

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DENISE OLIVEIRA PICUSSA

**INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA
GARANTIA DA AMPLA DEFESA**

CURITIBA

2020

DENISE OLIVEIRA PICUSSA

**INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA
GARANTIA DA AMPLA DEFESA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral

CURITIBA

2020

TERMO DE APROVAÇÃO

DENISE OLIVEIRA PICUSSA

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA GARANTIA DA AMPLA DEFESA

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil -UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral
Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil

Membros: Profa. Dra. Allana Campos Marques Schrappe
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil

Prof. Dr. Rodrigo Régner Chemin Guimarães Centro
Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil

Prof. Dr. Marco Aurélio Nunes da Silva
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Curitiba, 15 de maio de 2020.

AGRADECIMENTOS

A Deus pela fé que me guiou durante toda a trajetória deste Mestrado.

Ao meu primeiro professor orientador, Paulo Ricardo Schier, por mostrar o norte da minha pesquisa, com toda sua paciência.

Ao meu segundo professor orientador, Rodrigo Leite Ferreira Cabral, por aceitar o desafio e me acolher para a viabilização deste trabalho.

Aos dois, agradeço a inspiração acadêmica.

Aos meus pais que me proporcionaram essa oportunidade de vida e ao meu filho que, na sua inocência, compreendeu minha ausência em alguns períodos nestes dois anos.

Agradeço, por fim, a todos os Professores do Programa de Mestrado que me proporcionaram um riquíssimo conhecimento durante essa trajetória.

"(...) a limitação de instrumentos defensivos, de um lado, e a hipertrofia dos mecanismos repressores, de outro, têm dificultado a vinda das cores da defesa para os domínios do processo penal."
(Édson Luís Baldan)

RESUMO

O modelo processual brasileiro situa o momento defensivo principal somente depois de instaurada a ação penal, tratando o investigado como um objeto e não como um sujeito de direito. Contudo, com a Constituição Federal de 1988 que imprimiu profundas mudanças nesse cenário, surgiu a necessidade de um importante progresso ao direito de defesa da pessoa investigada. Neste ponto, a presente pesquisa irá tratar o tema da Investigação Criminal Defensiva como um direito das partes, decorrente do próprio direito à prova, consubstanciando-se na forma de buscar efetivamente a paridade de armas, uma vez que nosso sistema jurídico possibilita a investigação do crime pelo próprio órgão acusatório, é de se esperar que o investigado tenha o mesmo direito, sob pena de violar os direitos fundamentais da igualdade, do contraditório e da ampla defesa. Dentro desse contexto, foi aprovado o Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB, regulamentando, em linhas gerais, a investigação defensiva. No decorrer, conclui-se que ainda o ordenamento carece de uma legislação específica sobre o assunto, que provavelmente será sanada com a reforma do Código de Processo Penal. Por fim, a contribuição da pesquisa é atual uma vez que aponta um delineamento inicial da atuação investigativa por parte do advogado dentro de um agir ético e legal.

Palavras-chave: Investigação Criminal. Inquérito Policial. Direito à Prova. Paridade de armas. Investigação Criminal Defensiva. Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB.

ABSTRACT

The Brazilian procedural model locates the main defensive moment only after the criminal action is instituted, treating the investigated as an object and not as a subject of law. However, with the Federal Constitution of 1988 that brought about profound changes in this scenario, the need arose for an important progress to the right of defense of the investigated person. At this point, the present research will treat the subject of Defensive Criminal Investigation as a right of the parties, arising from the right to proof, taking shape in the form of effectively seeking parity of arms, since our legal system allows the investigation of crime by the accusatory body itself, it is to be expected that the investigated person has the same right, under penalty of violating the fundamental rights of equality, adversary and broad defense. Within this context, Provision 188/2018 of the Federal Council of the OAB was approved, regulating, in general, defensive investigation. In the course of time, it is concluded that the order still lacks specific legislation on the subject, which will probably be resolved with the reform of the Code of Criminal Procedure. Finally, the research contribution is current since it points to an initial outline of the investigative performance by the lawyer within an ethical and legal action.

Keywords: Criminal investigation. Police Inquiry. Right to Proof. Weapon parity. Defensive Criminal Investigation. Provision 188/2018 of the Federal Council of the OAB.

SUMÁRIO

RESUMO.....	iv
ABSTRACT	v
INTRODUÇÃO	1
1. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	4
1.1 A investigação criminal tradicional	4
1.2 O inquérito policial como modelo de investigação brasileiro.....	8
1.3 Órgãos encarregados da investigação	13
1.3.1 A polícia como órgão apto à investigação no inquérito policial	13
1.3.2 A investigação pelo Ministério Público	15
1.4 Eficácia probatória dos atos de investigação e a gestão da prova.....	20
2. FUNDAMENTOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO SISTEMA JURÍDICO INTERNO	29
2.1. O investigado como titular de direitos.....	29
2.2. Princípio da Igualdade	33
2.3. Princípios do Contraditório e da Ampla defesa	39
2.4 O valor probatório da Investigação defensiva	49
3. ATOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	54
3.1 A investigação criminal defensiva: regulamentação administrativa pelo CFOAB.....	54
3.2. Objeto e limites jurídicos da investigação defensiva	59
3.3. Modo de execução da investigação defensiva	65
3.4. Atos investigáveis na investigação defensiva	69
3.5 Deveres do advogado na investigação defensiva.....	76
3.6 A publicidade da investigação defensiva	80
3.7 A investigação defensiva como prerrogativa profissional.....	82
3.8 A matéria no projeto do novo CPP	84
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	90

INTRODUÇÃO

O tema Investigação Criminal Defensiva pode ser entendido como um direito do investigado, decorrente do próprio direito à prova que é assegurado implicitamente na Constituição Federal de 1988 e como uma necessidade do instituto no ordenamento pátrio em que a investigação pública é, de certa forma, tendente a ser acusatória.

Com efeito, o interesse pelo tema é atual e está em constante crescimento uma vez que representa importante progresso ao direito de defesa da pessoa investigada, bem como pelo modo de se perseguir a infração penal, consubstanciando-se na forma de buscar efetivamente a paridade de armas. Tendo em vista que nosso sistema jurídico possibilita a investigação do crime pelo próprio órgão acusatório, é de se esperar que o investigado tenha o mesmo direito, “sob pena de violar os direitos fundamentais da igualdade, do contraditório e da ampla defesa”.¹

A investigação criminal defensiva consiste na aquisição de elementos de prova que serão contrapostos à investigação pública, ampliando o conhecimento do Magistrado, e este disporá, assim, de uma quantidade maior de dados para motivar sua decisão sobre eventual acusação.

Deste modo, colocando acusação e investigado no mesmo patamar é que se poderá garantir um processo penal em consonância com o sistema acusatório e que, efetivamente, garanta a paridade de armas.

Neste contexto, contudo, o reconhecimento do direito à investigação no plano teórico não faz com que a aplicação na prática seja a esperada. Ainda no campo teórico, a maior crítica que a Investigação criminal defensiva sofre é que o ordenamento carece de uma legislação específica sobre o assunto, que provavelmente será sanada com a reforma do Código de Processo Penal.

A fim de que o estudo desta pesquisa seja mais consistente, é necessário trazer os “pilares do sistema processual italiano”, pois o “berço da atividade investigatória defensiva é o sistema jurídico italiano”, o qual serviu de inspiração para traçar os pontos de conexão com o sistema jurídico brasileiro. Contudo, importa destacar que “não basta apenas uma transferência e incorporação de normas de um

¹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.

sistema em outro”, é preciso compreender o conteúdo para que seja possível um amadurecimento do pensamento sobre o tema probatório no âmbito brasileiro.²

Já na prática encontram-se inúmeros empecilhos para a efetiva aplicabilidade da investigação defensiva no ordenamento brasileiro. Algumas críticas estão relacionadas ao fato de que as investigações preliminares são realizadas pela Polícia Judiciária que é órgão oficial de investigação do Estado, conferindo um grau de elementos tanto favoráveis quanto desfavoráveis ao investigado; outra crítica que sofre na mesma linha é quanto ao argumento de que no Brasil a gestão probatória está nas mãos do juiz e que este é capaz de produzir tanto elementos probatórios para incriminar ou inocentar o acusado. São inúmeras as críticas relacionadas ao tema, porém todas sempre vão ao encontro da desnecessidade de uma efetiva investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, a advocacia brasileira vive o contrário. Há tempos pugna por um equilíbrio entre advogados e promotores, além de ser a investigação defensiva uma decorrência do direito de defesa do investigado.

Desta feita, recentemente, em dezembro de 2018, foi aprovado o Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB que veio para regulamentar o exercício da atividade profissional do advogado de realizar diligências investigatórias. Por esta razão, tiveram início várias manifestações quanto à atividade da advocacia na função investigativa, por certo alguns a favor e outros contra.

Dito Provimento apesar de “não ter força e caráter definitivo de lei e de ainda ser genérico”, ajuda a traçar um “esboço normativo capaz de trazer segurança jurídica” para os advogados que atuam na investigação e, também, para seus clientes.³

Diz-se em segurança jurídica para os advogados pois poderão agir na busca por fontes de provas destinadas à construção de um acervo lícito para a estratégia de defesa e a proteção dos direitos de seu constituinte. E, por segurança para os seus clientes, entende-se que, se o sistema processual penal brasileiro alberga a investigação pelo órgão acusatório, necessário que o investigado tenha direito igual,

² SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 39.

³ LOPES, Aury Jr.; Rosa, Alexandre Morais da; Bulhões, Gabriel. Notícia. **Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania**. Revista Consultor Jurídico. 15 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania> Acessado em: 11 jul. 2019.

sob pena de violação dos direitos fundamentais já citados. Pode-se afirmar, portanto, que através desse Provimento a investigação defensiva conquistou um avanço, ainda que seja muito inicial.

Para o desenvolvimento do tema da Investigação Criminal Defensiva, a pesquisa foi dividida em três capítulos. No primeiro capítulo, será tratado acerca da investigação criminal tradicional, aquela realizada pela Polícia Judiciária e que culmina com o inquérito policial. Também será abordada a questão da possibilidade de investigação realizada pelo Ministério Público e a matéria quanto à eficácia probatória dos atos de investigação e a gestão de prova no sistema brasileiro.

No segundo capítulo serão apresentados os fundamentos da investigação criminal defensiva no sistema jurídico brasileiro. Será trazida a visão progressista da pessoa investigada como titular de direitos, bem como os princípios da igualdade e do contraditório e da ampla defesa como os pilares que sustentam o tema em debate tanto no sistema processual italiano quanto no brasileiro.

Por fim, no terceiro capítulo, se estudarão os atos da investigação defensiva no ordenamento brasileiro, o que atualmente se efetiva pelo Provimento 188/2018 do CFOAB, traçando um paralelo do instituto com a disciplina jurídica italiana.

A conclusão da pesquisa apontará para a realidade do processo penal brasileiro que demonstra a necessidade de atenuar esse arcaísmo inquisitório que o caracteriza. Desta forma, a Investigação Defensiva já se faz presente em nosso ordenamento e o primeiro passo foi dado com a aprovação do Provimento 188/2018, o qual aponta para um delineamento inicial da atuação investigativa por parte do advogado. O advogado está com as portas abertas para investigar dentro de um agir ético e legal. O caminho ainda é longo, pois será preciso se mobilizar para uma melhor regulamentação, seja no âmbito legislativo, como também no âmbito da própria Instituição.

1. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

1.1 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL TRADICIONAL

A persecução penal, entendida como uma atividade do Estado, compõe-se de duas fases: a da investigação e a do processo penal. Havendo uma notícia de um fato típico, ilícito e culpável, tem o Estado dever de investigar e a isto se qualifica a investigação de “criminal”.⁴

Por investigação criminal entende-se, portanto, a fase que antecede o processo penal, em que o Estado busca esclarecer a notícia apurando indícios suficientes da autoria e materialidade da infração penal.

Gustavo Torres adverte que a expressão investigação criminal é entendida em dois sentidos: como ato e como fase. Explica que a fase de investigação é aquela relacionada ao momento pré-processual, que ocorre necessariamente antes do processo penal; já os atos de investigação são aqueles que podem ocorrer antes, depois ou simultâneos ao processo penal e, ainda, dentro e fora dele. Complementa afirmando que o ato investigativo “é imediatamente um buscador de elementos informativos para a reconstrução aproximada do caso penal”, embora funcione, também, como “indicador de fontes de prova”.⁵

No Brasil, Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner trazem uma interessante consideração e usam a expressão “instrução preliminar” à “investigação criminal” para qualificar essa atividade anterior à relação processual. Usam a qualificação “preliminar” junto à palavra “instrução” para diferenciar a instrução que é feita também na fase processual. Essa diferenciação serve para fazer uma limitação temporal, apontando para o caráter anterior da instrução.⁶

⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Millennium, 2000, p. 131.

⁵ O autor informa que na teoria geral da prova, pode-se chamar de ato de investigação a procura por elementos informativos em sentido amplo (são os indicadores de fontes de prova), com referência a suposto fato para a instrução em processo já existente ou para a preparação de feito cogitado para o futuro. Essa classificação é importante para a presente pesquisa porque é nesta concepção que se insere o tema da investigação criminal defensiva. (SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 126 -127 e 137).

⁶ “O termo que nos parece mais adequado é o de *instrução preliminar*.[...] Para uma análise de sistemas abstratos e concretos de diversos países, o melhor é utilizar o termo *instrução* que *investigação*, não só pela maior abrangência do primeiro (pois pode referir-se tanto a uma atividade judicial - juiz instrutor - como também a uma sumária investigação policial), mas também porque poderia ser apontada uma incoerência lógica falar em *investigação preliminar* quando não existe uma *investigação definitiva*, ao

Ressaltam os autores que, como o modelo brasileiro não contempla uma "fase intermediária" contraditória, importante, portanto, não se julgar de imediato. Isso porque, primeiro, deve-se "preparar, investigar e reunir elementos que justifiquem o processo ou o não processo". Afirmam que é uma "falha grave primeiro acusar, para após investigar e ao final julgar". Concluem dizendo que o processo penal tem como ponto crucial em seu desenrolar o "saber se deve ou não acusar", encerrando-se com um conjunto de "penas processuais".⁷

Segundo José Frederico Marques, "a investigação é a atividade estatal da *persecutio criminis* destinada a preparar a ação penal", que tem como qualidade o fato de ser "preparatória e informativa", pois o objetivo primordial é apresentar ao órgão responsável o lastro probatório mínimo para que possa iniciar a demanda penal em juízo. Para ele, essa qualidade da investigação de ser informativa, se pauta na aquisição dos dados de informação (provas) para o *Parquet* analisar a possibilidade de propor a ação penal.⁸

Machado descreve que, anteriormente, parte da doutrina entendia que a investigação criminal era dotada apenas de um caráter informativo e defendia a ausência do direito de defesa nessa fase. Entretanto, algumas poucas posições divergentes ecoaram no sentido da existência de atos instrutórios (os quais teriam função de formar o convencimento judicial) na investigação. Ou seja, para os autores que assumiram uma posição divergente, a fase investigatória teria sua função preparatória, porém com certa carga decisória como, por exemplo, nas hipóteses de medidas cautelares pessoais e patrimoniais determinadas nessa fase. Nestas hipóteses, haveria também uma carga decisória na fase de investigação e, neste sentido, seria necessário atribuir o direito de defesa ao investigado.⁹

passo que a uma instrução preliminar corresponde uma definitiva, levada a cabo na fase processual." (LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 88).

⁷ LOPES JR, Aury. **A crise do Inquérito Policial: Breve Análise dos Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. RDP n° 4, Out-Nov/2000, p. 39. Disponível em : http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_04_39.pdf Acessado em: 04 jul. 2019.

⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito...**, 2000, p. 139.

⁹ Cita como autores de posição divergente: ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 7-10; PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Inquérito policial: novas tendências**. Belém: CEJUP, 1987, p. 22 e PIMENTEL, Manoel Pedro. **Advocacia Criminal: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 17. (MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal...**, 2010, p. 6).

De modo recente, em posição pouco além, Marta Saad assevera que os elementos coletados na investigação preliminar não têm finalidade apenas de informar. Diz a autora que têm a função também de amparar o convencimento acerca da possibilidade da ação penal e de “verificar as condições imprescindíveis para as medidas cautelares que podem ser decretadas no decorrer da investigação”.¹⁰

Independente da discussão do caráter informativo da investigação criminal, é possível assegurar que a investigação preliminar é o “conjunto de atividades realizadas de forma coerente e relacionados com os órgãos estatais”. Basicamente, a investigação preliminar tem como “ponto de partida uma notícia-crime ou é iniciada de ofício, sendo realizada de maneira antecedente em relação ao processo penal” e que tem por finalidade “apurar a autoria e as circunstâncias de um ato ilícito que justifique a ação penal ou o arquivamento”.¹¹

Augusto Machado infere que tal conceito peca apenas por afirmar que a investigação criminal seria realizada por órgãos estatais. E, nesta toada, conceitua a investigação criminal como um “[...] procedimento preliminar e preparatório à ação penal, formado por um conjunto de atos encadeados, que podem ser praticados pelos sujeitos envolvidos e diretamente interessados na persecução penal [...]”.¹²

Destaque-se que a investigação não possui a capacidade de impor nenhum tipo de punição ao suspeito - apenas tem como intuito fornecer ao Estado o alicerce necessário para a instauração da ação penal, sobre a qual, comprovando-se a autoria e a materialidade do delito, haverá a imposição de uma sanção ao transgressor da lei penal.

A investigação não tem como objeto principal a pena e nem mesmo a efetivação da pretensão penal. Logo, a investigação criminal deve ser regulada por um conhecimento breve dos fatos, unicamente com a finalidade de verificar a presença do *fumus commissi delicti*, isto é, a fumaça da existência da conduta punível. Não é admissível uma análise aprofundada dos fatos investigados para se chegar a uma certeza a respeito da culpa, porque esse grau de conhecimento deverá ser no processo, quando for emitir uma sentença.¹³

¹⁰ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 160.

¹¹ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar...**, 2015, p. 8.

¹² MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal...**, 2010, p. 7.

¹³ LOPES JR, Aury. **A crise do Inquérito Policial...**, 2000, p. 41.

Ainda, a investigação criminal, por ser anterior ao processo, apresenta-se como pré-processual, com o objetivo de ou basear em elementos a sua instauração ou de evitar quando em caso de suspeitas sem o mínimo elemento de prova. Aqui não tem como “falar em partes *stricto sensu*”, pois não há, ainda, a intenção de acusar e muito menos existe uma ação – “com estrutura processual lógica” – que atente ao “princípio do contraditório e sob controle do judiciário”.¹⁴

O Prof. Clèmerson Merlin Clève, ensina que a investigação criminal deve servir como um “filtro” pelo qual apenas devem passar para o âmbito da ação penal as condutas típicas e não meras suspeitas. Ainda, afirma que esse filtro é uma forma de garantia para os cidadãos para que não sofram ações penais sem fundamento, e uma forma também de evitar movimentar a máquina judiciária desnecessariamente.¹⁵

Segundo André Augusto Mendes Machado¹⁶:

a investigação criminal tem por finalidade averiguar as circunstâncias relatadas na notícia de crime, coligindo elementos relacionados à alegada prática delitiva. [...] Nessa fase investigatória, não há acusação em sentido estrito, uma vez que seu escopo é justamente verificar a viabilidade de eventual pretensão acusatória.

Quanto à natureza jurídica da investigação preliminar, tem-se que essa é definida conforme sua função, estrutura e órgão encarregado.¹⁷

Dessa forma, levando em consideração o aspecto formal do órgão encarregado pela investigação, é possível afirmar que a investigação criminal pode ser um “procedimento judicial ou administrativo”. Sendo a responsabilidade da investigação da Autoridade Judiciária, os atos são judiciais. E sendo as investigações conduzidas pela Polícia Judiciária, os atos são administrativos.¹⁸

Contudo, os atos administrativos, judiciais e até jurisdicionais apontam para uma complexidade da natureza jurídica da investigação criminal. Por esta razão, têm que levar em conta a natureza jurídica do ato mais relevante durante a investigação. Assim, mesmo o inquérito policial sendo um ato de natureza administrativa, pode ser

¹⁴ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar...**, 2015, p. 40.

¹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Investigação Criminal e Ministério Público**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/investigacao_criminal.htm Acessado em: 04 jul. 2019.

¹⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal...**, 2010, p. 20-21.

¹⁷ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar...**, 2015, p. 19.

¹⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal...**, 2010, p. 13.

praticado algum ato jurisdicional quando, por exemplo, o juiz decreta uma prisão preventiva.¹⁹

No mesmo sentido é a lição de Sérgio Pitombo que afirma ser essa classificação da instrução precedente como judicial ou administrativa uma consideração meramente formal do órgão encarregado pela investigação. Pois, se o foco for outro, por exemplo, a finalidade dos atos praticados, que se dirigem a formar a culpa, mesmo a investigação sendo realizada pela Polícia Judiciária pode ser entendida como procedimento judicial.²⁰

Com efeito, a investigação criminal é, portanto, um procedimento administrativo ligado aos membros da Polícia ou Ministério Público e pré-processual, uma vez que acontece antes do exercício da ação penal, tendo por objetivo primordial coletar informações que possam avaliar a presença ou não da prática aparente de uma infração penal.

1.2 O INQUÉRITO POLICIAL COMO MODELO DE INVESTIGAÇÃO BRASILEIRO

A preocupação com o assunto em questão se revelou na prática processual penal brasileira que, não de hoje, confunde a investigação criminal com o inquérito policial, quando, na verdade, este é um modo de ser daquela.²¹

O inquérito policial, as comissões parlamentares de inquérito, sindicâncias são espécies do gênero “investigação preliminar”, formalizadas por meio de um documento de mesmo nome, que conterão, via de regra, a descrição dos atos, diligências, depoimentos, termos de apreensão, laudos periciais, etc.²²

A denominação inquérito policial, no Brasil, surgiu na Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, encontrando-se no artigo 42 do citado decreto a seguinte definição: “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos

¹⁹ Inegavelmente, a investigação criminal pode acontecer ao amparo de relação judicial, bastando pensar em casos nos quais se desenvolvam diligências que dependam de autorização judicial (medidas cautelares) ou nas hipóteses de foro por prerrogativa de função cuja instauração de investigação criminal depende de autorização judicial. (LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar...**, 2015, p. 19).

²⁰ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Inquérito policial: novas tendências**. Belém: CEJUP, 1987, p. 21.

²¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 119.

²² *Ibidem*, 2014, p. 119.

criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”.

A finalidade do inquérito policial é trazer os elementos concretos que possam determinar a probabilidade dos fatos contidos na delação criminosa. O escopo do inquérito é:

dar elementos para a formação da *opinio delicti* do órgão acusador, isto é, a convicção do órgão do Ministério Público ou do querelante de que há prova suficiente do crime e da autoria, e dar o embasamento probatório suficiente para que a ação penal tenha justa causa. Para a ação penal, justa causa é o conjunto de elementos probatórios razoáveis sobre a existência do crime e da autoria.²³

O inquérito policial é uma das formas previstas pela lei processual penal para a realização das investigações.²⁴ Dispõe o artigo 4º do Código de Processo Penal:

Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e **terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria**. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. (grifo nosso)

Analisando a letra da lei, conclui-se que o inquérito policial, dirigido pela autoridade policial, tem por escopo apurar a existência da infração penal, ou seja, sua materialidade, bem como o autor da mesma. Contudo, percebe-se que a própria lei não traz o conceito do que seja o inquérito policial. Ressalta Rangel que o “nosso código não define de forma clara o que vem a ser inquérito policial nem o seu objeto, que é a investigação criminal [...]”.²⁵

Em poucas palavras, pode-se conceituar o inquérito policial como a atividade de investigação da Polícia Judiciária, com o objetivo de “apurar a materialidade da infração praticada e sua autoria”.²⁶

Portanto, é presidido pela autoridade policial, membro da polícia judiciária, seja ela estadual ou federal, que não se confunde com a denominada polícia preventiva porquanto age a partir do momento que o fato delituoso já fora praticado.²⁷

²³ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo. Saraiva. 2015, p. 100.

²⁴ Ressaltando, novamente, que as outras formas de investigação são: comissões parlamentares de inquérito; inquérito policial militar, sindicâncias.

²⁵ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 69.

²⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 43.

²⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo...**, 2015, p. 99.

Insta salientar que o exercício da função de polícia judiciária não significa exclusivamente realizar inquéritos policiais, pois supõe outras atividades, como, por exemplo, o “apoio ao Poder Judiciário para cumprimento de mandados e decisões liminares ou definitivas”. Por outro lado, como já dito, o inquérito policial é uma das formas de investigação de infrações penais, constituindo procedimento típico da polícia judiciária.²⁸

Embora a doutrina assevere que o inquérito policial é a forma principal de investigação, destaca que não é o único.²⁹ E assim leciona Marques³⁰:

Temos, assim, em razão do órgão que a dirige, três formas ou espécies de investigação: 1º a investigação administrativa; 2º a investigação legislativa; 3ª investigação judiciária. A investigação administrativa pode ser de dois tipos: a) investigação policial; b) investigação administrativa em sentido estrito. O inquérito policial é a forma por excelência da investigação. Mostra, porém, o art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que autoridades administrativas diversas das de Polícia Judiciária podem exercer função investigatória. Isso sucede, por exemplo, nos crimes contra a saúde pública, nos crimes de contrabando etc., em que autoridades desses setores da administração pública estão munidas dos poderes necessários para investigar amplamente a respeito dos delitos que possam interferir na sua órbita de atividades.

Pois bem, ainda pode-se falar que o inquérito policial é procedimento e não processo, isso porque não há contraditoriedade na sequência dos atos. A contraditoriedade é característica essencial para a existência de uma relação de partes, ou seja, processual. Sem tal característica, não pode ser compreendido como processo.³¹

Para a autora Marta Saad, o inquérito também é procedimento e é apresentado de forma coerente e com formalidades, citando, como exemplo, o auto de prisão em flagrante, em que o ato formal deve ser observado para o fim de resguardar os direitos e garantias individuais.³²

²⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta ...**, 2019, p. 379.

²⁹ Segundo André Augusto Machado o ordenamento jurídico brasileiro prevê o inquérito policial como principal forma de investigação dos fatos tidos como crime. Porém, cita o autor, que ainda existe o inquérito militar, que investiga crimes da competência da Justiça Militar, praticados por pessoas que integram a corporação, ou até mesmo por civil, para investigar crimes praticados contra as organizações que estão sob área de sua segurança direta. (MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal...**, 2010, p. 52)

³⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual...**, 2000, p. 153.

³¹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal...**, 2010, p. 37.

