artigo 405 do CPC, “o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe da secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram na sua presença”. Assim, o defensor poderá se valer da ata notarial para documentar com segurança a declaração feita por alguém na presença do tabelião. No entanto, tendo em vista o alto custo das taxas e emolumentos para confecção de atas notariais, Gabriel Bulhões aponta como alternativa, nessa hipótese, a redução a termo da declaração, seguida da obtenção de cópia autenticada em cartório com a aposição do reconhecimento da firma da testemunha⁶⁶⁸.

4.7.4.8 Notificações extrajudiciais

A notificação extrajudicial pública constitui ferramenta cartorária que permite intimar, solicitar informações ou entregar ofício por meio de oficial de notas, o qual lavrará certidão circunstanciada do ato, revestida de fé pública. No caso das notificações privadas, recomenda-se que sejam entregues por meio de carta com aviso de recebimento⁶⁶⁹.

No entanto, em ambas as hipóteses, é aconselhável que o profissional, por cautela, faça constar na notificação informações como a data de envio; o nome completo do advogado requisitante; o endereço profissional; suas informações de contato eletrônico e/ou telefônico; o número de inscrição na seccional da OAB do advogado solicitante; o objeto da solicitação,

⁶⁶⁷ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva**: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. 1. ed. Florianópolis: Ematis, 2019, p. 114.

⁶⁶⁸ Ibidem, p. 116.

⁶⁶⁹ Ibidem, p. 123.

contendo a delimitação da informação que se almeja; as razões que fundamentam a solicitação; e um prazo razoável para o seu cumprimento.

4.7.4.9 Acesso aos bancos de dados públicos

Em muitos casos, podem ser de utilidade para a defesa as certidões públicas disponibilizadas por determinados órgãos, como os tribunais estaduais e federais, a Receita Federal, as forças militares, o Banco Nacional de Mandados de Prisão e, ainda, os cartórios, que podem expedir certidões de atos e documentos que constem em seus registros e papéis⁶⁷⁰.

O acesso às informações cartorárias e registros públicos encontra fundamento no direito de petição e de certidão (artigo 5º, XXXIV, “a” e “b”, da CF), na Lei 8.935/1994 (artigo 11, VII, e artigo 13, III) e na Lei 6.015/1973 (artigos 16, 17, 19 e 20)⁶⁷¹.

Ademais, são amplas as possibilidades que se abrem para a investigação defensiva a partir Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), dentre as quais Alexandre Morais da Rosa destaca as seguintes⁶⁷²:

- i) requerer ao Ministério Público que indique há investigação em curso em desfavor do requerente;
- ii) solicitar informações sobre o histórico de policiais e servidores públicos a fim de averiguar a credibilidade do depoimento;
- iii) solicitar informações sobre a localização das viaturas e celulares oficiais utilizados em abordagens, a partir de dados de GPS;
- iv) obter a integridade dos registros de interceptações telefônicas;
- v) apurar se alguma testemunha, prova ou diligência foi realizada e não materializada nos autos;
- vi) questionar a existência de investigação ou interceptação telefônica a partir de cujas informações sobreveio causa para flagrante, a fim de zelar pelo direito ao juiz natural.

Gabriel Bulhões traz, ainda, algumas recomendações de boas práticas para o profissional que pretenda solicitar informações com base na Lei de Acesso à Informação, como: i) utilizar-se preferencialmente de ofício ou outro documento formalizado, fundamentando o pleito na Lei 12.527/11; ii) solicitar dados relativos a um lapso de tempo delimitado; iii) ser o

⁶⁷⁰ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 26, n. 150, p. 166, dez. 2018, apud SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 509.

⁶⁷¹ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Ematis, 2019, p. 113.

⁶⁷² ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5. ed. Florianópolis: Ematis, 2019, p. 626-627.

mais claro e específico possível quanto às informações pretendidas; e iv) solicitar apenas o que for necessário para a pesquisa⁶⁷³.

Ressalta-se que, com relação à Defensoria Pública do Distrito Federal, a Lei Complementar 132/2009 conferiu a seus membros a prerrogativa de acesso a qualquer banco de dados de caráter público, bem como a locais que guardem pertinência com suas atribuições (artigo 89, XVI, da LC 80/1994). Embora disposição semelhante não tenha sido prevista para a Defensoria Pública da União e para as defensorias públicas dos estados (artigos 44 e 128), a doutrina defende, com esteio no princípio da unidade normativa (artigo 134, §4º, da Constituição Federal e o artigo 3º da LC 80/1994), que a prerrogativa deve também alcançá-las⁶⁷⁴.

4.7.4.10 Acesso a informações pessoais do imputado em poder de entidades privadas

A privacidade e a intimidade não são oponíveis ao próprio titular, o que abre espaço para que a investigação defensiva se beneficie do acesso às informações pessoais, dados financeiros, registros de dados financeiros e telefônicos do interessado, independentemente de decisão judicial e mediante requisição dirigida aos detentores de informações (operadoras de telefonia e instituições financeiras, por exemplo)⁶⁷⁵.

Interessante exemplo dessas possibilidades de atuação é trazido por Franklyn Roger Alves Silva⁶⁷⁶:

Quando alegado o alibi, por exemplo, pode ser crucial a constatação da geolocalização do acusado, fornecida por meio do posicionamento de seu aparelho telefônico móvel. Todo aparelho celular se mantém conectado a uma antena de telefonia mais próxima do local onde o usuário se encontra. É perfeitamente admissível que o acusado requeira à operadora de telefonia que indique a posição de seu aparelho celular, determinando um período de tempo correspondente, bem como informe se houve a realização de chamadas nesse período, com os números discados e a duração das ligações.

Até mesmo com a tecnologia GPS, quando disponível em aparelhos celulares, permite-se que seja indicado o deslocamento realizado com o aparelho telefônico, desde que tais informações sejam analisadas por um perito que detenha aptidão e instrumentos para essa atividade

⁶⁷³ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Ematis, 2019, p. 118-119.

⁶⁷⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 509-510.

⁶⁷⁵ Ibidem, p. 511.

⁶⁷⁶ Ibidem, p. 511-512.

4.7.4.11 Busca por informações públicas na internet

A defesa poderá valer-se, ainda, da *busca por informações públicas na rede mundial de computadores*. Nesse contexto se insere a possibilidade de coleta de dados pessoais da vítima e de seu comportamento em espaços públicos, a partir, por exemplo, de perfis nas redes sociais⁶⁷⁷.

Sublinha-se, nesse ponto, que, em 14 de agosto de 2018, foi aprovada a Lei Federal 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que prevê a possibilidade de tratamento de dados pessoais para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral (artigo 7º, VI).

Merece referência, também, a aprovação, em 23 de abril de 2014, da Lei Federal 12.965/2014, o Marco Civil da Internet, cujo artigo 7º estabelece os direitos dos usuários da rede mundial de computadores, enfatizando o direito à privacidade e estendendo os seus efeitos às comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial⁶⁷⁸.

De modo a assegurar a fiabilidade das informações colhidas por essa via, sugere Gabriel Bulhões que o profissional reduza a diligência a termo, datando-a e assinando-a, bem como instruindo esse registro com capturas de tela exibindo os dados de interesse obtidos. Mais ainda, a fim de resguardar a cadeia de custódia da prova e garantir a autenticidade do documento, deverá o profissional, sempre que possível, registrar o quanto apurado em ata notarial, na forma do artigo 384, parágrafo único do Código de Processo Civil⁶⁷⁹.

Na minuta original do que veio a consubstanciar o Provimento 188/2018 do CFOAB, previa-se de forma expressa que, em razão da dificuldade de se assegurar autenticidade a esse tipo de prova, o advogado deveria, sempre que possível, registrar em ata notarial as informações colhidas e consideradas relevantes para os interesses do constituinte, bem como juntar ao inquérito defensivo todas as certidões públicas de interesse para a investigação defensiva, emitidas em meio físico ou virtual.

⁶⁷⁷ “A depender da natureza da infração penal e da relação mantida entre acusado, vítimas e testemunhas, a internet se torna um importante meio de fornecimento de informações sem que haja qualquer obstáculo legal ao seu acesso, especialmente quando utilizados os critérios elevados de publicidade conferidos por esses meios de interação social” (SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 511-512).

