



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

GUILHERME DE OLIVEIRA SANTANA

A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO SISTEMA ACUSATÓRIO: UM ESTUDO À LUZ
DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

São Paulo
2023



A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO SISTEMA ACUSATÓRIO: UM ESTUDO À
LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito

ORIENTADOR: PROF. DR. PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN

São Paulo
2023

DEDICATÓRIA



É a presente obra de conclusão de curso dedicada à Sueli, minha amada mãe, bem como para as demais mães solo do Brasil.

Hoje, agradeço a oportunidade de ser filho de uma pessoa tão amável, inteligente e forte.

Hoje, a sua força me motiva a exercer o meu novo ofício com justiça, sabedoria e perseverança; sempre assistindo ao próximo com humanidade.

Hoje, me formo na companhia de muitos filhos de mães solo e digo que vencemos, todos juntos, assim como se deve ser.

Obrigado, mãe. Te amo.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço minha mãe por toda o seu esforço de vida, sem o qual eu não conseguiria concluir a graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mesmo nos momentos difíceis, nunca perdeu a fé no meu potencial. A sua luz serve como guia na minha vida.

Agradeço minha avó Alzira, *in memoriam*, o seu carinho e afeto me proporcionou uma infância e adolescência alegre. Sou grato a todo apoio que me ofereceu, assim como a todas as nossas risadas, abraços e conversas; esses momentos eram incríveis.

Ao Marcos, o meu companheiro de vida, grato por toda a paciência, atenção, cuidado e carinho. Ao longo desses cinco anos enfrentamos diversos desafios, os quais, hoje, nos sagramos vencedores. Obrigado por sempre me incentivar a ser uma pessoa melhor.

Às minhas amigas, Bruna e Erika, as quais, ao longo dos cinco anos de graduação, foram as responsáveis pelas minhas sinceras risadas. Agradeço por transformarem as desventuras de três estagiários em gargalhadas e acolhimento. Esses momentos foram incríveis e anseio perpetuá-los na minha mente.

A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO SISTEMA ACUSATÓRIO: UM ESTUDO À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Guilherme de Oliveira Santana¹

RESUMO:

A presente obra de conclusão de curso objetiva enveredar rumo ao instituto da investigação defensiva, trazendo elementos fundamentais do sistema acusatório. Nesse sentido, serão trazidos elementos do ordenamento jurídico, como a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, a fim de delinear o instituto e suas finalidades. De igual modo, também servem ao presente estudo a verificação de instruções normativas cruciais ao debate, como o Provimento n. 188 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Pacto de San José da Costa Rica. Outrossim, o presente trabalho também buscará fundamentação por meio das legislações alienígenas, as quais podem influir diretamente no instituto da investigação defensiva no Brasil.

Palavras-chave: Investigação defensiva. Direitos humanos. Paridade de armas. Contraditório. Ampla defesa.

ABSTRACT:

The present undergraduate thesis aims to delve into the institute of defensive investigation, bringing fundamental elements of the accusatorial system. In this sense, elements of the legal system, such as the Federal Constitution and the Code of Criminal Procedure, will be brought in to outline the institute and its purposes. Similarly, this study also relies on the examination of crucial normative instructions for discussion, such as Provision No. 188 of the Federal Council of the Brazilian Bar Association and the Pact of San José of Costa Rica. Furthermore, this work will also seek foundation through foreign legislations, which may directly influence the institute of defensive investigation in Brazil.

Keywords: Defensive investigation. Human rights. Equality of arms. Adversarial process. Right to a full defense.

¹ Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	8
1.1 CONCEITO	8
1.2 SISTEMA ACUSATÓRIO	9
1.3 SISTEMA INQUISITÓRIO	14
1.4 SISTEMA MISTO	18
2 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL	23
2.1 INQUÉRITO POLICIAL	23
2.1.1 CONCEITO	23
2.1.2 CARCATERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL	27
2.1.2.1 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO	27
2.1.2.2 INQUISITIVO	27
2.1.2.3 SIGILOSO	28
2.1.2.4 OFICIALIDADE	28
2.1.2.5 OFICIOSIDADE	28
2.1.2.6 DISCRICIONARIEDADE	29
2.1.2.7 INDISPONIBILIDADE	29
2.1.2.8 PROCEDIMENTO ESCRITO	29
2.1.2.9 TRANSITÓRIO	30
2.1.2.10 DISPENSÁVEL	30
2.2 INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	30
3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA	35
3.1 CONCEITO	35
3.2 FUNDAMENTAÇÃO NORMATIVA	38
3.3 PROVIMENTO N. 188/2018 DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL	42
3.4 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E JURISPRUDÊNCIA	43
3.5 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E SISTEMAS PROCESSUAIS AO REDOR DO MUNDO	48
3.5.1 ITÁLIA	48
3.5.2 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	52
4 CONCLUSÃO	57
5 REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

O sistema processual penal pátrio vigente preocupa-se com a garantia dos direitos fundamentais, quais são o contraditório, ampla defesa e paridade de armas. A persecução por tais princípios gera reflexos diretos no direito de defesa, bem como nas prerrogativas inerentes à defesa.

O presente estudo objetiva encontrar os pontos de convergência entre as prerrogativas defensivas em face das prerrogativas da acusação. A presente obra tratará do poder de investigação da polícia judiciária e do Ministério Público, confrontando-o com a possibilidade de investigação promovida pela defesa.

Nessa esteira, será de suma importância esclarecer os princípios inerentes ao inquérito policial, como forma de destrinchar o presente objeto de estudo e identificar as semelhanças e diferenças quanto ao instituto. Por meio dessa estratégia, serão tecidas as considerações objetos do trabalho de conclusão de curso.

Por mais, a obra visa identificar a potencial prejudicialidade da ausência de positivação do procedimento investigativo da defesa no ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, a Constituição Federal e o Código de Processo Penal serão protagonistas nas conclusões apresentadas.

Igualmente, oportuno destacar que a presença de outras fontes normativas, as quais desempenham papel crucial ao instituto da investigação defensiva, também serão abordados. Essas outras fontes normativas, subsidiárias à construção da obra são: i) Pacto de San José da Costa Rica; e, ii) Provimento n. 188 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Além disso, a presente obra irá conceituar a investigação defensiva, a fim de introduzir o tema. Nesse sentido, tendo em vista que o direito comparado exerce influência direta na jurisprudência, legislação e doutrinas nacionais, também servirão como amparo à fundamentação técnica acerca da estrutura e dos métodos adotados naqueles países, os quais são Itália e Estados Unidos.

1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

1.1 CONCEITO

O processo penal sempre teve sob a sua vigilância sistemas, os quais conduzem as partes e o julgador a adotar procedimentos e fases que contemplem a elucidação dos fatos controvertidos. Nessa esteira, o sistema reveste o processo da formalidade necessária à aplicação da lei penal e da lei processual penal, de modo a possibilitar o curso da persecução penal.

“[...] Considera-se sistema de processo penal o modelo político-jurídico adotado pelo legislador para o início e desenvolvimento da persecução penal em juízo; do oferecimento da inicial acusatória até o resultado final da prestação jurisdicional. [...]”²

Ao longo da história, pode-se considerar que os sistemas processuais penais foram se desenvolvendo e se adequando à realidade de cada nação. Destaca-se que, apesar de cada sistema adotado sofrer interpretação própria em cada país, as suas principais características são mantidas, preservando a feição de cada sistema.

“[...] A estrutura do processo penal variou ao longo dos séculos, conforme o predomínio da ideologia punitiva ou libertária. Goldschmidt afirma que a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição. [...]”³

Antes de apreciar cada sistema citado, deve ser destacado que o contexto social, bem como o momento histórico vivido por uma nação reflete no sistema processual penal adotado por cada povo. Os atributos culturais, dentro dos quais o sistema processual penal se desenvolve, apesar de amargar a influência do meio, ainda assim é unísono e aplicado conforme a observância de princípios particulares, os quais conferem distinção e personalidade a cada sistema processual penal.

Traçando uma breve linha do tempo, pode-se dizer que a autotutela, caracterizada pelo uso da força própria pelas partes a fim de consolidar interesses privados, foi

² MARCÃO, Renato. Curso de Processo Penal. 8ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p.30

³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 20ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 19

bastante documentada no começo das primeiras sociedades. Esse método deslegitimava o procedimento processual, o que ensejava a graves lesões a direitos.

Ainda analisando a temática por meio de uma perspectiva histórica, o sistema acusatório possui uma grande influência a partir da Antiguidade até a Idade Média, por volta do século XII. Após, o sistema acusatório passou a ser substituído pelo sistema inquisitório, o qual desempenhou expressivo papel até o século XVIII. Doutrinadores e historiadores apontam que, em seguida, foi identificada a confluência dos sistemas processuais penais mencionados, originando, desta forma, o sistema processual penal misto.

Pois bem. Conforme previamente dito, a doutrina destaca a existência de três espécies de sistemas no processo penal, quais são: *i*) sistema acusatório; *ii*) sistema inquisitivo; e, *iii*) sistema misto. Sistemas processuais penais que terão as suas principais características apresentadas e trabalhadas a seguir.

1.2 SISTEMA ACUSATÓRIO

A criação de um procedimento processual penal ensejou a necessidade de um sistema processual, o qual estivesse em perfeita sincronia com o momento vivenciado pela sociedade. Não coube o simples seguimento de regras processuais. Esse precisou refletir as suas principais características de maneira clara e inequívoca, a fim de se adequar às necessidades da população.

O sistema acusatório tem a sua origem na Grécia e Roma Antiga. Originariamente, o impulso oficial começava por meio da acusação privada e caminhava para a acusação de fato, oficial, a fim de instaurar a persecução penal. Já mesmo naquela época, a lógica do sistema acusatório já se alicerçava na imparcialidade do magistrado, e, da mesma forma, levava em consideração o contraditório e ampla defesa do acusado no curso do processo penal público e oral.

“[...] Próprio dos regimes democráticos, o sistema acusatório caracteriza-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas. Chama-se “acusatório” porque, à luz deste sistema ninguém poderá ser

chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias. [...]”⁴

Em que pese o sistema acusatório ter o seu nascimento na antiguidade clássica, o sistema extinguiu-se à época, dando oportunidades ao sistema inquisitivo, em razão de diversas falhas apresentadas, as quais incomodavam severamente a sociedade. Naquela era, podemos apontar as seguintes insatisfações: i) sentença inexecutável; ii) impunidade; iii) acusações falsas; iv) distorção da verdade dos fatos, e assim por diante.

No que concerne à característica da oralidade do processo no sistema acusatório, essa é algo que merece destaque. A oralidade é nada mais do que a forma em que se porta o processo, ganhando forte prestígio do uso das palavras. Isso reflete diretamente na forma em que o juiz enfrenta e lida com as provas, em razão da imediatidade. Outro ponto que provém da oralidade processual, é a identidade física do juiz, tornando o procedimento altamente eficiente e célere.

O traço da publicidade no sistema acusatório é crucial à formalização do procedimento processual nos moldes em que conhecemos hoje. A ideia da publicidade acoberta os anseios populares por democracia e participação popular, a partir da ampla divulgação dos fatos tratados no curso da persecução penal; o que acaba contribuindo diretamente para o exercício de gerenciamento da administração pública. Não somente isso, a publicidade vem acompanhada de uma gerência do povo em face dos atos e medidas adotadas pelo magistrado no curso de uma persecução penal.

Inteligente ressaltar que cabe restrição em relação ao princípio da publicidade, a fim de proteger a intimidade e a personalidade das partes envolvidas na persecução penal; bem como para assegurar a devida aplicação da lei penal. A restrição, contudo, não afeta o processo penal, que seguirá os seus procedimentos, observando os demais princípios, sem, contudo, divulgar os fatos e decisões tratadas em sede processual.

Nesse sistema, o Estado-juiz continua a exercer o ofício julgador, mas lhe foi retirada a tarefa de acusar, assim como também foi destituído do exercício da defesa do

⁴ AVENA, Norberto. Processo Penal. 15ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2023. p. 7

investigado ou acusado. A tarefa de acusar foi atribuída ao órgão acusador, qual seja, o Ministério Público, que assumiu o encargo de apresentar as acusações e fatos probantes ao conhecimento do juiz.

“[...] O sistema acusatório acabou por adotar o princípio da acusação penal *ex officio*, entretanto, o órgão responsável pela acusação não é o juiz, e nunca o Judiciário. Atualmente, esse órgão é o Ministério Público, criado originariamente na França e exportado para outras nações. [...]”⁵

A desvinculação do caráter de acusador do magistrado foi fundamental para evitar a impunidade, vez que um órgão exclusivo de acusação combate a impunidade ao mesmo tempo em que assegura a proteção da sociedade e das leis. A instauração desse órgão acusados, qual seja, o Ministério Público, foi fundamental ao desenvolvimento da sociedade, na qualidade de operadora inequívoca do direito.