³² “O procedimento do inquérito policial, por sua própria natureza, é e precisa ser flexível. Não obedece a uma ordem determinada, rígida, de atos, mas, nem por isso, deixa o inquérito de ser procedimento,

Ou seja, a atividade investigativa das informações que constam na “*notitia criminis*” acontece no âmbito administrativo, uma vez que essas informações foram colhidas através do inquérito. Concluindo nas palavras de Paulo Rangel, “Assim, sem muitas delongas, sua natureza jurídica é de um procedimento de índole meramente administrativa, de caráter informativo, preparatório da ação penal”.³³

Ainda, vale definir quanto a sua natureza cautelar, sendo que a investigação policial deve ocorrer prontamente após o conhecimento da ocorrência do crime, para que não haja o desaparecimento dos elementos que embasam a possível prática do delito.³⁴

Crucial ponderar brevemente acerca das garantias da ampla defesa e do contraditório no procedimento inquisitorial do inquérito policial. Tradicionalmente, uma vez tratado como peça de cunho administrativo, o contraditório nunca foi admitido, como aponta Marques: “a investigação policial, ou o inquérito, tem mesmo de plasmar-se por um procedimento não contraditório, porque ali ainda não existe acusado, mas apenas indiciado”.³⁵

A questão acabou tomando outro reconhecimento com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que deflagrou um movimento interpretativo que buscou inserir dentro da investigação criminal a garantia da ampla defesa e do contraditório. Como argumentos básicos, pode-se citar ser esta etapa um verdadeiro processo preparatório para a ação penal. O contraditório surgiu, então, exatamente dentro do “quadro garantidor do novo direito (processual) administrativo”.³⁶

Apesar de não haver uma relação bilateral, já que o ato de investigação nem sempre é conduzido por um sujeito processual (inquérito policial, por exemplo), isso não quer dizer que a defesa não possa auxiliar na constituição dos caminhos da investigação.³⁷

visto que o procedimento pode seguir esquema rígido ou flexível.” (SAAD, Marta. **O direito de defesa...**, 2004, p. 246-247).

³³ RANGEL, Paulo. **Direito processual...**, 2016, p. 78.

³⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal...**, 2010, p. 38.

³⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual...**, 2000, p. 101.

³⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 111.

³⁷ “Portanto, releitura do disposto no art. 14 do CPP, em face da garantia constitucional da ampla defesa, permite concluir que o delegado de polícia somente poderá negar a realização do pedido se este for inviável, sob ponto de vista fático, ou inócuo. Não pode a autoridade policial negar o requerimento de diligência formulado pelo acusado, desde que guarde importância e correlação com o esclarecimento dos fatos e a defesa do acusado. Em face do disposto no art. 5º, LV, da Constituição da República, o requerimento de diligências pelo indiciado é um direito subjetivo seu, ‘que não pode ser negado arbitrariamente pela autoridade’, e, na eventualidade de ser indeferido o pedido, o acusado

Quanto a este tema, importante foi a aplicação da Súmula Vinculante 14 em sede de Comissões Parlamentares de Inquérito, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu e considerou legítimo o acesso aos autos por parte do advogado constituído por um dos convocados.³⁸ Ainda, quanto ao tema, pode-se citar o art. 7º, inciso XIV do Estatuto da OAB que confere ao advogado o direito de examinar, mesmo sem procuração, autos de prisão em flagrante e de investigações de qualquer natureza.³⁹

Se é certo que a aplicação de citada Súmula amparou os elementos integrantes do princípio da ampla defesa, permitindo a intervenção defensiva, para que “ao investigado seja dada a oportunidade de ter acesso a documentos colhidos no curso da investigação e que também seja garantida a ingerência de uma defesa técnica”, já não é possível reconhecer que o contraditório tenha sido amparado da mesma forma.⁴⁰

Isso porque o sistema jurídico não contempla disposições que asseguram o contraditório como uma forma de “influenciar a tomada de decisão nos atos investigatórios”.⁴¹ Se ao imputado é permitido se manifestar no curso das investigações sob presidência do Delegado ou do Promotor, “essa permissão ocorre não por força de dispositivo legal, mas sim por uma interpretação dos princípios do devido processo legal”.⁴²

A garantia do contraditório não se encontra efetivada. “O contraditório, quer pleno, parcial ou mitigado, empregando alguns termos utilizados pela doutrina, ainda não está lá no inquérito”. Pois, para sua efetivação, é necessário que o investigado

pode fazer uso do mandado de segurança, vez que ferido direito líquido e certo, ou, até mesmo para alguns, valer-se do habeas corpus.” (SAAD, Marta. **O direito de defesa...**, 2004, p. 351-352).

³⁸ STF, HC 113.548, Rel.: Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC113548.pdf> E STF, RCL 17.653, Rel.: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4855412> Ambos acessados em: 30 set. 2019.

³⁹ Neste mesmo tema, mais atual a Lei 13.964 que em seu art. 3º - B, criou a figura do Juiz das Garantias como responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais. (BRASIL. Lei 13.964 (Pacote Anticrime). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acessado em: 05 jun. 2020)

⁴⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal...**, 2019, p. 367.

⁴¹ O art. 3º - B, IV da Lei 13.964, apesar de estabelecer o dever de ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal, ainda assim não garante um contraditório a ponto de poder influenciar no convencimento do Magistrado. (BRASIL. Lei 13.964 (Pacote Anticrime). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acessado em: 05 jun. 2020)

⁴² *Ibidem*, 2019, p. 367.

tenha conhecimento dos atos de investigação e possa praticar de forma efetiva sua participação.⁴³

Deste modo, não é uma característica marcante dos procedimentos investigatórios o exercício do contraditório, assim como ocorre em uma relação processual, e, da mesma forma, a própria ampla defesa encontra dificuldades para ser efetiva nos procedimentos de investigação.

1.3 ÓRGÃOS ENCARREGADOS DA INVESTIGAÇÃO

1.3.1 A POLÍCIA COMO ÓRGÃO APTO À INVESTIGAÇÃO NO INQUÉRITO POLICIAL

Primeiramente, cabe esclarecer que, no sistema brasileiro, a polícia está bifurcada em polícia administrativa e polícia judiciária. A polícia administrativa é também conhecida como polícia ostensiva e tem por finalidade principal inibir a prática de ilícitos penais, assumindo um papel de prevenção. Já a polícia judiciária, também conhecida como polícia civil, seja na esfera estadual, ou na esfera federal, serve para auxiliar o Ministério Público, além de ter a função constitucional de conduzir o inquérito policial.⁴⁴

Segundo Greco Filho, por previsão constitucional, a polícia judiciária está “sujeita aos princípios fundamentais da constitucionalidade, igualdade e legalidade”, sendo “auxiliar da Justiça Penal e estando sob o controle externo do Ministério Público” (art. 129, VII). Para o autor, a expressão “polícia judiciária” possui o sentido de abarcar todas as funções da Polícia Civil, conforme interpretação do art. 144, § 4º.⁴⁵

A polícia judiciária tem como finalidade principal a polícia investigativa, no que diz respeito à utilização de instrumentos de coleta de dados, informações e provas. De acordo com o artigo 13 do Código de Processo Penal, a polícia judiciária atua como auxiliar em tarefas afetas à administração da justiça penal: fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias a instrução e julgamentos dos processos;

⁴³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais...**, 2001, p. 116.

⁴⁴ CONTI, Carlos Eduardo Oliveira. **Investigação criminal defensiva como garantia do contraditório e ampla defesa.** Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Católica de Petrópolis, 2017, p. 27 e 29.

⁴⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo...**, 2015, p. 122.

realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público; cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias; representar acerca da prisão preventiva.⁴⁶

A atividade da polícia judiciária, portanto, tem sua importância não só na apuração do fato criminoso, mas também como instrumento de segurança pública, diante do seu caráter repressivo.⁴⁷

Atualmente, conforme previsão constitucional expressa⁴⁸, a autoridade responsável em conduzir a investigação criminal é o Delegado de Polícia, seja da Polícia Civil ou da Polícia Federal, de acordo com as normas constitucionais.

Importa destacar que a polícia ganhou status constitucional apenas a partir da Constituição de 1988, não se constatando a existência de previsão constitucional da fase preliminar em constituições anteriores. Da mesma forma, a Constituição expressamente fez constar os órgãos e agentes públicos que ficaram encarregados de função de investigação. Não significa que não havia normatização quanto à responsabilidade das investigações e à titularidade do inquérito, mas essas eram reguladas pela legislação infraconstitucional.⁴⁹

⁴⁶ BRASIL, **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 01 jul. 2019.

⁴⁷ “Assim, a polícia judiciária age depois de cometidas as infrações, para investigar e informar os órgãos da justiça criminal, acerca dos meios de prová-las.” (SAAD, Marta. **O direito de defesa...**, 2004, p. 183).

⁴⁸ Artigo 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...] IV - polícias civis; [...] § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. (BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acessado em 03 jul. 2019).

⁴⁹ A autora Marta Saad faz um estudo exaustivo em seu livro sobre a investigação criminal no Brasil desde o ano de 1824. No período do império brasileiro a fase de investigação preliminar era presidida pelos Juizes de Paz. Com a promulgação da Lei 261/1841 o poder dos juizes de paz foi transferido aos delegados de polícia. Desse modo, a investigação preliminar passou a ser atribuição dos chefes de polícia, nas províncias do império, na corte e nos distritos. Em 1871, a Lei 2.033 passou a investigação preliminar aos juizes municipais e aos juizes de direito. Contudo, em face das necessidades de colheita imediata das provas, algumas atribuições investigatórias também foram conferidas as autoridades policiais. Mas o decreto 4.824/1871, regulador da Lei 2.033/1871, normatizou o inquérito policial, que determinava aos chefes, delegados e subdelegados de polícia, procederem a diligências investigatórias dos crimes que tomassem conhecimento. A Constituição da República de 1891 atribuiu aos estados a legislação processual penal. Os estados, por exemplo, do Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Sergipe, Rio Grande do Norte, Paraná, Distrito Federal (1928), Maranhão e São Paulo entregaram a investigação preliminar a Polícia Judiciária, por meio do inquérito policial. Em 1934, com a nova Constituição, foi restabelecida a unidade processual. Com a Constituição de 1937, foi abortado o Projeto de Código Vicente Rao, o qual previa uma fase preliminar dirigida por um Juiz Instrutor, com auxílio da polícia. Em 1941, fora promulgado o Código de Processo Penal vigente, o qual manteve a direção da fase preliminar policial, por meio do inquérito policial. (SAAD, Marta. **O direito de defesa...**, 2004, p. 21-87 e 138-196).

O texto constitucional mantém o teor do artigo 4º do Código de Processo Penal que dispõe:

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.⁵⁰

Isso porque a lei não pode entregar as funções de condução de investigações criminais a quem não seja autoridade policial, conforme a Constituição Federal de 1988.

O professor René Dotti disse sobre o tema:

O conceito jurídico-processual penal de autoridade não poderá, é óbvio, refugir aos indicadores constitucionais e legais. Segundo a lei fundamental, incumbe às polícias civis ‘as funções de polícia judiciária e apuração das infrações penais, exceto as militares. E as polícias civis são dirigidas por delegados de polícia de carreira’. [...] No meu entendimento, a autoridade policial referida pelo art. 69 da Lei 9.099/95, é o órgão que desempenha as funções constitucionais-legais da polícia judiciária dirigida por Delegado de Polícia (de carreira ou não, porém, Delegado).⁵¹

A obediência a esse princípio, da responsabilidade da investigação criminal ser conduzida pela polícia civil, na figura do delegado de polícia de carreira, é “decorrente do princípio da legalidade, sintetizado como a obrigação de a administração pública só agir quando um texto de lei específico a autoriza a agir”. Conclui afirmando que “não se nega a responsabilidade da polícia civil estadual, no seu campo, da investigação e coleta de provas e indícios criminais, aí compreendido o inquérito policial”.⁵²

Portanto, toda investigação criminal é presidida e conduzida privativamente pelo delegado de polícia e também pela Polícia Federal, conforme artigo 144 da Constituição Federal, muito embora o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2015, tenha decidido pela legitimidade do Ministério Público em realizar diretamente investigação criminal, como se verá no tópico seguinte.

⁵⁰ BRASIL, **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 01 jul. 2019.

⁵¹ DOTTI, René. **A autoridade policial na Lei 9.099/95**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 41, mai.1996.

⁵² MACHADO, Luiz Alberto. **Conversa com a polícia judiciária**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Curitiba: Juruá, n. 4, 2000, p. 55.

1.3.2 A INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como exposto acima, a Constituição Federal estabeleceu a responsabilidade exclusiva das investigações criminais para as polícias judiciárias, não fazendo nenhuma exceção com relação a outros órgãos, mais especificamente ao Ministério Público.⁵³

Contudo, essa limitação quanto à presidência do inquérito policial nas mãos do Delegado de Polícia não quer dizer que outros órgãos estejam impedidos de realizar atos de investigação.

Com razão, Rodrigo Cabral expõe que não é possível afirmar que a polícia é titular exclusiva do poder de investigação, uma vez que o artigo 144 da Constituição Federal diz que a “segurança pública é direito e responsabilidade de todos”. Portanto, esse dispositivo, segundo entendimento do autor, afasta qualquer alusão de monopólio dado à polícia quanto à investigação.⁵⁴

Ainda, continua sua explicação dizendo que as razões que levaram à criação do Ministério Público, aliada à imposição da responsabilidade pela ação penal, permitem concluir que a investigação ministerial é “intrínseca e inerente à atividade da acusação”.⁵⁵

O tema da investigação direta pelo Ministério Público é um tema relevante que gerou profunda divergência na doutrina e jurisprudência brasileiras, formando duas correntes de pensamento. Assim, na visão de Aury Lopes e Gloeckner:

Analisando os diversos incisos do art. 129 da CB, em conjunto com as Leis n. 75/93 e n. 8.625/93, especialmente o disposto nos arts. 7º e 8º da primeira e 26 da segunda, constata-se que no plano teórico está perfeitamenteprevista a atividade investigativa do promotor na fase pré-processual. Não dispôs a Constituição que a polícia judiciária tenha competência exclusiva para investigar, pois o art. 144, §§ 1º, I, e 4º, simplesmente preveem que a Polícia Federal e a Civil deverão exercer as funções de polícia judiciária, apurando as infrações penais. Não existe exclusividade desta tarefa, inclusive porque quando pretendeu estabelecer a exclusividade de competência o legislador o fez de forma expressa e inequívoca. [...] No plano ordinário,

⁵³ Artigo 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...] IV - polícias civis; [...] § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. (BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acessado em 05 out. 2019).

⁵⁴ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Leis Penais Especiais Comentadas artigo por artigo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2. ed., 2019, p. 2172.

⁵⁵ Ibidem, 2019, p. 2176.

corroborar nosso entendimento o art. 4º, parágrafo único, do CPP, ao estabelecer que a competência para apurar as infrações penais e a sua autoria não excluirá a competência de outras autoridades administrativas (como o MP) a quem por lei (no caso Constitucional e Orgânica) seja atribuída a mesma função.⁵⁶

Paulo Rangel também apresenta os argumentos a favor da investigação praticada pelo Parquet: i) cita a teoria dos poderes implícitos, justificando pelo “quem pode o mais pode o menos”, sobretudo tendo em vista a titularidade exclusiva da ação penal pública; ii) através de uma interpretação do artigo 4º do Código de Processo Penal, a Polícia Judiciária não detém o monopólio nas investigações, pois está previsto que outros órgãos podem conduzir investigações; e iii) a Constituição Federal no artigo 129, VI, VIII e a lei orgânica do Ministério Público não proíbem que o ministério público realize investigações quando for o caso das autoridades policiais serem suspeitas.⁵⁷ O autor ressalta, neste último item, que é recomendável devido à impossibilidade de isenção na conduta da polícia quanto a verificar as infrações penais de tais profissionais.

Em argumentação contrária, a doutrina sustenta que tal atividade é da Polícia Judiciária e, caso contrário, estaria “invadindo a privacidade do cidadão e causando lesão à imagem pessoal”. Argumentam, ainda, que há limites quanto ao ato de investigar e que esses devem ser “expressos e claros”, devendo tal ato ser “controlado e fiscalizado”. No sistema brasileiro, a função de controle foi estabelecida ao Ministério Público e, por esta razão, se for permitido a este órgão conduzir diretamente investigações, estar-se-ia violando esse preceito de controle anteriormente estabelecido, uma vez que é essencial como base do “sistema republicano”.⁵⁸

O argumento principal apresentado pela corrente que se coloca contra a investigação pelo Ministério Público está no princípio da legalidade. Para estes doutrinadores, a leitura do art. 129 da Constituição Federal⁵⁹ permite averiguar que

⁵⁶ LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar...**, 2015, p. 154-155.

⁵⁷ RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo ministério público: visão crítica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. p. 210-238.

⁵⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 132.

⁵⁹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência,

não foi previsto o poder de investigar infrações penais entre as atribuições dadas ao Ministério Público. “Extrair interpretação em sentido contrário do rol contido no dispositivo constitucional referido seria “legislar” sobre matéria que o constituinte deliberadamente não o fez”.⁶⁰

Apresentadas as razões que levaram determinados autores a questionar a legitimidade da atuação do Ministério Público, convém limitar essa abordagem basicamente com dois argumentos: a) a partir da leitura da Constituição, não está entre as funções do Ministério Público a atribuição de investigação no âmbito criminal (seria ofensa ao princípio da legalidade); b) a investigação criminal constitui função exclusiva da polícia judiciária. Ambos os argumentos decorrem de uma interpretação literal do texto normativo.⁶¹

Dessa forma, em 14 de maio de 2015, a solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que caberia ao Ministério Público os poderes de investigação.⁶²

requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. § 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei. § 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição. § 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. § 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93. § 5º A distribuição de processos no Ministério Público será imediata. (BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acessado em 05 out. 2019).

⁶⁰ SILVA, Geraldo Jose da. **O inquérito policial e a polícia judiciária**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 19-27; BITENCOURT, Cezar Roberto. **A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público**. In: Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS/Coord. Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 263; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Investigações pelo Ministério Público**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 145, dez. 2004, p. 4-5; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**, 2012, p. 84; SAAD, Marta. **O direito de defesa...**, 2004, p. 187-195.

⁶¹ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **Investigação Criminal...** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/investigacao_criminal.htm Acessado em: 04 jul. 2019.

⁶² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 593727. Min. Rel. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. DJ 14/05/2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563> Acessado em: 4 jul. 2019. O recurso foi analisado pelo Plenário e consistia no fato do ex-prefeito de Ipanema (MG), Jairo de Souza Coelho, ter questionado a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em receber a denúncia em que o Ministério Público teria o acusado de crime de responsabilidade por descumprimento de ordem judicial quanto ao pagamento de precatórios. A denúncia, segundo relatório do acórdão, teria

Os Ministros que votaram a favor da investigação pelo Ministério Público fizeram com a “ressalva de alguns limites na atuação”. Então argumentaram que a atuação deve ser “pautada em contornos preestabelecidos”, advertindo que devem ser “respeitados os direitos e garantias fundamentais dos investigados, que os atos investigatórios, praticados por membros do MP, devem observar as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição”, bem como as “prerrogativas profissionais garantidas aos advogados”, como o “acesso aos elementos de prova que digam respeito ao direito de defesa”, devendo ser observado o “princípio constitucional do devido processo legal e que a atuação do órgão ministerial fica permanentemente sob controle jurisdicional”.⁶³

É preciso impedir que argumentos apontem para uma falsa aspiração do Ministério Público de “substituir a polícia judiciária ou mesmo de presidir inquéritos”. A Constituição Federal não conferiu à polícia a exclusividade das investigações criminais. “Não há substituição dos órgãos encarregados da investigação criminal”. A polícia judiciária continua responsável por conduzir as investigações criminais e o MP só poderá investigar em casos específicos e dentro das justificativas e garantias enumeradas no voto acima.⁶⁴

Inicialmente, a investigação criminal do Ministério Público foi regulada pela Resolução nº 13/06 do Conselho Nacional do Ministério Público. Mais tarde, tal Resolução precisava ser modernizada e foi reformulada pela Resolução nº 181/17, atualizada pela nº 183/18. Resumidamente, já que este não é o foco do presente estudo, o Procedimento Investigatório Criminal, presidido por membro do Ministério Público, previsto em citada normativa é um “procedimento de natureza administrativa” que tem por “finalidade a reunião de documentos associados aos elementos

seu fundamento exclusivamente em procedimento administrativo de investigação realizado apenas pelo Ministério Público. Os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia negaram provimento ao recurso, reconhecendo base constitucional para os poderes de investigação do Ministério Público. Votaram pelo provimento parcial do RE o relator, ministro Cezar Peluso (aposentado), e os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que reconheciam a atribuição do MP em menor extensão. Já o ministro Marco Aurélio concluiu pela ilegitimidade da atuação do *parquet* em tais casos.

⁶³ Ibidem, DJ 14/05/2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563> Acessado em: 4 jul. 2019.

⁶⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Investigação Criminal...** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/investigacao_criminal.htm Acessado em: 04 jul. 2019.

informativos que tornam possível ao Ministério Público formar sua opinião a respeito de fatos delituosos que tenha conhecimento”.⁶⁵

E, dentro deste contexto, o órgão do Ministério Público se propôs a “treinar e qualificar o quadro de membros e servidores com uso de tecnologias avançadas”, sobretudo por meio do desenvolvimento dos “Grupos de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado (GAECO) e ao Centro de Apoio Operacional às Promotorias (CAOP)”, demonstrando o crescente aparelhamento do *Parquet* no desempenho da sua investigação criminal.⁶⁶

Desse modo, dentro dos argumentos expostos e desde a solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2015, é fato que o ordenamento jurídico brasileiro definiu a possibilidade de investigação criminal pelo Ministério Público e que este tema se tornou uma realidade indiscutível.

1.4 EFICÁCIA PROBATÓRIA DOS ATOS DE INVESTIGAÇÃO E A GESTÃO DA PROVA

Neste item serão delineadas as questões referentes ao valor probatório do inquérito policial. O inquérito policial, já conceituado anteriormente, tem por finalidade reunir os elementos que irão persuadir acerca de um delito penal e será usado para fundamentar as decisões emitidas nessa fase preliminar, como também para justificar a propositura da ação penal ou seu arquivamento.

Desta feita, Marta Saad justifica seu posicionamento dizendo que o inquérito não é só um alicerce para a acusação, mas também ampara o arquivamento, uma vez constatados que os meios de provas constantes no inquérito são “falhos ou constata a existência de causa de exclusão de antijuridicidade ou de punibilidade”.⁶⁷

Pode-se dizer que a eficácia probatória dos atos de investigação está relacionadas ao grau de aceitação das provas colhidas neste momento sopesadas

⁶⁵ Cita, também, Cabral, os três aspectos relevantes do Procedimento Investigatório Criminal: desburocratização (a função da investigação é chegar ao conhecimento de como aconteceram os fatos apurados de forma rápida, eficaz e legítima), sumariedade (a investigação deve ser rápida e serve para buscar os elementos que dão justa causa à acusação), e princípio investigativo (significa o dever das autoridades responsáveis pela investigação de dar andamento, determinando de ofício as diligências pertinentes ao caso) (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Leis Penais Especiais Comentadas...**, 2019, p. 2179-2181).

⁶⁶ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: EMais, 2019, p. 78.

⁶⁷ SAAD, Marta. **O direito de defesa...**, 2004, p. 150-151.

com a possibilidade de serem utilizadas durante a instrução processual para embasarem uma decisão definitiva.

Neste ponto, a doutrina encontra divergência a respeito das provas produzidas nesta fase preliminar e posterior confirmação em juízo, pois, uma vez utilizadas na instrução processual as provas colhidas no inquérito, estar-se-ia diante de um valor probatório mínimo do inquérito policial.

José Frederico Marques defende que pode o magistrado fundamentar sua decisão em elementos colhidos na investigação. Que esses elementos serviriam para robustecer as provas apresentadas quando em juízo.⁶⁸

Paulo Rangel também compartilha desse entendimento afirmando que a valoração das provas colhidas no inquérito deverá ser corroborada com as provas colhidas na fase da ação. Isso porque o inquérito é um procedimento administrativo e de cunho inquisitório. Portanto, tudo que for trazido nesta fase deverá ser confirmado em juízo.⁶⁹

A par desse posicionamento, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça entendem que é possível a utilização dos elementos do inquérito policial para alicerçar condenação, desde que não sejam os únicos dados de prova a formar a motivação do juiz.⁷⁰

De forma incoerente, há julgados dos mesmos Tribunais em que se entende que o inquérito policial, por possuir um caráter inquisitivo, não pode ter valor probante, sendo apenas uma peça meramente informativa e, portanto, eventuais vícios existentes na fase preliminar não contaminariam a ação penal.⁷¹

⁶⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual...**, 2000 p. 154.

⁶⁹ RANGEL, Paulo. **Direito processual...**, 2016, p. 79-80.

⁷⁰ Neste sentido são as decisões: STF, AP 883, Rel.: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 20/03/2018; STF, RE 287658, Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 16/09/18; STF, HC 105837, Rel.: Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012; STF, HC 103660, Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 30/11/2010. E no STJ: STJ, HC 435268, Rel.: Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/02/2019; STJ, HC 69496, Rel.: Jane Silva, Quinta Turma, julgado em 07/08/2007.

⁷¹ São as decisões: STF, HC 165536 AgR, Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 17/05/2019; STF, HC 130810 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016; STF, HC 83921, Rel.: Min. Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 03/08/2004; STF, RHC 81065, Rel.: Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 14/08/2001. E no STJ: STJ, RHC 105078, Rel.: Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12/02/2019; STJ, HC 393172, Rel.: Félix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/11/2017; STJ, RHC 65977, Rel. Néfi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 10/03/2016.

Segundo André Machado, “se os elementos probatórios do inquérito policial são aproveitados na ação penal, ele deixa de ser apenas informativo e as irregularidades existentes na fase preliminar maculam também o processo”.⁷²

Verifica-se, de forma clara, que tais posicionamentos são conflitantes. Se os elementos colhidos na investigação são aproveitados no processo penal, o inquérito deixa de ser peça informativa e qualquer vício poderá atingir o processo. Esta é uma das mais sérias distorções encontradas na nossa justiça penal brasileira, qual seja: a indevida intromissão dos elementos de informação coletados durante a investigação na atividade jurisdicional.