⁶⁷⁸ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Ematis, 2019, p. 111-112.

⁶⁷⁹ *Ibidem*, p. 112.

4.7.5 Valoração dos resultados obtidos

No sistema jurídico italiano, no qual a discussão sobre a investigação defensiva se encontra mais amadurecida, veio à tona a discussão sobre o valor a ser atribuído aos elementos de convicção colhidos pela defesa, seja em razão da natureza privada da atividade advocatícia, seja em virtude da parcialidade dos interesses que movem sua atuação.

Isso porque, tal como ocorre no sistema brasileiro, imperou historicamente a presunção de credibilidade dos dados colhidos no âmbito da investigação pública, enquanto os informes arrecadados pela defesa sempre foram recebidos com reservas⁶⁸⁰.

Em face dessa controvérsia, a jurisprudência italiana acabou por firmar o entendimento de que os elementos oriundos da investigação defensiva se revestem de força probatória equivalente àqueles reunidos na investigação oficial⁶⁸¹.

É essa a posição esposada por Franklyn Roger Alves Silva, para quem o valor probatório atribuído a certo elemento não pode ser aferido segundo o sujeito que o produz, mas, sim, a partir da observação do modo de desenvolvimento e das cautelas adotadas na prática dos atos investigativos⁶⁸². Não se trata de conferir um valor tarifado aos dados reunidos pela defesa, mas, ao contrário, de lhes assegurar força equiparável à dos frutos da investigação pública, sobretudo quando se trata daquela empreendida pelo Ministério Público, que também é ator parcial na persecução criminal⁶⁸³.

Nada obstante, segundo a avaliação do autor, persiste, na magistratura italiana, uma atitude de profunda desconfiança em relação aos elementos de informação que integram o inquérito defensivo, principalmente por serem fruto da atuação de um sujeito privado da relação processual⁶⁸⁴.

Sucedem que a convicção subjetiva do órgão julgador é inacessível às partes, de tal modo que, caso o juiz, no seu íntimo, desacredite os elementos colhidos pelo defensor, essa reticência fatalmente repercutirá em seu julgamento. Contudo, é dever das partes perscrutar se, ao

⁶⁸⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 178.

⁶⁸¹ Ibidem, p. 161.

⁶⁸² SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 269.

⁶⁸³ Ibidem, p. 270.

⁶⁸⁴ Ibidem, p. 271.

exteriorizar esse convencimento, o magistrado motivou adequadamente sua decisão, sopesando, de maneira equilibrada, os dados aportados pela defesa e pela acusação⁶⁸⁵.

Por outro lado, sustenta André Augusto Mendes Machado que a superação do preconceito que recai sobre a investigação defensiva, com vistas a que lhe seja reconhecido o mesmo peso da investigação pública, passa pela construção de marcos legais orientadores do procedimento a ser observado, notadamente quanto à forma de execução e documentação dos atos investigatórios do defensor e aos limites de sua atuação⁶⁸⁶.

Sem prejuízo dessa necessária regulamentação, repisa-se o valor das *atas notariais*, abordadas em tópico precedente, como ferramenta útil para revestir de fé pública certos elementos de interesse para a defesa.

⁶⁸⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 178.

⁶⁸⁶ *Ibidem*, p. 179.

5 DESAFIOS DO ACESSO À JUSTIÇA: A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E AS DEFENSORIAS PÚBLICAS

5.1 PANORAMA ATUAL DA ATUAÇÃO DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Em *Direito e razão*, Luigi Ferrajoli afirma a existência de dois pressupostos indispensáveis para que o processo penal se desenvolva em condições de paridade de partes, relacionados à sua configuração e colocação institucional. A primeira condição diz respeito à acusação: se, de um lado, é necessário que o juiz não tenha funções acusatórias; de outro, é igualmente essencial que à acusação pública não sejam confiadas funções judiciais. A segunda, por sua vez, refere-se à defesa, à qual devem ser assegurados a mesma dignidade e os mesmos poderes de investigação conferidos ao Ministério Público. Mais ainda, segundo o autor italiano, um equilíbrio de partes no processo pressupõe, sem prejuízo da atuação do defensor de confiança, a presença de um defensor público, entendido como órgão paralelo e contraposto ao Ministério Público, incorporando uma ordem separada tanto do juízo como da acusação. Em sua concepção, tal profissional não deveria substituir a figura do defensor constituído, mas atuar como seu órgão complementar, dotado dos mesmos poderes da acusação pública sobre a polícia judiciária e habilitado à coleta de contraprovas, assegurando uma efetiva paridade entre postulação e refutação. Ademais, a presença do defensor público contribuiria para promover a igualdade entre os cidadãos no exercício do direito de defesa⁶⁸⁷.

Desse raciocínio, é possível intuir duas conclusões importantes para o tema sob estudo: i) a necessidade de imbuir a defesa das mesmas capacidades reconhecidas ao Ministério Público, inclusive no que tange aos poderes de investigação; ii) a importância da figura do defensor público enquanto órgão autônomo e em posição de simetria em relação à acusação pública, sendo digno de nota o fato de que, para Ferrajoli, esse defensor deve contar, inclusive, com poderes sobre a polícia judiciária equivalentes ao do Ministério Público. Daí é possível extrair que o estabelecimento de uma relação verdadeiramente equilibrada no processo penal deve prestigiar a paridade de partes também na fase antejudicial, momento por excelência da investigação criminal preliminar.

⁶⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 467.

Mais ainda, Ferrajoli demonstra que esse equilíbrio ideal, ainda que inatingível, aproxima-se de ser alcançado quando se institui em determinado sistema um órgão público encarregado da defesa técnica, que o autor designa ora como magistratura da defesa, ora como Ministério Público da defesa e ora como tribuna da defesa, mas que corresponde, no modelo brasileiro vigente, à Defensoria Pública. Importa ressaltar que a proposta do autor guarda certa distinção com a figura do defensor público tal qual aqui se conhece, pois em sua concepção ele atuaria de forma complementar e subordinada ao defensor de confiança. Mas o ponto central de sua reflexão, que interessa a este trabalho, é, sem dúvida, aquele que demonstra que o órgão público encarregado da defesa técnica só poderá contribuir para a realização de um justo processo penal se dotado dos mesmos poderes, das mesmas prerrogativas e da mesma dignidade reconhecidos ao órgão que exerce a função de acusação pública.

Com o olhar atentamente voltado para o sistema brasileiro, Marta Saad já sustentava, em 2004, que a concretização do exercício do direito de defesa no inquérito policial passa, idealmente, pela estruturação da Defensoria Pública para essa finalidade, já que a ela, nos termos do artigo 134 da Constituição Federal, é confiada a defesa, em todos os graus, dos necessitados⁶⁸⁸.

No que diz respeito, mais especificamente, à importância da Defensoria Pública para um projeto de investigação defensiva, merece referência a lição de Franklyn Roger Alves Silva, ao sustentar que:

[...] podemos perceber que a investigação criminal defensiva é um novo eixo de atuação que depende, em grande parte, de um modelo de Defensoria Pública e de advogados que possuam poderes para realizar certos atos de coleta e que essa atuação público/privada de atores que não integram o poder punitivo possa servir de suporte na descoberta da verdade.⁶⁸⁹

Como é sabido, no sistema brasileiro, o direito à defesa técnica é assegurado a todos. Isso significa dizer que, na hipótese de, por qualquer motivo, o acusado não constituir advogado de sua confiança, caberá ao Estado proporcionar-lhe um defensor legalmente habilitado para patrocinar os seus interesses. Nas comarcas em que não há Defensoria Pública estruturada, via de regra, essa assistência legal é prestada por advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, a partir de convênio celebrado entre as instituições. No entanto, se houver Defensoria

⁶⁸⁸ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 322.

⁶⁸⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 165.

Pública atuante na comarca, a ela incumbirá realizar a defesa criminal daqueles que não contam com defensor constituído.