Além do que, a criação desse órgão acusador assistiu aos princípios administrativos, como a moralidade e impessoalidade, de modo a restringir atos privados. Os princípios administrativos citados delimitam a atuação do órgão acusador, imprimindo ética e eficiência na gestão pública, tornado, portanto, a persecução penal mais confiável, justa e sem subjetivismos.

Por seu turno, ao magistrado, no seio do processo penal, foi imposta a tarefa de julgar a denúncia de forma imparcial, de modo a apreciar os argumentos tanto defensivos quanto os acusatórios. Importante destacar que o processo penal, a partir deste momento, começa a se desvencilhar de subjetivismos e privilegia a instrumentalização da forma.

A diminuição do poder do magistrado, no sistema acusatório, é bem-visto aos olhos da doutrina. A busca ativa de provas pelo juiz-inquisidor é revestida de elementos psicológicos que o guia a encontrar e enxergar aquilo que se pretende à condenação. Esse é ponto central, que fulminou a possibilidade de o magistrado, no sistema acusatório, ter poderes investigativos.

⁵ BRITO, Alexis Couto de. Processo Penal Brasileiro. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2019. p.4

A atuação do magistrado, no sistema acusatório, pauta-se por meio do equilíbrio processual entre as partes. A tarefa do juiz é o de mediar as partes, como também julgar conforme os elementos probatórios carreados aos autos. Assim sendo, o juiz deixa de ser parte e julgador do processo, a fim de ser imparcial e presidir o ato de forma escorreita.

A imparcialidade do magistrado potencializa o procedimento penal, vez que assegura às partes o desenvolvimento dos princípios do contraditório e ampla defesa, tal qual escupida pela Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV. Por consequência, o acusado começa a ter a consagração do seu amplo direito de defesa.

“[...] Ferrajoli é ainda mais enfático: “De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação. Essa separação, exigida por nosso axioma *nullum iudicium sine accusatione*, forma a primeira das garantias orgânicas estipuladas no modelo teórico SG (Sistema Garantista). Ela comporta não só a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que desenvolvem funções de postulação e o consequente papel de espectadores passivos e desinteressados reservado aos primeiros em virtude da proibição *ne procedat iudex ex officio*, mas também, e sobretudo, o papel de parte – em posição de paridade com a defesa – consignado ao órgão da acusação e a consequente ausência de qualquer poder sobre a pessoa do imputado. Entendida nesse sentido, a garantia da separação representa, de um lado, uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes em causa, que, como veremos, é a primeira das garantias orgânicas que definem a figura do juiz, e, de outro, um pressuposto dos ônus da contestação e da prova atribuídos à acusação, que são as primeiras garantias procedimentais do juízo”. [...]”⁶

Os princípios do contraditório e ampla defesa, além de serem fundamentais ao processo penal, imprimem o anseio democrático por igualdade e liberdade entre as partes que atuam no curso da persecução penal. Isso porque, o acusado é obrigado a constituir defesa, a fim de proteger os seus direitos e sustentar os fatos narrados por meio do ordenamento jurídico.

Outrossim, em relação ao principal corolário da separação e especificação das partes em atuação no processo penal, temos que o sistema acusatório veda a atuação, *ex officio*,

⁶ Idem, p.5

de atos investigativos. Ao magistrado recai a função de aguardar o desenvolvimento dos autos, por meio de atos ativos das partes. Ou seja, recai sobre as partes o dever de buscar provas, com o objetivo de comprovar as suas alegações.

Os investigados ou acusados também começam a serem interpretados por meio de uma lógica diferenciada. Esses são transformados em sujeitos de direitos, deixando de ser objetos do processo penal. O respeito aos direitos da pessoa acusada ou investigada torna-se imperativo no curso da persecução penal, impedindo, assim, o acontecimento de situações clássicas de abusos, que até então eram normalizadas pelo juiz-inquisidor e pelo sistema penal vigente.

Tanto é assim que o sujeito acusado ou investigado apenas poderia ser levado à frente do magistrado quando fustigado por acusação formalizada. Esse é corolário oriundo do *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*, que orientou a persecução penal e serviu como base ao desenvolvimento do sistema acusatório clássico.

A ruptura e modificação do sistema é tamanha, o que acaba refletindo no curso da própria investigação. Ao retirar os poderes concentrados na mão do juiz-inquisidor, a apuração dos fatos começou a contar com o envolvimento das partes do processo no momento de investigação e produção de provas, isto é, atribuição de ônus probantes às partes.

“[...] É importante destacar que a posição do “juiz” é fundante da estrutura processual. Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador. [...]”⁷

À vista das características já abordadas, o sistema acusatório possui as seguintes demais características: i) conhecimento de todos os atos processuais executados pelas partes; ii) abertura de prazo para que a parte contrária se manifeste nos termos das alegações apresentadas; iii) direito de produção de provas; e, iv) necessidade da constituição de defensor ao acusado.

⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 20ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 21

O sistema acusatório representou um acontecimento importante para a sociedades ao encontro e preservação dos direitos pessoais. O sistema só se tornou possível graças à separação e definição das partes processuais, como também pelo surgimento de um órgão de acusação independente, que possa falar em nome da sociedade e reivindicar direitos populares e justiça.

Da mesma forma, a separação da defesa foi vital à contribuição da igualdade no curso do processo penal, a fim das partes terem legitimidade para a ampla produção de provas. Portanto, o sistema acusatório é um marco para a sociedade, vez que atribui voz, direitos e oportunidades de defesa a pessoas, que até então, haviam sido tolhidas de sua dignidade.

1.3 SISTEMA INQUISITÓRIO

O sistema inquisitório pode ser facilmente distinguido em razão da sua peculiaridade em face dos demais sistemas processuais penais. Esse sistema surge em meados do século XIII substituindo outro sistema, o qual possuía mais similitude com o sistema acusatório. Esse último sistema restou deficiente, isso porque acreditava-se na necessidade de inserir o Estado, diretamente, nas atividades do processo penal.

O sistema inquisitório surge em um momento de insatisfação popular com o modelo acusatório clássico, o qual, na visão popular, culminava em diversas injustiças. O sistema acusatório clássico era forjado sob a pessoa de um acusador popular e que, após algum tempo, tornou-se insustentável ao ser identificadas falsas acusações, impunidade, falta de proteção ao órgão acusador e etc.; motivos esses que abriram porta ao sistema inquisitivo até meados do século XIX.

A inserção do sistema inquisitório na sociedade tem forte ligação com o momento histórico vivenciado pela população naquele momento. Historicamente, o sistema inquisitório remonta ao momento em que foram constituídos os primeiros Estados e, conseqüentemente, ocorreu a fortificação das monarquias por meio da centralização do poder nas mãos do governante.

“[...] Próprio dos regimes totalitários ou absolutistas, no sistema inquisitivo, que tem sua origem atrelada ao Direito Romano, são desconsiderados os

princípios e garantias fundamentais, tão caros a toda e qualquer democracia. [...]”⁸

Além disso, o modelo em estudo também ganhou robustez pelo imensurável apoio da Igreja Católica por meio do Direito Canônico, ao incentivar a aplicação das regras deste sistema no Tribunal do Santo Ofício. Sem sombra de dúvidas, as atrocidades cometidas naqueles julgamentos é motivo de espanto e tormento até o momento atual. As barbáries cometidas eram endossadas pelo sistema processual penal, o qual não limitava a atuação da juiz-inquisidor.

À época, essa concentração de poderes na mão de uma única pessoa oportunizou a formação do sistema processual penal inquisitorial. Esse sistema possui como característica fulcral a reunião dos três papéis essenciais à justiça, quais são o de acusador, defensor e julgador, todas essas tarefas foram concentradas no mesmo sujeito dentro do processo, o qual desenvolvia funções similares ao de magistrado.

Essa unificação do poder em uma só pessoa, que exercia o papel de Estado-juiz, era semelhante as características de tirania, atribuindo a pessoa investigada ou réu, o título de objeto e sem direitos. Até mesmo porque o investigado ou réu eram elementos do processo penal, retirando a sua condição humana.

“[...] É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu. [...]”⁹

Para mais, o sistema inquisitorial nutre em suas características a total ausência do contraditório e ampla defesa. Isso porque o segredo das investigações era privilegiado, ocorrendo diversas formas de brutalidade, vez que para a apuração dos fatos criminosos era viável amplos poderes investigativos, inexistindo, desta forma, restrições.

“[...] A confusão entre acusador e juiz, que é uma característica historicamente ligada ao fenômeno da inquisição e à epistemologia

⁸ MARCÃO, Renato. Curso de Processo Penal. 8ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p.30

⁹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 20ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 20

autoritária. No momento em que o juiz profascista se confunde com a figura do acusador e passa a exercer funções como a de buscar confirmar a hipótese acusatória, surge um julgamento preconceituoso, com o comprometimento da imparcialidade. Tem-se, então, o primado da hipótese sobre o fato. A verdade perde importância diante da ‘missão’ do juiz, que aderiu psicologicamente à versão acusatória [...]”¹⁰

Digo que o segredo era característica marcante e protegida no sistema inquisitivo, porque a persecução penal poderia ser iniciada a partir de denúncias anônimas. A persecução penal presidida pelo juiz-acusador ocorria em segredo e tinha como alvo principal a confirmação da acusação elaborado pelo próprio juiz-acusador.

“[...] O processo de modelo inquisitivo normalmente é secreto, alheio às garantias da ampla defesa, do contraditório, igualdade de partes e devido processo legal. Contenta-se com o sistema de provas tarifadas, em que a confissão tem valor absoluto (é considerada a rainha das provas) sobre qualquer outro meio de prova e não raras vezes é obtida mediante emprego de violência física ou psicológica, daí admitir a tortura como meio para sua obtenção [...]”¹¹

É crível dizer que o sistema inquisitivo se posiciona em sentido totalmente oposto ao das garantias individuais, como também é munido de imperfeições que aviltam direitos subjetivos. Apesar de tal sistema preocupar-se com o encontro da verdade real dos fatos, essa busca atropela direitos e vem carregado de parcialidade e subjetividade do julgador; o que atenua severamente a autenticidade, legalidade, licitude e o escopo da persecução penal.

Ainda, em atenção ao tema estudado, no sistema inquisitorial as provas já possuem um valor definido previamente. A confissão era, por bem dizer, a “rainha das provas”, vez que servia como verdade cabal aos fatos investigados mesmo quando oriunda de tortura, que era procedimento comum e normalizado ao esclarecimento dos fatos.

A tortura ocupou espaço importante na formação do sistema inquisitivo, a fim de colher a confissão dos acusados ou investigados. Os inquisidores partiam da premissa que a tortura era o caminho primordial ao encontro da verdade real dos fatos em apuração. A tortura era arma cabal e inequívoca à obtenção da “rainha das provas”.

¹⁰ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. Prova e Verdade. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2020, p.13.

¹¹ MARCÃO, Renato. Curso de Processo Penal. 8ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p.30

No modelo de processo penal sob análise, as provas produzidas não possuem o escopo incentivar a convicção do juiz. As provas atuam com a finalidade de corroborar e dar força à acusação, anteriormente lançada pelo próprio juiz-inquisidor, para as demais pessoas da mesma comunidade. Dessa feita, das provas eram retiradas o objetivo de encontrar a verdade real e, concomitantemente, eram destinadas a satisfazer a acusação.

“[...] Nele, o processo não é visto como um instrumento para alcançar a verdade e fazer justiça, mas tão somente como um meio para fazer atuar o Direito Penal, e o imputado é considerado simples objeto de persecução na qual se desconhece sua dignidade. [...]”¹²

Tal ponto do sistema inquisitivo é o que mais se destaca do sistema acusatório. No sistema inquisitivo é levado a cabo a presunção do juiz, que irá determinar a culpabilidade do acusado e pouco importa as condições de produção das provas produzidas. Em contrapartida, no sistema acusatório, a divisão de tarefas ao longo da persecução penal promove a cristalização de direitos e inserção das partes no processo enquanto sujeitos de direito.

De mais a mais, o sistema processual acusatório atua em observância ao *actum trium personarum*, a fim de separar a pessoa do acusador, defensor e julgador. A definição prévia e separação desses sujeitos processuais evita a acumulação de poderes em um único sujeito e beneficia a verdade real dos fatos, de modo a extinguir a persecução pessoal do acusado ou investigado pelo juiz-inquisidor.