Quanto à eficácia probatória do inquérito policial, Aury Lopes Jr é o maior expoente da corrente garantista que defende a não utilização dos elementos colhidos na investigação, rechaçando o valor probatório do inquérito. O autor se posiciona contrário ao valor probatório do inquérito, uma vez que a sua natureza é administrativa e inquisitiva e as informações colhidas nesta fase são realizadas por autoridade administrativa e sem a ingerência de um juiz. No seu entendimento, o processo se transformaria em um “jogo de cartas marcadas”. Eis suas palavras:

Quando se chega ao processo, então ilusoriamente acusatório e contraditório, a verdade histórica já foi definida. Ao juiz cabe apenas aplicar o direito ao caso concreto, dizer a lei (juiz-boca-da-lei) que dever incidir, fazendo o famoso silogismo tão valioso para os modernos. [...] nessa estrutura inquisitória, o poder e o controle sobre a produção do saber se veem diminuídos ou enfraquecidos pelo sistema acusatório, que chega tarde demais, quando todo o cenário já está montado. Quando entra em cena o (ingênuo) julgador, o cenário já está montando e o roteiro definido. Então lhes são apresentadas a “verdade histórica” e o juízo de fato, obtido na fase inquisitória, para que ele diga o direito aplicável ao caso. E exatamente esse problema do inquérito policial brasileiro, que ao integrar os autos do processo e poder ser utilizado como elemento de convencimento do julgador, acaba por transformar o processo penal num jogo de cartas marcadas, ou melhor, dadas a critério do investigador. Ingênuos são os juízes que com elas jogam sem dar-se conta disso... A situação no Brasil é ainda mais grave, na medida em que o sistema acusatório sequer chega na fase processual! Sim, pois o art. 156 do CPP funda um sistema inquisitório, ao atribuir ao juiz, poderes instrutórios (até mesmo na fase pré-processual).⁷³

Ou seja, o autor é categórico na sua posição de que os atos do inquérito, realizados administrativamente, sem a presença de um juiz, não podem ter força probatória para embasar uma decisão definitiva.⁷⁴

⁷² MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal...*, 2010, p. 43.

⁷³ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p 562-563.

⁷⁴ *Ibidem*, 2009, p. 297.

Já Badaró faz uma distinção quanto à admissão da prova baseada no exercício do contraditório. Para o autor existem as “provas pré-constituídas e as provas constituídas”. Continua sua explicação dizendo que as provas pré-constituídas são aquelas “juntadas aos autos do processo”, que já foram “criadas antes e fora do processo”, exemplificando como prova os “documentos”. Já as constituídas esclarece que têm sua “produção no curso do processo”, exigindo a realização de “atividade processual das partes e do juiz” e, sobretudo, produzindo “sob contraditório” e cita como exemplo as fontes de prova pessoais (testemunho, depoimento).⁷⁵

Importa destacar que atos de prova e atos de investigação, portanto, não se confundem. Existe a “prova produzida em contraditório” e existem os “elementos informativos colhidos na fase policial”, sem dialética das partes. Ou seja, os atos de prova são produzidos “sob o crivo do contraditório” e essa garantia de “confrontar” a produção da prova fortalece o sistema acusatório. Já os atos de investigação, ou seja, os elementos de informação colhidos na fase policial, podem se submeter, posteriormente, a um “contraditório diferido” antes que o juiz elabore sua decisão.⁷⁶

A solução apontada por Cabral para “erradicar o efeito da força probante dos atos investigatórios sobre as provas judiciais” é deixar a investigação preliminar mais concisa e eficaz. A investigação sendo precisa evitar-se-ia “diligências com contraditório”, as quais acabam “invertendo o valor da força probante”, isto é, as provas preliminares ganhando força de provas judiciais. Afirma o autor que, assim, ao Ministério Público ficaria permitido fazer denúncias justas, não causando prejuízo aos acusados.⁷⁷

No ano de 2008 o artigo 155 do Código de Processo Penal foi modificado pela lei 11.690 e determinou que o juiz não pode formar sua convicção apenas com os elementos informativos da investigação, com exceção das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.⁷⁸

⁷⁵ Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito**. In *Direito penal e processo penal: processo penal*, v. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 157-179.

⁷⁶ *Ibidem*, 2015, p. 157-179.

⁷⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Leis Penais Especiais Comentadas...**, 2019, p. 2174.

⁷⁸ Artigo 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm Acessado em: 5 jun. 2019).

Tal modificação legislativa foi alvo de críticas, pois se mostrou antagônica “às garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa”, uma vez que ao juiz foi permitido fundamentar sua decisão com base nos atos investigatórios.⁷⁹

De forma contundente, o professor Aury Lopes arrazoou que o “grande erro da reforma pontual da Lei n. 11.690/2008 foi ter inserido a palavra “exclusivamente””. Neste momento da reforma, segundo entendimento do autor, o juiz ainda pôde se utilizar dos elementos colhidos no inquérito para fundamentar sua sentença, mantendo, assim, um sistema inquisitório. Continua explicando que no art. 155 se sustentou “a autorização legal para juízes e tribunais seguirem utilizando a versão dissimulada de “condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito””.⁸⁰

Nessa mesma vereda, Fauzi Hassan Choukr rejeita a influência dos elementos colhidos nas investigações e defende a ideia da separação física entre os autos de inquérito e do processo como forma de impedir essa influência.⁸¹

Badaró, por sua vez, dentro da regra de classificação de provas pré-constituídas e constituídas, diz que o artigo 155 deve ser interpretado segundo tal regra. Qual seja: a prova constituída, formada em contraditório, tem validade somente no processo; já para as provas pré-constituídas é necessário que seja garantido o contraditório no momento da sua valoração, ou seja, antes da decisão judicial.⁸²

Verdadeiramente, pode-se perceber que eficácia probatória dos atos de investigação está relacionadas ao grau de aceitação das provas colhidas nesta fase sopesadas com a possível utilização delas para fundamentar uma decisão definitiva. Fazendo uma crítica a esse modelo, o professor Jacinto afirma que o problema está no anseio de se alcançar a verdade material no processo penal. Enquanto o juiz puder

⁷⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal...**, 2010, p. 44.

⁸⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual...**, 2014, p. 329.

⁸¹ Como afirma *in verbis*: “A repudiada influência em juízo dos informes colhidos nas investigações deve-se parcialmente à inexistência de separação dos autos da investigação daqueles que formarão a ação penal (pode-se dizer que há uma comunhão de ‘bases procedimentais’ de um e outro momento). Com efeito, transpõe-se materialmente tudo aquilo que foi produzido na fase de preparação para os autos definitivos, e a intromissão, ainda que inconsciente, acaba acontecendo até pelo manuseio corriqueiro do processo. Se a cindibilidade física dos volumes não é, por si, a tábua de salvação do sistema, fato é que sua adoção ajudaria em muito, pelo menos na medida em que obrigaria o titular da ação a, jurisdicionalmente, produzir as provas necessárias para a comprovação da imputação criminosa dirigida ao acusado, não se servindo, com largueza que hoje se encontra, da investigação para sustentar uma condenação.” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais...**, 2001, p. 138)

⁸² Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Prova emprestada no processo penal...**, 2015, p. 157-179.

produzir provas, independente de requerimento das partes, continuará a existir essa gestão da prova enraizada num sistema inquisitório.⁸³

Na mesma reforma da lei 11.690 de 2008, o artigo 156 do Código de Processo Penal passou a constar da seguinte maneira:

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

1. ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e a proporcionalidade da medida;
2. determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.⁸⁴

Parte da doutrina pátria⁸⁵ defende e está de acordo que o juiz penal deve completar a atividade probatória das partes quando isso for necessário para formar seu convencimento.

Registra-se, assim, que a gestão da prova pelos juízes na atualidade do ordenamento jurídico brasileiro é a regra. Amparada numa legislação infraconstitucional inquisitória, os juízes seguem acudindo o órgão acusador quanto ao ato probatório.

No entanto, tal regra de gestão de prova sustenta as raízes inquisitórias e vai em direção contrária ao princípio acusatório falaciosamente sustentado por nosso ordenamento jurídico.⁸⁶ O termo “de ofício” contido no artigo 156 do Código de Processo Penal aponta para esse motivo.

Portanto, em entendimento contrário, conforme assegura Giacomolli, a interpretação é de muita clareza no sentido de que não é possível permitir que o juiz determine a realização de diligências para resolver dúvidas, sendo que, havendo

⁸³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro**. Revista de Estudos Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 49, 2001b.

⁸⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm Acessado em: 5 jun. 2019.

⁸⁵ Neste sentido são os autores: GRINOVER, Ada Pellegrini, “**As garantias constitucionais do processo**” in **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990; TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4 ed., 2010, p. 367.

⁸⁶ Necessária a ressalva da Lei 13.964, art. 3º - A que estabelece que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. (BRASIL. Lei 13.964 (Pacote Anticrime). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acessado em: 05 jun. 2020)

dúvida no conjunto probatório já trazido aos autos pelas partes, o que se deve fazer, por previsão legal, é decidir pelo *in dubio pro reo*.⁸⁷

Não há, pois, qualquer razão para que a verdade seja buscada acima de tudo, comprometendo os direitos individuais ou a própria imparcialidade do órgão responsável pelo julgamento.

Se a presunção de inocência é uma regra fundamental do processo penal democrático, e se a dúvida deve favorecer o acusado, não se imagina o porquê de se atribuir poderes instrutórios ao juiz, como faz o artigo 156, I, do Código de Processo Penal.

Ao produzir provas de conteúdo acusatório, o juiz, inevitavelmente, pende para um dos lados da demanda. Se o Estado (Ministério Público) não se incumbiu de suas tarefas, por força de falha funcional, não cabe ao juiz fazer isto por ele.

Destaca-se aqui a lição de Eugenio Pacelli de Oliveira que afirma que o magistrado só pode atuar de forma “supletiva” se for para socorrer o réu, parte mais “débil do processo”.⁸⁸

No mesmo rumo, Aury Lopes Jr. diz que o “núcleo fundante do sistema está na gestão da prova, aduzindo que a atribuição de “poderes instrutórios ao juiz funda um sistema inquisitório”.⁸⁹

Seguramente, havendo necessidade de produzir prova urgente e irrepitível (seja por ausência, enfermidade ou velhice), que não poderá ser realizada durante a fase processual, é possível que essa prova seja produzida de forma antecipada. Isso desde que seja a requerimento da parte interessada, produzida em contraditório e frente a um juiz, conforme preceitua o artigo 225 do Código de Processo Penal.⁹⁰

O magistrado não pode produzir provas no processo penal, porque a “preparação da ação penal implica o afastamento do juiz da fase preparatória e a

⁸⁷ GIACOMOLLI, Nereu Jose. **Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo**. In: Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS/Coord. Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b, p.35-37.

⁸⁸ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 270.

⁸⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual...**, 2014, p. 74-78.

⁹⁰ Artigo 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento. (BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm Acessado em: 8 jun. 2019).

presunção de inocência impõe uma postura de imparcialidade ao julgador”.⁹¹ O juiz que atua produzindo prova certamente estará eivado de parcialidade no julgamento.

Da mesma forma, afirma Cabral que ao Poder Judiciário não cabe a função investigativa, uma vez que haveria desrespeito ao princípio acusatório, do devido processo legal e, conseqüentemente, a figura do juiz imparcial restaria prejudicada.⁹²

Neste sentido, Luigi Ferrajoli acentua que “conferir poderes instrutórios ao juiz é tão inconcebível quanto conferir poderes judicantes ao Ministério Público”.⁹³

Sendo assim, conclui-se que as informações reunidas no inquérito policial, a partir do momento da instauração da ação penal que é baseada no contraditório, devem ser consideradas sem valor probatório. A norma infraconstitucional inquisitorial vigente conduz a uma aplicação equívoca sobre a gestão da prova que, infelizmente, uma parcela de juízes aceita e a perpetua de forma equivocada.

É assim que se mostra o processo penal brasileiro diante desse panorama da gestão de provas. Um processo ainda de raízes inquisitoriais, em que se verifica que o contraditório é praticamente inexistente e a ampla defesa é, de certa forma, muito limitada.

Em que pese a presença desses dispositivos inquisitoriais, deve-se compreender que o sistema processual adequado às garantias contidas na Constituição é o acusatório. E esse é caracterizado pela “iniciativa probatória nas mãos das partes”, sendo o juiz colocado na posição de “observador do processo”, sendo um verdadeiro “juiz-espectador”.⁹⁴

Diante disso, impõe-se uma nova interpretação dos dispositivos do Código de Processo Penal à luz da Constituição Federal de 1988, devendo ser dada uma nova roupagem à aplicação dos dispositivos ora considerados inquisitoriais, haja vista que, considerando o Estado Democrático de Direito, a Carta Magna pugna pela adoção e aplicação de um Princípio Acusatório “fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal”.⁹⁵

“É necessário caminhar, sem retroceder, na direção de um processo penal constitucional e humanitário, embasado em uma legislação democrática”, para que se

⁹¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade...**, 2005.p.136-137.

⁹² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Leis Penais Especiais Comentadas...**, 2019, p. 2171.

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 489.

⁹⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual...**, 2014, p. 44.

⁹⁵ *Ibidem*, 2014, p. 49.

efetivem verdadeiramente os direitos e garantias individuais.⁹⁶ Isso porque, nas palavras de Cabral, “não há nada pior para um investigado do que a existência de uma investigação criminal à semelhança de um pequeno julgamento judicial”.⁹⁷

Imperioso destacar, portanto, que o princípio constitucional da ampla defesa, no processo penal democrático, não deve se basear em uma compreensão simplesmente individualista, como se o Direito não privilegiasse a realização de bem comum. “O exercício da defesa no processo penal há de realizar também uma função social, a qual deve balizar o seu caminho percorrido”.⁹⁸

Assim, na busca de um processo penal democrático, no qual se procura concretamente a aplicação dos direitos previstos na Constituição, como o contraditório e a ampla defesa, é que nasceram os pilares da investigação criminal defensiva.

⁹⁶ Quanto ao aspecto da humanização do processo penal, o professor Afrânio Jardim destaca que o Estado há de submeter a sua pretensão punitiva ao crivo do Poder Judiciário, tendo o ônus de alegar e provar determinada prática delituosa, assegurados constitucionalmente a instrução contraditória e o princípio da ampla defesa. Nas chamadas ações penais não condenatórias (habeas corpus, revisão criminal, etc.), é a pretensão de liberdade que move o processo penal. O processo penal é fruto do avanço civilizatório da humanidade, resultante da juridicização do poder punitivo do estado. Enquanto o Direito Penal apresenta caráter marcadamente repressivo, o Direito Processual Penal é comprometido com a questão da liberdade. (JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal**. 15 ed. Salvador: Juspoivm, 2018, p. 307).

⁹⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Leis Penais Especiais Comentadas...**, 2019, p. 2173.

⁹⁸ JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual...**, 2018, p. 310.

2 FUNDAMENTOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO SISTEMA JURÍDICO INTERNO

2.1 O INVESTIGADO COMO TITULAR DE DIREITOS

Conforme já delineado, a investigação criminal se apresentou de diversas maneiras e concedeu ao acusado diferentes poderes e deveres ao longo da história, entretanto a finalidade sempre foi de juntar os elementos mínimos necessários acerca da materialidade e da autoria do delito. Esta fase inicial foi estruturada conforme o modelo de Estado de cada momento e, conseqüentemente, apresentou atributos próprios conforme o sistema processual penal existente, seja o inquisitório, acusatório ou misto.⁹⁹

O ordenamento brasileiro adotou o sistema misto, no qual o inquérito policial é caracteristicamente inquisitório, tendo em vista não haver uma divisão explícita dos poderes processuais. A responsável pelas investigações é a autoridade policial, que tem sua conduta pautada para o esclarecimento do fato e deve colher provas favoráveis tanto à acusação ou ao acusado. Por outro lado, a ação penal é especialmente acusatória, caracterizada por atos lógicos e coerentes entre as partes e pela existência de um juiz imparcial.¹⁰⁰

No Código Processual Penal de 1941, observa-se, portanto, a posição do suspeito na fase investigativa, tratado como objeto de investigação, sem ingerência nos atos ou qualquer tipo de participação contraditória e a posição de sujeito de direitos na ação penal, podendo participar ativamente na busca de fonte de provas.¹⁰¹

⁹⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua ...**, 2009, p. 47.

¹⁰⁰ "...alastrando-se pela Europa e, por igual, pelos países americanos de origem latina, esse novo tipo procedimental, denominado misto, foi também, obviamente, implantado no Brasil, em que a *persecutio criminis* se desenvolve em duas fases, a saber: a) a primeira, realizada, quase toda, inquisitorialmente por agente estatal encarregado da investigação criminal, em regra pertencente à polícia judiciária, para a constatação da prática delitiva ou contravencional e da respectiva autoria; e b) a segunda, denominada de ação penal, dirigida por órgão do Poder Judiciário, e com a presença dos órgãos técnicos da acusação e da defesa, postos em contradição recíproca, num procedimento público e, ainda que parcialmente, informado pela oralidade". (TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 79)

¹⁰¹ Em palestra ministrada pelo professor polonês, Jacek Giezeck, no III Congresso Brasil Polônia de Direito Constitucional, sobre o processo penal: "Assim, na Polônia e suponho no Brasil, o processo penal é dividido em duas etapas. A primeira etapa, que na Polônia chama-se de processo de preparação, é conduzida pelo promotor público e praticamente é muito difícil de ser realizado o contraditório. Nesta fase do processo penal, o Promotor de Justiça pode requerer a prisão da pessoa acusada e o seu defensor terá a possibilidade de conhecer a documentação probatória acumulada". (MALISKA, Marcos Augusto; COMPLAK, Krystian (Org.). **Polska i Brasylia: democracia e direitos fundamentais no constitucionalismo emergente**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 161-163).

Atualmente, não há como asseverar que existem sistemas acusatórios ou inquisitórios “puros”, sem ingerência de um no outro. Os modelos processuais acabam por combinar as características dos sistemas, inclusive prevalecendo certos aspectos.¹⁰²

Dentro deste contexto, mesmo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, muito se tem sustentado no Brasil sobre a impossibilidade de se aplicar o contraditório e a ampla defesa durante o inquérito policial, considerando sua natureza inquisitorial.

Neste ponto, observa-se que existe uma resistência no sistema processual penal brasileiro em observar os direitos e garantias dos investigados. Também se observa que a questão econômica provoca uma barreira quanto ao exercício das garantias processuais. Isso porque a população que tem mais poder econômico, tem mais chances de poder contratar profissionais técnicos desde o início de uma eventual investigação; já os mais necessitados não possuem da mesma “sorte” e sofrem os efeitos da falta de um profissional para sua defesa. “E, ainda, sem ter o direito à assistência judiciária gratuita, como seria de se esperar diante da redação do disposto no artigo 14, § 3º, “d”, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos”.¹⁰³

Atualmente, é impossível “imaginar a investigação criminal como sendo um mero procedimento inquisitivo, sem a observância dos direitos fundamentais”.¹⁰⁴

De forma contundente, Choukr destaca:

a dignidade da pessoa humana como fundamento maior do sistema implica a formação de um processo banhado pela alteridade, ou seja, pelo respeito à presença do outro na relação jurídica, advindo daí a conclusão de afastar-se deste contexto o chamado modelo inquisitivo de processo, abrindo-se espaço para a edificação do denominado sistema acusatório. Fundamentalmente aí reside o núcleo de expressão que afirma que o réu (ou investigado) é sujeito de direitos na relação processual (ou fora dela, desde já na investigação), e não objeto de manipulação do Estado.¹⁰⁵

Como enfatizado pelo autor acima, o investigado “é sujeito de direitos e não objeto de manipulação na investigação”. Saad também assevera que o indivíduo “é sujeito e titular de direitos sempre, não importa em que procedimento se encontre,

¹⁰² LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua ...**, 2009, p. 56.

¹⁰³ GEMAQUE, Sílvio César Arouck. **A necessária influência do processo penal internacional no processo penal brasileiro**. Brasília: CJF, 2011, p. 171.

¹⁰⁴ CONTI, Carlos Eduardo Oliveira. **Investigação criminal defensiva...**, 2017, p. 25.

¹⁰⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais...**, 2001, p. 8.

pois os direitos e garantias constitucionais não têm limites e devem ser obedecidos”.¹⁰⁶

No mesmo sentido, Giacomolli afirma que a dignidade da pessoa humana deve ser entendida num aspecto mais amplo e não está limitada apenas ao fato de “subsistência física”. Explica ainda que o princípio da dignidade humana, fundamentada e compreendida dentro de um “Estado de Direito”, deve produzir efeitos no âmbito do processo penal. Assim, conclui que o investigado é “sujeito de direitos” e não um “objeto”. Enfim, não se aceita mais um discurso embasado numa inquisitorialidade autoritária e legalista tradicional.¹⁰⁷

A ideia de humanidade atinge o processo penal como uma forma de limitar o poder estatal no sentido de não violar o princípio fundamental da dignidade. O poder estatal existe para “servir ao sujeito” e não o contrário, o sujeito servir aos “aparelhos político-organizacionais”.¹⁰⁸ O poder do Estado deve conduzir as investigações até o limite resguardado pelos direitos fundamentais e nunca ir contrário a tais direitos.¹⁰⁹

Por esta razão, toda a “sistemática da investigação deve ser interpretada em harmonia com a Constituição da República de 1988, de inspiração liberal e garantista”.¹¹⁰

O Processo Penal, portanto, dentro desse contexto, se vê frente a uma nova realidade no Estado Democrático de Direito. Isso porque o investigado deixa de ser passivo e tratado como objeto, para ser reconhecido como sujeito de direitos e deveres.

Porém, não é o que cotidianamente se observa nas delegacias brasileiras. O investigado, raramente tem sua dignidade respeitada e, muito menos, pode contar com um inquérito policial bem realizado com todos os direitos e garantias constitucionais obedecidos.

Aury Lopes critica o inquérito policial brasileiro dizendo que é uma “repetição na produção da prova com limitações de quantidade e de tempo”. Continua o autor com sua crítica dizendo que o que acontece na prática é a utilização desse conhecimento exíguo das provas em efetivamente pleno e utilizado para decidir,

¹⁰⁶ SAAD, Marta. **O direito de defesa ...**, 2004, p. 205-206.

¹⁰⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 13.

¹⁰⁸ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra. Almedina: 1998, p. 221.

¹⁰⁹ SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e ...**, 2016, p. 207.

¹¹⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal...** 2010, p. 36.

configurando uma perigosa impropriedade no seu uso. Pois a polícia é lenta em investigar, tem uma péssima atuação e acaba por estender em demorado a investigação (limitação tempo). Ao final, o “resultado é um inquérito cheio de elementos que deveriam ser produzidos somente em juízo” (limitação quantidade).¹¹¹

Cabral compartilha da mesma opinião e afirma que “o inquérito policial é um atraso, causa sérios prejuízos aos acusados e usurpa do Poder Judiciário a função jurisdicional”, uma vez que as provas produzidas pela polícia acabam por adquirir uma força probatória relevante, sem o contraditório, e que geram um prejuízo às garantias do acusado.¹¹²

Gustavo Torres, por sua vez, é categórico ao afirmar que o inquérito policial brasileiro “é lento, burocratizado, parado por excessivos tempos mortos” (que ele denomina como a dilatada paralização imposta pela espera de ato pendente obstativo da marcha processual, o qual é causado pela obstrução da agenda da pessoa responsável por sua prática), contido por “declarações geralmente inúteis” e que não ajudam na elucidação dos fatos que lhe deram início.¹¹³

Já quanto à atuação da pessoa investigada na fase do inquérito, Malan escreveu que o acusado “carece de infraestrutura sequer comparável àquela do Estado”. E cita como exemplo o artigo 14 do Código de Processo Penal, dizendo que o acusado pode requerer a realização de diligências na fase investigatória, porém estas só serão realizadas a critério do delegado. Ademais, o investigado pode até ter uma defesa técnica que possa “buscar fontes de prova”; contudo, até mesmo um advogado encontra dificuldades para exercer esse tipo de atividade.¹¹⁴

Depreende-se, desse modo, que as partes – acusador e acusado - estão em patamares desiguais na persecução penal. Aquele tem o Estado para se apoiar, enquanto este atua apenas com suas exíguas forças. E continua Malan:

Hodiernamente não mais se discute que o nosso ordenamento jurídico-constitucional consagrou textualmente o direito fundamental do acusado à prova defensiva. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) assegura, em seu artigo XI, o direito de todo acusado a “juízo público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.” Já a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia de Direitos Humanos) de

¹¹¹ LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar...**, 2015, p. 177.

¹¹² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Leis Penais Especiais Comentadas...**, 2019, p. 2173.

¹¹³ SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e ...**, 2016, p. 190-191.

¹¹⁴ MALAN, Diogo Rudge. **Investigação defensiva no processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, vol. 96, 2012, p. 279-309.

1950 prevê os seguintes direitos mínimos do acusado: “dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa” (artigo 6.3.b); “obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação” (artigo 6.3.d, in fine).¹¹⁵

Portanto, observa-se claramente uma preocupação com os danos que podem ser causados aos direitos do investigado. Com isso advém a necessidade de controlar as atividades investigatórias e também a necessidade de o inquérito ser examinado a partir de uma leitura constitucional.

Quando se diz em danos aos interesses do investigado, pode-se citar como exemplo aqui no Brasil, para ficar mais prática a discussão, a prova pericial, a busca e apreensão e a escuta telefônica.

A prova pericial, quando produzida na fase investigatória, certamente não será repetida na fase de julgamento. Dizer que, neste caso, o contraditório fica adiado ao momento do julgamento, é uma afirmação inverídica. Outros exemplos são quando da busca e apreensão e da escuta telefônica, medidas nas quais não se exige a ciência anterior do investigado. Contudo, ambas medidas devem ser realizadas com observância às garantias e aos direitos individuais do sujeito alvo da investigação.¹¹⁶

É fato que não se pode mais admitir, diante do ordenamento jurídico da Constituição de 1988, a existência de disparidade de tratamento entre os sujeitos na persecução penal. Definitivamente, o investigado é sujeito ou titular de direitos e não mais objeto de investigação.

Frente a esse contexto do novo posicionamento do investigado nas atividades investigatórias, tomam importância o princípio da igualdade processual e o princípio do contraditório e ampla defesa. Elevados e assegurados tanto pela Constituição quanto pelos tratados internacionais, esses princípios se tornaram os fundamentos principais da atividade investigatória criminal defensiva.

2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade, o qual consagra o tratamento isonômico das partes no transcorrer processual, está categoricamente consagrado em nosso ordenamento

¹¹⁵ Ibidem, 2012, p. 2-5.