É preciso registrar que, no processo penal, o patrocínio dos interesses do acusado criminalmente pela Defensoria Pública independe de aferição de sua situação socioeconômica, dada a indisponibilidade dos direitos em jogo – basta que ele não constitua advogado particular para representá-lo (artigo 263, *caput*, do Código de Processo Penal). No entanto, caso esse serviço venha a ser prestado em favor de pessoa que não seja economicamente hipossuficiente, a instituição poderá perceber honorários a serem arbitrados pela autoridade judicial (artigo 263, parágrafo único).

Entretanto, como regra, a atuação da Defensoria Pública na esfera penal, por muito tempo, ocorreu somente a partir da citação – uma vez citado, o acusado que deixasse de, no prazo legal, constituir defensor de sua escolha, passaria a ser defendido por um membro de carreira da Defensoria Pública até o desfecho da ação penal. Faltavam, contudo, mecanismos legais e institucionais que contemplassem de forma adequada a atuação da defesa pública em momento anterior à fase judicial.

Em 2015, procurando dar efetividade às previsões contidas em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que determinavam a apresentação da pessoa presa, sem demora, à autoridade judiciária⁶⁹⁰, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 213, regulamentando a implementação das audiências de custódia no país.

A finalidade precípua dessas audiências é possibilitar, desde logo, a avaliação da legalidade e da necessidade da manutenção da prisão, evitando a dilação indevida da segregação provisória, bem como a aferição da eventual ocorrência de maus tratos e tortura durante a abordagem ou durante a permanência da pessoa detida sob a custódia policial. Contudo, as audiências de custódia acabaram por produzir, também, o efeito de viabilizar o contato da pessoa detida que não tem condições de constituir advogado com um defensor público ou dativo em momento anterior à citação, ponto em que já está formada a *opinio delicti* do Ministério Público e formalizada a acusação perante o juízo.

O contato entre defesa técnica e investigado na fase antejudicial da persecução penal seria de inegável importância para a efetivação dos direitos do investigado, notadamente o direito à assistência legal por profissional legalmente habilitado em todos os momentos da

⁶⁹⁰ Artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos e artigo 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

persecução penal, que deriva do artigo 5º, LXIII, da Constituição de 1988 e do artigo 8.2, “c”, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse sentido, a garantia da presença ativa da defesa nessa etapa, mesmo aos hipossuficientes economicamente, possibilitaria, por exemplo, o adequado acompanhamento do flagrante e a verificação da sua legalidade; a adoção das cautelas necessárias para a regularidade das diligências a serem levadas a efeito nesse momento, como as perícias urgentes⁶⁹¹ e o reconhecimento pessoal; e, ainda, a orientação qualificada quanto à postura a ser adotada no interrogatório, além de viabilizar o emprego tempestivo dos instrumentos necessários para fazer frente a eventuais violações de direitos.

Ocorre, porém, que, na prática, a atuação das defensorias públicas na fase pré-processual, no mais das vezes, continua limitada ao escopo da audiência de custódia, notadamente com a adoção de medidas processuais voltadas a coibir prisões ilegais ou desnecessárias. Ocasionalmente, o contato com o preso por ocasião desse ato possibilita a obtenção de informações relevantes acerca de possíveis fontes de prova de interesse do imputado, notadamente o fornecimento de dados para a identificação de testemunhas de defesa. Contudo, dificilmente haverá tempo hábil para que tais elementos sejam aportados ainda durante a fase do inquérito policial, notadamente considerando-se que, em muitos casos, o inquérito se resume à reunião dos depoimentos prestados por ocasião da lavratura de flagrante e, não raro, já se encontra concluído e relatado quando da comunicação da ocorrência à Defensoria Pública.

Resta evidente, portanto, que a presença na audiência de custódia não supre a importância da presença da figura do defensor durante a investigação oficial, a fim de prevenir ilegalidades e abusos e viabilizar as providências urgentes necessárias a resguardar os direitos do investigado.

Mais ainda, promover desde logo a participação da defesa – a ser garantida pelo Estado aos impossibilitados de custeá-la com os próprios recursos – significa possibilitar a identificação eficaz de indícios e fontes de prova relevantes para o investigado, bem como a solicitação (ou mesmo a realização por meios próprios, quando viável) de diligências voltadas a acautelar seus interesses. Desse modo, permite o aporte de material indiciário e probatório de

⁶⁹¹ “Especificamente em relação às perícias, o defensor, ao apresentar sua resposta à acusação, poderá solicitá-las, mas é necessário observar que muitas das perícias, por sua própria natureza urgente (como, por exemplo, a realização de exame necroscópico) são elaboradas na fase de inquérito policial, sem interferência dos interessados” (BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo: ADC, 2016, p. 220).

significativo valor uma compreensão alargada do fato investigado e, conseqüentemente, uma filtragem mais qualificada das hipóteses de oferecimento da ação penal, pelo Ministério Público, e de seu recebimento, pela autoridade judiciária, evitando, em última análise, os custos desnecessários do avanço de acusações frágeis ou infundadas.

A consecução desses objetivos passa, sem dúvida, pela estruturação adequada da Defensoria Pública para o desempenho de novas tarefas que extrapolam o seu campo tradicional de atuação. Nesse ponto, destaca Eugenio Raúl Zaffaroni que, se admitido que no paradigma processual acusatório reside uma das condições essenciais de existência do Estado de direito, a plena realização deste passa pela satisfação do direito de defesa dos mais pobres. E, para que isso seja possível, impõe-se a existência de uma defensoria com estrutura autônoma, cuja atuação não se sujeite a pressões externas que possam decorrer de sua pertinência a uma determinada organização. Tal observação se justifica na medida em que uma das mais frequentes fragilidades encontradas nas defensorias oficiais é, precisamente, sua vinculação ao Poder Judiciário, o que, ainda que não abertamente, pode comprometer a independência funcional de seus membros. Daí resulta a necessidade de se conceber as defensorias como órgãos paralelos ao Ministério Público, externos à esfera judiciária, bem como ao Poder Executivo. Mais ainda, assim como a acusação dispõe de recursos investigativos, sobretudo quando se pensa em uma polícia judiciária dependente do Ministério Público, também a defesa deve dispor de pessoal capacitado para investigar no interesse das pessoas acusadas, a fim de que possa idoneamente se contrapor à hipótese acusatória e aos esforços empregados em demonstrá-la⁶⁹².

5.2 PERSPECTIVAS E LIMITAÇÕES DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO CONTEXTO DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS

Os principais obstáculos que se colocam no caminho da implementação da investigação direta pela defesa no sistema penal brasileiro podem ser assim sintetizados: i) a insuficiência de recursos da vasta maioria dos acusados para custear os serviços envolvidos nessa atividade; ii) a percepção deficiente dos demais atores do sistema penal brasileiro acerca da importância da atuação investigativa enquanto dever ético inerente ao papel do defensor

⁶⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Las ideas básicas en la relación defensa pública-estado de derecho. **Revista Pena y Estado**, Buenos Aires, ano 5, n. 5, 2002, p. 18-19. [Ediciones del Instituto]

criminal; iii) a ausência de regulamentação legal sobre o modo de realização da investigação paralela, a forma de apresentação dos seus resultados, bem como dos direitos, deveres e limitações a serem observados pelos defensores técnicos e seus auxiliares no exercício dessa atividade⁶⁹³; iv) a falta de previsão legal para a aplicação de sanções ao defensor que se omitir do dever de investigar, ou ainda àquele que, investigando, incorra em desvios de ordem ética; v) a insuficiência de infraestrutura, de pessoal e de verbas, aliada ao excesso de demanda que assoberba os órgãos públicos encarregados da assistência judiciária da maior parte da clientela do sistema penal, notadamente as defensorias públicas, que não estão estruturadas para a realização da atividade de investigação defensiva e sofrem com limitações orçamentárias que comprometem o desempenho de suas funções institucionais; vi) a inexistência de ferramentas de formação e preparação adequada aos advogados e defensores públicos para essa finalidade⁶⁹⁴.

Dentre as barreiras citadas, uma das mais significativas está, sem dúvida, ligada aos custos implicados nessa atividade, fator particularmente sensível no que se refere aos usuários dos serviços prestados pela Defensoria Pública, integrantes, no mais das vezes, da camada mais vulnerabilizada da população.