A saber, além das características já abordadas, o sistema inquisitivo também é caracterizado pelos principais traços típicos a seguir: i) procedimento escrito; ii) vigência do princípio da oficialidade; iii) incomunicabilidade do réu; iv) desequilíbrio de armas entre as partes; v) ausência de contradição; vi) prisão preventiva obrigatória do investigado ou acusado.

O sistema inquisitivo acabou por tornar-se poderoso artifício de blindagem das figuras que possuíam o poder em face de quaisquer dissabores que esses poderia possuir. A sistema por si só veda qualquer ato de manifestação ou ameaças diretas, de modo a manter o poder político centralizado. A estrutura inquisitiva, guiada pelo Direito Canônico, propagou o

¹² Idem, p.30

temor generalizado ao introduzir o medo como aspecto natural e cultural da dominância religiosa e política.

Esse temor generalizado, fomentado pelo sistema inquisitivo, foi o que ratificou por muito tempo a lógica dogmática, vez que a própria indagação de costumes culturais, políticos ou religiosas já poderia ser considerada crime. O Tribunal do Santo Ofício atuou vigilando pela manutenção da subjugação da sociedade, exercendo o ônus de condenar e retirar vidas.

Com o passar dos tempos, o sistema processual penal inquisitivo passou a ser considerado primitivo ao divorciar-se drasticamente da realidade vivida pela sociedade. O processo começou a ser considerado meio para busca da verdade real dos fatos, de modo a atribuir aos instrumentos probantes o poder de convencimento do órgão julgador.

Em consonância aos fatos supracitados, a insurgência de um novo sistema processual penal deu-se em virtude da necessidade do devido alinhamento entre órgão julgante e uma nova sociedade, com conquistas alcançadas no campo social. Dessa forma, a evolução da sociedade foi impulsionadora de um novo sistema.

“[...] Em definitivo, o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar. [...]”¹³

A principal evolução reside no fato de as pessoas começaram a ser sujeitos de direito, motivo fundamental que contribuiu para a derrocada do sistema inquisitivo. O avanço social, sobretudo no campo dos direitos sociais e fundamentais, exigiu a efetivação de um sistema capaz de imprimir os novos anseios de uma nova sociedade.

1.4 SISTEMA MISTO

A gênese do sistema misto também é produto da insatisfação popular com o sistema inquisitório, vez que esse último não apresentava mais similitude com o momento

¹³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 20ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 20

histórico vivenciado pela população. Naquele tempo acreditava ser necessário um novo sistema, capaz de unificar as características mais benéficas do sistema inquisitivo com o sistema acusatório.

O sistema misto começa a ganhar força a partir da Revolução Francesa, em 1789, tendo em vista a severa ruptura com a ordem política e jurídica vigente, a fim de enveredar rumo a uma nova ordem social. O rompimento abrupto com a ordem social vigente objetivou, no campo jurídico, o fim dos ordenamentos provenientes da inquisição.

A Revolução Francesa foi chave fundamental à eclosão de um novo marco legal. Isso porque a tomada do poder pelos liberais gerou reflexos no pensamento acerca do comportamento em sociedade e, sobretudo, de que forma os problemas da sociedade são trabalhados. A partir desse pensamento, o sistema criminal sofre reformas abruptas, tornando totalmente desatualizado o sistema inquisitivo.

No campo ideológico, o rompimento com o sistema inquisitivo ocorreu em razão de uma nova maneira de pensar os sujeitos humanos na sociedade. Nesse sentido, o Iluminismo também contribuiu para a constituição do sistema misto, porque foi porta de entrada para inserir as pessoas no centro de um pensamento humanista.

Os eventos históricos, acima mencionados, foram vitais à invocação do sistema acusatório. Contudo, apenas reavivar o sistema acusatório acreditava ser uma medida insuficiente, logo, era fundamental, até mesmo ao processo, a miscelânea dos sistemas acusatório e inquisitivo, preservando certos atributos. Portanto, este é o sistema misto em essência, é o sistema que próximo ao acusatório, mas é dotado de traços inquisitivos.

“[...] O chamado “Sistema Misto” nasce com o Código Napoleônico de 1808 e a divisão do processo em duas fases: fase pré-processual e fase processual, sendo a primeira de caráter inquisitório e a segunda acusatória. [...]”¹⁴

O sistema misto é a perfeita sincronia entre o sistema inquisitivo com o sistema acusatório. Isso porque ao mesmo tempo em que visa a preservação humanitária do réu, não

¹⁴ Idem, p. 22

deixa de atribuir ao processo um status repressivo contra injustiças, sem, contudo, aviltar direitos. O sistema em comento deve atuar como se fosse uma perfeita comunhão entre a música e um bailarino, de modo a retirar o melhor que cada um possa vir a oferecer.

Nessa perfeita aliança entre os sistemas inquisitivo e acusatório, o sistema misto almejou barrar todas as injustiças, as quais levaram ao fim do sistema acusatório; bem como conjecturou a preservação de direitos do acusado, os quais sempre foram violados no curso da persecução penal. Logo, é inequívoco dizer que o sistema misto é formado por meio da junção das características mais benéficas ao acusado e à sociedade.

“[...] Classicamente, define-se sistema processual misto como um modelo processual intermediário entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo. Isso porque, ao mesmo tempo em que há a observância de garantias constitucionais, como a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, mantém ele alguns resquícios do sistema inquisitivo, a exemplo da faculdade que assiste ao juiz quanto à produção probatória *ex officio* e das restrições à publicidade do processo que podem ser impostas em determinadas hipóteses. Na medida em que resulta de uma fusão entre as características dos outros dois modelos, o sistema misto, na atualidade, vem sendo chamado também de inquisitivo garantista. [...]”¹⁵

O mecanismo de funcionamento do sistema misto preza, por excelência, pelo elevado grau de produção de provas. Conforme exposto, o sistema inquisitivo preocupa-se com a produção de provas, pouco importando a licitude ou origem da mesma. Dito isso, tendo em vista que o sistema misto é a perfeita reunião dos sistemas, sem embargos ao afirmar a qualidade positiva da produção de provas, mas dentro dos ditames legais.

O procedimento no sistema misto é similar ao sistema inquisitório, vez que esse é separado em três momentos distintos, quais são: i) investigação; ii) instrução; e, iii) julgamento. Entretanto, no sistema inquisitivo o procedimento era exclusivamente sigiloso, o que foi retirado da somente da terceira fase supracitada.

Assim sendo, foi devidamente aberta chance ao princípio da publicidade, que está claramente delineado no bojo do sistema acusatório; do mesmo modo em que restou mantido o princípio da oralidade dos julgamentos. Tais princípios efetivam as características

¹⁵ AVENA, Norberto. Processo Penal. 15ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2023. p. 8

do sistema acusatório, que foram idealizadas aspirando uma ampla ciência das decisões judiciais pela população.

Esses três momentos distintos da persecução penal, no sistema misto, sempre deverão ser documentados de forma escrita. Conferindo às partes o ensejo de manifestarem-se nos termos das alegações pronunciadas, também somente na terceira fase, por consequência do princípio do contraditório e ampla defesa.

No mais, a persecução penal terá partes previamente definidas e distintas, quais são defesa e acusação, e, além disso, existirá a figura de um magistrado imparcial, presidindo o ato. Em síntese, o procedimento enseja o contraditório na fase de julgamento, vez que as partes poderão formular suas teses e apresentar a sua versão dos fatos narrados.

O contraditório e ampla defesa não são utilizados nas fases preliminares, a fim de prestigiar a ocorrência dos princípios em fase judicial. A inexistência de contraditório nas primeiras fases é atribuída a características do sistema processual inquisitório, o qual retira a possibilidade de defesa no início da persecução penal.

O sistema misto, hoje, é marcado por aquilo que a doutrina define como “juizado de instrução”. Nesse método de desenvolvimento do sistema misto, as atribuições magistrado são de extrema relevância desde a fase preliminar, vez que já no início da persecução penal o juiz recebe a tarefa de presidir os atos investigativos.

Ainda sobre o procedimento do “juizado de instrução”, o magistrado é responsável pela colheita de todas as espécies de provas. Por sua vez, a polícia recebe o encargo exclusivo de gestão da liberdade ou prisão de criminosos e indicar as provas, as quais serão levadas ao conhecimento do “juiz instrutor” a fim de promover a produção da prova. Esse sistema é utilizado em alguns países europeus, como, por exemplo, na França.

No Brasil, o procedimento do “juizado de instrução” é um tanto quanto impraticável, vez que a própria Constituição Federal atribuiu competências nesse sentido. No artigo 144, em seus incisos e parágrafos, a função investigativa é atribuída às polícias, concedendo amplos poderes a fim de esclarecer ilícitos penais.

Além disso, esbarramos em uma barreira geográfica, porque a longa extensão do território brasileiro torna o procedimento insustentável. Dessa forma, para ser possível a sistemática, seria primordial a fragmentação do procedimento, utilizando-o somente em capitais, contudo, é inviável ter um procedimento processual penal na capital e outro no interior.

Hodiernamente, a doutrina debate sobre qual sistema estaria vigente no Brasil, e, a partir das características destacadas, muitos autores divergem entre o sistema acusatório e o sistema misto. Não obstante a fundamentação doutrinária, fato é que o sistema misto apresenta ambas as características dos sistemas já estudados, seja em maior ou menor parte, mas sempre se revela pela inequívoca união dos métodos, princípios e procedimentos.

E, sobretudo, o sistema misto é constituído nos moldes do contraditório e ampla defesa, preocupando-se em oferecer oportunidades de defesa, bem como visa a preocupação com os direitos individuais do acusado, no curso da persecução penal. O sistema misto é um consectário da justiça, em que a vigilância pelos direitos humanos é limitada em face da atuação do Estado-juiz.

2 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL

2.1 INQUÉRITO POLICIAL

2.1.1 CONCEITO

O inquérito policial é medida esclarecedora tomada pelo Estado, a fim de apurar a infração criminal positivada no ordenamento jurídico. É o momento em que o Estado, em uma lógica vertical de poder e dentro das suas competências atribuídas pela Carta Magna, desenvolve as suas atividades investigativas de modo inquisitivo.

A finalidade primeva do inquérito policial é de colher o máximo de provas e evidências que confirmem tanto a autoria quanto a materialidade delitiva, assim é dispositivo 4º do Código de Processo Penal. Ou seja, o escopo fulcral do procedimento é de fornecer subsídios robustos acerca da verdade real dos fatos, para que, em caso de uma ação penal, esse lastro probatório possa instruir a demanda judicial.

“[...] Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. [...]”¹⁶

O inquérito policial é procedimento que tramita na delegacia de polícia judiciária competente. Salienta-se que essa competência da polícia judiciária é estabelecida de acordo com as próprias regras previstas no Código de Processo Penal. Fora esses pontos aludidos, o inquérito policial é presidido por delegado, autoridade policial essa que recebe auxílio dos demais policiais civis para dar prosseguimento ao feito.

Insta destacar, o inquérito policial deve indicar não somente os indícios de autoria e materialidade delitiva, mas também outras espécies de elementos que gravitam ao redor da infração penal. Nessa lógica, podem ser citados os seguintes elementos: i) culpabilidade; ii) imputabilidade; iii) potencial consciência da ilicitude; iv) coautoria; e, v) exigibilidade de conduta diversa.

¹⁶ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de junho de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2023.

Note, não faz parte do objetivo do inquérito policial fornecer elementos para que o detentor da ação penal ajuíze uma ação penal. Deverás, incumbe ao inquérito policial a tarefa de reunir os elementos de cunho probatório, visando, assim, a construção do convencimento do órgão acusador, isto é, a formação do *opinio delicti*.

A função do procedimento policial é esclarecer a verdade atinente aos eventos delitivos mencionados na notícia do crime. Dessa forma, o órgão responsável pela acusação no processo penal, o qual é o Ministério Público, receberá essas informações colhidas e identificará se é caso de complementação da investigação, apresentação de denúncia ou pedido de arquivamento dos autos com o cumprimento das diligências necessárias, conforme a preceitua o artigo 28 do Código de Processo Penal.

Não obstante o inquérito policial ser meio amplo para busca ativa de provas, essa averiguação dos fatos encontra limites. Ainda que investigado, o sujeito é possuidor aos seus direitos subjetivos, quis são, a título de exemplo, aqueles previstos no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. A partir de detida análise ao artigo referenciado, entende-se que o investigado possui direito a sua intimidade.