¹¹⁶ GEMAQUE, Sílvio César Arouck. **A necessária influência do processo penal internacional...**, 2011, p. 167.

jurídico através dos artigos 3º, inciso I e 5º, da Constituição Federal¹¹⁷; artigo 7º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹¹⁸, e, ainda, pelo artigo 8º, do Pacto de São José da Costa Rica.¹¹⁹

No entendimento de Machado, “Não se trata de mera igualdade perante a lei (denominada simplesmente isonomia, para alguns, ou isonomia formal, para outros), mas também de igualdade material, isto é, perante o Estado”.¹²⁰

O princípio da igualdade é um dos mais importantes princípios que decorrem do devido processo legal e do próprio sistema acusatório. O tratamento igualitário entre as partes no processo justifica o princípio do contraditório. Se não houvesse um tratamento igual entre as partes, se não fossem respeitados os direitos das partes de forma igualitária, o processo não seria considerado “justo”. Caso fosse admitido que o Estado tivesse mais direitos ou benefícios numa ação penal, seria um retrocesso, beirando um estado totalitário. E isso não é condizente com um Estado Democrático de Direito, no qual se respeitam os direitos fundamentais.¹²¹

A igualdade, sendo uma garantia fundamental do direito processual, é um princípio que deve ser observado e obedecido ao máximo pelo julgador. Isso porque não deve ser mantida a igualdade apenas formalmente, mas também na prática, tendo em vista as “desigualdades existentes de condições sociais, econômicas e culturais dos acusados”.¹²²

¹¹⁷ Artigo 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Artigo 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: [...]”. (BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acessado em: 5 jul. 2019).

¹¹⁸ Artigo 7: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”. (DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> Acessado em: 5 jul. 2019).

¹¹⁹ Artigo 8, §1º: “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”. (CIDH. **Convenção Americana de Direitos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 1969**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acessado em: 5 jul. 2019).

¹²⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal...** 2010, p. 99.

¹²¹ BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 280.

¹²² CONTI, Carlos Eduardo Oliveira. **Investigação criminal defensiva como...**, 2017, p. 43.

Desta forma, pode-se concluir que a igualdade processual deriva dos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório. Ainda, constata-se que sua importância é tamanha que abrange para outros ramos além do processo penal, como, também, no processo civil e no direito administrativo.¹²³

Logo, o princípio da igualdade, do qual decorre o princípio da paridade de armas, pode ser entendido sob a égide de que no processo penal as partes devem ser tratadas de forma isonômica, devendo ser assegurada igual oportunidade tanto para acusação quanto à defesa, ou seja, possibilitando-lhes idênticas possibilidades de alegação, de prova e de impugnação. Enfim, em condições de igualdade processual.

Conforme defende Ferrajoli, para o debate processual se “desenvolver com lealdade e com paridade de armas é imperativo que haja igualdade entre partes”. Primeiro que à defesa sejam concedidas as “capacidades e poderes da acusação por igual” e, segundo, que “o papel contraditor seja admitido em qualquer nível de procedimento e em relação a todos os atos probatórios”.¹²⁴

Donatella Curtotti, professora de processo penal da *Università di Foggia*, também compartilha do mesmo pensamento e aponta que a gênese normativa da investigação criminal defensiva na Itália é identificada no direito à defesa e no direito de se defender provando como um desdobramento da igualdade das partes.¹²⁵

Renato Stanziola Vieira, autor pioneiro no Brasil sobre o tema da investigação criminal defensiva associado ao princípio da paridade de armas, também defende que a efetividade do princípio da paridade de armas na fase de investigação não significa que o investigado tenha um simples conhecimento do que acontece. Diz o autor que

¹²³ Quanto à igualdade processual, “Logo, ainda que não houvesse previsão expressa na Carta Magna, seria forçoso concluir pela existência do princípio da igualdade por derivar de outros princípios.” (BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo...**, 2009, p. 281)

¹²⁴ O autor cita como exemplos de atos probatórios: averiguações judiciais, perícias, interrogatório, reconhecimento dos testemunhos e acareações. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão...**, 2014, p. 565).

¹²⁵ “Il fondamento dell'investigazione defensiva penale è stato individuato da tempo nel diritto di difesa, riconosciuto dalla Carta costituzionale come inviolabile in tutti gli stati e gradi del procedimento (articolo 24, comma 2). Dopo la legge costituzionale n. 2/1999, non vi è dubbio che il diritto a difendersi nel contesto delle indagini preliminari è espresso anche dal principio di uguaglianza delle parti (articolo 111, comma 2) e dal diritto di “disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la difesa”. - “O fundamento da investigação defensiva, há muito, é identificado no direito de defesa, reconhecido pela Carta Constitucional como inviolável em todos os estados e graus do processo (artigo 24, parágrafo 2º). Após a lei constitucional n. 2/1999, não há dúvida de que o direito de se defender no âmbito de investigações preliminares é também expresso pelo princípio da igualdade de partes (artigo 111, parágrafo 2º) e o direito de “dispor do tempo e das condições necessárias para preparar a [...] defesa”. – tradução nossa. (CURTOTTI, Donatella. *L'esercizio del diritto di difesa nelle indagini preliminar*. In: NEGRI, Daniele. **Le indagini preliminar e l'udienza preliminar**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017, p. 329).

o princípio se torna efetivo quando o investigado assume seu “lado ativo”, no sentido de não apenas saber quais elementos chegam à investigação, mas também o que ele leva de elementos para a investigação, isto é, o que ele produz de contra-prova. Apenas quando houver esse lado ativo do investigado é que se poderá falar em “noção igualitária” nesta fase.¹²⁶

No ensinamento de Scarance Fernandes, é possível despendar tratamento diferente entre as partes, para o fim de contrabalançar a posição do mais frágil no processo penal:

quando se afirma que as duas partes devem ter tratamento paritário, isso não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, dar-se a uma delas tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprindo-se o desnível da parte inferiorizada, a fim de, justamente, resguardar a paridade de armas. O tratamento diferenciado no processo penal entre a acusação e defesa, em favor desta, está justificado por alguns princípios relevantes: *in dubio pro reo; favor rei*.¹²⁷

A igualdade não pode mais ser entendida tão somente no plano formal, esquecendo-se das desigualdades existentes no plano material.¹²⁸ Para o processo ser justo, depende da harmonia na capacidade técnica das funções da acusação e da defesa. E, para atingir esse propósito, é necessário, muitas vezes, um cuidado em proteger o direito de defesa do acusado diferente em relação aos direitos dados à acusação. Deste raciocínio, a afirmação que podem os ordenamentos e textos internacionais concederem determinadas vantagens à defesa no decorrer do processo, não configura privilégio: ao contrário, essa vantagem dada à defesa irá ajudar a favorecer a paridade de armas e, assim, o equilíbrio entre as partes.¹²⁹

¹²⁶ VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal: do conceito à aplicação no direito processual penal brasileiro**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 205.

¹²⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 49-50.

¹²⁸ Quanto à isonomia no plano formal e material, José Afonso da Silva diz que: “Nossas constituições, desde o império, inscreveram o princípio da igualdade como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5.º, caput, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, conforme apontamos supra, e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo formal para diferenciá-lo da isonomia material, traduzida no art. 7.º, XXX e XXXI, que já indicamos no n.1 supra. A Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitara ao simples enunciado da igualdade perante a lei; menciona também igualdade entre os homens e mulheres e acrescenta vedações à distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 209-210).

¹²⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 43.

A professora Ada Pellegrini Grinover, há tempos no mesmo pensamento, destaca que na busca de um processo justo é função do Estado acudir quanto às disparidades existentes no plano material, “pois somente o equilíbrio de situações é que garante a verdadeira composição dialética”.¹³⁰

Por sua vez, o professor e juiz federal Américo Bedê Junior, assim expõe suas ideias:

para assegurar a efetiva paridade de armas, o juiz deve suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses.¹³¹

Portanto, para o autor, o princípio da igualdade de partes fica garantido quando o juiz supre alguma deficiência apresentada pela parte no caso concreto. Assim, ambos têm uma igualdade de condições quanto à tutela jurisdicional.¹³²

Verifica-se facilmente uma desigualdade entre acusação e defesa fazendo uma leitura do artigo 184¹³³ e do já citado artigo 14 do Código de Processo Penal, no qual as diligências sugeridas pelo investigado podem ser discricionariamente¹³⁴ realizadas ou não pela polícia. Isto é, a requisição de diligências feita pelo investigado fica ao juízo de valor tão somente do delegado de polícia, podendo esse não ser discricionário, mas sim arbitrário em seu juízo.¹³⁵

Já, por outro lado, quando o Ministério Público requisita diligências, geralmente estas são realizadas pela polícia, independentemente de discricionariedade.

Assim sendo, tem-se de um lado o Ministério Público que investiga e requisita diligências com o apoio do aparelhamento estatal e, de outro, a pessoa investigada

¹³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. “**As garantias constitucionais do processo**” in **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 6.

¹³¹ BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal...**, 2009, p. 285.

¹³² Ibidem, 2009, p. 285.

¹³³ Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade. (BRASIL, **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 28 out. 2019).

¹³⁴ “Diante da dinamicidade inerente ao trabalho investigativo-persecutório, todos os ordenamentos jurídicos pesquisados concedem algum grau de discricionariedade aos respectivos órgãos policiais e ministeriais, tanto em relação a quais providências adotar, especialmente no início das apurações (inquirições, varreduras etc.), quanto no tocante ao modo de implementá-las”. (SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e ...**, 2016, p. 178).

¹³⁵ CONTI, Carlos Eduardo Oliveira. **Investigação criminal defensiva como...**, 2017, p. 46.

que, na maioria das vezes, sem estrutura, ou melhor, sem apoio, requer a realização de diligências que serão ou não realizadas, condicionadas ao juízo da autoridade policial.¹³⁶

Fazendo paralelo ao processo penal acusatório italiano, observa-se a importância da investigação defensiva frente ao fato da possibilidade da atividade investigatória do Ministério Público, pois o que o Ministério Público investiga ganha “peso” no processo e, da mesma forma, deve ser com a defesa, como aduz Mazza:

In proposito, è opportune chiarire subito che la via prescelta era in certo senso obbligata dall'opzione, effettuata a monte, di garantir la parità delle parti rimanendo all'interno di un sistema in cui la fase preliminare condotta dal pubblico ministero ha un specifico peso probatorio e incide notevolmente sugli sviluppi successivi e sugli esiti del procedimento. In questo contesto, per ottenere un effettivo riequilibrio delle posizioni antagoniste, era pressoché inevitabile dover attribuire analoghi poteri istruttori al difensore, la cui dimensione processuale esce radicalmente trasformata e rafforzata dalla nuova legislativa.¹³⁷

O processo penal se apresenta como um meio para assegurar as garantias e os direitos fundamentais da pessoa investigada. Entretanto, frente à desigualdade entre partes na fase investigatória, é de ver-se ações penais iniciadas sem um lastro probatório mínimo.

Neste ponto, segundo Renato Stanzola, é importante a compreensão do tema “paridade de armas” no Processo Penal. Explica o autor que o conceito de paridade de armas está associado à igualdade das partes e é tão importante que está previsto em diversos documentos internacionais. Destaca ainda que a paridade de armas é essencial em todas as fases do processo, compreendidos a investigação, instrução, sentença e eventuais recursos.¹³⁸

¹³⁶ Ibidem, 2017, p. 47.

¹³⁷ “Nesse sentido, é oportuno esclarecer imediatamente que a rota escolhida foi, em certo sentido, obrigada pela opção, realizada a montante, de garantir a paridade das partes remanescentes de um sistema no qual a fase preliminar conduzida pelo promotor tenha um peso específico probatório e afeta muito os desenvolvimentos subsequentes e o resultado do processo. Nesse contexto, para obter um reequilíbrio efetivo das posições antagônicas, era quase inevitável ter que atribuir poderes instrutivos semelhantes ao defensor, cuja dimensão processual é redativamente transformada e fortalecida pela nova legislação”. – tradução nossa. (MAZZA, Oliviero. **Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive**. In: REPERTORIO generale annuale della giurisprudenza italiana, Torino: UTET, 2 v., 2002, p. 1759).

¹³⁸ “Por tais circunstâncias, na tentativa de chegar ao tal conceito útil de paridade de armas, usam-se julgados do tribunal Europeu dos Direitos do Homem, interpretação dada ao artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.” [...] “Paridade de armas no processo penal é a igual distribuição, durante o processo penal – desde a sua fase pré-judicial até a executiva, aos envolvidos que defendam interesses contrapostos, de oportunidades para apresentação de argumentos orais ou escritos e de provas com vistas a fazer

Scarance Fernandes entende o princípio da igualdade como um tratamento igualitário entre as partes que se enfrentam no processo penal. O princípio abarca tanto a posição jurídica das partes no processo, quanto assegura a oportunidade das partes buscarem fontes de prova de forma igualitária para embasarem suas alegações.¹³⁹

Segundo Scorza, citado por Gabriel Bulhões, o pensamento da doutrina italiana é no sentido que é “permitido ao defensor preparar devidamente e sustentar a própria tese” porque estará, assim, garantindo o direito à prova. Além também de estar efetivamente observando o princípio de paridade, “considerado um dos pilares sobre o qual se fundamenta o justo processo”.¹⁴⁰

Dessa forma, a noção de investigação defensiva estaria ligada ao conhecimento pelo acusado da investigação e da perseguição criminal que lhe é atribuída, fazendo, assim, com que a oportunidade de defesa e a aplicação da paridade de armas seja efetivamente exercida. Nas palavras de Badaró, “negar o direito de investigação defensiva significa defender uma inadmissível iniquidade, violadora da paridade de armas”.¹⁴¹

2.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O contraditório é um dos elementos principais na acepção do processo e é compreendido como o “contraste entre posições opostas”. Ainda é possível dizer que, dentro de um processo, essa posição oposta entre as partes terá sentido quando voltar seu discurso para persuadir um “terceiro imparcial”. Assim, apesar de se desenvolver entre dois polos que envolvem debate, o contraditório processual implica uma relação tríade.¹⁴²

A Constituição Federal de 1988 assegura o direito dos cidadãos ao contraditório no artigo 5º, LV, *in verbis* “aos litigantes, processo judicial ou

prevaler suas respectivas teses perante uma autoridade judicial.” (VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas...**, 2014, p. 53.

¹³⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal...**, 2002, p. 46.

¹⁴⁰ “consente alla difesa di preparare e sostenere adeguatamente la propria tesi, sia perché contribuisce a garantire il diritto alla prova in qualsiasi stato e grado di procedura, sia, infine, perché ri-realizza pienamente il principio di parità che, come già accennato, è uno dei pilastri su cui si basa la riforma del giusto processo” – aduzem Franco Scorza e Paola Scorza. (DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva...**, 2019, p. 87).

¹⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 215.

¹⁴² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, 2001, p. 43.

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".¹⁴³

Tal postulado abrange, fundamentalmente, dois aspectos: "ciência e participação". Ciência no sentido de comunicar anteriormente as partes envolvidas quando será realizado um ato processual e participação relacionada à capacidade das partes de participarem efetivamente dos atos processuais, com o fim maior de conseguir um resultado a seu favor.¹⁴⁴

Uma das mais importantes incumbências do juiz no processo é o cuidado com o contraditório na relação processual. Pode-se observar esta importância no Código de Processo Civil¹⁴⁵, que trata no capítulo de normas fundamentais sobre esse princípio. Essa preocupação do legislador em efetivamente haver um contraditório no processo está de acordo com o pensamento atual da doutrina que não vê o contraditório apenas como uma "audiência bilateral", mas sim como um poder de influência no convencimento do juiz.¹⁴⁶

Entender o contraditório como a simples possibilidade de ciência dos atos processuais é uma visão muito simplificada. O contraditório é participativo, isto é, uma efetiva participação na relação processual que faz com que a parte tenha um resultado favorável no convencimento do juiz.¹⁴⁷

¹⁴³ Aury Lopes Jr. explica: "O ponto crucial nessa questão é o art. 5º, LV, da CB, que não pode ser objeto de leitura restritiva. A postura do legislador foi claramente garantista e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados, e não indiciados, é um impedimento para sua aplicação à investigação preliminar. Sucede que a expressão empregada não foi só acusados, mas sim acusados em geral, devendo nela ser compreendido também o indiciamento, pois não deixa de ser uma imputação em sentido amplo". Conclui o autor: "Em suma, entendemos que o art. 5º, LV, da Constituição não pode ser objeto de uma leitura restritiva senão que o CPP deve adaptar-se à nova ordem constitucional, admitindo-se a existência de contraditório e defesa no inquérito policial, ainda que com um alcance mais limitado que aquele reconhecido na fase processual, atendendo às especiais particularidades da investigação preliminar". (LOPES Jr., Aury, **Direito processual...**, 2014, p. 96).

¹⁴⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, 2001, p. 40-41.

¹⁴⁵ Artigo 7º: É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acessado em: 14 out. 2019).

¹⁴⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 417.

¹⁴⁷ "Tal visão se encontra consentânea à concepção forte de contraditório, traduzida no direito de influência e no dever de debate endoprocessual, elementos preordenados à apresentação de argumentos racionais, tudo com vistas a influir na convicção do órgão julgador e dos demais sujeitos no debate relativo à resolução da questão de direito. Repise-se, pois, que o contraditório não pode mais ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas sim como uma possibilidade de influência sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais e pretensamente corretas, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa."

Neste ponto, segundo Elio Fazzalari, citado por Franklyn Roger, para a investigação defensiva é importante entender esse aspecto da influência do contraditório no convencimento do juiz. Isso porque a atividade de busca de fontes de prova não se restringe à sua produção, mas também à capacidade que essas provas têm de influenciar na valoração realizada pelo juiz. Dentro dessa ideia, a questão do contraditório assim se resume:

È costituito da questioni relative alle stesse attività processual: se siano ammissibili (rectius, leciti o doverosi), pertinenti, utili uno o più atti da svolgere (ad esempio, nel processo giurisdizionale civile, la questione dell'ordine d'integrazione del contraddittorio; quella dell'ammissione di una prova; quella della dichiarazione d'invalidità di un atto processuale; della sua rinnovazione). Anche le questioni cosiddette di merito concernono il compimento di un atto processuale: precisamente dell'atto finale, del provvedimento (ancora nel processo civile, la questione di merito culminante è se il giudice debba emettere il provvedimento giurisdizionale richiesto, o rifiutarlo.¹⁴⁸

Deste modo, não basta que a parte se manifeste no processo. Mas sim tem direito a um verdadeiro contraditório participativo, no sentido de ajudar a influenciar o convencimento do juiz seja na valoração das provas, seja na interpretação das normas. Da mesma forma, esse contraditório participativo significa, também, exercer influência sobre o ângulo das situações fáticas, isto é, buscar fontes de prova que sejam mais favoráveis para sua defesa.

Giulio Ubertis, citado por Gustavo Torres, defende a importância do contraditório na “formação da prova”, pois vale para “conferir legitimidade a uma futura decisão judicial”, como também para dar “melhor qualidade ao conhecimento do juiz à instrução probatória”.¹⁴⁹

O contraditório, desta forma, será eficaz, ou seja, capaz de influenciar o juiz seja na fase inicial, durante a instrução, ou na fase de decisão, somente com a participação ativa da defesa, mediante a busca e o consequente fornecimento de elementos de formação de convencimento.

(CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. **Desjudicialização e resolução de conflitos**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 98).

¹⁴⁸ “É constituído por questões relativas às mesmas atividades procedimentais: se um ou mais atos a serem executados (por exemplo, no processo jurisdicional civil, a questão da ordem de integração do contraditório, são admissíveis (dever, legal ou obediente), pertinente ou útil; a da admissão de um julgamento, a da declaração de nulidade de um ato processual; de sua renovação). Até as chamadas questões de mérito dizem respeito ao cumprimento de um ato processual: precisamente do ato final, da provisão (ainda não civil), a questão culmina se o juiz tiver que emitir a medida jurisdicional requerida ou recusá-la.” – aduz Elio Fazzalari - tradução livre. (SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 418).

¹⁴⁹ SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e ...**, 2016, p. 245.

Roberto Valli, quanto a uma maior interação defensiva e maior qualidade no exercício do contraditório, aponta que as faculdades reconhecidas para o defensor são importantes, pois permitem procurar elementos que sejam úteis para a defesa. Os defensores se tornam não mais “espectadores”, mas “protagonistas na coleta de provas”, o que se traduz em pleno aproveitamento da efetividade do contraditório, uma vez que esse conhecimento mais próximo oferecido pela atividade de investigação defensiva permitirá “direcionar a investigação do julgamento para uma maior aproximação da verdade”.¹⁵⁰

O propósito da investigação defensiva foi fazer a defesa mais diligente e ágil, não ficando mais naquele papel de espectadora e de resistência, mas assumindo uma posição proativa no sentido de busca de fontes de prova em seu favor.

Tucci enfatiza que junto do contraditório é necessário dar ao investigado o direito à ampla defesa, porque só assim se terá uma “autêntica paridade de armas”, que poderá ser verificada na persecução penal e na atividade da investigação defensiva.¹⁵¹

Constitucionalmente, a ampla defesa também está assegurada no artigo 5º, inciso LV. Assinala Grinover que “não é apenas um direito do imputado, mais que isso, é uma garantia – garantia do acusado, de um lado, e garantia do justo processo, do outro”.¹⁵²

Ainda, conforme bem destacou Malan, pode-se concluir que o “direito à prova defensiva” faz parte do direito fundamental mais abrangente que é o direito

¹⁵⁰ “Le facoltà in tal modo riconosciute al difensore sono dunque molto pressione in quanto consentono al medesimo (e ai suoi ausiliari) di prendere contatto diretto con i luoghi in cui si è verificato il delitto o che comunque possono recare tracce ad esse pertinenti, di osservarli, esaminarli da vicino e ricercare direttamente elementi utili per la difesa: in una parola, gli consentono di divenire non più spettatore ma protagonista nella raccolta delle prove e nell'accertamento dei fatti. A tutto vantaggio dell'effettività del contraddittorio che, beneficiando del contributo cognoscitivo offerto dall'attività di indagine defensiva, permetterà di indirizzare l'accertamento processuale verso una maggiore approssimazione alla verità”. – “As faculdades assim reconhecidas pelo defensor são, portanto, uma grande pressão, pois permitem que o mesmo (e seus auxiliares) entre em contato direto com os locais onde ocorreu o delito ou que, em qualquer caso, podem ter vestígios relevantes a eles, observá-los, examine-os de perto e busque diretamente elementos úteis para a defesa: em uma palavra, eles permitem que ele não seja mais um espectador, mas um protagonista na coleta de evidências e apuração de fatos. Para o máximo proveito da efetividade do processo adversário que, beneficiando-se da contribuição cognitiva oferecida pela atividade defensiva de investigação, nos permitirá direcionar o processo de julgamento para uma maior aproximação à verdade”. – tradução nossa. (VALLI, Roberto V. O. **Le indagini scientifiche nel procedimento penale**. Milano: Giuffrè, 2013, p. 281).

¹⁵¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no...**, 2009, p. 34.

¹⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais...**, 1990, p. 8.

fundamental à ampla defesa. Aquele direito se caracteriza exatamente no “direito à produção em juízo de elementos de prova” que ajudem na tese defensiva.¹⁵³

Logo, é possível afirmar que a ampla defesa representa o direito de utilizar todos os meios e recursos indispensáveis ao exercício do direito de defesa.

Compartilhando do mesmo entendimento, Saad afirma que o direito de defesa deve ser concedido em dois aspectos: tanto a autodefesa quanto a defesa técnica, isso porque a primeira é insuficiente frente à falta de conhecimento técnico do acusado, e a segunda porque o advogado habilitado é comprometido com a tutela dos interesses do seu cliente. E conclui dizendo que “a legitimidade investigativa não decorre da cláusula geral de atribuição investigativa do art. 6º, III, do CPP, mas sim dos direitos fundamentais de ampla defesa e de ação”.¹⁵⁴

Nesta esteira, um processo justo depende da disposição de meios necessários para que a pessoa submetida a uma imputação penal possa participar do processo pessoalmente (autodefesa)¹⁵⁵ e, também, ao mesmo tempo, ter um profissional habilitado encarregado da defesa técnica, garantindo a almejada paridade de armas na relação processual e um resultado que melhor atenda aos interesses do imputado.¹⁵⁶

Do reconhecimento dos princípios supramencionados decorre o direito à prova. Vitor de Paula Ramos bem pontua que “o inciso LV do artigo 5º da CF/1988, além de garantir o contraditório e a ampla defesa, explicitamente faz referência à assecuração dos meios inerentes a essa, entre eles, o direito à prova”.¹⁵⁷

Em virtude dos compromissos e tratados internacionais consolidados pelo Brasil, é “possível identificar outras fontes normativas para o exercício da defesa

¹⁵³ MALAN, Diogo Rudge. **Investigação defensiva no...**, 2012, p.18.

¹⁵⁴ SAAD, Marta. **O direito de defesa no...**, 2004. p. 202.

¹⁵⁵ Badaró explica que o direito de defesa se apresenta de forma bipartida: a. direito à autodefesa, que é exercido pessoalmente pelo acusado, podendo influenciar diretamente o convencimento do juiz, e b. direito à defesa técnica, que é exercida por profissional habilitado, com capacidade postulatória e conhecimentos técnicos, assegurando a paridade de armas entre a acusação e defesa. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo...**, 2016, p. 58).

¹⁵⁶ Segundo Malan, “A cláusula da ampla defesa deve ser dotada de atributo da efetividade, entendida como idoneidade instrumental para atingir seu objetivo precípua: a melhora da situação jurídica do acusado. Nas hipóteses em que o defensor do acusado é negligente ou imperito, desperdiçando sucessivas oportunidades processuais a ponto de diminuir as chances de melhora da situação jurídica do seu constituinte, esvazia-se o conteúdo essencial da garantia constitucional da ampla defesa, que deixa de ter esse atributo da efetividade.” (MALAN, Diogo. **Defesa penal efetiva**. Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo, v. 3, n. 4, jan./jun. 2006, p. 253-277).

¹⁵⁷ RAMOS, Vitor de Paula. **Direito fundamental à prova**. Revista de Processo. São Paulo, v. 38, n. 224, out. 2013, p. 41-61.

técnica e da atividade investigativa defensiva, sendo esta última o corolário do direito à prova assegurado a todo imputado na investigação e no processo criminal”.¹⁵⁸

A Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 8, 1 e 2¹⁵⁹, define que toda pessoa que esteja sob investigação, inclusive criminal, mesmo que ainda não submetida a uma autoridade judiciária, tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável. Da leitura do artigo 2, extrai-se que dentre as garantias judiciais mínimas, está o direito à prova, especialmente assegurando a defesa técnica, concessão do tempo e os meios necessários para a preparação da defesa. Ao final do dispositivo, ao determinar “ou de qualquer outra natureza”, resta estabelecida que a Convenção abrange, inclusive, as hipóteses em que a pessoa esteja sob investigação, mesmo se ainda não estabelecido formalmente a acusação penal.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos também assegura, em seu artigo XI¹⁶⁰, o direito de todo ser humano acusado de delito a julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Os Pactos Internacionais e os regramentos internos dos Tribunais Penais internacionais “materializam um conjunto de normas garantidoras dos direitos das

¹⁵⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 412.