Conforme se demonstrou no tópico anterior, é possível afirmar que o grau de realização do Estado de direito em dado contexto está em íntima conexão com a autonomia e com os poderes conferidos às defensorias públicas em comparação com as demais agências do sistema penal, de nada servindo previsões legais de inspiração acusatória ou juízes tecnicamente qualificados se aqueles que mais necessitam carecem de defesa idônea. Em outros termos, só se poderá considerar respeitado o Estado de direito se a defesa pública, que se ocupa dos menos poderosos e dos desempobrados, contar com o mesmo poder e a mesma hierarquia do órgão encarregado da acusação, e se forem ambos dotados de independência em relação a quaisquer agências executivas⁶⁹⁵.

Entretanto, confrontada tal premissa teórica com os dados da realidade, depara-se com o fato de inúmeras comarcas ainda não contarem com unidades de Defensoria Pública instaladas. Conforme estudo realizado pelo IPEA, em 2019, a Defensoria Pública estava

⁶⁹³ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, mai./jun. 2012, p. 280-281.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, p. 300-301.

⁶⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Las ideas básicas en la relación defensa pública-estado de derecho. **Revista Pena y Estado**, Buenos Aires, ano 5, n. 5, 2002, p. 20. [Ediciones del Instituto]

presente em apenas 28% das comarcas do país⁶⁹⁶. No caso particular do estado de São Paulo, em não havendo Defensoria Pública estruturada no local, a assistência jurídica aos hipossuficientes é prestada por advogados inscritos no convênio entre a OAB/SP e a DPE/SP – contudo, a atuação desses profissionais tende a ser realizada já na fase processual, após a citação. Exceções há, como nos casos em que o advogado conveniando é designado como plantonista para a realização de audiências de custódia. Porém, como já se elucidou em tópico anterior, as possibilidades de intervenção da investigação a partir do estreito canal da audiência de custódia são mínimos, mesmo porque muitos dos inquéritos já chegam à audiência de custódia concluídos – com relatório final.

Em 2014, com o advento da Emenda Constitucional 80, a Constituição passou a dispor, em seu artigo 98, §1º, que, no prazo de oito anos, a União, os estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, o que significa que apenas em 2022 deveria haver defensor público em todas as comarcas e seções judiciárias, facilitando o acesso à justiça dos hipossuficientes no Brasil. Mesmo a realização dessa meta, porém, enfrenta diversos desafios orçamentários no país. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva:

[...] estima-se que mais de 70% da população economicamente ativa no Brasil sejam potenciais usuários dos serviços das defensorias públicas nos estados da federação. Isso significa, em números absolutos, algo em torno de 130 milhões de pessoas. A criação de uma estrutura capaz de dar conta dessa demanda não é possível no curto ou no médio prazo.

[...] Por razões que não precisam ser abordadas neste parecer, o aumento do efetivo de defensores públicos, com a criação de novos cargos, tem sido mais lento do que deveria. Mas, mesmo que esse ritmo possa (e deva) ser acelerado nos próximos anos, não há como se imaginar, nem no curto nem no médio prazo, um cenário em que toda a população-alvo possa ser atendida por defensores públicos de carreira.⁶⁹⁷

Em síntese, a meta posta pela EC 80 quanto à presença da Defensoria Pública em todas as comarcas do país está ainda muito distante de se tornar realidade.

Nesse cenário, não há como se ignorar a atual falta de estruturação adequada da instituição para suportar os custos implicados na incorporação da atividade de investigação

⁶⁹⁶ Nesse sentido, cf. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/defensoresnosestados>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

⁶⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Parecer sobre o convênio entre a defensoria pública do estado e a OAB/SP na prestação de assistência judiciária. **Revista da Defensoria Pública**, São Paulo, ano 4, n. 2, jul./dez. 2011, p. 171.

defensiva às atribuições do órgão⁶⁹⁸. Conforme observa Antonio Scarance Fernandes, a realização de diligências investigativas pela defesa é, no mais das vezes, de elevado custo e de difícil feitura. Além disso, diante da ausência de regulamentação legal da atividade, a introdução de material proveniente da investigação defensiva nos autos tende a ser alvo de certa desconfiança e suspeita de parcialidade, notadamente quando realizada por investigadores particulares⁶⁹⁹.

A problemática relativa aos custos materiais como fator limitador do acesso à justiça e da atividade probatória já foi abordada por Mauro Cappelletti e Bryan Garth. Segundo o diagnóstico dos autores, a resolução de litígios, especialmente nos tribunais, é bastante dispendiosa na maior parte das sociedades modernas. Ainda que o Estado arque com os vencimentos dos funcionários que operam o sistema de justiça, bem como com os custos da estrutura física necessária, é certo que sobre os litigantes recaem outros custos consideráveis, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais⁷⁰⁰. Daí resulta que aqueles que possuem mais recursos financeiros contam com significativas vantagens ao litigar ao propor e defender demandas:

Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente. Julgadores passivos, apesar de suas outras e mais admiráveis características, exacerbam claramente esse problema, por deixarem às partes a tarefa de obter e apresentar as provas, desenvolver e discutir a causa.⁷⁰¹

No mesmo sentido, Diogo Rudge Malan identifica um obstáculo para a investigação defensiva na insuficiência de recursos da vasta maioria da clientela preferencial do sistema

⁶⁹⁸ “Como no Brasil o exercício da atividade pública da acusação depende de concurso público de provas e títulos, restaria exigir que os membros da advocacia privada estivessem sempre – em qualquer processo penal – em igualdade de condições, incluindo os recursos *materiais*. A Defensoria Pública, no plano dos recursos humanos a ele se equipara, faltando-lhe, porém, recursos legais e institucionais para o exercício de atividade probatória equivalente, em tese, àquela desenvolvida pela autoridade policial. Desnecessário e despiciendo apontar o quão longe de ser atingido o apontado pressuposto no foro judiciário nacional” (PACELLI, Eugênio. **Verdade e prova no processo penal**. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 98).

⁶⁹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 119.

⁷⁰⁰ GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15.

⁷⁰¹ *Ibidem*, p. 21-22.

penal brasileiro, que a impede de custear serviços de investigação particular, aliada ao fato que os órgãos estatais de assistência judiciária gratuita não contam com corpos funcionais próprios e capacitados para levar a efeito uma investigação criminal em prol de seus assistidos⁷⁰².

Nada obstante, sustenta André Augusto Mendes Machado que não prospera o argumento de que a investigação defensiva, embora concebível no plano teórico, seria impraticável no Brasil, em razão da precária situação econômica vivenciada pela maioria dos imputados. Isso porque, nesses casos, caberia ao Estado suprir a deficiência econômica do acusado, exatamente como sucede na etapa processual. Segundo o autor, do direito fundamental à defesa decorrem outros dois, a saber: o direito à prova e o direito à investigação. Daí que, se o imputado não tiver condições de suportar os custos de um advogado particular, incumbe ao Estado prover assistência jurídica integral e gratuita por meio da Defensoria Pública, instituição encarregada, na forma do artigo 134 da Constituição Federal, de patrocinar os interesses dos hipossuficientes⁷⁰³. À guisa de conclusão, anota Machado:

Sendo assim, a dificuldade econômica do imputado não obsta a investigação defensiva, que deve ser realizada pelo próprio Estado, por meio do defensor público, caso seja necessária para a defesa do imputado conforme estratégia a ser adotada.⁷⁰⁴

De fato, não há como ignorar o custo inerente às diligências necessárias para uma investigação defensiva, especialmente no caso de ferramentas mais dispendiosas, como a utilização de serviços de detetives particulares, a consulta a certos bancos de informações cujo acesso não é gratuito e, ainda, o emprego de ferramentas tecnológicas de alto custo. Constatada, então, a existência de um entrave material à investigação defensiva, surge a questão de como minimizá-lo ou contorná-lo, a fim de maximizar o potencial democrático do instituto. E, nesse ponto, ganha relevo o papel da Defensoria Pública, instituição constitucionalmente encarregada da assistência jurídica integral e gratuita dos necessitados, observada a necessidade de estruturação dos seus órgãos, tanto do ponto de vista pessoal como do material, para habilitá-los à prática da investigação defensiva⁷⁰⁵.