Ainda discorrendo sobre o assunto, a partir da proteção à intimidade, a Carta Magna expande a proteção ao investigado por meio da preservação de demais direitos, como, por exemplo, direito à imagem, vida privada, e honra. Assim sendo, qualquer circunstância que resulte em violação e, portanto, danos ao investigado, será passível de indenização.

Fato é que o inquérito policial é elemento substancial para alicerçar uma denúncia de altíssima qualidade ou uma defesa excelente. O inquérito policial é ato preliminar ao processo e de fundamental necessidade ao esclarecimento dos fatos, apesar de a atuação da defesa ser extremamente mitigada nesse momento.

Além do mais, o inquérito policial também é parte fundamental à deliberação de prisão ou liberdade na fase preliminar. Isso porque os elementos identificados e documentados pela autoridade policial servem como elementos probatórios, vez que esses assumem a

responsabilidade pela formação da convicção do magistrado acerca dos acontecimentos colacionados nos autos.

Tanto é assim que o próprio Código de Processo Penal, em seu artigo 311 e seguintes, autoriza a decretação de prisão preventiva, seja em fase de inquérito policial ou no curso do processo penal. Destaca-se que o artigo 312 faz referência expressa quanto à decretação da prisão preventiva, desde que identificada a materialidade delitiva e os indícios de autoria.

“[...] Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. [...]”¹⁷

Cumprе destacar que o inquérito policial possui natureza peculiar aos procedimentos padrões e tem como finalidade a coleção de evidências mínimas para sustentar a acusação. Todavia, assevera-se que a autoridade policial, na qualidade de órgão imparcial, não está comprometida com a acusação e muito menos com a defesa, mas tão somente com a verdade real dos fatos.

Nesse sentido, o inquérito policial é procedimento preliminar, o qual pretende documentar o máximo de provas possíveis. Contudo, apesar do amplo conhecimento dos fatos, que é possível angariar em razão da condução do inquérito policial, a autoridade policial não pode apresentar o relatório final a partir de suas convicções pessoais. Ou seja, é vedado à autoridade documentar, em qualquer peça do procedimento, algo que demonstre juízo de valor acerca dos fatos investigados.

A natureza peculiar do inquérito policial revela-se por meio da inquisitorialidade, que restringe drasticamente a atuação defensiva em sede de procedimento policial. Apesar de

¹⁷ Idem.

boa parte da doutrina dizer que o sistema penal brasileiro é acusatório, o inquérito processual é procedimento que não assiste aos princípios do contraditório e ampla defesa.

“[...] Desde o ponto de vista do sujeito passivo, pode-se afirmar que a fase processual do processo penal brasileiro está estruturada de acordo com o sistema acusatório, com plena observância do contraditório e do direito de defesa. O grande problema está na fase preliminar, em que o inquérito policial, além de inquisitivo, limita ao extremo a intervenção do imputado. [...]”¹⁸

A partir desse ponto acima mencionado, a doutrina acha por bem apontar que o procedimento é exclusivamente administrativo, voltado ao esclarecimento dos fatos. Esse traço marcante do inquérito policial é o que limita drasticamente a manifestação defensiva no curso da investigação tomada a cabo pelo Estado.

Para mais, o procedimento apuratório também age no sentido de limitar a atuação equivocada de magistrado, ao trazer fatos documentados e anexos aos autos. Dessa forma, o magistrado consegue ter uma visão apurada e detalhada dos eventos recém noticiados, de maneira a evitar imagens distorcidas carregadas de subjetivismos.

Conforme já destacado, o procedimento é de suma importância ao processo penal. Logo, o Código de Processo Penal delimita o prazo de desenvolvimento das investigações, de forma a imprimir o princípio da celeridade processual, seja administrativo ou judicial, o qual vem escupido no bojo do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

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

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. [...]”¹⁹

¹⁸ Lopes Jr., Aury. Investigação preliminar no processo penal. 6ª edição rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 25

¹⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2023.

Logo, o artigo 10 do Código de Processo Penal encontra-se em perfeita harmonia com o dispositivo constitucional acima destacado. O prazo de dez dias, para finalização do inquérito policial em caso de investigado preso, é medida que põe fim ao sofrimento e aflição humana em face do desconhecimento que o investigado tem acerca do seu futuro.

“[...] Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela. [...]”²⁰

Ademais, urge destacar que o prazo do artigo 10 do Código de Processo Penal é geral, servindo apenas nos casos em que a lei não tratar da questão de forma certa e direta, como é o caso, por exemplo, da Lei de Drogas, que possui prazos distintos. Ainda acerca da generalidade do artigo 10 do CPP, necessário relatar que o prazo para finalização do inquérito, em caso de réu solto, permanece sendo de trinta dias.

2.1.2 CARCATERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL

2.1.2.1 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

O inquérito policial é procedimento, tendo em vista a existência de lei que rege os atos presididos pela autoridade policial. Entretanto, é procedimento administrativo, em virtude do local em que tramita, tal qual a delegacia de polícia, órgão da administração direta. No mais, o procedimento também é administrativo em razão da ausência de partes, como, por exemplo, acusação ou defesa, mas tão somente o sujeito investigado.

2.1.2.2 INQUISITIVO

O inquérito policial tem uma natureza semelhante ao sistema inquisitivo, o qual já foi objeto de estudo na presente obra. Essa característica tem como principal reflexo a ausência de contraditório e ampla defesa, no curso da investigação criminal. Ainda que tais

²⁰ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de junho de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2023.

princípios constitucionais não tenham vigência na investigação preliminar, o investigado pode fazer uso de outros direitos, como, por exemplo, poderá permanecer em silêncio, impetrar *habeas corpus* e ser assistido por advogado.

2.1.2.3 SIGILOSO

Essa característica é essencial ao desenrolar da investigação criminal. Isso porque atribui às diligências policiais o sigilo necessário para apurar a investigação, de modo a tentar conservar o intelecto da autoridade policial acerca dos fatos colacionados aos autos do inquérito policial, conforme dispõe o artigo 20 do Código de Processo Penal, note:

“[...] Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. [...]”²¹

Entretanto, a regra comporta algumas exceções, a principal dela é em relação ao direito de advogados. O artigo 7º, inciso XIV, da Lei n. 13.245/16, cuida de legitimar aos advogados o amplo acesso aos elementos probatórios, desde que já documentados nos autos. Outra exceção a regra ocorre em relação ao Ministério Público, que terá acesso a todas as provas colhidas, nos termos do artigo 41, inciso VIII, da LONMP.

2.1.2.4 OFICIALIDADE

Por meio de tal princípio, pode ser compreendido que a oficialidade é característica que impõe a presidência da autoridade policial, delegado de polícia, na condução da investigação criminal. A oficialidade é característica que exige a atuação do Estado na condução da investigação criminal.

2.1.2.5 OFICIOSIDADE

Dá oficiosidade retira-se a obrigatoriedade de a autoridade policial instaurar inquérito policial, desde que verificada a ocorrência de um crime. O ordenamento jurídico pátrio é claro ao afirmar que não há espaços para impunidade, assim sendo, cabe a autoridade

²¹ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de junho de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2023.

policial tomar as medidas legais de ofício, a fim de elucidar todos os fatos criminosos que teve conhecimento.

2.1.2.6 DISCRICIONARIEDADE

A discricionariedade tem relação direta com a produção de provas, vez que é cabível à autoridade policial utilizar de todos os meios necessários para a reconstituição dos fatos investigados. É característica crucial para a produção de provas, na medida em que a própria lei não determina um procedimento investigatório a ser seguido, outorgando, assim, plenos poderes à autoridade policial.

2.1.2.7 INDISPONIBILIDADE

A indisponibilidade diz respeito a impossibilidade de a autoridade policial arquivar o inquérito policial. A incumbência de arquivar ou não o inquérito policial, hoje, é do Poder Judiciário, logo, cabe a autoridade policial somente relatar o inquérito policial e ao Ministério Público, se for o caso, requerer o arquivamento dos autos. Por isso o inquérito policial tem a natureza indisponível, a qual vem expressa na inteligência do artigo 17 do Código de Processo Penal, veja:

“[...] Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito. [...]”²²

2.1.2.8 PROCEDIMENTO ESCRITO

O inquérito policial é procedimento composto por peças escritas e devidamente assinadas pela autoridade policial. Importa mencionar, muitas diligências são satisfeitas por fotos, vídeos, testemunhos etc.; contudo, quando for algum caso semelhante aos mencionados, a autoridade policial tem a incumbência de reduzir a termo todas as diligências realizadas, a fim de observar o artigo 9º do Código de Processo Penal:

“[...] Art. 9º Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade. [...]”²³

²² Idem.

²³ Idem

2.1.2.9 TRANSITÓRIO

A transitoriedade é traço referente ao tempo de conclusão das investigações iniciadas pela autoridade policial. Por meio dessa característica, deduz-se que procedimento deve durar por tempo razoável, conforme o princípio da celeridade processual, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal; sem caracterizar uma perpetuação do constrangimento ao sujeito investigado.

2.1.2.10 DISPENSÁVEL

O inquérito policial é etapa prescindível no curso da persecução penal. Isso porque o inquérito policial é peça informativa, que se destina à formação da convicção do Ministério Público. Dessa forma, o Ministério Público pode oferecer denúncia sem inquérito policial, desde que já tenha conseguido reunir todos os elementos necessários à formação da sua convicção, note o que dispõe o artigo 12 do Código de Processo Penal:

“[...] Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra. [...]”²⁴

2.2 INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é órgão crucial à manutenção da justiça, tanto que recebeu do constituinte o encargo de zelar pelas leis, cuidar da ordem democrática e proteger interesses de ordem social e individual, desde que indisponíveis. Nesse sentido, as atribuições do Ministério Público vem claramente delineada na Constituição Federal, em seu Capítulo IV, Das Funções Essenciais à Justiça, especificamente, no artigo 127 e seguintes.

O órgão é dotado de autonomia em relação aos seus atos e manifestações. Significa dizer que órgão não é orientado por meio de hierarquia ou, tampouco, subordinado em relação aos demais poderes do estado. Motivos esses que são fundamentais para o exercício da atividade do Ministério Público, vez que o põe em pé de igualdade com as partes e autoridades que atuam no curso do processo penal.

²⁴ Idem

Conforme exposto, atualmente a investigação criminal é produzida pelo Estado, de forma que a investigação criminal exclusivamente particular não é admitida em nosso ordenamento jurídico. Ou seja, geralmente a investigação criminal é produzida pela polícia judiciária, contudo, existem certas circunstâncias em que o próprio *Parquet* pode realizar diretamente a apuração do suposto fato criminoso.

Não obstante a Carta Política tenha sido clara no que tange à função do Ministério Público ao longo do inquérito policial, qual seja a responsabilidade de controle externo à atividade policial, conforme o art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal; a possibilidade de o Ministério Público realizar investigações infere-se da posse privada da ação penal pública.

“[...] Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; [...]”²⁵

Tendo em vista que o constituinte não atribuiu ao Ministério Público poderes investigativos, o legislador infraconstitucional o fez. A capacidade investigativa do *Parquet* é retirada por força do artigo 8º, inciso V, da Lei Complementar n. 75/93, bem como do artigo 26 da Lei n. 8.625/93.

“[...] Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

[...]

V - realizar inspeções e diligências investigatórias; [...]”²⁶

“[...] Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva,

²⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2023.

²⁶BRASIL. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp75.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2023.

inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;

III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;

IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los;

V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório;

VI - dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas;

VII - sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade;

VIII - manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz, da parte ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção. [...]”²⁷

Em análise aos artigos e comento, destaca-se que o poder investigativo mencionado está vinculado ao inquérito civil, não se relaciona com as investigações criminais. A ausência de atribuição de poderes investigativos, no âmbito criminal, atribuídas ao Ministério Público constitui, portanto, um vácuo legislativo; vez que nem o constituinte ou legislador trataram dessa eventual prerrogativa do Ministério Público.

Outro ponto de cautela, a Carta Magna entregou à polícia judiciária a incumbência da investigação criminal, contudo, não o fez de forma exclusiva. Isso porque, em outros momentos, a Constituição Federal entrega a outros órgãos o poder de investigar, como, por exemplo, as Comissões Parlamentares de Inquérito, as quais ocorrem arrimando-se no artigo 58, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

De mais a mais, a investigação promovida pelo Ministério Público encontra amparo na teoria dos poderes implícitos. Essa teoria surge na Suprema Corte do Estados

²⁷ BRASIL. Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2023.