¹⁵⁹ Artigo 8. 1: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Artigo 8. 2: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: 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. (CIDH. **Convenção Americana de Direitos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 1969.** Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acessado em: 8 jul. 2019.)

¹⁶⁰ Art. XI. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituía delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso. (DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf Acessado em: 10 jul. 2019.

partes – principalmente acusados e suspeitos – no qual se depreende a existência de um modelo internacional de devido processo penal”.¹⁶¹

O documento mais importante que, além de ser o documento de criação do Tribunal Penal Internacional e que, até os dias de hoje, em matéria de Direito Penal e de Processo Penal internacional, dedicou uma série de princípios essenciais ao devido Processo Penal internacional foi o Estatuto de Roma.¹⁶²

É justamente no artigo 55 do Estatuto de Roma que está descrito que os direitos dos indivíduos e a atuação da defesa se dão logo na fase da investigação.¹⁶³ Neste artigo estão elencados todas as garantias e direitos do investigado e, pode-se constatar também que, conforme documentos internacionais e doutrina exemplificados acima, se aplicam essas garantias e direitos já a partir da fase investigatória, uma vez que estritamente descreve *in verbis* “Quando houver motivos para acreditar que um indivíduo cometeu um crime sob a jurisdição do Tribunal (...), tal indivíduo terá também os seguintes direitos [...]”¹⁶⁴

Apesar de o Estatuto de Roma não ser um documento internacional de direitos humanos, pois as regras do estatuto só são aplicadas àqueles que respondem

¹⁶¹ FOUREAUX, Priscila Viola. **A busca pela verdade no Tribunal Penal Internacional e o diálogo entre os Sistemas Judiciais Adversarial e Inquisitório**. Revista do CAAP, Belo Horizonte, n.1, v. XVII, 2012, p. 169-182.

¹⁶² GEMAQUE, Sílvio César Arouck. **A necessária influência do processo penal internacional...**, 2011, p. 92.

¹⁶³ Artigo 55 - Direitos das Pessoas no Decurso do Inquérito. 1. No decurso de um inquérito aberto nos termos do presente Estatuto: a) Nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou a declarar-se culpada; b) Nenhuma pessoa poderá ser submetida a qualquer forma de coação, intimidação ou ameaça, tortura ou outras formas de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; e c) Qualquer pessoa que for interrogada numa língua que não compreenda ou não fale fluentemente será assistida, gratuitamente, por um intérprete competente e disporá das traduções que são necessárias às exigências de equidade; d) Nenhuma pessoa poderá ser presa ou detida arbitrariamente, nem ser privada da sua liberdade, salvo pelos motivos previstos no presente Estatuto e em conformidade com os procedimentos nele estabelecidos. 2. Sempre que existam motivos para crer que uma pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal e que deve ser interrogada pelo Procurador ou pelas autoridades nacionais, em virtude de um pedido feito em conformidade com o disposto na Parte IX do presente Estatuto, essa pessoa será informada, antes do interrogatório, de que goza ainda dos seguintes direitos: a) A ser informada antes de ser interrogada de que existem indícios de que cometeu um crime da competência do Tribunal; b) A guardar silêncio, sem que tal seja tido em consideração para efeitos de determinação da sua culpa ou inocência; c) A ser assistida por um advogado da sua escolha ou, se não o tiver, a solicitar que lhe seja designado um defensor dativo, em todas as situações em que o interesse da justiça assim o exija e sem qualquer encargo se não possuir meios suficientes para lhe pagar; e d) A ser interrogada na presença do seu advogado, a menos que tenha renunciado voluntariamente ao direito de ser assistida por um advogado. (BRASIL. Lei 4.338 de 25/9/02. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Brasília. Imprensa Nacional, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm Acessado em: 8 jul. 2019.)

¹⁶⁴ GEMAQUE, Sílvio César Arouck. **A necessária influência do processo penal internacional...**, 2011, p. 173.

“exclusivamente no Tribunal Penal Internacional, são regras que influenciam sobremaneira a aplicação do Processo Penal no âmbito dos Estados signatários”.¹⁶⁵

Todos os documentos internacionais citados trazem dispositivos referindo à possibilidade de defesa dos cidadãos diante de uma conduta que lhe esteja sendo imputada como ilícita.¹⁶⁶

Choukr entende que o atual processo penal deve garantir os direitos fundamentais ao acusado, sendo dever da autoridade que preside as investigações proporcionar ao investigado meios que possa buscar fontes de prova que lhe favoreçam. Para ele o novo processo penal precisa dessa postura ética já na fase investigatória, pois se o investigado tiver uma participação limitada, a autoridade deve assegurar-lhe meios de busca de prova que o favoreçam.¹⁶⁷

Hodiernamente é pacífico que o ordenamento jurídico brasileiro elevou a direito fundamental do acusado o direito à prova defensiva.

Grinover afirma que “o direito fundamental à investigação defensiva pode ser duplamente compreendido, no sentido de produzir prova defensiva e como garantia da paridade de armas”.¹⁶⁸ Ou seja, garantia no sentido de colocar o acusado em igualdade de condições com a acusação, possibilitando ao defensor produzir subsídios de prova e efetivamente influenciar no convencimento do juiz a fim desacelerar a vontade de punir do sistema.

A investigação defensiva, leciona Machado¹⁶⁹, é a “garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos de igualdade e defesa.”

Levando em consideração que no capítulo anterior assentou-se a premissa de que a investigação realizada pela Polícia Judiciária não representa uma atividade

¹⁶⁵ AMBOS, Kai. **Impunidad y derecho penal internacional**. 2. ed. Buenos Aires: AD Hoc, 1999, p. 67.

¹⁶⁶ Segundo Diogo Malan, “[...] o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), por sua vez, consagra os direitos a: dispor do tempo e dos meios necessários a preparação de sua defesa e o direito da defesa de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos. O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional também assegura aos acusados o direito de dispor do tempo e dos meios necessários a preparação das suas defesas, obter o comparecimento das testemunhas de defesa na mesma condição das testemunhas da parte processual acusadora e apresentar defesa e a oferecer qualquer outra prova admissível, de acordo com o presente Estatuto”. (MALAN, Diogo Rudge. **Investigação defensiva...**, 2012, p. 279-309).

¹⁶⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais ...**, 2001, p. 66.

¹⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Defesa, contraditório, igualdade e par conditio na ótica do processo de estrutura cooperatória**. In: *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 50.

¹⁶⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal...** 2010, p. 110.

exclusiva, assemelha-se plenamente possível que a defesa possa buscar fontes de prova do seu interesse. Isso porque, se ao Ministério Público é permitido identificar fontes de prova na qualidade de parte na relação processual, conceber que à defesa não seja dada a iniciativa investigativa fragilizaria a isonomia, bem como o contraditório e a ampla defesa.

O direito à prova é um direito de todos, inclusive do investigado. Badaró continua explicando que, relacionado ao direito à prova, o art. 14 do CPP (já citado anteriormente) concede ao ofendido o direito de requerer qualquer diligência que poderá ser realizada, ou não, a critério da autoridade policial. Para o autor, é inegável que o investigado tem o direito de realizar atividades investigativas e descobrir provas que favoreçam sua defesa. Continua seu ensinamento afirmando que é imprescindível reconhecer o direito do citado artigo, uma vez que a investigação defensiva ainda não está regulada pelo ordenamento penal brasileiro. E conclui seu raciocínio dizendo que se ao Ministério Público é reconhecida a possibilidade de realizar atos investigatórios, ao investigado também deve ser reconhecida essa possibilidade, sob pena de “uma odiosa iniquidade, com quebra da igualdade de possibilidade e da paridade de armas”.¹⁷⁰

A prova passa a ser entendida como um elemento do direito de defesa. Esse “direito de se defender provando” não significa apenas a possibilidade de requerer a produção da prova, mas ela se exaure quando a prova requerida e produzida tem uma importância que venha a corroborar com a tese defensável e que culmina na influência favorável do julgador à sua tese.¹⁷¹

É dentro desse contexto que se insere a atividade probatória, como forma de materialização da ampla defesa e como instrumento de exercício do contraditório, fazendo com que o plano abstrato das alegações encontre concretude no processo. Assim conclui Grinover:

Salienta-se, assim, o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o

¹⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo..**, 2016, p. 123-125.

¹⁷¹ Ainda ensina Greco que a parte não pode ter prejudicado o seu acesso à tutela jurisdicional em razão da dificuldade de produzir a prova dos fatos que a ela interessam, em razão das regras que distribuem os ônus da prova. A doutrina e a jurisprudência vêm aconselhando, nesse casos, a inversão do ônus da prova, como meio de restabelecer o equilíbrio entre as partes no acesso à tutela jurisdicional efetiva, repudiando as chamadas provas diabólicas, ou de produção impossível, que põem uma das partes em indevida posição de vantagem, incompatível com a garantia do contraditório. (GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. Estudos de Direito Processual. Campos de Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005b, p. 44).

momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.¹⁷²

Percebe-se, de tal modo, a importância da ampla defesa (tanto autodefesa quanto defesa técnica), pois é um princípio que se compreende como ser viável buscar e produzir provas que possam ter utilidade no caso concreto. No entendimento de Marta Saad, trata o direito à prova de “[...] concessão aos sujeitos parciais no processo de idênticas possibilidades de oferecer e materializar os elementos de convicção da veracidade dos fatos alegados, bem como de participar dos atos probatórios”, concluindo que assim será descartada qualquer disparidade de tratamento na apresentação ou produção da prova.¹⁷³

De tal modo, conclui-se que detrás da ampla defesa e do contraditório desdobram direitos e garantias, sobre os quais se abre a possibilidade da defesa realizar investigação. Esse direito à investigação defensiva se fundamenta no direito à produção de provas, o qual é derivado dos princípios do devido processo legal e da paridade de armas.¹⁷⁴

No mesmo posicionamento, explica Grinover:

A jurisprudência brasileira é tranquila nesse sentido, falando da imprescindibilidade de se conferirem a ambas as partes todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória. E, se tal não ocorrer, fala a jurisprudência, genericamente, em cerceamento de defesa ou de acusação.¹⁷⁵

Em resumo de tudo que foi exposto, o direito à prova se mostra advindo necessariamente dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Conseqüentemente, a investigação criminal defensiva é uma atividade voltada à

¹⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO. Antonio Magalhaes. **As nulidades no processo penal**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 137.

¹⁷³ SAAD, Marta. **O direito de defesa no...**, 2004. p. 345.

¹⁷⁴ O direito fundamental à investigação defensiva, portanto, pode ser duplamente fundamentado: (a) no direito à prova defensiva, na medida em que o seu exercício em juízo pressupõe prévia atividade investigativa; (b) na garantia da paridade de armas. (MALAN, Diogo Rudge. **Investigação defensiva no...**, 2012, p.290)

¹⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO. Antonio Magalhaes. **As nulidades...**, 2006, p. 138.

busca de fontes de provas e com finalidade específica que devem ser levadas em conta pela defesa técnica para atingir seu fim maior, uma decisão favorável.

Diante disso, compreende-se, então que o ordenamento jurídico não tem regras que proíbem a investigação defensiva e isto “significa que ela pode ser exercida a partir da interpretação da função processual da defesa técnica e das prerrogativas conferidas aos advogados e também aos membros da Defensoria Pública”.¹⁷⁶

2.4 O VALOR PROBATÓRIO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Pelo exposto acima, implica reconhecer que a teoria da investigação criminal defensiva está sustentada no fato da possibilidade da defesa coletar elementos de prova dos fatos, seja por uma participação mais ativa no inquérito policial, seja também pela iniciativa de ir atrás e identificar fontes de prova.

Com uma visão mais ampla dos “elementos favoráveis e desfavoráveis ao esclarecimento do fato criminoso”, uma “defesa amparada na lealdade processual”, com a observância dos princípios da igualdade e do contraditório e ampla defesa, “pode orientar melhor o investigado/acusado/cliente a respeito do seu comportamento na relação processual”.¹⁷⁷

Assim, importa dizer que a atividade investigatória realizada pela defesa não está dirigida em criar ou falsear provas que lhe favoreçam. Ao contrário, seu foco é buscar elementos de prova que possam influenciar positivamente a decisão do juiz e que, geralmente, são os elementos que acabam não tendo o foco da Polícia o do Ministério Público.

A atividade investigativa, explica Roger, se desenvolve por diferentes caminhos “à medida que o trabalho de inteligência e coleta de elementos caminha, a autoridade policial ou o Ministério Público acabam por focar seu olhar em um único percurso formativo da *opinio delicti*”, qual é, o da condenação.¹⁷⁸

Por outro lado, continua o autor, a atividade investigativa realizada pelo advogado “também pode focar em um único rumo e ainda ser desenvolvida por

¹⁷⁶ O autor, Roger, apresenta como problema crônico que precisa ser revisto o panorama dos acusados patrocinados pela Defensoria Pública. A investigação criminal defensiva estaria voltada tanto para os advogados, como também à Defensoria Pública. Contudo, o foco deste trabalho está no provimento promulgado pelo CFOAB e, portanto, à classe dos advogados. (SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 421).

¹⁷⁷ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva...**, 2019, p. 22-23.

¹⁷⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 456.

alguém que representa uma parte na relação processual”, sendo, por óbvio, uma atividade “parcial”. Entretanto, essa parcialidade da defesa se restringe na “busca do resultado da causa e não em relação ao conteúdo da prova, este imutável como regra geral”.¹⁷⁹

Portanto, o papel da defesa, como já dito, é o de procurar elementos de defesa que não são trazidos pelos órgãos de investigação e trazer dados que possam contribuir para o esclarecimento dos fatos e convencimento judicial.

Como já abordado no capítulo anterior, tradicionalmente a investigação realizada pela polícia judiciária busca a elucidação dos fatos e da autoria, porém, de forma tendenciosa à acusação, desprezando, assim elementos que podem ser fundamentais para a absolvição.

É nessa linha investigativa que a defesa pode explorar os aspectos desprezados e que podem ser úteis para sua estratégia. Segundo Gustavo Torres, “os particulares também têm legítimo interesse em realizarem, por conta própria, atos de investigação criminal, sobretudo a defesa dos penalmente imputados, as vítimas, os titulares de pretensão acusatória privada e os assistentes de acusação”.¹⁸⁰

Deste modo, se é fato que a investigação defensiva tem por objetivo contribuir para a descoberta de elementos de informação que possam afastar ou diminuir a responsabilidade penal do investigado, imperioso que se faça uma ponderação acerca do valor probatório do resultado dessa atividade. Isto é, o questionamento que se faz é: os documentos produzidos unilateralmente pela defesa podem ser valorados pelo juiz e servir de base para um decreto condenatório ou absolutório? E quanto à regra do artigo 5º, LVI da Constituição Federal e artigo 157 do CPP que versam sobre as provas obtidas por meio ilícito, qual seria o entendimento?¹⁸¹

Embora entendam a sua importância em um contexto de paridade de armas, Lopes Jr. e Gloeckner afirmam que a produção unilateral por parte da defesa, em investigação realizada por sua própria iniciativa, impede a atribuição de natureza probatória. Assim explicam:

Por meio dessa distinção é possível fundamentar o porquê do limitado valor probatório dos atos praticados na instrução preliminar, ficando clara a inadmissibilidade de que a atividade realizada na investigação preliminar possa substituir a instrução definitiva (processual). A única verdade

¹⁷⁹ Ibidem, 2019, p. 457.

¹⁸⁰ SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e ...**, 2016, p. 186.

¹⁸¹ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar...**, 2015, p. 206.

admissível é a processual, produzida no âmago da estrutura dialética do processo penal e com plena observância das garantias de contradição e defesa.¹⁸²

Para os autores, portanto, não há como aceitar que o conteúdo de uma investigação defensiva tenha qualidade atribuída de prova.

Scarance também leciona no sentido que a fase de investigação evita incriminações antecipadas e sem motivos concretos, bem como que as informações desta fase só servem para dar ensejo a uma acusação e nunca a uma sentença condenatória, pois se fosse usada para uma condenação, estar-se-ia ferindo os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.¹⁸³

Machado diz que “os atos de investigação não se confundem com atos de prova, porque aqueles não observam as garantias fundamentais da publicidade, do contraditório e da ampla defesa. Logo, não podem amparar uma sentença”.¹⁸⁴

Em posição diferenciada, Badaró aplica a regra quanto às provas pré-constituídas e as constituendas. Como já explanado no capítulo anterior, para o autor existem as provas produzidas em contraditório (constituendas) e existem os elementos informativos colhidos na fase policial, sem dialética das partes (pré-constituídas). Para os elementos de informação colhidos na fase policial, é necessário submetê-los, posteriormente, a um contraditório diferido antes que o juiz forme sua decisão.¹⁸⁵

Assim, se eventualmente o magistrado entender que determinada prova trazida pela defesa aos autos através da atividade defensiva for significativa para o desfecho do processo, deve determinar que seja renovada, no ambiente do contraditório e, só assim, utilizá-la para um decreto.¹⁸⁶

Nesse contexto conclui-se que, conforme artigo 155 do CPP, o valor probatório do resultado da investigação defensiva também é relativo, pois se o juiz não pode formar sua convicção em elementos exclusivos da investigação (esta feita

¹⁸² Ibidem, 2015, p. 206.

¹⁸³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal...**, 2002, p. 75.

¹⁸⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal...**, 2010, p. 29.

¹⁸⁵ Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Prova emprestada no processo penal...**, 2015, p. 157-179.

¹⁸⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 536.

pela autoridade policial ou MP), da mesma forma não poderá se basear em elementos trazidos unicamente pela defesa. A limitação vale para ambas as partes.¹⁸⁷

Outra questão a ser tratada neste tópico é quanto à validade das provas da investigação defensiva quando estas forem obtidas por meios ilícitos.

Didaticamente, ensina Grinover, a doutrina processual faz uma divisão entre prova ilegítima e prova ilícita, sendo, no entanto, ambas inadmissíveis na relação processual. Segundo a professora, a prova é considerada ilegítima quando a proibição for colocada por uma lei processual (ilegitimamente produzida) seja na forma ou na sua produção; e será ilícita quando a violação for de preceitos de natureza material, ou seja, ilicitamente obtida. De qualquer forma, “a prova é ilegal toda vez que sua obtenção se faça por violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento jurídico, independente se de natureza processual ou material”.¹⁸⁸

Esse tema do valor probatório da investigação defensiva tem importância porque procura assegurar o exercício da ampla defesa e do contraditório, evitando, assim, que toda a produção probatória seja levada sem efeito e perdida no processo.

O valor probatório do resultado da investigação defensiva fica “condicionado a dois aspectos: ao conteúdo e à produção da prova”. Se a prova representar uma falsa realidade, resta claro que jamais poderá ser utilizada. Porém, o problema reside “quando a prova for produzida violando algum âmbito normativo, mas seu conteúdo for uma representação correta da realidade e favorável aos interesses da defesa”.¹⁸⁹

Neste caso, entendem os doutrinadores Grinover, Scarance e Gomes Filho que as consequências da ilicitude da prova não podem ter contornos absolutos no processo e que se deve utilizar a proporcionalidade como forma de ponderar o elemento colhido de forma ilícita.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Artigo 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 14 nov. 2019).

¹⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO. Antonio Magalhaes. **As nulidades...**, 2006, p. 149.

¹⁸⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 539.

¹⁹⁰ “Aliás, não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. [...] Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do favor rei. Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a

Passanante, autor italiano que discorre sobre o tema específico das provas ilícitas, também diz que mesmo a prova tendo sido obtida por meio ilícito, mas sendo ela capaz de exonerar o acusado, comprovando sua inocência, deve ser aproveitada, aplicando-se o princípio do *in dubio pro reo*.¹⁹¹

Assim sendo, se o conteúdo do que foi produzido/colhido for ilegal e não representar a realidade, deve-se descartar a prova. De outro lado, se a prova apresentar conteúdo verídico, mas foi produzida de forma ilícita, deve o juiz aplicar o princípio da proporcionalidade e determinar que se produza aquela prova, agora, no processo, respeitando as garantias e sob o crivo do contraditório.

De qualquer maneira, na questão do valor probatório, entende-se que a atividade desenvolvida pelo advogado na investigação defensiva deve ser pautada nas “normas constitucionais e processuais, sob pena de se tornarem ilegais”, tendo como consequência a inutilização de tudo que foi produzido e o sancionamento da defesa.¹⁹²

antijuridicidade”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO. Antonio Magalhaes. **As nulidades...**, 2006, p. 153).

¹⁹¹ “[...] laddove, infatti, um mezzo di prova venuto illecitamente in possesso dell'accusa o della difesa sai in grado, come nell'esempio portato più sopra, di scagionare l'imputato, provando-ne addirittura l'innocenza, la soluzione del problema – a prescindere dalle conclusioni che possono scaturire da una ipotetica teoria generale della prova illecita – dovrebbe necessariamente fare i conti con la declinazione processuale del generale principio penalistico del favor rei”. – “[...] onde, de fato, no caso de provas obtidas ilegalmente na posse de acusação ou defesa, você sabe, como no exemplo acima, exonerar o acusado, mesmo provando sua inocência, a solução do problema - independentemente das conclusões que possam surgir de uma teoria geral hipotética da prova ilícita - deve necessariamente lidar com a declinação processual do princípio penal geral do favor rei”. – tradução nossa. (PASSANANTE, Luca. **La prova illecita nel processo civile**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017, p. 83).

¹⁹² SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 545.

3 ATOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

3.1. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: REGULAMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA PELO CFOAB

Dentro desse contexto de visão progressista, tratando o investigado como sujeito de direitos e não mero objeto, a pessoa investigada passou a ter interesse em buscar fontes de prova que atinjam seus interesses defensivos, buscando produzir contraprova com o intuito de convencer favoravelmente a decisão judicial.

Com efeito, a participação ativa da defesa na fase investigatória, “tratada como direito fundamental, se revela na busca da prova defensiva e na garantia da paridade de armas, em que a pessoa investigada tenha uma oportunidade de realizar investigação, assim como tem o Ministério Público”.¹⁹³

Importante destacar, antes de tudo, que existem dois modelos de Investigação Defensiva. O modelo norte-americano que, apesar de ser bastante conhecido através de filmes, não é semelhante ao brasileiro e o modelo italiano que é mais parecido com o modelo de tradição jurídica do Brasil pelos seguintes fatores: “ambos países filiados à *civil law*, de base romano-germânica; similitudes culturais entre os povos e fatos históricos notados como vetores e referências (Operação Mãos Limas e Lava Jato)”.¹⁹⁴

Por esta razão, a regulamentação administrativa ora amadurecido pelo CFOAB se utilizou de ambos os modelos acima citados. Porém, é o modelo da Investigação Defensiva italiana a base para o do Brasil.¹⁹⁵

Voltando à realidade brasileira, a doutrina, por sua vez, passou a trazer considerações pertinentes acerca da igualdade entre as partes na investigação. Antônio Scarance Fernandes assim expôs sua ideia em meados do ano de 2002:

A prática evidenciou que o Ministério Público, quando encarregado de dirigir ou supervisionar a investigação, foca sua atenção na obtenção de elementos que possam sustentar a sua futura acusação o que acaba prejudicando a pessoa suspeita, tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para a sua defesa e demonstração de sua inocência. Decorre, daí, a preocupação em abrir para o investigado a possibilidade de

¹⁹³ CONTI, Carlos Eduardo Oliveira. **Investigação criminal defensiva como...**, 2017, p. 31.

¹⁹⁴ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva...**, 2019, p. 26.

¹⁹⁵ Ibidem, 2019, p. 26.

investigação privada, como já sucede nos Estados Unidos. Trata-se de assunto que, com o avanço do Ministério Público para a investigação também entre nós, provavelmente, passará a ser objeto de maior atenção.¹⁹⁶

Alguns anos depois, em 2008, as previsões da atividade de investigação para o investigado também foram contornadas por Marcos Alexandre Zilli, o qual afirmou que “a possibilidade de poderes investigatórios ao Ministério Público, no caso brasileiro, é tema setorial que não pode ser desvinculado de um sistema que deve ser coerente”. Isto é, defende o autor que os poderes concedidos a uma das partes, no caso ao Ministério Público, não pode ser imaginado sem um poder correspondente em benefício à parte contrária, qual seja, ao investigado. Explica ainda que, no contexto econômico de desigualdade social do país, quanto mais inferior se encontrar o acusado, mais prejuízo ele terá. E finaliza reafirmando que uma vez conferidos poderes investigatórios ao Ministério Público, necessariamente, deverá ser atribuído ao investigado benefício equivalente.¹⁹⁷

Após trazer à luz argumentos acerca da necessidade de igualar os poderes investigatórios do Ministério Público e do investigado, passou-se a considerar que mesmo que fosse possível à defesa realizar investigação, ainda não havia um regime que assegurasse ao defensor do imputado poderes para realizar investigações particulares, como assevera Badaró:

Entretanto, ainda que se admita que seja possível a realização de atividade investigativa pela defesa, o grande problema é que, sem um regime específico que assegure ao advogado do investigado poderes para realizar, por si ou por intermédio de investigadores particulares, as atividades investigativas, sua eficácia será diminuta. [...] ...que poderes o defensor teria para inquirir alguém sobre fatos de interesse da defesa? A resposta é: nenhum. Não há dispositivo legal que obrigue qualquer cidadão a prestar esclarecimentos para particulares. Uma “intimação” do defensor, para que alguém compareça ao seu escritório para prestar esclarecimentos sobre fatos do interesse de seu cliente, ou mesmo para confirmar se a testemunha tem algum conhecimento específico sobre tal fato, seria um nada jurídico. Mesmo um simples convite para esclarecimentos poderia ser solenemente ignorado. Por outro lado, caso a testemunha comparecesse, conversasse com o advogado, narrando o que sabe sobre os fatos, ou o seu desconhecimento sobre os mesmos, e se tal contato fosse posteriormente revelado em juízo, o advogado poderia ter sua atitude considerada violadora de regras deontológicas e, quiçá, caracterizadoras de crime.¹⁹⁸

¹⁹⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. **Rumos da investigação no direito brasileiro**. In Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel. Ano V, n. 21, jul./set. 2002, p. 13.

¹⁹⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Os bons ventos de Haia**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. N. 190, set./2008, p. 14.

¹⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo...**, 2016, p. 124.