⁷⁰² MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, mai./jun. 2012, p. 299.

⁷⁰³ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 181.

⁷⁰⁴ *Ibidem*, p. 182-183.

⁷⁰⁵ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2019, p. 97-98.

Sob essa ótica, é possível identificar no instituto da investigação defensiva, tal qual atualmente plasmado no Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, uma certa seletividade, no sentido de que apenas os imputados mais privilegiados economicamente é que poderiam fazer frente aos elevados custos de se contratar peritos e investigadores privados, ficando sem essa possibilidade as parcelas empobrecidas da população. A solução desse impasse passa, sem dúvida, pela regulamentação da matéria em lei federal⁷⁰⁶ e com especial atenção às particularidades a serem observadas no âmbito dos serviços prestados pelas defensorias públicas.

A respeito da carência de regulamentação mínima acerca da investigação defensiva, anota Malan que se trata de um paradoxo, já que o direito à prova defensiva na fase judicial tem como verdadeiro pressuposto o exercício da atividade investigativa pelo defensor técnico na etapa da investigação preliminar. Ainda, de acordo com o autor:

Essa lacuna normativa tem como consequências práticas diretas: (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.⁷⁰⁷

Assim, é possível concluir que, embora contemple importantes prerrogativas e balizas de atuação para o defensor engajado em atividade de investigação defensiva, o Provimento 188/2018 do CFOAB não supre a necessidade de disciplina adequada da matéria em nível de lei federal, sem prejuízo da regulamentação interna da matéria de acordo com os particulares da advocacia e da Defensoria Pública⁷⁰⁸.

Posto isso, uma tal normatização da matéria deve levar em consideração alguns parâmetros. De início, qualquer proposta legislativa voltada a disciplinar a investigação defensiva, seja no corpo do Código de Processo Penal ou das leis que regem as carreiras

⁷⁰⁶ SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” – Investigação preliminar: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan./abr. 2020, p. 37.

⁷⁰⁷ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, mai./jun. 2012, p. 299-300.

⁷⁰⁸ “Mesmo que a OAB e Defensoria Pública possam editar atos normativos regulando a atividade, pensamos ser essencial que o tema também seja veiculado por meio de lei, no corpo do Código de Processo Penal e das leis que disciplinam essas carreiras jurídicas” (SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 548).

jurídicas, deve conter uma definição dessa atividade, do momento no qual pode ser desenvolvida, de sua forma e de seu modo de instauração, a fim de assegurar maior segurança aos profissionais que a realizam⁷⁰⁹.

Por outro lado, a fim de aplacar os temores de que a atuação investigativa da defesa teria como finalidade obstruir ou prejudicar de algum modo a investigação oficial, propõe Franklyn Roger Alves Silva a cominação de sanções aos profissionais que incorram em condutas dessa natureza, a exemplo da impossibilidade do exercício da advocacia, na forma do artigo 38 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), e da demissão prevista na Lei Complementar 80/1994, para membros da Defensoria Pública. Ainda, a fim de sancionar o defensor que alterar o local do crime, sugere um aprimoramento na tipificação do crime de fraude processual, previsto no artigo 347 do Código Penal⁷¹⁰.

É preciso regulamentar, ainda, a forma de constituição do vínculo entre imputado e sua defesa, abrangendo todos aqueles que desempenharão funções em seu escopo, seja por meio do exercício direto da representação processual, seja por meio das atividades que gravitam em torno da atuação do defensor, como as desempenhadas por peritos e investigadores. Da mesma forma, faz-se necessária a regulamentação adequada dos poderes reconhecidos a esses sujeitos. Nessa direção, impõe que o regramento cuide não apenas da figura do defensor, mas contenha um capítulo dedicado a todos os personagens envolvidos na coleta de elementos de formação do convencimento por parte da defesa⁷¹¹.

Parcela da doutrina defende, ainda, a definição legal de uma regra clara de divisão do ônus probatório entre as partes, bem como o estabelecimento do encargo unidirecional para o Ministério Público quando verificados dois requisitos, a saber: de um lado, a dificuldade de produção da prova por parte da defesa e, de outro, a possibilidade de o Ministério Público produzi-la⁷¹².

De outro vértice, defende-se a importância da inclusão, no regime da prova testemunhal, da possibilidade expressa de utilização da figura da testemunha especialista (*expert witness*), como meio de qualificação a avaliação científica das provas periciais,

⁷⁰⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 548.

⁷¹⁰ Ibidem, p. 517-518.

⁷¹¹ Ibidem, p. 547.

⁷¹² Ibidem, p. 550-551.

sobretudo aquelas de caráter irrepitível, produzidas sem a participação direta da defesa técnica⁷¹³.

Ainda, sugere uma indicação clara, porém não taxativa, dos atos passíveis de serem praticados no curso da investigação, tais como a indicação de assistente técnico, requisição de documentos, entrevistas informais, intimação de testemunhas para coleta unilateral de declaração, além da própria documentação dos atos investigativos defensivos, tudo com vistas a revestir a atividade de maior segurança jurídica⁷¹⁴.

Discute-se, ainda, a possibilidade de a defesa avaliar tecnicamente o melhor momento para o compartilhamento dos resultados de sua pesquisa, ainda que entenda ser ele posterior ao início da ação penal, sempre tendo em vista o melhor interesse do imputado. Trata-se, igualmente, de questão a ser delineada no bojo da regulamentação legal da atividade⁷¹⁵.

De outro lado, deve ser resguardado o poder diretivo da investigação defensiva nas mãos do advogado ou defensor público, sem prejuízo da possibilidade de o núcleo investigativo ser composto por assistentes técnicos, investigadores e outros profissionais, sejam particulares ou integrantes do quadro de apoio da Defensoria Pública, desde que atuem sempre sob a supervisão do defensor responsável⁷¹⁶.

Igualmente, o regime legal da investigação defensiva deve tratar da eventualidade de que sejam colocados, por autoridades oficiais ou quaisquer outros agentes, obstáculos indevidos à investigação defensiva. Nesses casos, deve ser prevista a possibilidade de recurso à autoridade judiciária para que aprecie a pertinência da diligência pretendida, bem como os fundamentos da recusa deduzida. Como alternativa para viabilizar a realização do ato, sugere-se que a defesa possa propor ao Ministério Público que se manifeste sobre eventual interesse em participar da diligência⁷¹⁷.

De mais a mais, há de se atentar à necessidade de regramento da atividade pericial, com especial atenção a alguns parâmetros mínimos a serem observados nessa atividade, notadamente: i) a descrição do objeto de exame e suas condições; ii) a indicação das etapas seguidas na realização da perícia; iii) a indicação da metodologia escolhida e o esclarecimento

⁷¹³ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 547.

⁷¹⁴ *Ibidem*, p. 548.

⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 549.

⁷¹⁶ *Ibidem*, p. 549.

⁷¹⁷ *Ibidem*, p. 549.

a respeito do conhecimento empregado para se chegar às conclusões veiculadas no laudo final⁷¹⁸.

Na esfera penal, Franklyn Roger Alves Silva propõe a inclusão de uma nova figura típica do falso testemunho ou falsa perícia para sancionar o comportamento inverídico de testemunha inquirida no curso de investigação criminal defensiva, medida voltada, em última instância, a garantir maior fiabilidade aos resultados dessa atividade⁷¹⁹.

Enfim, o sobredito autor elenca alguns aspectos adicionais a serem tomados em consideração por ocasião da regulamentação da matéria, a saber: i) a limitação da atividade de investigação defensiva apenas para fins penais, vedando-se a profissionais que atuam em outras áreas que se utilizam da disciplina que rege o instituto para realizar diligências estranhas à esfera criminal; ii) previsão da possibilidade de investigação em favor tanto de imputados como de vítimas; iii) adoção de maior rigor formal da instauração do inquérito defensivo e, no caso da advocacia, previsão do dever de comunicação à OAB para fins de controle da atividade; iv) disciplina procedimental das diligências realizadas, bem como de seu modo de documentação; v) regramento das consequências da revogação ou substabelecimento do mandato sobre investigações defensivas em curso⁷²⁰.