Unidos, em 1819, por meio do precedente *Mc Culloch v. Maryland*. A inteligência dessa teoria assevera que quando a Constituição atribui certa tarefa a um órgão, acaba dotando o mesmo órgão dos meios necessários para a execução de tal atividade. Logo, se o Ministério Público é titular da ação penal pública, também poderia exercer as funções investigativas.

Deveras, da mesma forma que a doutrina fundamenta a capacidade investigativa do Ministério Público, a jurisprudência também serve como alicerce à pretensão ministerial. O julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, pelo Supremo Tribunal Federal, reconheceu ao *Parquet* a faculdade de realizar a investigação criminal, visto que a apuração de fatos criminosos não é de competência exclusiva da polícia judiciária, *in verbis*:

“Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. 2. Questão de ordem arguida pelo réu, ora recorrente. Adiamento do julgamento para colheita de parecer do Procurador-Geral da República. Substituição do parecer por sustentação oral, com a concordância do Ministério Público. Indeferimento. Maioria. 3. Questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República. Possibilidade de o Ministério Público de estado-membro promover sustentação oral no Supremo. O Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do Parquet estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União. O Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o Supremo Tribunal Federal, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual. Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. Maioria. 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. 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. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “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”. Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério



Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria.”²⁸ (*grifei*)

Analisados os fundamentos que alicerçam a investigação criminal pelo Ministério Público, conclui-se pela legitimidade do órgão na condução dos esclarecimentos de supostos fatos criminosos. Todavia, o que não deve ser admitido é a exclusividade estatal para investigar os fatos, sob pena de ferir princípios constitucionais, sobretudo, o da paridade de armas.

²⁸ (RE 593727, Relator(a): CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14-05-2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015)

3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

3.1 CONCEITO

A investigação criminal defensiva é o instituto em que a defesa, vislumbrando o equilíbrio de prerrogativas e direitos, atua em prol do acusado, investigado ou até mesmo da vítima. A partir da observância acerca do presente instituto, a tutela da ampla defesa é cristalizada, tendo em vista a paridade entre as partes no curso da persecução penal.

Incumbe aos defensores do acusado, ou investigado, ou vítima, a responsabilidade de realizar diligências investigativas. Circunstância na qual os atos da defesa enveredam rumo à comprovação da veracidade dos fatos alegados pela parte, momento no qual são tidos como potencialmente controvertidos pela acusação do processo penal.

Nesse sentido, a investigação defensiva é o instituto que visa assegurar o corolário do contraditório e ampla defesa, mas não apenas, por mais, assevera a concretização da igualdade de armas no processo penal. Dessa forma, são garantidos o equilíbrio e a equivalência de oportunidades entre as partes, permitindo, assim, que todos possam participar ativamente da investigação criminal de modo a assegurar a verdade real dos fatos.

“[...] Podemos definir a investigação criminal defensiva como a atividade investigatória privada, conduzida durante a investigação preliminar oficial ou o processo criminal para a defesa de interesses do sujeito passivo da persecução penal, e tem como fundamento, para alguns, a paridade de armas no processo penal. [...]”²⁹

De mais a mais, a Constituição Federal fornece um bojo de subsídios que alicerçam a necessidade e possibilidade do instituto da investigação defensiva. Assim são os princípios da igualdade, do devido processo legal, em consonância ao princípio supracitado, do contraditório e da ampla defesa, todos esses estão esculpidos no artigo 5º da Constituição Federal.

²⁹ OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Ministério Público e investigação criminal defensiva: desafios e algumas propostas. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro n. 76, abr./jun. 2020. p. 145. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904621/Marcus_Vinicius_Amorim_de_Oliveira.pdf. Acesso em: 18/11/2023.

A despeito da aplicação do instituto em comento, ele é extremamente mitigado dentro do direito processual penal brasileiro. O fato decorre de o sistema acusatório brasileiro privilegiar a investigação do ilícito penal pela Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público. Sem atribuir oportunidades, devidamente positivadas em lei, para a defesa.

Os moldes da investigação aplicada e em uso no sistema processual penal brasileiro, atribui à Polícia Judiciária ou ao Ministério Público um fundamental papel na persecução penal. À Polícia Judiciária, na investigação preliminar, é conferido o ônus de atuar em prol dos esclarecimentos das infrações penais, conforme a inteligência do artigo 144 da Constituição Federal.

Igualmente, o Constituinte achou por bem ceder ao Ministério Público prerrogativas das quais se retiram a possibilidade de investigação, o que foi objeto do *Habeas Corpus* n. 89.837, impetrado no Supremo Tribunal Federal. Em detida análise do julgamento do *Habeas Corpus*, acima mencionado, concluiu-se que o artigo 129, inciso IX, da Carta Magna, endossa a promoção da investigação patrocinada pelo Ministério Público.

Enquanto em relação à defesa, o Código de Processo Penal, em seu artigo 14, pontua que a defesa pode solicitar, no curso da investigação penal, diligências extras. Tal exercício da prática defensiva limita-se a pedir diligência, as quais podem ser expressamente negadas pela Autoridade Policial, caso acreditar ser desnecessária às conclusões dos fatos investigados.

O artigo supracitado destaca o ínfimo papel defensivo no inquérito policial, vez que as suas faculdades processuais são diminutas. Logo, a defesa encontra mais esse entrave à concretização dos direitos do investigado, servindo a investigação defensiva como momento do investigado, ou réu, documentar a sua versão dos fatos controvertidos nos autos.

Ou seja, é irrefutável compreender que, a partir da leitura dos artigos acima mencionados, o monopólio da fase investigativa da infração penal fica rubricado pelo próprio Constituinte. Essa missão outorgada à Polícia Judiciária e ao Ministério Público, perfaz a

natureza do processo penal hodierno, atenuando drasticamente papel da defesa no curso da investigação.

Nesse seguimento, conforme exposto, a Polícia Judiciária atua investigando o caso, sem ambicionar a acusação do investigado. Portanto, é dever do órgão policial sempre agir de forma imparcial. Todavia, note, apesar de tal incumbência, revestida de neutralidade, ter sido confiada aos cuidados da Polícia Judiciária, entretanto, muitas vezes não é o que sucede ao caso.

De forma semelhante é a situação que advém da investigação promovida pelo Ministério Público. A investigação desenvolvida pelo *Parquet* visa a reunião de provas que subsidiem a comprovação dos fatos criminosos. Veja, a investigação preparada pelo Ministério Público possui um viés voltado à acusação. Sendo importante destacar que, caso seja insuficiente os fatos erigidos pelo *Parquet*, a fim de formar o *opinio delicti*, ao órgão calha solicitar a arquivamento dos autos.

A investigação defensiva consegue se desvencilhar do modelo investigativo arraigado no processo penal pátrio, aplicado ao momento; ocasião em que confere voz ao réu, ou investigado, ou vítima. Nesse diapasão, o objetivo principal da investigação defensiva é de dotar de veracidade elementos que possam subsidiar as alegações defensivas.

“[...] Nesse sentido, a defesa técnica que pratica atos investigativos ainda na fase pré-processual enriquece o acervo da investigação ao trazer linhas investigativas não exploradas. Assim, consequentemente, os fatos serão apurados com maior qualidade, a defesa técnica correrá menos risco de ser surpreendida pela acusação, ou, se for, os impactos serão menores, e ainda que a denúncia seja recebida, a defesa diligente tem mais chances de conseguir uma absolvição sumária, pois, quanto mais elementos já estiverem disponíveis, mais rápido ela conseguirá desenvolver as teses e comprová-las. [...]”³⁰

Deveras, a finalidade da investigação defensiva é abranger desde a mera demonstração do álibi até a comprovação da defesa na confirmação da inocência do acusado ou investigado. Outrossim, o instituto visa também comprovar a falta de responsabilidade

³⁰ ROCHA, Lauriane Carvalho. A investigação defensiva como um corolário do direito à qualidade e à eficiência do atendimento na defensoria pública. R. Defensoria Pública da União. Brasília – DF, n. 17. Jan./Jun., 2022. p. 107. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/489/322>. Acesso em: 18/11.2023

criminal do sujeito, bem como garantir provas em relação às circunstâncias que excluem a culpabilidade do sujeito, inclusive, a investigação defensiva almeja expor os erros cometidos pelas autoridades envolvidas nos casos.

À vista dos pontos mencionados, a investigação defensiva apresenta-se como niveladora de direitos, especificamente, oportuniza ao réu e ao investigado uma chance de abrilhantamento dos fatos e dos pontos arguidos por seu defensor, em virtude da corroboração de provas colhidas na investigação fomentada pela defesa. Nessa toada, a investigação defensiva merece receber a devida atenção, a fim de sedimentar direitos.

3.2 FUNDAMENTAÇÃO NORMATIVA

O ordenamento jurídico brasileiro não apresenta em suas normas quaisquer menções quanto à possibilidade de ser realizada a investigação defensiva. Não obstante a ausência de regulamentação, a potencialidade da atividade investigativa pela defesa pode ser retirada por força interpretativa de outros diplomas internacionais, incorporados ao sistema nacional por meio de tratados celebrados pelo Brasil.

Nessa toada surge o Pacto de San José da Costa Rica, ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 06 de novembro de 1992. Essa foi prontamente aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 678, datado de 26 de maio de 1992, recebendo, assim, o status de norma superlegal no ordenamento jurídico, conforme a inteligência do art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

“[...] Importante ressaltar algumas previsões da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica, de 22-11-1969, que reafirmaram o propósito dos Estados Americanos em consolidar no Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais. [...]”³¹

À vista disso, o Brasil, na qualidade de membro da Organização dos Estados Americanos e, sobretudo, signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, passou

³¹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 39ª edição. Barueri: São Paulo. Editora Atlas, 2023. p.176

dotar a norma de eficácia nacional. O art. artigo 8º, itens números 1 e 2, alíneas “b”, “c”, “d”, “e” e “f”, do Pacto de San José da Costa Rica, cuida dos direitos fundamentais à defesa do acusado ou investigado, o que sucede, diretamente, no instituto da investigação defensiva.

“[...] ARTIGO 8

Garantias Judiciais

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. [...]”³²

O referido artigo e suas alíneas, todas do Pacto de San José da Costa Rica, transcorrem no direito de o investigado aprofundar as imputações contra ele fustigadas, vez que viabiliza a produção de provas sua defesa constituída. O diploma, como um todo, acaba por

³² BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2023.

orientar a investigação rumo a outro sentido, desvencilhando essa de um viés acusatório ao favorecer a paridade de armas entre defesa e a acusação.

O Pacto de San José da Costa Rica outorga à defesa o compromisso de um exercício profissional mais presente na fase preliminar da persecução penal. Esses preceitos dialogam diretamente com o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, pois preceitua, *in verbis*, o direito “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”³³.

O dispositivo constitucional supracitado sentencia o caráter geral do processo brasileiro, o qual deve plena observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Essa norma aplica-se a todos os litigantes em juízo, bem como aplica-se em quaisquer espécies de processos, seja judicial ou administrativo. Ressalva-se que a norma constitucional não faz nenhuma limitação quanto ao seu plano de vigência ou eficácia.

Dito isso, o que causa estranheza é o fato de o inquérito policial não assistir a tal preceito constitucional, vez que no procedimento administrativo o contraditório e a ampla defesa são totalmente mitigados. Todavia, em que pese a existência de tais princípios, ainda não se pode falar em paridade de armas entre as partes na fase preliminar, vez que a defesa não goza de faculdades semelhantes àquelas proporcionadas à acusação.

O contraditório e a ampla defesa, no curso da persecução penal, começam a serem utilizados, de fato, após a apresentação da denúncia. A fase pré-processual limita os atos do investigado, bem como os poderes investigativos da defesa, a qual somente poderá produzir provas na fase de instrução processual.

“[...] O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV). Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito

³³ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2023.

administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa. [...]”³⁴

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário,⁴⁵² enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Apesar de ser oportunizado à defesa o momento adequado para a produção de provas, constata-se que as diligências requeridas para a conclusão do *opinio delicti* do órgão acusatório ocorrem logo na fase preliminar. Esses requerimentos do *Parquet*, deverão sempre ser atendidos, colocando, assim, em descompasso a defesa e a acusação.

No mais, a investigação defensiva também encontra amparo no princípio processual da paridade de armas, o qual é fundamental para assegurar o equilíbrio da relação processual. Contudo, esse princípio também encontra a sua atividade diminuta na fase de investigação, em virtude da falta de legitimação de poderes oferecidos à defesa.