Cediço que a “lacuna normativa” acerca da investigação defensiva implicava em consequências práticas, tais como: impossibilitar o defensor técnico a ter acesso a informações sigilosas e impedir a colheita coercitiva de declarações testemunhais; arriscar o defensor técnico que atua realizando investigação a acusações pela prática de crimes contra a Administração e, por fim, distorcer a validade e credibilidade dos elementos colhidos na atividade de investigação defensiva.¹⁹⁹

Constata-se que o nosso ordenamento concede ao imputado o direito à prova em sede judicial, tendo como ato processual definido do seu direito de defesa o interrogatório. No entanto, como o imputado tem condições de se defender em sede judicial se a ele não é dada oportunidade de buscar elementos de prova durante a investigação? Ou seja, é justamente através da investigação defensiva que o imputado poderá exercer ativamente o seu direito de defesa, desde a fase preliminar até ao final da ação.²⁰⁰

Nessa trilha, por anos, mais precisamente quase 20 anos, muito se debateu e foram feitas previsões acerca da necessidade de implantar a investigação criminal defensiva no ordenamento brasileiro, a fim de assegurar a efetiva isonomia entre as partes na persecução penal e o direito de defesa do imputado.

Assim, no decorrer deste tempo, frente a todos esses argumentos e, somado ao fato da anterior implementação de poderes investigatórios ao Ministério Público, também houve a clareza de entendimento por parte dos advogados criminais que eles estavam assumindo um “papel meramente figurativo” tanto na fase investigatória quanto em todo decorrer da ação penal. Os advogados se deram conta que não tinham “instrumentos legais que lhes permitissem protagonismo verdadeiro na formação dos elementos de convicção de interesse de seus defendidos”.²⁰¹

Por derradeiro, concluíram os debates que não obstante a investigação criminal defensiva encontrar amparo constitucional como direito fundamental, não se poderia ignorar o fato que o sistema processual penal brasileiro não proporcionava à pessoa investigada subsídios para que efetivamente pudesse exercer seu direito.

¹⁹⁹ MALAN, Diogo Rudge. **Investigação defensiva no...**, 2012, p.281.

²⁰⁰ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva...**, 2019, p. 17.

²⁰¹ BALDAN, Edson Luís. **Conselho Pleno da OAB aprova resolução que regulamenta Investigação por parte da defesa**. Notícia. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticia/14424-Conselho-Pleno-da-OAB-aprova-resolucao-que-regulamenta-investigacao-por-parte-da-defesa> Acessado em: 05 jul. 2019.

Nessa toada, se o sistema acusatório prevê um procedimento de investigação pública, também deveria prever a investigação realizada pela defesa.

A linha de pensamento brasileiro seguiu o mesmo que o dos italianos sendo que a investigação criminal não poderia ficar concentrada na Polícia Judiciária e no Ministério Público, mas deveria também ser estendida aos particulares.²⁰²

Nessa vertente, diferentemente do processo penal brasileiro, o tema em questão já existia na disciplina processual italiana, especialmente em seu texto constitucional e também no Código de Ritos. Em 1988, na reforma do Código de processo penal italiano, surgiu o primeiro acolhimento da atividade investigativa da defesa, através do artigo 38 da *Norme di Attuazione del Codice di Procedura Penale*²⁰³, que conferia ao defensor, como exercício do direito à prova, o direito de realizar investigações destinadas a identificar evidências em favor de seus clientes.²⁰⁴

Correta, portanto, a lição de Gustavo Badaró quando afirma que não há vedação do Código de Processo Penal brasileiro à investigação defensiva, embora não haja disciplinamento dessa atividade, o que não prejudica sua realização e consecução.²⁰⁵

Importante aqui diferenciar a investigação criminal defensiva da participação do defensor nos autos de investigação, qual seja, no inquérito policial. Ambas são

²⁰² “In tale contesto, quindi, non è solo il pubblico ministero o la polizia giudiziaria che possono svolgere indagini, ma anche le parti private; tale potere si sostanzia non solo nella possibilità di richiedere l'ammissione dei mezzi di prova e di partecipare all'assunzione degli stessi, ma anche in quello di effettuare indagini difensive, dirette a ricercare fonti di prova che possano essere di sostegno e di ausilio alle tesi difensive”. – “Nesse contexto, portanto, não são apenas o Ministério Público ou a polícia judiciária que podem realizar investigações, mas também as partes privadas; esse poder se substancia não apenas na possibilidade de solicitar a admissão dos meios de prova e de participar na suposição dos mesmos, mas também na realização de investigações defensivas, visando a busca de fontes de prova que possam ser apoiadas e de auxílio às teses defensivas”. – tradução nossa. (D'IPPOLITO, Adelchi. **Rapporti tra Pubblico ministero, polizia giudiziaria e difensore nelle indagini preliminari**. Milano: Giuffrè, 2013, p. 119-120).

²⁰³ Articolo 38. Facoltà dei difensori per l'esercizio del diritto alla prova. 1. Al fine di esercitare il diritto alla prova previsto dell'articolo 190 del codice, i difensori, anche a mezzo di sostituti e di consulenti tecnici, hanno facoltà di svolgere investigazioni per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito e di conferire con le persone che possano dare informazioni. (**Codice di Procedura Penale**. Disponível em: <https://www.diritto24.ilsole24ore.com/guidaAlDiritto/codici/codiceProceduraPenale/articolo/1004/art-38-facolta-dei-difensori-per-l-esercizio-del-diritto-alla-prova.html> Acessado em: 01 nov. 2019).

²⁰⁴ Segundo o autor D'ippolito, com este artigo se esperava um efeito libertário, porém o efeito foi oposto e surgiu, concomitantemente, a Teoria da Canalização, cujo fim era tornar obrigatória a remessa dos elementos colhidos pela defesa para o Ministério Público. – tradução nossa. “Nel suo attestarsi su orizzonti marcatamente generici, la norma si presta subito a veicolare interpretazioni drasticamente svalutative, coagulatesi, di lì a qualche anno, nel conio della teoria della canalizzazione: il difensori – si chiari allora – bem può svolgere attività perlustrativa al fine di individuare fonti di prova; tuttavia, [...] non há altra via che canalizzare, le già individuate fonti di prova sul pubblico ministero [...]”. (D'IPPOLITO, Adelchi. **Rapporti tra Pubblico ministero...**, 2013, p. 125)

²⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo...**, 2016, p. 156.

formas de materialização do direito de defesa e também dos direitos à prova e à investigação, mas elas não são equivalentes.

A participação do defensor na investigação fica restrita aos “rumos dados à persecução prévia pelo órgão público, sendo sua intervenção restringida à proteção dos interesses mais relevantes do imputado”, ou seja, àqueles relacionados aos direitos fundamentais.²⁰⁶

Ao contrário, na investigação defensiva o defensor é autônomo quanto aos atos da investigação e a ele cabe decidir qual linha estratégica irá tomar. Deve o defensor obrigatoriamente atentar quanto aos preceitos constitucionais e legais relacionados à prova, para que não ocorram questionamentos duvidosos sobre a licitude e o seu valor. Em síntese, Machado afirma que “na investigação pública o defensor é coadjuvante, e na investigação defensiva ele assume o papel de protagonista”.²⁰⁷

Neste contexto e aludindo novos rumos, um grupo de trabalho aberto da Comissão de Advocacia Criminal da OAB/RN, presidida por Gabriel Bulhões, elaborou uma minuta de Resolução que tinha por objeto regulamentar o exercício da investigação defensiva no país. Em outubro de 2017 esta Comissão protocolou tal minuta no Conselho Federal da OAB, a qual tramitou por mais 1 ano, passando também pela Comissão Nacional de Estudos em Direito Constitucional, até ser aprovada em 11 de dezembro de 2018.²⁰⁸

Assim, em oito artigos, a minuta do Provimento 188/2018 – CFOAB “pretendeu trazer balizas, sem engessar a atividade da investigação defensiva”. Tentou estabelecer um modelo com “métodos e técnicas”, sem, contudo, especificar como “deve ser ou não ser a atuação profissional da advocacia investigativa”.²⁰⁹

O relator da proposta no Conselho Federal, Nilson Antônio Araújo dos Santos, enfatizou sobre o equilíbrio das partes: “Hoje, no processo penal, o Ministério Público tem uma participação efetiva na apuração de provas e ao advogado, no exercício da defesa do cidadão, esses meios são muito pequenos”.²¹⁰

²⁰⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal...**, 2010, p. 32.

²⁰⁷ Ibidem, 2010, p. 32.

²⁰⁸ Notícia. **Conselho Federal da OAB regulamenta investigação conduzida pela defesa**. Revista Consultor Jurídico. 15 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-15/conselho-federal-oab-regulamenta-investigacao-defesa> Acessado em: 11 jul. 2019.

²⁰⁹ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva...**, 2019, p. 73.

²¹⁰ Notícia. **Conselho Federal da OAB** 15 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-15/conselho-federal-oab-regulamenta-investigacao-defesa> Acessado em: 11 jul. 2019.

3.2. OBJETO E LIMITES JURÍDICOS DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Conforme já se abordou, embora não haja uma previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, a investigação defensiva é uma prática consonante com uma interpretação sistemática das normas constitucionais e internacionais.²¹¹ Deste modo, o Provimento traçou linhas gerais partindo da possibilidade de se realizar atos de investigação defensiva.

Num primeiro enfoque, torna-se importante definir o que é a investigação defensiva e qual o seu objeto. Desta feita, o artigo 1º traz a definição bem como os limites da investigação defensiva:

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.

Pois bem, no primeiro artigo já se pode observar os limites jurídicos da investigação defensiva que são aqueles inferidos do próprio Provimento. Diz o artigo 1º que a investigação será desenvolvida por um advogado, (podendo ser uma banca de advogados), e privilegia-se o âmbito penal. Da leitura do provimento, percebe-se que o “enfoque é de ser um instrumento de suporte à atuação no campo criminal”. Contudo, ao conter a palavra “procedimento”, pode-se estender a atividade investigatória também ao campo administrativo sancionador, como se verá logo adiante.²¹²

Da mesma maneira, depreende-se que o advogado defensor está a patrocinar interesse privado, que consiste na tutela de direitos do seu constituinte. Portanto, ainda que a função do advogado seja de interesse público, sendo essencial à

²¹¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico.** Artigo Colunista. Revista Consultor Jurídico. 19 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico> Acessado em: 11 jul. 2019.

²¹² TAMASAUSKAS, Igor. **Regulamentação da investigação defensiva: um primeiro passo relevante.** Artigo Colunista. Site Migalhas. 17 jan. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI294348,41046-Regulamentacao+da+investigacao+defensiva+um+primeiro+passo+relevante> Acessado em: 10 jul. 2019.

administração da Justiça²¹³, e, uma vez que seu interesse maior é tutelar o direito à liberdade da pessoa investigada, o caráter da investigação defensiva é, sem dúvida, privado.²¹⁴

Insta salientar que esta questão de diferentes interesses tutelados, público e privado, é importante quando se pensa na falta de “poder de polícia” que é característica da investigação defensiva. Constitui simplesmente no fato de o defensor não ter poder coercitivo para obrigar outros, terceiros à relação jurídico-processual, a colaborarem com a investigação realizada por ele, fornecendo informações ou documentos de prova. Não havendo cooperação por parte do terceiro, o defensor deve, necessariamente, socorrer-se do Judiciário para acessar o que almeja. Este seria o maior obstáculo na efetiva prática da investigação defensiva e que tem a capacidade de levar a não ter efeito: a falta do “poder de polícia”.²¹⁵

Na Itália, do mesmo modo, a realização da investigação defensiva pelo advogado e seus auxiliares é considerada como uma atividade de natureza privada, pois considera que o advogado não tem poderes coercitivos para realizar os atos de investigação defensiva, tais como buscas e apreensões, alterar o estado das coisas e lugares.²¹⁶

Machado menciona a crítica que os juristas italianos fazem sobre esta questão da investigação defensiva. Entendem que o poder de polícia deveria ser conferido ao advogado para a realização de determinados atos investigatórios. Exemplificando com os casos de “oitiva de testemunhas e obtenção de documentos em poder da Administração Pública ou particulares”, pois em nada se desculpa o fato de a

²¹³ Artigo 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. (BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acessado em: 10 jul. 2019).

²¹⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 478.

²¹⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal...**, 2010, p. 137.

²¹⁶ “In ragione della sua posizione privatistica, il difensore non godê de poteri coercitivi so cose e persone. Non può disporre perquisizioni e sequestri probatori, né alterar lo stato delle cose e dei luoghi; gli è precluso l’accesso a luoghi privati senza l’autorizzazione di chi ne há la disponibilità o del giudice e, ove intenda compiere accertamenti tecnici irripetibili, deve necessariamente comunicare al pubblico ministero la sua intenzione e renderlo partecipe dell’atto.” – “Por causa de sua posição privada, o advogado não desfruta de poderes coercitivos. Ele conhece coisas e pessoas. Ele não pode organizar buscas e apreensões em estágio probatório, nem alterar o estado das coisas e lugares; ele tem acesso negado a locais comprovados sem a autorização de quem estiver disposto a fazê-lo ou do juiz e, se ele pretender executar verificações técnicas irrepitíveis, deve necessariamente comunicar sua intenção ao promotor público e torná-lo um participante do ato.” – tradução nossa. (CURTOTTI, Donatella. **Le indagini preliminar...**, 2017, p. 331).

Administração Pública ter o poder de polícia e a advogados não. Essa diferença apenas reforça o tratamento desigual.²¹⁷

Esse tema é repleto de controvérsias na doutrina italiana e sua ponderação é importante “por definir a natureza dos atos praticados e, ao mesmo tempo, a consequência jurídico-penal quando houver violação das normas procedimentais” da investigação defensiva.²¹⁸ Isso porque, pela lei italiana (art. 359 do Código Penal), os particulares no exercício de atividades forenses não são qualificados como funcionários públicos, mas sim como pessoas que exercem um serviço público de necessidade.²¹⁹

Machado destaca em sua obra algumas decisões da Unione delle Camere Penali e do Tribunale di Torino, em que se reconhece que, apesar de o advogado ser um profissional privado, a documentação formada através da investigação defensiva seria de natureza pública, assumindo posição de funcionário público.²²⁰ Igualmente, Edson Baldan citando o julgado, conclui que o advogado tem uma dupla qualidade: de serviço de necessidade pública (pois tutela os direitos de seu cliente) e de oficial público (a partir do momento que documenta os elementos colhidos na investigação realizada).²²¹

Segundo esse raciocínio italiano, aqui no Brasil, até se poderia cogitar de se “atribuir a natureza pública aos atos investigativos produzidos pelo advogado, levando em consideração que o art. 2º, § 1º, do Estatuto da OAB” afirma que no ministério

²¹⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal...**, 2010, p. 137.

²¹⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 225.

²¹⁹ “Ai sensi dell’art. 359 del código penale, difatti, i privati che esercitano la professione forense non assumono la qualifica di pubblico ufficiale, né di incaricato di pubblico servizio (qualifica che, in forza degli artt. 361 e 362 c.p., comporta l’obbligo di denunciare i reati perseguibili d’ufficio), bensì quella di persone esercenti un servizio di pubblica necessità.” – “De acordo com o art. 359 do código penal, de fato, os indivíduos que exercem a profissão de advogado não assumem o status de funcionário público ou responsável de um serviço público (uma qualificação que, de acordo com os artigos 361 e 362 do código criminal, envolve a obrigação de denunciar ofensas ex officio), mas o de pessoas que exercem um serviço público de necessidade.” - tradução nossa. (BERNARDI, Fabrizio. **Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive: le attività di indagine**. Diritto Penale e Processo. Milano, v. 7, n. 2, feb. 2001, p. 207-222).

²²⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal...**, 2010, p. 127.

²²¹ Segundo o autor, “Recente decisão da Corte de Apelo de Torino, conformada pela Corte de Cassação Italiana, assentou que ao defensor penal que assume as vestes de investigador é reconhecida uma dúplice qualidade: aquela de exercente de um serviço de necessidade pública na relação com o próprio assistido (imputado ou pessoas ofendidas), o qual se vale de sua obra para a tutela dos seus interesses no procedimento penal, e aquele de oficial público no momento em que documenta a atividade de inquérito defensivo com as modalidades e nas formas previstas pelo Código de Processo Penal (Sentença de 17.01.2005, Corte de Apelo de Torino, Seção I, n. 3.291).” (BALDAN, Edson Luís. **Investigação defensiva: o direito de defender-se provando**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 15, n. 64, jan./fev. 2007, p. 253-273).

privado o advogado presta serviço público e exerce função social, o que vem a corroborar com a natureza pública da atividade de investigação defensiva.²²²

Contudo, pode-se concluir dessa questão que, na prática, o que será considerado e valorado é o conteúdo/resultado da investigação, pouco implicando se de natureza pública ou privada. Não se poderá valorar mais ou menos conforme a natureza da investigação. O importante é que os atos sejam praticados observando as regras procedimentais de maneira a preservar a licitude e a verdade do que foi produzido na investigação defensiva.

Continuando a análise do Provimento, pode-se dizer que não há previsão expressa quanto à obrigatoriedade de autorização judicial prévia para adotar medidas restritivas de direitos fundamentais. Contudo, esse limite está implícito, uma vez que é imposto à investigação pública, devendo, da mesma maneira, incidir sobre a privada.

Vale registrar que o provimento impõe que a investigação defensiva serve para a produção de provas lícitas, isto é, produção de documentos para a prova defensiva. A forma de obtenção dessas provas é outra limitação jurídica imposta pelo provimento. Os elementos de convicção do defensor devem ser obtidos de modo lícito, sendo vedadas, portanto, as provas falsas ou obtidas de forma ilícita.²²³ Ressalta-se que esse é um ponto tratado pelo provimento que não prevê a utilização do princípio da proporcionalidade no caso de obtenção de provas que representam a realidade, mas obtidas de forma ilícita, conforme já estudado no capítulo anterior.

Evidente que o artigo 1º deixa claro o conceito de investigação defensiva e seus limites jurídicos, uma vez que, da sua leitura, conclui-se que é uma preocupação que tudo que tenha sido colhido pelo defensor seja utilizado para a estratégia de defesa. Contudo, essa atividade investigatória não pode ser confundida ou entendida como uma forma de obstrução da investigação oficial.

Por sua vez, o artigo 3º apresenta os limites jurídicos quanto à finalidade, estabelecendo que a atividade de investigação presta-se a produzir material destinado a orientar a defesa do cliente frente às hipóteses elencadas:

²²² “É preciso dizer que a atividade advocatícia, como uma profissão que exerce um múnus público (art. 133, CF), poderia possuir fé pública no sentido de conferir autenticidade aos documentos por si atestados.” (DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **A Advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 26, n. 150, dez. 2018, p. 145-187).

²²³ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal...**, 2010, p. 137.

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

- I – pedido de instauração ou trancamento de inquérito;
- II – rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa;
- III – resposta a acusação;
- IV – pedido de medidas cautelares;
- V – defesa em ação penal pública ou privada;
- VI – razões de recurso;
- VII – revisão criminal;
- VIII – habeas corpus;
- IX – proposta de acordo de colaboração premiada;
- X – proposta de acordo de leniência;
- XI – outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

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

Na verdade, da leitura de tal dispositivo, percebe-se que foram elencados atos processuais nos quais a “investigação defensiva pode ser utilizada e não precisamente as finalidades”. Para Franklin Roger, desses atos processuais é possível extrair as finalidades: os incisos I e II uma finalidade de contribuição para a extinção prematura da investigação ou processo penal; os incisos III, V, VI e VII finalidade de resistência à pretensão ao esclarecimento da verdade durante a instrução processual; os incisos IV e VIII revelam uma finalidade liberatória da investigação; e os incisos IX e X, finalidade negocial.²²⁴

Ainda dentre este rol, apesar do caput deixar claro que é exemplificativo, verifica-se que não foi mencionado acerca das “ações de improbidade referentes à Lei Anticorrupção e demais instrumentos do direito administrativo sancionador”. Há uma “referência ao acordo de leniência”, porém deixa dúvida se é àquele previsto “na Lei 12.846/13 ou o da Lei Antitruste (Lei 12.529/11) ou àquele descrito na Lei 13.506/2017 (no âmbito do Sistema Financeiro Nacional e Comissão de Valores Mobiliários)”.²²⁵

Independentemente a qual lei o acordo de leniência se refira, importante é que está prevista a investigação de ordem interna nas empresas a fim de colaborar com as autoridades oficiais para esclarecimentos de crimes em que as empresas possam ter se envolvido. Ou seja, essa referência à proposta de acordo nos incisos IX e X

²²⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 520.

²²⁵ TAMASAUSKAS, Igor. **Regulamentação da investigação...**, 17 jan. 2019. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI294348,41046-Regulamentacao+da+investigacao+defensiva+um+primeiro+passo+relevante> Acessado em: 10 jul. 2019.

permite a interpretação de que a investigação defensiva se aplique à esfera administrativa também. A natureza do procedimento a que se dá enfoque no provimento é a criminal, porém não há nenhuma proibição de se fazer no âmbito administrativo sancionador uma vez que o rol é exemplificativo.

Gabriel Bulhões explica que no ambiente corporativo, o *Compliance* já apresenta atividades investigativas, citando as “investigações internas” ou “investigações corporativas”, que têm por finalidade a apuração de “falhas e crimes cometidos pelos integrantes da pessoa jurídica”. Continua o autor dizendo que essas investigações devem “submeter suas conclusões ao Comitê de Ética e que também é preciso observar os direitos dos funcionários ou colaboradores investigados”. Por fim, conclui que, no âmbito corporativo, está cada vez mais comum seguir o caminho da advocacia investigativa.²²⁶

Conforme demonstrado, o artigo 3º não traz o objetivo da investigação criminal defensiva e, neste propósito, o professor Franklin Roger, em obra sobre o tema, elenca quatro propósitos:

i – a coleta de informações que permitam a elucidação de fatos não apurados pela autoridade policial ou Ministério Público; ii – complementação de aspectos que a vítima pretenda trazer à atenção da acusação; iii – coleta de informações que possam embasar contraditas aos fatos apurados pela autoridade policial ou Ministério Público; iv – identificação do panorama probatório que pesa contra o acusado e permissão de uma avaliação do seu comportamento na relação processual, a estratégia defensiva de reação à imputação.²²⁷

A finalidade da investigação defensiva não é esclarecer o fato criminoso, uma vez que essa função é da atividade policial. Analisando os propósitos elencados acima, pode afirmar que a investigação defensiva se presta à pessoa investigada como suporte à sua defesa.

Geraldo Prado, citando Leonardo Holman, conclui que na busca da verdade do processo penal, cabe ao advogado a “preparação e produção” da estratégia a fim de rebater as “evidências produzidas em juízo”. Afirma, ainda, que sendo um modelo acusatório, cabe à defesa participar ativamente e não apenas assumir uma posição de reação.²²⁸

²²⁶ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva...**, 2019, p. 85-86.

²²⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 469.

²²⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório...**, 2005, p. 42.

Por fim, o parágrafo único admite que a investigação conduzida por advogado pode subsidiar o oferecimento de ações privadas, ou seja, a queixa (sendo principal ou subsidiária).

3.3. MODO DE EXECUÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Num segundo enfoque, torna-se importante definir o momento a partir do qual a investigação defensiva se desenvolve, ou seja, qual o limite temporal de sua existência, bem como estabelecer um método para sua realização.

Em único artigo, o provimento descreve e impõe seus limites temporais. Nos termos do artigo 2º, *in verbis*:

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

Da sua leitura, pode-se inferir que desde a prática da conduta que gerou um resultado, até mesmo após o trânsito em julgado e durante ou após a execução da pena, há possibilidade para o desenvolvimento da atividade investigativa pela defesa. O artigo envolve todas as fases do processo penal porque em todas elas “há repercussão direta na situação jurídica do imputado”, sobretudo quanto a sua liberdade. Por este motivo que foi prevista a atividade investigatória defensiva em um amplo espaço temporal.²²⁹

De qualquer forma, depreende-se que a investigação defensiva é dividida em quatro etapas: 1. antes de qualquer procedimento formal instaurado; 2. na fase de investigação preliminar; 3. durante o processo penal; 4. em sede de recurso, podendo ser após o trânsito em julgado.²³⁰

No primeiro momento, antes que haja procedimento formal instaurado, é imprescindível que o advogado trace e entenda o limites que lhe são impostos, uma vez que os atos que ele praticará não podem interferir na eventual investigação criminal que será realizada pela Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público.²³¹

²²⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 463.

²³⁰ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva...**, 2019, p. 105.

²³¹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal...**, 2010, p. 133.

Apesar de não literalmente expresso no Provimento, é importante, a par desse limite, que o advogado firme um contrato e estabeleça seu patrocínio quanto aos interesses do cliente com o objetivo de se resguardar da obrigação de comunicar a ocorrência de infração ou que lhe seja imputado qualquer crime relacionado a “dificultar as investigações oficiais”. Explica Franklin Roger que isso é uma etapa de enorme importância porque, “apesar de o advogado não possuir obrigação legal nesse sentido, poderá haver quem queira imputar infração praticada em desfavor do profissional quando agindo no exercício da atividade investigatória”.²³²

Na legislação italiana, esse cuidado também está previsto na *Investigazioni Difensive*. O defensor pode exercer a atividade de investigação defensiva no interesse de seu cliente já a partir do momento que ocorre sua nomeação, sendo-lhe conferido mandato específico. Nas palavras de Bernardi “*In ordine al dies a quo, può essere esercitata fin dal momento dell’incarico professionale, anche dal difensore che há ricevuto apposito mandato per l’eventualità che si instauri un procedimento penale (art. 391 – nonies comma 1)*”.²³³

No segundo momento, o Provimento traz a importância da investigação defensiva ser iniciada já na fase do inquérito. Isso porque, quanto antes começarem as investigações pelo defensor, maior é a probabilidade de se colher informações importantes e favoráveis para a defesa de seu cliente e até mesmo impedir a instauração de uma ação penal.

Assim, a investigação defensiva não está limitada apenas no ato de influenciar o convencimento do juiz através da produção de provas em juízo, ou sustentações orais em Tribunais, mas está presente na fase de investigação preliminar.

À medida que o processo penal se desenvolve, uma vez oferecida a ação penal, pode ser uma boa estratégia da defesa realizar diligências de investigação a fim de corroborar com as demais provas apresentadas e, assim, ter uma melhor visão dos fatos e provas colhidos e evitar contraprovas surpresas no decorrer da ação.²³⁴

²³² SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 463.