Diogo Rudge Malan, por sua vez, sustenta a importância de uma reforma global do Código de Processo Penal, a partir de uma prévia definição de quais serão as diretrizes que lhe darão unidade e sustentação, dentre as quais deverá ser observado o direito fundamental do acusado à investigação defensiva, enraizado tanto no direito à prova como na garantia da paridade de armas. Ademais, a fim de se operacionalizar o exercício de tal direito fundamental, defende a necessidade de duas alterações legislativas simultâneas, a saber, a regulamentação do procedimento de investigação criminal pela defesa no bojo do CPP e a disciplina detalhada do dever ético de investigar nos estatutos deontológicos advocatícios. Isso porque, de acordo com essa leitura, mais que mera faculdade a ser exercida, ou não, segundo a discricionariedade do defensor técnico, a investigação defensiva materializa verdadeiro dever profissional inerente a uma defesa técnica efetiva⁷²¹.

⁷¹⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 550.

⁷¹⁹ Ibidem, p. 550.

⁷²⁰ Ibidem, p. 518.

⁷²¹ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, mai./jun. 2012, p. 304-305.

Certo é que a instrumentalização adequada da investigação defensiva na esfera da Defensoria Pública passa pela regulamentação da matéria pela instituição, com a fixação de escopo, atribuições, prerrogativas, deveres e procedimentos bem delimitados. Com efeito, se hoje a atuação investigativa da defesa conta com regulamentação interna no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil (Provimento 188/2018 do CFOAB), e se até mesmo o Ministério Público disciplinou a realização de investigação autônoma por seus órgãos (Resolução 181/2017 do CNMP), o mesmo não se pode dizer a respeito das defensorias públicas.

A regulamentação interna da questão, no entanto, não substitui a necessidade de disciplina do tema em nível legal. Poder-se-ia argumentar que a possibilidade de realização da atividade de investigação defensiva seria possível desde já, ante a ausência de vedação e a partir de uma leitura sistemática das prerrogativas já reconhecidas aos defensores públicos na Lei Complementar 80/1994, como, por exemplo: i) examinar, em qualquer repartição pública, autos de flagrantes, inquéritos e processos, assegurada a obtenção de cópias e podendo tomar apontamentos (artigo 44, VIII, e artigo 128, VIII); ii) requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições (artigo 44, X, e artigo 128, X); e, ainda, iii) representar a parte, em feito administrativo ou judicial, independentemente de mandato, ressalvados os casos para os quais a lei exija poderes especiais (artigo 44, XI, e artigo 128, XI).

Todavia, não há como prescindir também de lei em sentido estrito que dê conta do aspecto orçamentário, indicando precisamente quais serão as fontes de onde provirão os recursos para fazer frente aos custos adicionais que, sem dúvida, a assimilação da investigação defensiva como função institucional acarretará. Indispensável, nesse sentido, é a vinculação de verbas específicas para essa finalidade, uma vez que, conforme se demonstrou, a maior dificuldade à plena integração da atividade às já desempenhadas pelas defensorias públicas está ligada aos custos nela envolvidos.

Impõe-se, portanto, a alteração da lei federal (Lei Complementar 80/1994) e das leis estaduais que compõem o seu estatuto jurídico, a fim de consagrar expressamente, com *status* de função institucional, o desenvolvimento da investigação criminal defensiva em favor de

imputados e vítimas, sem prejuízo do tratamento de outros pontos essenciais para a sua operacionalização⁷²².

Ademais, para o bom termo da investigação empreendida no âmbito das defensorias públicas, importa que tal regulamentação estabeleça para os membros da instituição prerrogativas similares àquelas reconhecidas à advocacia, além de outras, voltadas a garantir maior fluidez ao trabalho investigativo da defesa, dispensando a necessidade de apoio judicial para medidas de fácil consecução, tais como: i) realizar diligências por conta própria; ii) intimar testemunhas e colher depoimentos; iii) requerer laudos periciais aos institutos de criminalística e órgãos análogos; iv) ter acesso a bancos de dados públicos; e v) requisitar informações, documentos e certidões dos órgãos e autoridades públicos⁷²³.

Essas pontuações conduzem a uma necessária reflexão sobre o papel a ser desempenhado pelo Estado na garantia do acesso à justiça na perspectiva do processo penal, conforme propõe Franklyn Roger Alves Silva:

Certo dessa realidade, o reflexo da primeira onda renovatória, com o olhar no processo penal, significa que, se o Estado investe em atividade acusatória, também deve investir em assistência jurídica, permitindo que todo imputado que não disponha de recursos financeiros possa ter acesso a uma defesa de excelência, que lhe permita realizar atividade probatória satisfatória contribuindo para uma cognição exauriente na relação processual.⁷²⁴

No entanto, não basta investir em assistência jurídica, sendo igualmente importante que o Estado proporcione subsídios para o desempenho da atividade probatória na relação processual e uma participação mais efetiva nas fases preliminares⁷²⁵.

Nesse ponto, serve como referência o modelo italiano de assistência jurídica gratuita, o qual revela tamanha preocupação com a efetividade da defesa que o Estado garante ao assistido não apenas a atuação de um advogado, mas também a de um assistente técnico e de um investigador privado, sempre que preciso⁷²⁶.

Um exemplo dos custos que se colocam no caminho do acesso à justiça pode ser percebido na atividade pericial, de grande complexidade, na medida em que fica a cargo de um

⁷²² SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 521.

⁷²³ *Ibidem*, p. 550.

⁷²⁴ *Ibidem*, p. 136.

⁷²⁵ *Ibidem*, p. 137.

⁷²⁶ *Ibidem*, p. 199.

terceiro que empresta seu conhecimento técnico e científico em áreas específicas do saber para qualificar a apreciação dos fatos discutidos⁷²⁷.

Nesse ponto, ganha relevo a proposta formulada por Cappelletti e Garth, no bojo de seu estudo sobre o acesso à justiça, dando destaque ao papel do Estado nessa seara:

Os recursos das cortes também podem auxiliar a equalizar as partes, ajudando-as a obter pareceres técnicos e testemunhas. Na Suécia, por exemplo, a corte pode solicitar o parecer de um perito, sem custo para qualquer das partes, uma vez que o Estado paga os honorários periciais.⁷²⁸

No modelo pericial do processo penal brasileiro, adota-se um modelo público de prova pericial, é dizer, atribui-se ao Estado o papel de aparelhar e suportar os órgãos técnicos responsáveis por realizar todos os exames periciais necessários. Faz-se necessário, no entanto, permitir que a defesa tenha maior acesso a esse aparato e possa se valer de diligências realizadas pela polícia científica, ou, ainda, pensar dinâmicas processuais em que a defesa tenha a oportunidade de participar ativamente da produção probatória, tal qual ocorre, em alguns casos, no processo civil.

Ademais, ao lado da disciplina legal da matéria e do aporte de recursos orçamentários para a consecução da atividade ora estudada, é premente que os profissionais atuantes na investigação defensiva, sejam eles advogados, defensores ou auxiliares, recebam a qualificação necessária para bem desempenhar tal encargo, tanto da perspectiva técnica como na dimensão ética. Como já se elucidou, uma das críticas mais frequentes à investigação defensiva está ligada à possibilidade de o defensor se utilizar maliciosamente dos seus elementos para, extrapolando os limites do ordenamento jurídico, manipular, ocultar ou suprimir elementos de informação e de prova. Nesse sentido, a preparação profissional e ética dos atores engajados na investigação, que poderá ser oferecida por meio de cursos específicos no âmbito da OAB e das defensorias públicas, contribuirão para a profissionalização e a respeitabilidade da atividade, bem como para a construção progressiva de uma cultura de confiança quanto aos resultados por meio dela obtidos. Eventuais desvios devem ser objeto de fiscalização e censura, sem que isso, contudo,

⁷²⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 141.

⁷²⁸ GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 105.

consubstancie obstáculo a que todo e qualquer profissional possa desempenhar de forma legítima uma determinada atividade⁷²⁹.