O desequilíbrio das partes na persecução penal é tanto, que o próprio Ministério Público goza de prerrogativas investigativas, enquanto a defesa não possui os mesmos poderes. Inclusive, conforme já citado no presente estudo, a legitimidade investigativa do Ministério Público é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Deveras, o ponto acima destacado é responsável, inteiramente, por transformar a defesa em simples testemunha das provas produzidas pela acusação na fase de investigação. Isso é assim em virtude de os poderes depositados na acusação serem superiores aos direitos da defesa, o que é demasiadamente maléfico ao sistema acusatório.

³⁴ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 39ª edição. Barueri: São Paulo. Editora Atlas, 2023. p.146

Apenas é possível tratar de direito à produção de provas quando existir antes o direito à investigação. Por mais, de igual modo, somente é possível exercer o direito ao contraditório e à ampla defesa, quando esses princípios forem propagados e positivados de forma igualitária entre as partes ao longo da persecução penal. O atual procedimento investigativo privilegia a acusação, tão logo atribui à investigação um viés voltado ao lado da acusação.

3.3 PROVIMENTO N. 188/2018 DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

O inegável vácuo legislativo, acerca da temática, ensejou uma tentativa de regulamentação do instituto da investigação defensiva por parte do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Evidenciando, assim, a necessidade premente de estabelecer diretrizes em face da atual ausência de normas desse campo crucial do direito.

O ato administrativo emanado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil é autorizado por força do artigo 54, inciso V, da Lei n. 8.096/94, o qual atribui plena competência ao órgão de classe para editar provimentos, regulamentos e códigos atinentes à profissão.

Diante disso, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil editou o provimento n. 188, publicado em 11 de dezembro de 2018. A regulamentação do instituto surge em um momento de fundamental à cristalização da segurança jurídica ao instituto e define, logo em seu primeiro artigo, o alvo fulcral do instituto, *in verbis*:

“[...] Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte. [...]”³⁵

³⁵ BRASIL. Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acessado em 21/10/23.

A partir da leitura do primeiro artigo do Provimento n. 188 do Conselho Federal da OAB, depreende-se que o instituto da investigação defensiva envereda rumo ao encontro da verdade lícita dos fatos, pouco importando a fase da persecução penal em que os autos se encontram. Ainda, o caput do primeiro artigo destaca que a parte ativa dessa busca são advogados, os quais atuarão em prol do acusado ou investigado.

É primordial destacar que o provimento não tem força normativa. Assim sendo, à vista da ausência de força normativa do provimento em análise, esse acaba servindo apenas como simples orientação regulamentar às autoridades que atuam no desenrolar do processo penal. É primordial destacar que o provimento administrativo vincula somente advogados, vez que expedido por órgão de classe.

Em síntese, o Provimento n. 188 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil serve como normativo aos advogados que pretendem fazer uso do instituto da investigação defensiva. As regras dirigidas aos advogados enaltecem princípios constitucionais, a fim de possibilitar à defesa o manuseio do instituto da investigação defensiva.

O Provimento n. 188 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, portanto, trata de expandir as prerrogativas de advogados que adotam a investigação defensiva, vez que concede aos advogados poder investigativo. Ou seja, o escopo principal do Provimento foi o de atribuir a advogados prerrogativas que consolidam a paridade de armas processual, por meio da regulamentação do instituto.

3.4 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E JURISPRUDÊNCIA

A investigação criminal defensiva não encontra regulamentação pelo legislador brasileiro, servindo apenas ao Brasil os tratados internacionais em que é signatário. Em que pese a ausência de regramento, o instituto da investigação defensiva é utilizado por defensores em todo o Brasil, ensejando, assim, o surgimento de jurisprudências acerca do assunto.

A jurisprudência tem cuidado do assunto de forma diligente e cuidadosa, e, nesse mesmo ritmo, já reconheceu aos advogados a faculdade do uso do instituto da investigação defensiva, em atenção aos princípios gerais do processo penal. Embora exista tal

reconhecimento jurisprudencial, ainda são apresentados embargos na atuação do advogado, os quais dificultam o pleno uso do instituto.

Tanto é assim que a jurisprudência mais emblemática sobre o assunto também reflete a dificuldade de a defesa fazer uso de suas prerrogativas investigativas. O precedente que será apresentado foi lavrado no bojo de um caso com repercussão nacional, diretamente ligado ao Grupo Odebrecht e ao, ora Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva.

À época, os advogados de defesa identificaram a existência de documentos apresentados por Marcelo Odebrecht ao Compliance da Odebrecht S.A. Embora os documentos tenham sido apresentados por Marcelo, esses poderiam influir e repercutir diretamente na defesa de Luiz Inácio Lula da Silva. Logo, os seus defensores ingressaram em juízo, a fim de requerer as cópias desses documentos apresentados.

“[...] Conforme a inicial, a imprensa ainda noticiou que “Em um dos e-mails, Marcelo relata para um grupo de diretores, incluindo a diretora de compliance, Olga Pontes, que existem evidências fortes, inclusive registros no My Web Daye Drousys [sistemas usados pela empresa para gerir o pagamento de propinas], de que RLS [sigla para Ruy Lemos Sampaio], o representante escolhido pelo mandatário [Emílio Odebrecht], recebeu ou intermediou pagamentos indevidos. Isto entre outros fatos, como de obstrução à Justiça, que precisam ser urgentemente apurados”.

Tais afirmações constituiriam um indício de prova de que o Grupo Odebrecht pagou quantias dispendiosas para “incentivar” seus colaboradores e, assim, tentar evitar a bancarrota, tanto que as declarações de Marcelo foram alvo de represálias dentro da empresa, em especial de Ruy Lemos Sampaio, culminando na sua demissão por justa causa e sem direito à indenização.

Nesta esteira, a parte autora ainda menciona que descobriu por fontes públicas que Marcelo Odebrecht entrou com o Pedido de Explicações nº 1000008-09.2020.8.26.0050 contra Ruy Lemos Sampaio, do qual se pôde depreender que o primeiro havia apresentado denúncias e outros elementos probatórios para apuração do Setor do Compliance da empresa, ao Comitê de Ética, bem como às autoridades em geral.

Sustenta que o acesso a tal documentação é extremamente relevante para a defesa do ex-presidente nas múltiplas ações penais propostas em seu desfavor com base nas delações premiadas, especialmente devido a um parecer elaborado pelo assistente técnico nos autos criminais nº 5021365-32.2017.4.04.7000/PR, em que o expert consignou a ligação de Ruy Lemos Sampaio com os supostos valores apontados pelo Ministério Público como destinados à obra do sítio de Atibaia. [...]”³⁶

³⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal n. 5001789-10.2020.4.03.6181, da 5ª Turma. Apelante: Luiz Inácio Lula da Silva. Apelado: Odebrecht S/A. Fiscal da lei: Ministério Público Federal. Relator: Des. Fed. Maurício Kato, 24.04.2021. p.4. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/5/8DE037E61FC37A_acordaotr5.pdf . Acessado em 15.11.23.

O pedido defensivo utilizou como base de fundamentação o Provimento n. 188 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, vez que, conforme já exposto na presente pesquisa, regulamenta o instituto da investigação defensiva para os advogados. Embora, como também já documentado nesse trabalho, o mencionado provimento não tenha força normativa, é interessante fonte para compreender o instituto.

“[...] Ante estas circunstâncias, o Provimento nº 188/2018 do Conselho Federal da OAB surge como forma de regulamentar a matéria, de modo a fornecer aos membros da advocacia regras e orientações sobre o procedimento.

Ao discorrer sobre o exercício da prerrogativa profissional do advogado na realização das diligências investigatórias, o mencionado provimento previu a possibilidade do procurador "promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição" (art. 4º), assim como seu artigo 7º ainda impôs que referidas atividades são privativas da advocacia, não podendo sofrer qualquer tipo de censura ou impedimento por parte de autoridades.

Verifica-se, portanto, que o campo de atuação do particular no âmbito da investigação defensiva não pode sofrer limitações que a investigação policial ou a investigação administrativa do Ministério Público não suportam.

É certo, contudo, que a autoridade policial, em certa medida e o órgão do Ministério Público, em outra mais ampla, possuem poderes de requisição de que não dispõem os particulares. [...]”³⁷

Em primeiro grau, o pedido foi indeferido. Todavia, com a subida dos autos de n. 5001789-10.2020.4.03.6181 ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o pedido defensivo foi atendido. Destaca-se que o Relator do processo criminal, Excelentíssimo Doutor Maurício Kato, trouxe à baila o instituto da investigação defensiva, oportunidade em que cristalizou a possibilidade de uso do instituto pela defesa, veja:

“[...] O inquérito criminal defensivo é um expediente cujo objetivo é assegurar ao advogado o direito-dever de reunir evidências probatórias que permitam fundamentar as teses favoráveis ao seu assistido.

Tal atividade, desde que obedecidas as restrições de atuação do particular no que se reporta à liberdade individual, privacidade, imagem, dentre outros direitos que afetem a vida alheia, não é proibida pelo sistema jurídico pátrio.

[...]”³⁸

³⁷ Id. p. 10-11

³⁸ Id. p. 8

O voto do desembargador é um marco crucial ao instituto da investigação defensiva, vez que asseverou tanto à defesa como à acusação o princípio processual da paridade de armas entre as partes no curso da persecução penal. O pé de igualdade, em que o julgado mencionado coloca advogados e o ministério público, é fundamental à garantia de princípios constitucionais.

“[...] Por outro lado, a investigação defensiva surge como uma forma de materializar o famoso princípio da paridade de armas, de forma a assegurar que tanto a acusação quanto a defesa tenham o poder de influenciar o julgador. O objetivo é legitimar a atividade jurisdicional, afastando a ideia de que a busca efetiva pela verdade real é uma ilusão, de modo a permitir que não só o órgão acusatório, mas também a defesa possa comprovar suas teses por meio das provas produzidas.

Neste aspecto, a Constituição Federal concebe em seu art. 133 a Advocacia como função essencial à Administração da Justiça e garante aos acusados não só a defesa técnica, mas a assistência jurídica integral, a qual permite ao assistido ter acesso a todos os recursos necessários para se defender antes, durante e depois do processo judicial e, inclusive, extrajudicialmente.

De outra parte, a igualdade também constitui primado constitucional. E, neste caso, não só a igualdade formal, mas também a igualdade material ou substancial, de forma a permitir as mesmas oportunidades para os sujeitos processuais que se encontram em diferentes posições.

Por sua vez, para fortalecer o princípio acima é necessário que se conceda à parte liberdade para alegar e provar os fatos que considerar relevantes, ou seja, que possa se defender de forma ampla dentro de um processo judicial, seja ele cível ou criminal.

Neste ponto, em nosso sistema jurídico, o direito à ampla defesa vem assegurado não somente no âmbito interno (art. 5º, LV, da Constituição Federal), mas também em tratados internacionais, como é o caso do art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, mais especificamente, do art. 8º, item 2, “c” e “f” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos [...]”³⁹

É inaceitável que a falta de coercitividade, característica essa que permeia a investigação defensiva privada, sirva como afronta ao direito de defesa do investigado ou acusado. A ausência da colaboração entre as partes não deve macular a investigação promovida pela defesa, vez que isso seria violação direta aos direitos do acusado.

“[...] Logo, não se pode negar que a investigação privada não goza de imperatividade. Assim, na medida em que o condutor da investigação defensiva encontre óbice, seja pela relutância de particular em colaborar com a atividade, seja pela impossibilidade jurídica de obter determinada informação, deverá acionar o poder judiciário para a finalidade desejada. Para tanto, necessitará dispor das ações e medidas judiciais previstas no ordenamento jurídico vigente. [...]”⁴⁰

³⁹ Id. p. 8-9

⁴⁰ Id. p. 11

O papel da defesa, no estudo de caso em comento, foi realizada de forma adequada. Todavia, quando em face da negativa de colaboração da Odebrecht S.A, os advogados socorreram-se por meio do Estado-juiz, o qual não só garantiu a legitimidade da investigação defensiva, mas também a reconheceu como parte fundamental ao direito de defesa garantido ao acusado.

“[...] No processo penal, o exercício da ampla defesa deve permitir à parte acusada não apenas se autodefender, mas ter igual acesso a todos os elementos e instrumentos técnicos que lhe permitam provar suas alegações, já que o que se está em jogo é a liberdade do ser humano.

Outrossim, corolário dos princípios da igualdade e da ampla defesa é o contraditório. Este deverá, para se tornar efetivo, assegurar aos acusados não só a possibilidade de se contrapor aos argumentos jurídicos deduzidos pela acusação, mas também permitir a ampla produção de provas de fatos que auxiliem a defesa.

O fundamento de todo este aparato principiológico é garantir que o processo ultrapasse a mera dialeticidade e consagre a tríplice relação processual, com a necessária participação também da defesa na esfera do convencimento do julgador.