²³³ “Em relação aos dados *a quo*, pode ser exercido a partir do momento da “designação profissional, mesmo pelo defensor que tenha recebido mandato específico para a possibilidade de instauração de um processo criminal (art. 391 - nonies vírgula 1).”- tradução nossa. (BERNARDI, Fabrizio. **Maggiori poteri agli avvocati nella legge in matéria** 2001, p. 209)

²³⁴ LOPES JR, Aury. **Investigação Defensiva. (palestra)**. Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 07 maio 2019.

Por fim, a atividade de investigação pela defesa também pode se desenvolver após o trânsito em julgado da ação penal. Gabriel Bulhões assim exemplifica a situação de quando pode ser utilizada a investigação defensiva:

o interessado pode ter cometido uma falta grave em que há severas consequências, com apuração de fatos imputados, passíveis de defesa. Tem-se pois uma apuração preliminar, com regressão cautelar de regime, para somente depois ocorrer a Audiência de Justificação, onde se produzem as provas perante o Juízo de Execução Penal competente, sob o contraditório, para validar ou invalidar a imputação administrativa que altera, inclusive, a data-base para contagem do lapso temporal para fruição de benefício como progressão de regime, saída temporária, entre outros.²³⁵

Da mesma forma, na última etapa, na Revisão Criminal, a defesa pode ter conhecimento de novos fatos passíveis de embasar uma Revisão. Dessa forma, pode ela realizar atos de investigação para colher essas provas e trazer aos autos.²³⁶ Estes são, portanto, os limites temporais a partir dos quais a investigação defensiva se desenvolve.

Por outro lado, o Provimento não especificou o método da investigação defensiva em si, havendo pontos omissos que precisam ser regulados, sobretudo acerca do rito procedimental.

Porém, da sua leitura até aqui, pode-se teorizar que a investigação defensiva estaria dividida em três passos ou métodos gerais: uma primeira fase de “investidura”, a segunda de realização das “diligências necessárias” e a última, um “relatório final”. O autor desta teorização, Franklyn Roger, explica que o modo de se realizar a investigação defensiva seria como um paralelo com o inquérito policial.²³⁷

Pois bem, a fase de investidura consiste em “atos de natureza constitutiva”, por meio dos quais advogado e cliente irão estabelecer o vínculo de patrocínio de interesses. Nessa fase o interessado fará uma “entrevista pessoal e sigilosa” com o advogado, que realizará a investigação defensiva. Richard Cline, citado por Franklyn Roger, descreve que serão tratados os “aspectos da linha investigativa, deixando claro que os atos serão ou não realizados, conforme critérios do defensor”, principalmente

²³⁵ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva...**, 2019, p. 105.

²³⁶ LOPES JR, Aury. **Investigação Defensiva. (palestra)**. Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 07 maio 2019.

²³⁷ “Para compreendermos o que ora se explica, basta fazermos um paralelo com o inquérito policial”. (SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 468).

quando aos atos não forem relacionados com o objetivo da atividade investigativa defensiva.²³⁸

Portanto, é neste momento que advogado e cliente estabelecerão os limites da atividade de investigação e o advogado ressaltará sua independência funcional. Gabriel Bulhões, quanto a essa fase de investidura, assim adverte:

tendo noção da abrangência dos atos necessários à realização de uma investigação defensiva, faz-se necessária a cautela para obtenção de uma procuração com transferência de poderes especiais, com as finalidades e medidas específicas demandadas por essa atividade, não sendo suficientes procurações gerais/genéricas.²³⁹

Esse momento em que se traça o vínculo entre defesa e cliente é um momento importante, contudo, vale lembrar que o advogado pode recusar a realização da investigação, seja por motivos pessoais, seja por achar que não terá utilidade para o cliente. O advogado, por sua independência funcional assegurada no Estatuto, não é obrigado a estabelecer vínculo contratual, podendo recusar.²⁴⁰

Como segundo momento, tem-se a fase em que o advogado e sua eventual equipe realizarão as diligências necessárias para a colheita das informações imprescindíveis. Diversos atos podem ser praticados, conforme se verá no próximo tópico, que analisará o artigo específico, porém, sempre sob a gerência do defensor e dentro dos limites estabelecidos entre ele e o interessado na investigação defensiva.

Por fim, o último momento da investigação estaria na sua conclusão, que, assim como o inquérito realizado pela Polícia Judiciária, seria por meio escrito: um relatório. Neste relatório estariam formalizadas as informações colhidas na atividade investigativa, com a apresentação ao interessado para sua ciência, podendo o defensor apresentá-lo no curso da investigação criminal ou na instrução, caso pertinente.²⁴¹

O professor e investigador particular americano, Jeremy Lee Pennington, autor do livro cujo tema é a prática e o método da investigação criminal defensiva, citado por Roger, defende que há um “ciclo” (*Criminal Defense Investigation Cycle*) em que a investigação defensiva se desenvolve. Esse ciclo consiste em cinco passos:

²³⁸ Ibidem, 2019, p. 466.

²³⁹ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva...**, 2019, p. 102.

²⁴⁰ LOPES JR, Aury. **Investigação Defensiva. (palestra)**. Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 07 maio 2019.

²⁴¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 468.

1. definição da finalidade da investigação; 2. Realização de coleta de informações; 3. construção de uma estratégia a partir das informações coletadas; 4. necessidade de analisar as fontes dessas informações; 5. realizar um diagnóstico a partir da análise das fontes. Explica ainda que esse ciclo do trabalho defensivo não é fechado e estático - uma vez constituído o vínculo e traçadas as premissas de investigação, pode surgir no decorrer do processo a necessidade de se traçar novas diligências e o ciclo recomeçar:

Any time new information is received or the need for collection is identified the Criminal Defense Investigation Cycle is restarted. Regardless to the reason for new collection and analysis, the process is initiated at the issue defining stage. In practice, the Criminal Defense Investigation Cycle will be a repeating process os receiving or uncovering new information, adding the information to the General Criminal Defense Investigative Model, generating all source analysis, and completing a diagnostic analysis.²⁴²

Portanto, tem-se que o método da investigação criminal defensiva é dinâmico, uma vez que novas provas podem surgir ao longo do processo, e nada mais natural que a atividade investigativa seja acionada por diversas vezes sempre que surgirem novos indícios.

3.4. ATOS INVESTIGÁVEIS NA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Uma vez compreendida a essência da investigação, o artigo 4º descreve quais são os atos que o defensor pode realizar no desempenho da investigação defensiva:

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

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

²⁴² “Sempre que novas informações são recebidas ou a necessidade de coleta é identificada, o Ciclo de Investigação de Defesa Criminal é reiniciado. Independentemente do motivo da nova coleta e análise, o processo é iniciado no estágio de definição do problema. Na prática, o Ciclo de Investigação de Defesa Criminal será um processo repetitivo de recebimento ou descoberta de novas informações, adicionando as informações ao Modelo Investigativo de Defesa Penal Geral, gerando todas as análises de fontes e concluindo uma análise de diagnóstico”, conforme aduz Jeremy Lee Pennington - tradução nossa. (SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 473).

O artigo citado sublima tudo que foi escrito até aqui quanto ao direito de produzir prova defensiva e quanto ao princípio da paridade de armas. É neste artigo que se pode observar que o defensor possui os mesmos poderes investigatórios que aqueles conferidos aos órgãos públicos.²⁴³

Está descrito como exemplo de diligências a possibilidade de colher depoimentos, realizar exames de documentos, vistorias em lugares públicos ou privados e determinar elaboração de perícias. Portanto, veja-se que a investigação defensiva concede ao advogado não apenas a faculdade de requerer diligências ou documentos, mas sim a possibilidade efetiva de produzir essas provas de maneira independente.

Segundo Machado, a inquirição de testemunhas ou pessoas envolvidas na investigação penal que podem ajudar a esclarecer os fatos é o exemplo mais comum da atividade investigatória. E continua o autor defendendo que deve haver uma obrigação da testemunha de dizer a verdade quando indagada, sob pena de responsabilização criminal. Isso porque, essas oitivas fornecem elementos de grande importância para a defesa, e geralmente é o primeiro passo para a condução das investigações.²⁴⁴

Não há no direito brasileiro impedimento ao defensor em documentar declarações de pessoas que possam contribuir para a apuração do fato. No dia a dia da atuação criminal, o advogado já produz esse tipo de documento, que são as declarações de conduta do imputado, nos quais vizinhos/conhecidos declaram que “tal pessoa é bem quista na comunidade”.²⁴⁵

Schünemann destaca a importância de o defensor poder desenvolver suas próprias investigações. Para tanto, defende o jurista, a possibilidade de o defensor poder ouvir e fazer uma declaração de testemunhas que julgue importante para o esclarecimento dos fatos.²⁴⁶

²⁴³ Muito antes da promulgação do Provimento, André Machado já asseverava que na investigação defensiva “o defensor deve possuir poderes investigatórios equivalentes aos dos órgãos públicos, por força do princípio da paridade de armas e do direito de defesa”. (MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal...**, 2010, p. 133).

²⁴⁴ Ibidem, 2010, p. 134.

²⁴⁵ LOPES JR, Aury. **Investigação Defensiva. (palestra)**. Ordem dos Advogados do Brasil, Secção Paraná, 07 maio 2019.

²⁴⁶ “Para que el defensor pueda verificar los reparos que tenga, debe disponer de propias posibilidades de investigar. [...] Por consiguiente, siguiendo el modelo de la declaración subpoena norteamericana (es decir, bajo amenaza de pena), debe ser creada la posibilidad de que el defensor, con autorización judicial, pueda tomar declaración a testigos importantes que a su juicio hayan sido interrogados

Importa esclarecer que o comparecimento em juízo para prestar depoimento é uma obrigação atribuída a qualquer pessoa que seja intimada como testemunha em um processo. No entanto, essa obrigação não está prevista no provimento, o que implica reconhecer que o advogado não dispõe de poder coercitivo para intimar testemunhas.

A título ilustrativo, a possibilidade de colheita de depoimentos faz parte da atividade defensiva autorizada pelo Código de Processo Penal Italiano, segundo artigo 391 – *bis*.²⁴⁷ O artigo prevê que esses depoimentos possam ser adquiridos de forma verbal, não documentada; ou, também, pode o defensor solicitar a declaração escrita desses depoimentos.

Em seguida está prevista como ato investigatório a possibilidade de pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados. Essa possibilidade de requisição de informações encontra “reflexo no direito de informação e no direito de certidão contidos no artigo 5º, XXXIV, b, da Constituição Federal”. Esse tema tem importância por meio da “Lei 12.527/2011, que assegura a qualquer interessado o direito de formular pedido de acesso a informações aos órgãos públicos integrantes da administração direta ou indireta”. Contudo, muitas vezes, o advogado encontra empecilhos para o exercício dessa prerrogativa que é conferida a “qualquer

insuficientemente y, a raíz de esas declaraciones, pueda apreciar con seguridad la fiabilidad del resultado de las investigaciones”. – “Para que o defensor verifique as objeções que ele tem, ele deve ter suas próprias possibilidades de investigar. [...] Portanto, seguindo o modelo da declaração de intimação dos EUA (ou seja, sob ameaça de penalidade), deve-se criar a possibilidade de que o defensor, com autorização judicial, possa fazer uma declaração de testemunhas importantes que em seu julgamento foram insuficientemente interrogadas e, como resultado dessas declarações, podem ter certeza da confiabilidade dos resultados das investigações”. (SCHÜNEMANN, Bernd. **Obras: tomo II**. Buenos Aires: Rubinzal, 2009, p. 421.)

²⁴⁷ “Articolo 391: 1. Salve le incompatibilità previste dall'articolo 197, comma 1, lettere c) e d), per acquisire notizie il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici possono conferire con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa. In questo caso, l'acquisizione delle notizie avviene attraverso un colloquio non documentato. 2. Il difensore o il sostituto possono inoltre chiedere alle persone di cui al comma 1 una dichiarazione scritta ovvero di rendere informazioni da documentare secondo le modalità previste dall'articolo 391”. – Artigo 391: “1. Sem prejuízo das incompatibilidades estabelecidas no artigo 197, parágrafo 1, letras c) e d), a fim de obter informações que o defensor, o substituto, os investigadores particulares autorizados ou os consultores técnicos possam conferir com as pessoas capazes de relatar circunstâncias úteis para os fins de atividade investigativa. Nesse caso, as notícias são adquiridas através de uma entrevista não documentada. 2. O defensor ou o substituto também pode solicitar às pessoas mencionadas no parágrafo 1 uma declaração escrita ou fazer com que as informações sejam documentadas de acordo com os procedimentos estabelecidos no artigo 391”. – tradução nossa. (**Codice Di Procedura Penale**. Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/libro-quinto/titolo-vi-bis/art391bis.html> Acessado em 01 nov. 2019).

interessado”, devendo então ser sanada via judicial, seja por meio de Mandado de Segurança ou Habeas Data.²⁴⁸

O provimento prevê, portanto, a possibilidade de obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados como ato da investigação defensiva, contudo a edição de uma norma que respeite essa prerrogativa se mostra como uma medida imprescindível.

Na Itália, por outro lado, o artigo 391 – *quarter* do Código de Processo Penal Italiano, já prevê a possibilidade da defesa requisitar informações da administração pública.²⁴⁹

Outro ato tido como possível de ser desempenhado pela investigação defensiva é a possibilidade de determinar a elaboração de laudos e exames periciais. Sempre que a conduta deixar vestígios, é indispensável a realização do exame de corpo e delito, conforme artigo 158 do CPP. No entanto, o que se verifica na atuação criminal é que o defensor carece de um aparelhamento técnico para que possa colher os elementos indispensáveis para subsidiar sua defesa. Assim, o que acontece na prática atual é a instauração de uma instrução processual quando o exame de corpo e delito se mostra necessário ao caso.²⁵⁰

Contudo, essa possibilidade da defesa determinar elaboração de laudos e exames periciais, agora prevista no provimento, veio como uma alternativa para que o advogado possa colher melhor os elementos favoráveis para fundamentar sua futura defesa ou influenciar na formação da culpa.

Gabriel Bulhões descreve uma classificação para a atuação do perito dentro da investigação defensiva: “i) atuação como assistente técnico após o final das

²⁴⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 495 e 497.

²⁴⁹ “Articolo 391 quater (Richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione) 1. Ai fini delle indagini difensive, il difensore può chiedere i documenti in possesso della pubblica amministrazione e di estrarne copia a sue spese. 2. L’istanza deve essere rivolta all’amministrazione che ha formato il documento o lo detiene stabilmente. 3. In caso di rifiuto da parte della pubblica amministrazione si applicano le disposizioni degli articoli 367 e 368”. – “Art.391 quarto (Pedido de documentação da administração pública) 1. Para os fins das investigações defensivas, o defensor pode solicitar documentos mantidos pela administração pública e extrair cópias às suas próprias custas. 2. O pedido deve ser dirigido à administração que formou o documento ou o documento mantém firme. 3. Em caso de recusa da administração pública, aplicam-se as disposições dos artigos 367 e 368”. – tradução nossa. (**Codice Di Procedura Penale**. Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/libro-quinto/titolo-vi-bis/art391bis.html> Acessado em: 01 nov. 2019).

²⁵⁰ LOPES JR, Aury. **Investigação Defensiva. (palestra)**. Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 07 maio 2019.

perícias oficiais; ii) atuação na realização de perícia em paralelo à perícia oficial; iii) atuação em perícia autônoma, independente da existência de uma perícia oficial”.²⁵¹

O Código de Processo Penal Italiano, segundo o artigo 391, também permite esse ativismo defensivo quando é possibilitado à defesa utilizar da documentação de atos não repetíveis realizado por ocasião do acesso aos locais.²⁵²

Assim sendo, a previsão dessa possibilidade de a defesa determinar a elaboração de laudos e exames periciais veio para contrapor a disparidade probatória quando só uma das partes conduz a elaboração da prova pericial. “A presença do assistente técnico que possa contrapor essa atividade se revela imprescindível no contexto da paridade de armas”.²⁵³

O último ato investigatório citado é o de realizar reconstituições. O advogado responsável pela atividade de investigação deve ter uma capacidade (talvez técnica) de observar local e objetos a fim de reconstruir o fato mentalmente e, assim, elaborar sua estratégia defensiva.²⁵⁴

Segundo o autor português Eurico Duarte, o ato da reconstituição é um importante instrumento de defesa: “Mas a reconstituição do facto pode também ser uma arma de defesa requerida ao tribunal como prova para refutar a tese da acusação ou, no sentido de ilustrar ou corroborar a versão defendida”.²⁵⁵

Normalmente a reconstituição é realizada na fase de investigação, tendo em vista ser melhor sua realização logo após a prática do delito. Assim, a reconstituição

²⁵¹ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva...**, 2019, p. 127.

²⁵² “Articolo 391 decies (Utilizzazione della documentazione delle investigazioni difensive) 1. Delle dichiarazioni inserite nel fascicolo del difensore le parti possono servirsi a norma degli articoli 500, 512 e 513. 2. Fuori del caso in cui è applicabile l’articolo 234, la documentazione di atti non ripetibili compiuti in occasione dell’accesso ai luoghi, presentata nel corso delle indagini preliminari o nell’udienza preliminare, è inserita nel fascicolo previsto dall’articolo 431”. – “Art.391 decies (Uso de documentação de investigações defensivas) 1. As partes podem usar as declarações incluídas no arquivo do defensor de acordo com a lei dos artigos 500, 512 e 513. 2. Fora do caso em que o artigo 234.º é aplicável, a documentação de atos não repetíveis realizada por ocasião do acesso aos locais, apresentada durante a investigação preliminar ou audiência preliminar, está incluída no arquivo exigido pelo artigo 431. (**Codice Di Procedura Penale**. Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/libro-quinto/titolo-vi-bis/art391bis.html> Acessado em 01 nov. 2019).

²⁵³ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 504.

²⁵⁴ “A reconstituição tem, pois, natureza experimental, de confirmação ou infirmação de determinadas hipóteses factuais sendo a sua finalidade testar, pôr à prova, o que se diz ou pensa ter ocorrido.” (Supremo Tribunal de Justiça Portuguesa, Recurso Penal 22/98.0GBVRS.E2.S1, Rel.: Francisco Caetano, Quinta Secção, julgado em 06/12/2018). Disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ae5ae23cfa114b5e80258360004ebdc_a?OpenDocument Acessado em: 01 nov. 2019.

²⁵⁵ DUARTE, Eurico Balbino. In: BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Prova criminal e direito de defesa. Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal**. Coimbra: Almedina, 2013, n.p, e-book.

pode ser realizada na atividade investigativa sob dois prismas: “a defesa aguarda a polícia chegar e acompanha o seu trabalho oficial; ou a defesa realiza inspeção no local antes da polícia, mas preserva o local como forma de caracterizar sua boa-fé”.²⁵⁶

Francisco da Costa Oliveira explica que nesta segunda vertente é importante atentar para a “asepsia clínica”, sugerindo que a defesa realize as diligências acompanhada de pessoa que exerça a função de testemunha, a fim de que a prova colhida tenha credibilidade na atividade investigatória.²⁵⁷

Termina o caput do artigo 4º ressaltando as hipóteses de reserva de jurisdição²⁵⁸. Significa que a “reserva de jurisdição” tem como delimitar esses poderes instrutórios da investigação defensiva, ou seja, o defensor não poderá praticar atos propriamente jurisdicionais, que são aqueles atribuídos com exclusividade aos membros do Poder Judiciário.

Importa frisar que os atos aqui previstos são enunciativos e não um rol exaustivo. Certamente a defesa técnica se verá diante de situações em que terá que buscar por fontes de provas decorrentes de atividades investigatórias ainda não praticadas.

No parágrafo único consta a possibilidade de o advogado valer-se inclusive de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de campo, enfim, de pessoas com conhecimento técnico específico para a realização de atos investigatórios.

²⁵⁶ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva...**, 2019, p. 126.

²⁵⁷ “Assim, uma genérica preocupação de asepsia clínica da obtenção e no tratamento imediato da prova deve presidir a tais atividades investigadoras da Defesa. Designadamente e pensando sempre na concreta função dos meios de prova em apreço: quando possam assumir relevo o tempo, o local e o modo como foram encontrados, a defesa deverá assegurar-se que a sua recolha seja feita ou pelos próprios órgãos de policial criminal, sempre que possível, ou perante testemunhas credíveis [...]”. (OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 64).

²⁵⁸ A lição de Canotilho é que na doutrina brasileira predomina o entendimento de que a expressão “reserva de jurisdição” se refere às hipóteses em que ao Poder Judiciário é atribuída com exclusividade a “primeira palavra” sobre determinado assunto, ou seja, às questões que apenas podem ser decididas por órgãos judiciais no exercício da atividade jurisdicional. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2002, 99). Ainda, segundo o Min. Celso de Mello no julgamento do MS 23452/RJ, quando tratou dos poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito, “o postulado de reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”. (STF – MS 23452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 16.09.1999) Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj> Acessado em: 11 jul. 2019).

Neste ponto, curioso que o Provimento sobre a investigação defensiva realizada pelo advogado veio apenas recentemente em 2018 e está sob alvo de severas críticas. Porém, a colaboração do detetive particular com a investigação policial em curso já estava prevista na Lei 13.432 de 2017²⁵⁹, que dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular e nunca foi alvo de críticas severas como está sendo a investigação defensiva.²⁶⁰

De qualquer forma, importante é que no procedimento da investigação defensiva o advogado pode ser auxiliado por profissionais com conhecimento técnico, os quais provavelmente poderão elaborar provas de melhor qualidade científica para serem usadas pelo defensor.

Usualmente há uma sobrecarga sobre os defensores que se deparam com situações em que são obrigados a analisar outras áreas de conhecimento, sem ter capacitação profissional para tanto. A ideia do parágrafo único de valer-se de colaboradores é no sentido de orientar a atividade de defesa, fornecendo apoio e, ao mesmo tempo, qualificando a atividade defensiva e proporcionando uma adequada ampla defesa no processo.

Igualmente na Itália, a atividade de investigação defensiva prevê a colaboração de investigadores particulares desde que autorizados e que tenham uma experiência técnica para o correto exercício da atividade.²⁶¹

O Provimento não prevê acerca de como esses elementos de provas colhidos devem ser registrados pelo advogado. Porém, em regra, como já é realizado nas atividades do Poder Judiciário, o que é produzido deve ser reduzido a termo, ou seja, na forma escrita. Segundo Gabriel Bulhões:

²⁵⁹ Artigo 5º. O detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante. Parágrafo único. O aceite da colaboração ficará a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo. (BRASIL. **Lei 13.432 de 11 de abril de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm Acessado em: 11 jul. 2019).

²⁶⁰ LOPES JR, Aury. **Investigação Defensiva. (palestra)**. Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 07 maio 2019.

²⁶¹ “Quanto agli investigatori privati, la legge subordina la facoltà di svolgere indagini al prévio rilascio di un’apposita autorizzazione (art. 327 – bis c.p.p.). Vi provvederà il Prefetto, previa verifica che i richiedenti abbiano maturato una specifica esperienza professionale che garantisca il corretto esercizio dell’attività (art. 222 disp. Coord.)”. – “Quanto aos investigadores particulares, a lei faz o direito de investigar sujeito à liberação prévia de uma autorização específica (art. 327 - bis cp). O prefeito cuidará disso, depois de verificar que os candidatos amadureceram uma experiência profissional específica que garante o correto exercício da atividade (art. 222 disp. Coord.) ”. – tradução nossa. (BERNARDI, Fabrizio. **Maggiori poteri agli avvocati nella legge in matéria** 2001, p. 209).

Ao final de cada diligência, sugere-se que o profissional solicite a elaboração de um relatório sucinto das atividades desempenhadas e resultados obtidos. Recomenda-se que o advogado receba do profissional, mediante assinatura em contrafé, relatório circunstanciado sobre os dados e informações coletados, que conterà: i. os procedimentos técnicos adotados; ii. a conclusão em face do resultado dos trabalhos executados; iii se for o caso, a indicação das providências legais a adotar e iv. a data, identificação completa do profissional e sua assinatura, com firma reconhecida em cartório.²⁶²

Melhor seria o provimento prever expressamente a forma escrita, até para se ter uma regulamentação clara e uma confiabilidade no que foi produzido, para que não haja inutilização processual sob o pretexto de falta de formalidade.

3.5. DEVERES DO ADVOGADO NA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

A questão que se coloca neste tópico é: qual a conduta que o advogado deve ter no mister de desempenhar com efetividade e segurança a atividade investigatória defensiva?

Nesse ponto, o artigo 5º traz os deveres do advogado condutor da investigação defensiva:

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

O direito ao sigilo do inquérito defensivo é uma questão de grande relevância quando se trata de investigação criminal defensiva. Toda informação compartilhada pelo cliente com seu advogado deve estar asseguradas pelo sigilo profissional, sendo confidenciais as informações trocadas, de modo que a sua publicidade é restrita. Essa proteção, pode-se dizer, “deriva não só do direito à defesa técnica, mas também da garantia de não autoincriminação”.²⁶³

O tema do sigilo pode tomar contornos complicados em duas situações. A primeira, se pensar na possibilidade de o advogado que conduziu a investigação defensiva em favor do interessado, descobrir novos elementos que levariam a uma

²⁶² DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva...**, 2019, p. 128-129.

²⁶³ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 515.

imputação desfavorável a outra pessoa ser arrolado pelo Ministério Público para prestar depoimento no novo processo.²⁶⁴

Neste caso, como já exposto, é cristalino o dever de sigilo imposto ao advogado referente às informações obtidas no exercício de suas funções, na forma do artigo 207 do Código de Processo Penal²⁶⁵, dos artigos 25 e 26 do Código de Ética da OAB²⁶⁶.

Do mesmo modo, o defensor no processo penal italiano está excluído da obrigação de relatar eventuais crimes de que tenha tido conhecimento no contexto da atividade defensiva, conforme artigo 334 – *bis*²⁶⁷ daquele codex.

Bernardi alerta que o advogado de defesa e, também, seus colaboradores têm um dever absoluto de sigilo e confidencialidade em relação às evidências e informações coletadas na atividade investigativa. Afirma que o sigilo é um dever e um direito de não denunciar até mesmo a ocorrência de crimes que tenham conhecimento:

Grava sul difensore (e su coloro che com lui collaborano) un assoluto dovere di segretezza e di riservatezza circa gli elementi di prova e le informazioni raccolti nell'ambito dell'attività investigativa. Opportuna appare, pertanto, l'estensione del segreto professionale conseguente alle modifiche apportate agli artt. 116, 197 e 200 del codice di rito. La segretezza rappresenta un dovere ma anche un diritto, ed involge, altresì, le notizie afferenti ai fatti di reato. Così, l'art. 344 – bis c.p.p. puntualizza come il difensore e i suoi ausiliari

²⁶⁴ LOPES JR, Aury. **Investigação Defensiva. (palestra)**. Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 07 maio 2019.