Experiências exitosas retiradas do direito estrangeiro, abordadas em maior profundidade no terceiro capítulo, demonstram que a proposta de incorporação do instituto da investigação criminal defensiva ao ordenamento jurídico pátrio nada tem de utópica e tem o potencial de proporcionar benefícios palpáveis para uma defesa técnica qualificada, além de fornecer importantes ensinamentos acerca dos desafios e cautelas a serem observados nesse processo. Ilustrativos, nesse sentido, são os casos norte-americano e italiano, em que a atividade conta com detalhado delineamento das prerrogativas e deveres dos defensores e demais profissionais envolvidos na investigação, tudo com vistas à realização do ideal processual acusatório, em que as partes ocupam posições antagônicas entre si e equidistantes em relação ao juiz no que diz respeito à coleta dos elementos que influenciarão seu convencimento⁷³⁰. Muito há que se apreender, também, com as experiências de alguns vizinhos latino-americanos, a exemplo da Colômbia, onde se instituiu, por força de lei, um corpo de investigação remunerado pelo Estado com o exclusivo escopo de apoiar os trabalhos de defesa pública, por meio da coleta de material probatório e da prestação de serviços técnico-científicos, contando, para essa finalidade, com uma equipe própria de investigadores, peritos e profissionais auxiliares. Não se pretende, contudo, transpor cegamente para nosso sistema processual institutos provenientes de outros ordenamentos, mas retirar da experiência estrangeira os aprendizados que possam contribuir para colocar em perspectiva nossas deficiências e evoluir no sentido da plena realização do direito à defesa criminal efetiva para todos.

⁷²⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 517.

⁷³⁰ “O duty to disclosure norte-americano e a indagine defensiva 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 conjuntura, realizar diligências no interesse da defesa, as quais servirão para robustecer a atividade probatória realizada na instrução processual” (SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 418).

CONCLUSÃO

A despeito das controvérsias que ainda envolvem a investigação defensiva e dos obstáculos que se colocam à sua plena assimilação pelo ordenamento jurídico brasileiro, o estudo aprofundado do instituto transparece seu potencial no sentido de contribuir para o aprimoramento do modelo processual pátrio em direção a uma configuração mais democrática e com maior equilíbrio de partes.

De acordo com Luigi Ferrajoli, a paridade de partes no processo penal pressupõe a presença de duas condições. Em primeiro lugar, é indispensável que o juiz não tenha funções acusatórias e que, reciprocamente, a acusação pública não tenha funções judiciais. A segunda condição consiste em assegurar à defesa a mesma dignidade e os mesmos poderes de investigação reconhecidos ao Ministério Público⁷³¹. Nesse sentido, para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, seria preciso dotar a defesa das mesmas capacidades atribuídas ao *Parquet*, de modo a habilitá-la a se contrapor à acusação em condições de equilíbrio⁷³².

À luz dessas premissas, parcela da doutrina passou a sustentar, ao lado do direito à prova, a existência de um correspondente direito à investigação titularizado pela defesa. Segundo esse raciocínio, se na tradição inquisitória as atividades de pesquisa pré-processual são confiadas exclusivamente aos órgãos oficiais da persecução penal, a saber, a polícia judiciária e o Ministério Público; no modelo acusatório, esses empreendimentos deveriam ser reconhecidos também ao acusado e à sua defesa técnica, com vistas à coleta dos elementos necessários à demonstração das suas teses⁷³³.

A fundamentação jurídica da investigação defensiva tem como elementos-chave as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, cujo reconhecimento em nível constitucional dá ensejo a uma necessária reflexão sobre o enfoque tradicionalmente inquisitivo e sigiloso da investigação criminal, bem como a promoção da efetiva paridade de armas no processo penal, sobretudo em face do crescente movimento no sentido de se atribuir poderes investigatórios ao Ministério Público. Com efeito, dentre as desigualdades materiais que

⁷³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 467.

⁷³² *Ibidem*, p. 491.

⁷³³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 86-87.

desfavorecem o acusado no âmbito do sistema penal brasileiro, uma das mais significativas é observada na fase de investigação preliminar do delito. Isso porque, nessa etapa, dispõe o Estado do aparato da polícia judiciária, órgão dotado de recursos materiais e humanos à serviço da colheita de elementos informativos sobre a autoria e a materialidade da infração penal, como de investigadores com poderes de polícia para colher depoimentos coercitivamente e acessar bancos de dados sigilosos e de peritos em diversas áreas, como a criminalística e a medicina legal. Ao lado disso, o próprio Ministério Público, além de deter a prerrogativa constitucional de requisitar à polícia investigativa a realização de diligências e a instauração de inquérito, vive também um momento de progressiva estruturação de ferramentas internas de investigação. Noutra vértice está a defesa do investigado, a quem, em princípio, é facultado somente propor à autoridade policial a realização de diligências, que poderão ou não ser concretizadas segundo seu critério⁷³⁴. Nesse sentido, a investigação defensiva favoreceria o equilíbrio de partes entre acusação e imputado, seja por instrumentalizar a obtenção de elementos a serem utilizados para confrontar, oportunamente, os dados reunidos na investigação pública, tendencialmente acusatória, seja por proporcionar meios para afastar desde logo a instauração de ação penal infundada⁷³⁵.

A relevância do desenvolvimento de uma investigação própria para o pleno exercício do direito de defesa se revela em diversos níveis, a iniciar pela percepção de que o inquérito policial não é apenas base para a acusação, mas pode igualmente sê-lo para o arquivamento. Assim, fica evidente a importância da produção de elementos também em favor do suspeito ou indiciado, seja a fim de demonstrar que não há indícios suficientes para esclarecer o fato ou para atribuir-lhe a sua autoria, seja para trazer à tona a existência de circunstância justificante ou extintiva de punibilidade. De igual modo, o aporte de elementos defensivos poderá influenciar o convencimento judicial acerca da necessidade ou não da decretação de medidas e provimentos cautelares no curso do inquérito, como a prisão preventiva, o arresto e sequestro de bens, a busca e apreensão e a quebra de sigilo bancário ou telefônico⁷³⁶.

⁷³⁴ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, mai./jun. 2012, p. 280.

⁷³⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 12.

⁷³⁶ SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” – Investigação preliminar: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan./abr. 2020, p. 32.

Desse modo, observa-se que a investigação defensiva tem como escopo central possibilitar uma intervenção mais efetiva nos estágios iniciais da persecução penal, em que os elementos de informação são incipientes, e um contato mais imediato com as diligências desenvolvidas nessa etapa, possibilitando que a defesa técnica deixe de ocupar um papel de mera resistência e passe a dispor de ferramentas efetivas para levantar dúvidas a respeito dos fatos apurados e perquirir linhas alternativas de explicação da materialidade e da autoria do crime.

Por outro lado, uma visão prévia do conjunto de elementos de convencimento disponíveis viabiliza uma melhor avaliação do comportamento a ser adotado na relação processual, inclusive no que diz respeito à aceitação ou não de benefícios despenalizadores que venham a lhe ser propostos⁷³⁷. As vantagens da investigação direta pela defesa, portanto, sobressaem também no espaço negocial, uma vez porque a adequada orientação do acusado quanto à aceitação ou não da aplicação de propostas dessa natureza passa por uma necessária compreensão abrangente da moldura probatória que se desenha⁷³⁸. Nessa esteira, é preciso que a defesa técnica esteja capacitada para apresentar ao imputado todos os benefícios e ônus de anuir ou não com determinado acordo e, para isso, é vantajoso que tenha acesso a todos os elementos de convicção produzidos em seu desfavor, bem como que disponha de meios próprios para colher dados aptos a contraditar aquele material. A investigação defensiva, então, surge como verdadeiro fiel da balança, habilitando o acusado a negociar de maneira qualificada e informada⁷³⁹.

Contudo, enquanto alguns dos desafios institucionais e culturais à implementação da investigação defensiva no sistema processual brasileiro vêm sendo progressivamente superados, processo que tem como importante marco a edição do Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, outros ainda resistem.

Nesse contexto, os principais obstáculos que se colocam nessa trajetória podem ser assim sintetizados: i) a insuficiência de recursos da vasta maioria dos acusados para custear os serviços envolvidos nessa atividade; ii) a percepção deficiente dos demais atores do sistema penal brasileiro acerca da importância da atuação investigativa enquanto dever ético inerente ao papel do defensor criminal; iii) a ausência de regulamentação legal sobre o modo de

⁷³⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 426.