Em suma, trata-se de permitir que ambas as partes da relação judicial tenham a mesma oportunidade e o mesmo tratamento, visando um contraditório que seja efetivo e equilibrado, conforme essência de um verdadeiro estado democrático de direito.

Dentro desse quadro, a investigação defensiva se mostra com amplo amparo na Constituição Federal, devido não só a ausência de norma proibitiva, mas em razão de uma interpretação extensiva dos princípios da igualdade, ampla defesa e contraditório, de forma a assegurar ao acusado um legítimo e devido processo legal. [...]”⁴¹

Além desses pontos mencionados, o Exmo. Relator dos autos apontou a falta de proporcionalidade entre a investigação produzida pelo Ministério Público, em relação àquela que a defesa promove. Em suas palavras, indicou que o Ministério Público pode fazer uso da força da polícia judiciária, para subsidiar o *opinio delicti*.

“[...] Sabe-se que, atualmente, o sistema investigatório está longe de se mostrar totalmente imparcial e igualitário, já que confere uma posição de superparte ao órgão de acusação, devido ao fato de ser ele o responsável por orientar e fiscalizar as polícias federais e civis na fase investigativa.⁹

[...]

Assim, há, atualmente, uma ampla atividade investigatória pelo Ministério Público, tanto em conjunto com a autoridade policial em sede de inquérito policial, como em procedimentos administrativos próprios (PIC's), o que torna o órgão acusatório um ator com função significativamente diferente e

⁴¹ Id. p. 10

mais ampla daquela que tradicionalmente exercia no processo penal brasileiro. [...]”⁴²

O caso apresentado nesse tópico diz respeito ao direito do réu no curso da persecução penal. Embora não exista uma norma emanada pelo Congresso Nacional que aborde a temática da investigação defensiva, o tratamento do assunto pela jurisprudência eleva o instituto a outro nível e o insere na prática do direito nacional.

A partir desses pontos mencionados, é correto dizer que a investigação defensiva existe no plano do direito brasileiro, mesmo que de forma embrionária. Aliás, o fato de o instituto ser reconhecido pela jurisprudência pátria, é passo fundamental para a sedimentação do instituto no âmbito nacional. No mais, sem embargos à falta de regulamentação, que hoje acaba sendo suprida pelo entendimento jurisprudencial.

3.5 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E SISTEMAS PROCESSUAIS AO REDOR DO MUNDO

3.5.1 ITÁLIA

O direito brasileiro é diretamente influenciado pelo direito italiano, tanto é que o ordenamento jurídico adotado no Brasil também assiste aos comandos do *civil law*. O sistema do *civil law* determina que todo o ordenamento jurídico seja cristalizado na forma de lei. Essa positivação das leis criadas pelo Poder Legislativo é fator fundamental para conferir unicidade ao sistema como um todo.

O Código Penal italiano, *Codice Rocco*, sofreu uma modificação no ano de 1988, rompendo diretamente com os traços apresentados pelo antigo Código de 1930. A principal modificação foi a forma do sistema adotado, o qual deixou de ser inquisitivo e assumiu a modalidade acusatória. A partir dessas mudanças, o instituto da investigação defensiva assume uma forma embrionária no Código Italiano Repressivo de 1988.

“[...] Com a reforma processual, institui-se um sistema com características acusatórias. Conforme explicitado por Ennio Amodio, os juristas responsáveis pela elaboração do novo Código de Processo

⁴² Id. p. 8

Penal pautaram-se por três objetivos primordiais, com o propósito de suprimir os aspectos inquisitórios anteriormente vigentes: (i) superar toda manifestação residual do autoritarismo do Código Rocco; (ii) efetivar os princípios constitucionais que tutelam os direitos de liberdade e de defesa no processo penal; (iii) construir um sistema livre das contradições decorrentes de um ordenamento marcado por um “garantismo inquisitório”, isto é, uma estrutura essencialmente autoritária, incrementada superficialmente pela concessão de algumas garantias. [...]”⁴³

Na vigência do *Codice Rocco* eram comuns os atos de censura em face da defesa, o que era, de certa forma, permitido, em virtude do formato inquisitivo do procedimento criminal. Isso porque a forma do processo penal vigente, à época, dividia-se em duas fases, sendo a primeira totalmente secreta, momento esse em que eram obtidos todos os elementos de prova. Por sua vez, a segunda etapa era exclusiva de julgamento.

A ruptura com o Código *Rocco* extirpou de vez o sistema inquisitivo da Itália. Sendo o principal reflexo do novo sistema adotado o fim do autoritarismo, bem como a efetivação da defesa no curso do processo penal. Tal transformação do sistema influenciou diretamente na maneira de conduzir o procedimento criminal.

Essa mudança repercutiu diretamente na forma de produção de provas, vez que as partes começaram a gozar, mesmo que de forma inexpressiva no caso da defesa, da faculdade de buscar provas ativamente. Foi assim porque a transição apontada incumbiu ao magistrado a tarefa exclusiva de julgar, enquanto as partes ganharam um espaço mais amplo no curso da persecução penal, podendo a defesa, caso queira, realizar a investigação defensiva.

Antigamente, o magistrado tinha uma função muito próxima com as provas produzidas. Era ele quem produzia e investigava as fontes de prova, ato que encontrava amparo no texto da Constituição Italiana, prescrita no artigo 111. Dessa forma, tendo em vista o surgimento do Código de 1988, é plausível relatar que o magistrado sofreu perda dentro de suas atribuições, especificamente, foram limitados os seus poderes atinentes ao lastro probatório no curso da persecução penal.

⁴³ MACHADO, André Augusto Mendes. A Investigação Criminal Defensiva. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 107-108. 2009. [APUD] AMODIO, Ennio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo Código de Processo Penal, *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 25, jan/mar. de 1999, p. 16

“[...] Certamente, a principal inovação foi a abolição da figura do Juiz instrutor e a atribuição às partes dos poderes de investigar e buscar os elementos probatórios, conforme estabelecido no artigo 111 da Constituição da República no artigo 190 do Código de Processo Penal. [...]”⁴⁴

O afastamento do magistrado dessas funções, cria um espaço, o qual foi preenchido pelas partes. Na nova regulamentação, o instituto da investigação defensiva foi tratado de modo superficial, vez que apenas apontava a possibilidade de a defesa realizar tal investigação, sem, contudo, outorgar poderes investigativos.

A ausência de regulamentação específica ao instituto da investigação defensiva criou impasses diretos à instrumentalização do procedimento. O novo código, à época, autorizou a colheita das provas fundamentais à defesa. Entretanto, a omissão legislativa específica acabou por minar o instituto, vez que quaisquer tentativas de colher provas eram declaradas inidôneas.

A instauração do instituto da investigação defensiva não atribuía às partes a possibilidade de pesquisar e produzir provas de forma unilateral. A lógica era que a defesa, quando munida dos poderes investigativos, pudesse pensar e preparar as suas alegações por meio das provas, as quais seriam introduzidas no curso do processo penal.

Notoriamente é a desproporção entre a investigação conduzida pela defesa, quando posta em face da investigação promovida e cuidada pela acusação. A investigação executada pelo defensor foi limitada severamente, enquanto a investigação da acusação ganhou um regramento próprio, o qual muniu o Ministério Público do apoio direto da Polícia Judiciária.

Posteriormente, sobreveio ao a *Norme di Attuazione del Codice di Procedura Penale*, lei italiana que atribui à defesa um regramento mais específico ao instituto em análise. Especificamente, o artigo 38 dessa lei cuidou de munir os defensores da persecução penal, vez que concedeu à defesa a oportunidade de trazer elementos probatórios aos autos, os quais poderiam influir diretamente na construção do entendimento do magistrado.

⁴⁴ Idem, p. 108.

Contudo, a ampliação dos poderes defensivos por meio da modificação normativa, conforme acima destacado, repercutiu de modo negativo entre os juristas, especialmente entre os magistrados da época. A inquietação foi tanta que qualquer espécie de prova produzida, seja pela defesa ou pela própria acusação, foram orientadas a passar antes pelo crivo do Ministério Público.

A partir desse novo ar, depositado ao processo penal italiano, surge a Lei n. 332, datada de 08 agosto de 1995. A referida Lei tratou de assegurar a remessa dos elementos probatórios, angariados particularmente, ao magistrado da persecução penal. Não somente isso, após a apreciação das provas pelo magistrado, essas deveriam ser documentadas nos autos.

No mesmo sentido foi a inteligência da Lei n. 479, publicada em 16 de dezembro de 1999. Por meio dessa Lei o Ministério Público recebeu o encargo de emitir notificação acerca do encerramento das investigações. Tal notícia nos autos deve-se em razão da possibilitar à defesa o requerimento da juntada de seus elementos probatórios produzidos.

Oportunamente, em 07 dezembro do ano 2000, surgiu a Lei n. 397, a qual tinha como principal escopo a regulamentação do instituto da investigação defensiva. Assim sendo, para imprimir sincronicidade ao sistema, ocorreu a revogação do polêmico artigo 38 da *Norme di Attuazione del Codice di Procedura Penale*.

A nova lei surgiu atribuindo um marco histórico na atuação da defesa, vez que essa deixou de ser mera oposição à acusação e encabeçou as suas atividades de forma mais ativa. A ruptura ocasionada pela nova legislação apresentou sentido oposto ao artigo 38 da *Norme di Attuazione del Codice di Procedura Penale*. Isso porque o referido artigo não foi capaz de alcançar o seu escopo legislativo, o que acabou por engessar o instituto da investigação defensiva.

Por meio da regulamentação introduzida pela Lei n. 397/2000, foi elaborado um procedimento ao instituto da investigação defensiva na Itália. Tendo isso em vista, a reforma tornou a execução do instituto menos dificultosa, vez que ele foi retirado do papel e inserido nas atividades práticas do processo penal.

“[...] A investigação defensiva surgiu para contrabalançar o viés acusatório das *indagini preliminari*, dirigidas pelo Ministério Público. Aponta José Barcelos de Souza que “o pensamento da instituição da investigação também pela defesa foi, na Itália, fruto da verificação de que o Ministério Público, a quem fora passada a supervisão da investigação, conservava uma tendência natural de parte, posto devesse em tese também colher elementos do interesse da defesa. [...]”⁴⁵

Nesse sentido, também deve ser mencionado que a referenciada modificação legal atribuiu às provas produzidas pela defesa a mesma valoração daquelas desenvolvidas pela acusação. Novamente, tal mudança do sistema também foi mais um passo galgado rumo à legitimação da paridade de armas na persecução penal e dos princípios do contraditório e ampla defesa.

Hodiernamente, a defesa encontra no sistema italiano a assertiva quanto às suas manifestações, bem como certeza da produção de provas. Essa modificação só foi possível, sobretudo, a partir do afastamento do sistema inquisitivo, o qual não doava espaço para a concretização dos princípios do contraditório e ampla defesa.

Dessa forma, a busca ativa de provas pela defesa no sistema italiano enseja a paridade de armas e dá ao acusado, ou investigado, a chance de ter a sua voz ouvida no procedimento preliminar. Não é à toa que o instituto da investigação defensiva é fundamental a um ambiente democrático, a fim de resguardar a tutela de interesses não só do réu, ou investigado, mas de toda a sociedade.

3.5.2 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Nos Estados Unidos da América a situação é um tanto quanto diferente do que no Brasil. Pode ser pontuada que a primeira diferença ocorreu em razão do sistema jurídico utilizado, o *common law*. Diferentemente do sistema nacional, que é utilizado o *civil law*, o sistema jurídico norte-americano não prioriza a positivação do ordenamento jurídico, mas o que impulsiona o sistema são as jurisprudências e julgamentos das cortes.

⁴⁵ Idem, p. 118. [APUD] SOUZA, José Barcelos de. “Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa”, notas referentes à palestra proferida no “IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal”, realizado no município do Guarujá/SP, nos dias 06 e 09 de novembro de 2004, p. 02.

Isso significa que as cortes norte-americanas exercem um papel fundamental na atividade jurídica, uma vez que elegem a melhor atitude a ser tomada conforme os casos em análise. Pode também retirado que, por meio de estudos àquele sistema, o magistrado deve tomar postura inerte no que concerne ao lastro probatório, sob pena de comprometer a sua imparcialidade. Logo, as partes recebem o ônus de impulsionar a persecução penal.

Além do uso do *common law* no sistema norte-americano, também existe questão geográfica atinente ao federalismo. A eficácia das leis naquele sistema pode encontrar barreiras, vez que não tem vigência em todo o território daquele país. É assim porque o sistema outorga amplos poderes aos legisladores estaduais, a fim de preservar a identidade e costumes socioculturais daquela população que vive naquele território.