⁷³⁸ *Ibidem*, p. 42.

⁷³⁹ *Ibidem*, p. 534.

realização da investigação paralela, a forma de apresentação dos seus resultados, bem como dos direitos, deveres e limitações a serem observados pelos defensores técnicos e seus auxiliares no exercício dessa atividade⁷⁴⁰; iv) a falta de previsão legal para a aplicação de sanções ao defensor que se omitir do dever de investigar, ou àquele que, investigando, incorra em desvios de ordem ética; v) a insuficiência de infraestrutura, de pessoal e de verbas, aliada ao excesso de demanda que asoberba os órgãos públicos encarregados da assistência judiciária da maior parte da clientela do sistema penal; vi) a inexistência de ferramentas de formação e preparação adequada aos advogados e defensores públicos para essa finalidade⁷⁴¹.

Embora se possa argumentar que a investigação criminal defensiva poderia ser iniciada no Brasil independentemente de alteração no Código de Processo Penal, ante a inexistência de vedação para tanto, é também verdade que, em um sistema que prestigia a segurança jurídica, mostra-se de extrema importância que sobrevenha a regulamentação legislativa do tema, estabelecendo para a defesa prerrogativas cuja colocação em prática independa da anuência da autoridade policial ou de quaisquer outros entes investigantes, e fixando de maneira clara seus limites de atuação. Tal normatização se mostra necessária, ainda, para assegurar maior fiabilidade às informações reunidas pela defesa, bem como para resguardar os direitos dos profissionais envolvidos na perquirição e coleta de tais dados, já que, do ponto de vista da cultura jurídica, prevalece um estigma a ser superado no sentido de que o acusado e seu defensor procurariam sempre o emprego de manobras astuciosas para obter vantagens de duvidosa legitimidade e, assim, dificultar a administração da justiça.

Portanto, entende-se que, embora contemple importantes prerrogativas e balizas de atuação para o advogado engajado em atividade de investigação defensiva, o Provimento 188/2018 do CFOAB não supre a necessidade de disciplina adequada da matéria em nível de lei federal.

No que diz respeito aos custos implicados nessa atividade e à conseqüente dificuldade de acesso a essas ferramentas por parte da camada mais vulnerabilizada da população, é certo que a resposta passa pela estruturação adequada das defensorias públicas para ocupar esse novo campo de atuação e bem desempenhar as novas atribuições a que ele convida, tudo com vistas à redução das assimetrias que atravessam nosso sistema processual. Não prospera, assim, o

⁷⁴⁰ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, mai./jun. 2012, p. 280-281.

⁷⁴¹ *Ibidem*, p. 300-301.

argumento de que a investigação defensiva, embora concebível no plano teórico, seria impraticável no Brasil, em razão da precária situação econômica vivenciada pela maioria dos imputados, já que, nesses casos, caberia ao Estado suprir a deficiência econômica do acusado, exatamente como sucede na etapa processual⁷⁴². Constatada, então, a existência de um entrave material à investigação defensiva, compreende-se que a maximização do potencial democrático do instituto tem como ator central a Defensoria Pública, instituição constitucionalmente encarregada da assistência jurídica integral e gratuita dos necessitados, e como condicionante a atribuição aos seus órgãos dos recursos materiais e humanos imprescindíveis ao bom desempenho da função investigativa⁷⁴³. É preciso que não se esqueça que, conforme a valiosa lição de Eugenio Raúl Zaffaroni, o indicador do grau de realização do Estado de direito em nossa região está intimamente relacionado à autonomia e aos poderes conferidos à Defensoria Pública em comparação com as demais agências do sistema penal⁷⁴⁴.

⁷⁴² MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 181-183.

⁷⁴³ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2019, p. 97-98.

⁷⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Las ideas básicas en la relación defensa pública-estado de derecho. **Revista Pena y Estado**, Buenos Aires, ano 5, n. 5, 2002, p. 20. [Ediciones del Instituto]

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMERICAN BAR ASSOCIATION. Section of criminal justice. **Criminal justice standards for the defense function**. 4th ed. 2017. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition>. Acesso em: 2 mar. 2021.
- ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro; SILVA, Douglas Rodrigues da. Aproveitamento de investigações internas como prova no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 156, p. 61-90, jun. 2019.
- AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 137, p. 6-8, abr. 2004.
- BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (Coord.). **Garantismo Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, p. 219-260, 2016.
- BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 65, p. 175-201, mar./abr. 2007.
- BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007.
- BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva como estratégia articuladora do sistema acusatório no Brasil. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, p. 351-394, 2019. v. 5.
- BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR, Salah Hassan (Org.). **Sistema penal e poder punitivo**. Estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito/Livramento, p. 205-240, 2020.
- BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. São Paulo: ADC, 2016.

CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos de Código de Processo Penal** (Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941).

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução de José Antonio Cardinalli. Rio de Janeiro: Conan, 1995.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CORACINI, Celso Eduardo Faria (Coord.). Poderes investigatórios do Ministério Público [editorial]. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 135, fev. 2004.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **O regime jurídico do Ministério Público no processo penal**. São Paulo: Verbatim, 2009.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Inquérito policial e ação penal**. São Paulo: CPC, 2004.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 305, p. 7-9, abr. 2018.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. Florianópolis: Emais, 2019.

FARENA, Duciran Van Marsen. A Defensoria do Povo na Colômbia. In: **Modelos de ministérios públicos e defensorías del pueblo**. Brasília: ESMPU, p. 75-111, 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: ALMEIDA, José Raul Gavião; FERNANDES, Antonio Scarance; MORAES, Mauricio Zanoide de (Coord.). **Provas no processo penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso II**. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: EJE, 1936.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí/SC, ano VII, n. 14, p. 9-68, abr. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-63, jan./mar. 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 60-69, out./dez. 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 27, p. 77-86, jul./set. 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. **Verdade e prova no processo penal**. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, p. 1-14, 2016.

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

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/defensoresnosestados>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

ITÁLIA. Camere Penali. **Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive**. Disponível em: <<https://www.camerepenali.it/public/file/Documenti/REGOLE%20DI%20COMPORTAMENTO%20DEL%20PENALISTA.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2021.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da; BULHÕES, Gabriel. **Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania**. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 20 abr. 2019.

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

MACHADO, Angela C. Cangiano; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2007.

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

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 1.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 110-125, out./dez. 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento nº 188/2018**. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

PACELLI, Eugênio. Verdade judicial e sistema de prova no processo penal brasileiro. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. **Verdade e prova no processo penal**. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, p. 85-108, 2016.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RÁO, V.; FARIA, A. B. de; CASADO, P. de C. **Projeto do Código do Processo penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1938.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5. ed. Florianópolis: Ematis, 2019.

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

SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” – Investigação preliminar: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 29-40, jan./abr. 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confraternização empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, p. 205-221, 2013.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. Parecer sobre o convênio entre a defensoria pública do estado e a OAB/SP na prestação de assistência judiciária. **Revista da Defensoria Pública**, São Paulo, ano 4, n. 2, p. 167-183, jul./dez. 2011.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TOVO, Paulo Cláudio. O inquérito policial em sua verdadeira dimensão. In: TOVO, Paulo Cláudio (Org.). **Estudos de Direito Processual Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 141-143, 1995. v. 1.

TOVO, Paulo Cláudio. Democratização do inquérito policial. In: TOVO, Paulo Cláudio (Org.). **Estudos de Direito Processual Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 200-201, 1999. v. 2.

UNITED STATES OF AMERICA. **Federal Rules of Criminal Procedure**. Disponível em: <<https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

VARGAS, Nicolás Omar. La producción de prueba de descargo por parte de la defensa en el proceso penal en Argentina durante la etapa de instrucción o investigación. Un análisis comparativo entre procesos inquisitivos y acusatorios. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 329-360, jan./abr. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Las ideas básicas en la relación defensa pública-estado de derecho. **Revista Pena y Estado**, Buenos Aires, ano 5, n. 5, p. 17-20, 2002. [Ediciones del Instituto]

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Os bons ventos de Haia. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 190, p. 13-14, set. 2008.