A partir dessas características surgiram diversas orientações normativas, todas de forma descentralizada. Ou seja, as regras acerca da investigação defensiva foram todas impressas em diplomas diferentes, cada qual em diferentes estados norte-americanos. Dessa forma, o instituto, nos Estados Unidos da América, não possui um código próprio, mas tão somente vestígios de regras em muitos diplomas.

Outro ponto fundamental ao debate ora erigido e que, portanto, é primordial ser destacado, é no que toca ao assunto das provas. Essa oportunidade de produção de provas ocorre de maneira diferenciada no mencionado sistema norte-americano, assim como o próprio ônus probatório é distribuído de maneira diversa.

A persecução penal no sistema norte-americano é estruturada em procedimentos, a fim de regulamentar e dar prosseguimento ao feito, vislumbrando o encontro das informações necessárias à conclusão dos fatos apurados. À vista disso, o sistema da persecução criminal estrutura-se por meio da seguinte forma: i) investigação (*investigatory stage*); ii) adjudicação (*adjudicatory stage*); e, iii) judicial (*judicial stage*).

Cabe mencionar que tais etapas não são previstas na Constituição Estadunidense, o que torna essas fases preliminares ao processo regida em observância às constituições

estaduais, quando houver previsão. Assim, nada impede a inexistência de uma fase ou a peculiaridade do procedimento de alguma outra etapa a depender do estado de execução da atividade persecutória; vez que deve ser sempre assistida a questão do federalismo.

Dito isso, quando prevista essa etapa preliminar ao processo penal, ela possuirá o escopo exclusivo de angariar todas as provas necessárias à elucidação dos fatos documentados, os quais ensejaram à persecução penal. Ainda, a investigação será dividida em duas etapas, a primeira tem o objetivo de identificar o suspeito de ter cometido os fatos. Já no segundo momento, o alvo será esclarecer os fatos em análise.

No primeiro momento da investigação, ainda sem a identificação do suspeito, todos os elementos probatórios colhidos tramitam em total sigilo. A investigação pode levar o tempo necessário, vez que não existe previsão para encerrá-las. Igualmente, não deve ser mencionado o direito de defesa, atinente ao investigado, pelo simples fato de ainda não existir autos certo.

Deveras, deve ser registrado que até momentos antes da identificação do suspeito, não há espaço para se falar em garantias ao sujeito. Os direitos do investigado somente surgem com a persecução penal, a qual ocorre com a identificação do investigado. Ou seja, somente após o início da segunda etapa da investigação, que serve para esclarecer os fatos, é que se pode falar em direito de defesa, corolário do instituto da investigação defensiva.

Por meio dessa disposição normativa, compreende-se que as partes possuem maior oportunidades ao produzir as provas necessárias ao esclarecimento da ocorrência. A partir dessa possibilidade outorgada às partes, é crucial que as provas produzidas não sejam utilizadas como elementos surpresas. Nesse sentido, as partes devem fazer uso da fase pré-processual para colacionar os elementos probatórios conquistados aos autos.

“[...] 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 contraditório. [...]”⁴⁶

É habitual que a investigação preliminar comum aconteça, quase sempre, em sede policial. Todavia, existe situações diversas, é criada a possibilidade de o Ministério Público impulsionar a sua própria investigação, assim como tal poder também é conferido aos defensores. É o que sucede, por exemplo, quando advogados colhem depoimentos das testemunhas em seus escritórios.

“[...] 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 relevantes. [...]”⁴⁷

Após o fim dessa fase investigativa pré-processual, com a produção de todas as provas desejadas, a persecução penal caminha a uma nova etapa, a qual recebe o nome de adjudicação. Na fase de adjudicação cabe ao magistrado verificar a viabilidade e avaliar as provas apresentadas, a fim de identificar se as provas ensejam o início da fase processual ou se compete ao feito o arquivamento dos autos.

A fase de adjudicação também é dividida em etapas, as quais são formadas por algumas audiências. A primeira de todas é a audiência de fiança, quando cabível ao caso em apuração, e confere ao réu a possibilidade de responder as acusações em liberdade mediante o prévio adimplemento de uma prestação pecuniária. A próxima audiência que antecede o julgamento, a qual verificará a admissibilidade dos fatos, provas e acusação.

A prática nos revela que, especificamente, nessa etapa da persecução penal, por meio da possibilidade de negociação, alguns crimes encontram um fim antes mesmo do início do processo penal. A possibilidade de negociar a pena ou absolvição do investigado decorre da prévia confissão do investigado em relação ao crime em análise. Nesse momento, o Ministério

⁴⁶ KISS, Vanessa Moraes. A investigação defensiva no direito processual penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 81. 2021.

⁴⁷ Idem, p. 89. [APUD] MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 96, mai./jun. 2012, p. 284.

Público, além de barganhar com o acusado, recebe o encargo de requerer todas as medidas satisfatórias à resolução do caso.

Transcorrida a etapa de adjudicação e encerrada, sobrevém a fase processual. A última etapa da persecução penal leva o réu frente ao corpo de jurados ou ao magistrado, independente de quem for, todos deverão julgar o acusado conforme os elementos colacionados aos autos, responsáveis pela formação da sua convicção e, portanto, proferir um veredito. Ao fim, caso o réu seja condenado, o sistema processual penal o leva a última etapa da persecução penal, responsável pela dosimetria da pena.

Ao analisar o sistema processual penal do Estados Unidos da América, é compreensível asseverar a existência do instituto da investigação defensiva na persecução penal. O próprio sistema de *common law* retira a rigidez do procedimento, atribuindo, assim, às partes um papel mais ativo na busca de provas. É correto dizer que ocorre a flexibilização do ônus probatório, de modo a dotar as partes com características defensivas a à outra parte com traços acusatórios.

“[...] 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 pena. [...]”⁴⁸

Dessa forma, tendo em vista os pontos supracitados, já na própria etapa de recolhimento e produção de provas são assegurados, após a identificação do acusado, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Além do mais, conforme já exposto anteriormente, segue a mesma lógica a determinação de que provas produzidas pelas partes deverão ser colacionadas aos autos seguidas de posterior avaliação do magistrado, sempre respeitado os direitos das partes.

⁴⁸ Idem, p. 118. [APUD] CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 105.

4 CONCLUSÃO

O sistema acusatório é responsável por inserir, na persecução penal, garantias e direitos ao acusado. A inexistência desses direitos resulta em uma persecução penal injusta, vez que não existiriam limites no curso do procedimento processual penal. Dessa forma, a perpetuação dos direitos fundamentais ao acusado ou investigado, é característica crucial que, por si só, enseja o instituto da investigação defensiva.

Deveras, o sistema acusatório se contrapõe ao sistema inquisitivo, gerando, assim, reflexos diretos na acusação. Isso porque o sistema inquisitivo desconhece a possibilidade de direitos ao acusado, tornando-o objeto sem direitos. Assim, o sistema inquisitivo se coaduna com uma prática antiga e potencialmente danosa ao sistema criminal, dado o afastamento de direitos.

Continuando, o sistema acusatório visa a elaboração de provas de modo adequado e correto, sem, contudo, macular os direitos humanos do investigado ou acusado. A busca pela verdade real dos fatos encontra amparo nos postulados do sistema acusatório, vez que se utiliza de diversas técnicas e procedimentos a fim de produzir e gerir o lastro probatório dos fatos investigados.

O instituto da investigação defensiva é meio que oportuniza ao investigado ou acusado a busca ativa por provas. Nesse sentido, é corolário direto do direito de defesa, bem como resulta dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. Dessa forma, o sistema acusatório imprime uma lógica garantista à persecução penal.

Em que pese a investigação ser conduzida pela polícia judiciária, nada impede que essa venha a ser realizada pelas partes do processo penal. Tanto é assim que o Ministério Público, hoje, apresenta em seu rol de prerrogativas a investigação conduzida pela acusação. Sem embargos a tal investigação, mas o que é inaceitável é a ausência de previsões legais sobre a investigação conduzida pela defesa.

A paridade de armas deve ser invocado a todo momento na persecução penal. Não deve existir escolhas do momento em que tal princípio deve ser aplicado, assim como, aparentemente, ocorre no presente momento. A paridade de armas é afastada no curso da

investigação criminal, tanto é assim que não existe previsão da investigação defensiva no ordenamento jurídico pátrio e tampouco existe direito de defesa na fase de investigação criminal.

Atualmente, tem-se que a fase de investigação criminal conduzida pelo Estado segue procedimento administrativo, sem espaços para contraditório e ampla defesa. Apesar de esse ser o entendimento petrificado na jurisprudência pátria, nada obsta para que a defesa tem a oportunidade de conduzir uma investigação privada, com prerrogativas similares àquelas do Estado, em busca da veracidade dos seus fatos alegados.

No direito brasileiro, o instituto da investigação defensiva começa a enveredar rumo a um novo caminho por meio do Provimento n. 188 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. A instrução normativa inseriu o instituto em um novo patamar, de modo a tentar inserir o procedimento em nosso ordenamento jurídico.

Apesar de a tentativa supracitada ser consideravelmente benéfica, o instituto ainda carece de previsão legislativa nacional. Hodiernamente, a investigação defensiva somente encontra amparo legal por meio do Pacto de San José da Costa Rica. Tal previsão internacional preocupa-se diretamente com a garantia dos direitos humanos ao acusado ou investigado. A partir do texto do tratado internacional infere-se a possibilidade da investigação defensiva, contudo, o instituto não foi tratado de forma aprofundada.

Aliás, o artigo 14 do Código de Processo Penal apresenta uma previsão acerca da atuação da defesa no curso da investigação criminal. Entretanto, o artigo é insuficiente à investigação defensiva. Isso porque espera-se de tal instituto a plena atuação e não simples sugestões à autoridade policial. Nesse sentido, o referido artigo pouco contribui à cristalização do instituto da investigação defensiva.

À vista dos pontos mencionados, destaca-se que o instituto da investigação defensiva ainda precisa evoluir no direito brasileiro. A garantia dos direitos do acusado ou investigado constituem o sistema acusatório pátrio, o qual zela pela observância dos princípios do contraditório, ampla defesa e paridade de armas.

5 REFERÊNCIAS

MARCÃO, Renato. Curso de Processo Penal. 8ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 20ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

AVENA, Norberto. Processo Penal. 15ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2023.

BRITO, Alexis Couto de. Processo Penal Brasileiro. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. Prova e Verdade. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2020.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de junho de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2023.

Lopes Jr., Aury. Investigação preliminar no processo penal. 6ª edição rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2023.

BRASIL. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp75.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2023.

BRASIL. Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2023.

(RE 593727, Relator(a): CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14-05-2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015).

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Ministério Público e investigação criminal defensiva: desafios e algumas propostas. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro n. 76, abr./jun. 2020. p. 145. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904621/Marcus_Vinicius_Amorim_de_Oliveira.pdf. Acesso em: 18/11/2023.

ROCHA, Lauriane Carvalho. A investigação defensiva como um corolário do direito à qualidade e à eficiência do atendimento na defensoria pública. R. Defensoria Pública da União. Brasília – DF, n. 17. Jan./Jun., 2022. p. 107. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/489/322>. Acesso em: 18/11.2023

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 39ª edição. Barueri: São Paulo. Editora Atlas, 2023.

BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 17 de novembro de 2023.

BRASIL. Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acessado em 21/10/23.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal n. 5001789-10.2020.4.03.6181, da 5ª Turma. Apelante: Luiz Inácio Lula da Silva. Apelado: Odebrecht S/A. Fiscal da lei: Ministério Público Federal. Relator: Des. Fed. Maurício Kato, 24.04.2021. p.4.



Disponível

em:

https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/5/8DE037E61FC37A_acordaotr5.pdf .

Acessado em 15.11.23.

MACHADO, André Augusto Mendes. A Investigação Criminal Defensiva. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 107-108. 2009.

[APUD] AMODIO, Ennio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo Código de Processo Penal, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 25, jan/mar. de 1999.

Idem, p. 118. [APUD] SOUZA, José Barcelos de. “Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa”, notas referentes à palestra proferida no “IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal”, realizado no município do Guarujá/SP, nos dias 06 e 09 de novembro de 2004, p. 02.

KISS, Vanessa Moraes. A investigação defensiva no direito processual penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 81. 2021.

Idem, p. 89. [APUD] MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 96, mai./jun. 2012, p. 284.

Idem, p. 118. [APUD] CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1995, p. 105.