²⁶⁵ Artigo 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho. (BRASIL, **Código de Processo Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acessado em: 2 nov. 2019).

²⁶⁶ Artigo 25. O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.

Artigo 26. O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte. (**Código de Ética e Disciplina da Oab** <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacao/oab/codigodeetica.pdf> Acessado em: 2 nov. 2019).

²⁶⁷ “Articolo 334 bis (Esclusione dell'obbligo di denuncia nell'ambito dell'attività di investigazione defensiva) (1) 1. Il difensore e gli altri soggetti di cui all'art. 391 bis non hanno obbligo di denuncia neppure relativamente ai reati dei quali abbiano avuto notizia nel corso delle attività investigative da essi svolte”. – “Artigo 334 bis (Exclusão da obrigação de relatar no contexto da atividade de investigação defensiva) (1) 1. O defensor e os demais sujeitos, nos termos do art. 391 bis não têm obrigação de denunciar nem mesmo em relação aos crimes de que foram informados durante o atividades de investigação realizadas por eles”. – tradução nossa. (**Codice Di Procedura Penale**. Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/libro-quinto/titolo-vi-bis/art391bis.html> Acessado em 02 nov. 2019).

non hanno l'obbligo di denuncia neppure reattivamente ai reati dei quali abbiano avuto notizia nel corso delle attività investigative da essi svolte.²⁶⁸

A segunda situação, está relacionada a uma pretensa ideia inexistente de cumplicidade entre a defesa e o interessado/defendido. É normal as pessoas leigas pensarem que a função do advogado é ocultar a verdade e simular situações não existentes em favor do exercício da defesa. Porém, “a advocacia é livre para diligenciar ou operar conforme seja melhor para a defesa do acusado”.²⁶⁹

Por esta razão, a importância da ética dos profissionais da equipe defensiva e da preservação do sigilo torna-se tão importante na investigação, pois a estratégia dentro “de uma função processual não pode ser condicionada à realidade prática desempenhada por seus profissionais”. O defensor criminalista não pode ser estigmatizado por um dever que lhe é cabido no exercício da profissão.²⁷⁰

Esse importante dever do sigilo também está presente no artigo 197, *comma* 1, d, do Código processual penal italiano²⁷¹, que impede que sejam apresentados como testemunhas quem já exerceu função de juiz, procurador público ou seu auxiliar.

Mazza explica que, com esse artigo, busca-se estabelecer o caráter sigiloso da investigação defensiva. Assim, segundo o autor, o princípio do sigilo estabelece que a acusação e a defesa possam “jogar cartas viradas para baixo” mutuamente. Ou seja, o autor quer dizer que tanto defesa quanto os órgãos oficiais (polícia e Ministério Público) têm o caráter de sigilo nas suas investigações.²⁷²

²⁶⁸ “O advogado de defesa (e aqueles que colaboram com ele) tem um dever absoluto de sigilo e confidencialidade em relação às evidências e informações coletadas no contexto da atividade investigativa. Portanto, a extensão do sigilo profissional decorrente das modificações feitas nos artigos 116, 197 e 200 do código padrão. O sigilo representa um dever, mas também um direito, e também envolve as notificações relativas aos fatos do crime. Assim, l. 344 - bis c.p.p. assinala como o defensor e seus auxiliares não são obrigados a denunciar nem mesmo os crimes de que foram notificados durante as atividades de investigação que realizaram”. – tradução nossa. (BERNARDI, Fabrizio. **Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia** 2001, p. 219).

²⁶⁹ LOPES JR, Aury.; Rosa, Alexandre Morais da; Bulhões, Gabriel. Notícia. **Investigação defensiva: poder-dever....** 15 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania> Acessado em: 11 jul. 2019.

²⁷⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 514.

²⁷¹ “Articolo 197 (Incompatibilità con l'ufficio di testimone) - 1. Non possono essere assunti come testimoni: d) coloro che nel medesimo procedimento svolgono o hanno svolto la funzione di giudice, pubblico ministero o loro ausiliario”. – “Artigo 197 (Incompatibilidade com o escritório de testemunhas) - 1. Não podem ser contratadas como testemunhas: d) quem, no mesmo processo, exerce ou exerceu a função de juiz, procurador público ou seu auxiliar”. – tradução nossa. (**Codice Di Procedura Penale**. Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/libro-quinto/titolo-vi-bis/art391bis.html> Acessado em 02 nov. 2019).

²⁷² “Si è dunque stabilito che accusa e difesa possano reciprocamente ‘giocare a carte coperte’, sai puré com tempi di Discovery non perfettamente coincidenti”. – “Portanto, foi estabelecido que a acusação e a defesa podem “jogar cartas viradas para baixo” mutuamente, você sabe, desde que os tempos do

Ainda, sobre a postura durante o desenvolvimento da investigação defensiva, diz o citado artigo do provimento que se deve preservar a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas. Ou seja, os deveres de conduta da investigação defensiva envolvem tanto o interessado/imputado que tem que ter os seus direitos assegurados, quanto as demais pessoas envolvidas, isto é, aquelas que serão ouvidas pelo defensor, que serão chamadas a participar da atividade investigatória defensiva.

Gabriel Bulhões alerta sobre o cuidado que se deve ter com os direitos e garantias fundamentais de qualquer pessoa, física ou jurídica, que seja trazida a participar de uma investigação defensiva. Explica que a conduta que violar, sem autorização judicial, o sigilo de outrem, estará cometendo crime “e estará sujeito às sanções criminais, cíveis e administrativas”.²⁷³

Dentro desse contexto, continua o autor descrevendo a respeito dos deveres do advogado:

Quanto aos deveres do advogado condutor da investigação defensiva, transpondo a leitura das obrigações (constitucionais, legais, administrativas e éticas) que norteiam a advocacia para o campo dessa atividade, entende-se que se deva: i. preservar o sigilo das fontes de informação; ii. respeitar o direito à intimidade, privacidade, honra e à imagem das pessoas; iii. exercer a atividade com zelo e probidade; iv. defender, com isenção, os direitos e as prerrogativas profissionais, zelando pela própria reputação e a da classe; v. zelar pela conservação e proteção de documentos, objetos, dados ou informações que lhe forem confiados pelo constituinte ou em defesa dos seus interesses; vi. restituir, íntegro, ao constituinte, findo o contrato ou a pedido, documento ou objeto que lhe tenha sido confiado; vii. prestar contas ao constituinte.²⁷⁴

De igual modo, no Código Italiano de Comportamento do Penalista na Investigação Defensiva, cabe ao defensor agir segundo os preceitos éticos como probidade, lealdade, competência e verdade na condução das investigações, sempre atentando ao princípio da lealdade processual e dialética do procedimento.²⁷⁵

Discovery não sejam perfeitamente coincidentes ". – tradução nossa. (MAZZA, Oliviero. **Fascicolo del difensore e utilizzabilità...**, 2002, p. 1762).

²⁷³ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva...**, 2019, p. 99.

²⁷⁴ Ibidem, 2019, p. 100.

²⁷⁵ “Articolo 1 (Norme deontologiche applicabili) 1. Nello svolgimento delle investigazioni difensive il difensore osserva le norme del Codice deontologico forense, con particolare riferimento ai doveri di probità, fedeltà, competenza e verità, nonché le ulteriori norme degli articoli che seguono, nel rispetto del principio di lealtà processuale e a garanzia della reale dialettica nel procedimento. 2. Nessuna distinzione circa i doveri professionali in materia di investigazioni difensive è consentita tra difensore di fiducia e difensore d'ufficio”. – “Artigo 1 (Regras deontológicas aplicáveis) 1. Ao realizar investigações defensivas, o defensor observa as regras do código de ética forense, com particular referência aos

Verifica-se, por fim, que este artigo traz preceitos éticos aptos a orientar o profissional no exercício da atividade investigatória de defesa, impondo limites e reafirmando a necessidade de observar as garantias de todos os indivíduos submetidos ao inquérito defensivo.

3.6. A PUBLICIDADE DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Assegura-se ao advogado e demais profissionais que realizam atos de investigação defensiva a garantia de não serem obrigados a prestar informações relativas aos fatos apurados na investigação *in verbis*:

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

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

A publicidade da investigação defensiva está “intimamente ligada à ideia da lealdade processual e do direito à não autoincriminação”. Entende Franklin Roger que essa “discrecionalidade da defesa na divulgação do resultado, considerando o direito à não autoincriminação, está ligada ao direito de não produzir prova contra si mesmo”.²⁷⁶

Se, eventualmente, o advogado constata, na coleta dos elementos da investigação defensiva, a culpabilidade do cliente, esse artigo lhe consente, inclusive, recusar-se a continuar com os atos investigatórios. Isto é, com a ciência da culpabilidade do cliente, antes de o profissional inferir num comportamento antiético, poderá declinar o exercício da defesa técnica.²⁷⁷

Ainda no parágrafo único há normativa expressa quanto à anuência do interessado quanto à publicidade do conteúdo da investigação defensiva. Portanto, a

deveres de probidade, lealdade, competência e verdade, bem como as demais regras dos artigos seguintes, em conformidade com o princípio da lealdade processual e como garantia de dialética real no processo. 2. Nenhuma distinção em relação a deveres profissionais em matéria de investigações defensivas são permitidas entre um defensor de confiança e um defensor *ex officio*”. – tradução nossa. (**Regole Di Comportamento Del Penalista Nelle Investigazioni Difensive**. Disponível em: <https://www.camerepenali.it/public/file/Documenti/REGOLE%20DI%20COMPORTAMENTO%20DEL%20PENALISTA.pdf> Acessado em 02 nov. 2019).

²⁷⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 477.

²⁷⁷ LOPES JR, Aury. **Investigação Defensiva. (palestra)**. Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 07 maio 2019.

defesa não possui obrigação legal de fornecer o resultado da investigação aos órgãos estatais de persecução, sendo o constituinte o destinatário final do material, somente autorizando sua divulgação com anuência expressa.

Nada obstante, depois de autorizados, o defensor deverá ter muita segurança em apresentar os elementos colhidos durante a investigação defensiva, uma vez que, quando tornados públicos, se tornará comum a todas as partes envolvidas, não podendo ser subtraídos ou retirados posteriormente.

Neste ponto, a atividade investigatória defensiva difere dos órgãos estatais quanto à oficiosidade. Isso porque, caso a autoridade policial tome conhecimento da prática de um delito que seja de ação penal pública incondicionada, deverá agir de ofício, instaurando o inquérito policial, independentemente da manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal.²⁷⁸

Fabrizio Bernardi explica que o defensor tem direito de escolher se e quando externalizar os resultados de sua atividade investigatória:

Il pubblico ministero, parte pubblica, com la chiusura delle indagini è chiamato a rendere noti gli elementi probatori a carico ed a tale dovere non può sottrarsi nell'eventualità di svolgimento di indagini successive. Vice-versa, la difesa há il diritto di scegliere se e quando esternare i risultati delle proprie attività, posto che lo svolgimento delle indagini "integrative", così come l'úttizzazione processuale ed il deposito degli elementi di prova raccolti in tale âmbito, restano frutto di una facoltà e non certo um dovere. Deve allora accedersi ad um'interpretazione improntata ala logica del sistema: nella fase delle indagini, nell'udienza preliminare e sucessivamente all'emissione del decreto che dispone il giudizio, il difensore può, a sua discrezione, presentare al giudice gli elementi di prova a discarico raccolti.²⁷⁹

²⁷⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal...**, 2010, p. 48.

²⁷⁹ "O promotor público, com o encerramento da investigação, deve divulgar as evidências e esse dever não pode ser evitado na eventualidade de investigações subseqüentes. Por outro lado, a defesa tem o direito de escolher se e quando externalizar os resultados de suas atividades, uma vez que a realização das investigações "suplementares", assim como o uso do julgamento e o depósito das evidências reunidas nesse contexto permanecem como resultado de uma faculdade e certamente não um dever. Ele deve então averiguar com uma interpretação baseada na lógica do sistema: na fase de investigação, na audiência preliminar e subseqüentemente à emissão do decreto que ordena o julgamento, o defensor pode, a seu critério, apresentar as evidências ao juiz". – tradução nossa. (BERNARDI, Fabrizio. **Maggiori poteri agli avvocati nella legge in matéria** 2001, p. 210)

A doutrina italiana entende, da leitura do artigo 391- ter do Código de Processo Penal²⁸⁰, que devem ser apresentadas e assinadas pelo declarante todas as informações. O defensor deve formar um relatório e este deve ser autenticado.²⁸¹

Tem-se, por fim, que a questão da publicidade é de grande importância tendo em vista que através do efeito persuasivo dessas informações defensivas colhidas é que haverá a formação do convencimento do juiz.

3.7. A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO PRERROGATIVA PROFISSIONAL

O último dispositivo do provimento estabelece que:

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

Até aqui todo Provimento foi apontado à figura profissional do advogado. Então, ao situar que a atividade é privativa da advocacia, essa proteção legal passa a ser estendida, também, ao material de trabalho, na forma do artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, “incluindo não apenas o relatório final, mas também as notas e demais informações tomadas durante a investigação”.²⁸²

Portanto, quanto à prerrogativa do advogado à atividade investigatória defensiva, não restam dúvidas.

Por outro lado, faz-se a crítica do artigo quanto a estabelecer que a investigação criminal defensiva não pode sofrer nenhum tipo de censura ou

²⁸⁰ “Articolo 391 ter (Documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni) 1. La dichiarazione di cui al comma 2 dell’articolo 391 bis, sottoscritta dal dichiarante, è autenticata dal difensore o da un suo sostituto, che redige una relazione nella quale sono riportati: a) la data in cui ha ricevuto la dichiarazione; b) le proprie generalità e quelle della persona che ha rilasciato la dichiarazione; c) l’attestazione di avere rivolto gli avvertimenti previsti dal comma 3 dell’articolo 391 bis; d) i fatti sui quali verte la dichiarazione”. – “Art.391 ter (documentação de declarações e informações) 1. A declaração referida no n.º 2 do artigo 391.º-A, assinado pelo declarante, é autenticada pelo defensor ou seu substituto, que elabora um relatório no qual são relatados: a) a data em que a declaração foi recebida; b) dados pessoais e os da pessoa que emitiu a declaração; c) o atestado de que tratou dos avisos previstos no parágrafo 3 do artigo 391 bis; d) os fatos nos quais a declaração se baseia”. – tradução nossa. (**Codice Di Procedura Penale**. Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/libro-quinto/titolo-vi-bis/art391bis.html> Acessado em 04 nov. 2019).

²⁸¹ MAZZA, Oliviero. **Fascicolo del difensore e utilizzabilità...**, 2002, p. 1761.

²⁸² TAMASAUSKAS, Igor. **Regulamentação da investigação...**, 17 jan. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI294348,41046-Regulamentacao+da+investigacao+defensiva+um+primeiro+passo+relevante> Acessado em: 04 nov. 2019

impedimento de autoridades. Ora, já restou demonstrado que se o advogado atuar em desacordo com as regras do ordenamento jurídico e em desacordo com os preceitos éticos, ele sofrerá as responsabilidades penais que lhe são cabidas.²⁸³

Pois bem, então o questionamento que fica é: a atividade de investigação defensiva também estaria voltada à Defensoria Pública?

É fato a garantia que o acusado tem de ter assistência jurídica de um advogado ou defensor custeado pelo Estado para desempenhar sua defesa em uma causa criminal. Trata-se “de direito indisponível que exige que o imputado tenha assegurado o direito à própria autodefesa e a uma defesa técnica realizada por um profissional habilitado”²⁸⁴.

Como já dito no primeiro capítulo, não há como negar que no sistema processual brasileiro o réu fica extremamente prejudicado pela estrutura do processo penal acusatório (que está mais para inquisitório), ainda mais quando é hipossuficiente economicamente e sem condições para pagar uma defesa técnica.

Essa estrutura do sistema processual penal acaba por causar grave prejuízo ao exercício do direito de defesa, pois não há como deixar de lado que as diligências técnicas necessárias para o desempenho de uma investigação defensiva, podem ter um valor muito alto e que o interessado não tenha condições de arcar.²⁸⁵

Renato Stanzola Vieira explica sobre a diferente distribuição de possibilidades no processo penal que gera, às vezes, uma impossibilidade de produzir as provas eficazmente, principalmente quando se trata dos mais pobres:

Assim, e a propósito, se é comum a lição segundo a qual as inatas diferenças entre acusador e acusado tornam impossível a igual distribuição de possibilidades no processo penal, a paridade de armas tem de cuidar de outra grave questão: a introjeção, no processo penal, das desigualdades sociais ou os próprios custos para que seja implementada a defesa dos cidadãos acusados de condutas complexas [...]. A razão de ser do auxílio aos mais pobres no processo penal, como diz Taruffo, é justamente a atuação de pano de fundo caritativo sem a qual a diferença entre ricos e pobres, trazida ao processo, seria sumamente desconsiderada. [...] A isso se soma que muitas vezes a defesa necessita de fundos para que possa produzir eficazmente as provas que entender pertinentes.²⁸⁶

²⁸³ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 521.

²⁸⁴ Ibidem, 2019, p. 521-522.

²⁸⁵ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva...**, 2019, p. 97.

²⁸⁶ VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal: do...**, 2014, p. 225.

Dentro deste contexto social que é a realidade brasileira, é necessária uma reflexão acerca do fortalecimento da instituição das Defensorias Públicas, a fim de que a atividade da investigação criminal defensiva não se torne um instituto elitista, que só quem tem condições de arcar com o pagamento poderá se utilizar.²⁸⁷

De maneira mais avançada, Marconi descreve que o direito à assistência jurídica no processo penal italiano garante não só a presença de um advogado, mas também a de um assistente técnico e de um investigador privado, de modo que o hipossuficiente também tenha a oportunidade de ter realizado a seu favor uma investigação defensiva, com a condição de que o trabalho realizado seja relevante para o fim a que se destina.²⁸⁸

Portanto, é importante que se continue a discussão neste ponto da investigação defensiva no Brasil com a necessária capacitação e o aparelhamento das Defensorias Públicas, considerando que o fator financeiro dos interessados é determinante para sua realização.

3.8 A MATÉRIA NO PROJETO DO NOVO CPP

De tudo visto até aqui, do ponto de vista regulamentar, o Conselho Federal da OAB caminhou no sentido de aprovar a proposta do Provimento em comento regulamentando a atividade investigativa defensiva no âmbito da advocacia.

Apesar da extensão curta do texto e de teor simplificado, o Provimento trouxe as balizas necessárias e o norte pelo qual a investigação defensiva deve caminhar nos próximos anos, sem, contudo, “engessar a atuação do advogado”, conforme ensina Malan:

²⁸⁷ LOPES JR, Aury. **Investigação Defensiva. (palestra)**. Ordem dos Advogados do Brasil, Secção Paraná, 07 maio 2019.

²⁸⁸ “L’ammissione a patrocinio statale, inoltre, garantisce la possibilità di avvalersi della collaborazione di consulenti tecnici di parte, retribuiti dall’erario, ma anche di prestazioni professionali di un investigatore privato autorizzato, per lo svolgimento di attività di investigazioni defensiva, com l’única condizione, nei confronti del solo consulente, che la prestazione técnica fornita, all’atto del conferimento, non appaia irrelevante o supérflua ai fini della prova, ex. art. 4 comma 2, così come modificato L. n. 134/2001”. – “Além disso, a admissão no patrocínio do Estado garante a possibilidade de recorrer à colaboração de consultores técnicos de parte, remunerados pelo Tesouro, mas também de serviços profissionais de um investigador privado autorizado, para a realização de atividades de investigação defensiva, com a única condição, somente ao consultor, de que o desempenho técnico fornecido, no momento do serviço técnico, não pareça irrelevante ou supérfluo para os fins a que se destina, na forma do art. 4 parágrafo 2, conforme alterado L. n. 134/2001”. – tradução nossa. (MARCONI, Mauro. **Patrocínio a spese dello stato e difesa d’ufficio nel giusto processo**. Disponível em: <http://www.criminaljusticenetwork.eu/it/autori/marconi-mauro> Acessado em: 04 nov. 2019).

[...] nenhum conjunto de normas de atuação profissional pode disciplinar satisfatoriamente a vasta gama de decisões táticas que podem ser tomadas na condução estratégico-operacional das causas criminais sem engessar a independência e a liberdade de atuação do advogado.²⁸⁹

Restou demonstrada, portanto, a possibilidade de se desenvolver a atividade investigativa defensiva com base nas regras processuais atualmente em vigor, bem como a necessidade de uma legislação que confira maior atenção ao tema ora analisado.

Não é o assunto a ser estudado por completo aqui, mas a matéria teve um primeiro passo normativo, de ordem legal, a partir do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. “Pela leitura do projeto do novo Código de Processo Penal percebe-se que o legislador não inovou muito em matéria probatória”.²⁹⁰

O texto originário continha as disposições sobre a investigação defensiva de forma bem simples, nos seguintes termos:

Art. 14. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.
Parágrafo único. As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas.²⁹¹

Após o início do projeto de lei, foi especificamente regulamentado sob o Projeto de Lei nº 8.045/2010²⁹², o qual recebeu alteração na redação do dispositivo, bem como a inserção de outros parágrafos, conforme se vê a seguir:

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

²⁸⁹ MALAN, Diogo Rudge. **Investigação defensiva no...**, 2012, p.6.

²⁹⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta...**, 2019, p. 545.

²⁹¹ Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Criada na forma do Requerimento nº 227, de 2008, aditado pelos Requerimentos nº 751 e 794, de 2008, e pelos Atos do Presidente nº 11, 17 e 18, de 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidania/visualizacaomateria?id=90645> Acessado em: 04 nov. 2019.

²⁹² Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8045, de 2010, do Senado Federal, que trata do "Código de Processo Penal". Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263> Acessado em: 04 nov. 2019.

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

§ 2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento.

§ 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz de garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista.

§ 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial.

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

§ 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.

Contudo, a disciplina até então apresentada continua superficial e certamente será necessária a previsão normativa de regras correlatas no regime jurídico dos advogados e da Defensoria Pública, além de disposições regulamentares no âmbito dessas instituições, com códigos deontológicos e catalogação das melhores práticas para orientar os profissionais brasileiros.²⁹³

Do Projeto do novo CPP em si, pode-se afirmar que, desde seu nascimento em 2009, houve tentativa pelo Senado Federal de um “regime de urgência” para as discussões e votações, “desconsiderando todas as globais mudanças que o CPP terá, bem como desdenhando todo o tempo de espera da atualização legislativa que já beira quase oito décadas”.²⁹⁴

Recentemente, no segundo semestre de 2018, houve rumores por uma ocasião política, que o texto atual seria aprovado, mas as expectativas não se confirmaram. O certo é que precisa ser promulgado um marco legal, que traga segurança jurídica, bem como se possa cogitar da expansão das prerrogativas da advocacia, no sentido de melhor exercer sua função investigativa.

²⁹³ LOPES JR, Aury. **Investigação Defensiva. (palestra)**. Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 07 maio 2019.

²⁹⁴ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva...**, 2019, p. 70.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta da pesquisa foi abordar o tema da Investigação Defensiva criminal como um direito das partes, decorrente do próprio direito à prova, sendo um desdobramento do direito à ampla defesa, do contraditório e da igualdade, e que está consubstanciada, implicitamente, na Constituição Federal de 1988.

Para o desenvolvimento do tema estudado, partiu-se da investigação criminal tradicional entendida como a atividade estatal da persecução penal destinada a preparar a ação penal. Quanto ao aspecto formal, a investigação mostrou-se como um procedimento administrativo ligado aos membros da Polícia ou do Ministério Público e pré-processual, uma vez que acontece antes do processo penal.

Ainda, esse procedimento preliminar tem como objetivo fornecer ao Estado o alicerce necessário para a instauração da ação penal, sobre a qual, comprovando-se a autoria e a materialidade do delito, haverá a imposição de uma sanção ao transgressor da lei penal.

Verificou-se, desse modo, que o seu objetivo não é comprovar a tese acusatória, mas verificar a plausibilidade da imputação, evitando, assim, processos penais inúteis. O objetivo da investigação estará atingido tanto quando se produzir uma acusação, como também quando não houver a imputação.

Ato contínuo, passou-se ao inquérito policial que é uma das formas previstas pela lei processual penal para a realização das investigações. É um procedimento (pois não há contrariedade na sequência dos atos) presidido pela autoridade policial, membro da polícia judiciária, seja ela estadual ou federal.

Tradicionalmente, uma vez tratado como peça de cunho administrativo, o contraditório nunca foi admitido. Tentou-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988 um movimento interpretativo que buscou inserir dentro da investigação criminal a garantia da ampla defesa e do contraditório.

Contudo, a garantia do contraditório ainda não se encontra efetivada, uma vez que não é uma característica marcante dos procedimentos investigatórios o exercício do contraditório, assim como ocorre em uma relação processual.

Dentro do tema investigação, foi trazida a questão da investigação direta pelo Ministério Público. Apesar da profunda divergência na doutrina e jurisprudência brasileiras em tempos anteriores, hoje o tema está consubstanciado, pelo Supremo

Tribunal Federal, no entendimento de que cabe ao Ministério Público os poderes de investigação.

Ainda, no que tange quanto à eficácia dos atos de investigação, restou consignado que é incabível que os atos praticados por uma autoridade administrativa, sem a intervenção jurisdicional, tenham valor probatório na sentença.

Contudo, posicionamentos de autores foram apresentados em que se faz a distinção quanto à admissão da prova baseada no exercício do contraditório. Assim, existem os atos de prova e os atos de investigação. Os atos de prova são produzidos sob o crivo do contraditório e essa garantia de “confrontar” a produção da prova fortalece o sistema acusatório. Já os atos de investigação, ou seja, os elementos de informação colhidos na fase policial, podem se submeter, posteriormente, a um contraditório diferido antes que o juiz elabore sua decisão.

De qualquer forma, concluiu-se que o que não pode surtir efeito é que a força probante dos atos investigatórios se sobreponha às provas judiciais.

Quanto à gestão da prova, restou demonstrado que o magistrado não pode produzir provas no processo penal, porque a preparação da ação penal implica o afastamento do juiz da fase preparatória, salvo no caso de necessidade de produzir prova urgente e irrepetível.

De um modo geral, o processo penal brasileiro se mostrou ainda de raízes inquisitoriais, em que se verifica que o contraditório é praticamente inexistente e a ampla defesa é, de certa forma, muito limitada.

Após o embasamento inicial, passou-se para os fundamentos da investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico. Para tanto, foram trazidas para a pesquisa, em paralelo ao ordenamento brasileiro, o sistema processual italiano, tendo em vista tal sistema ser de marcante reconhecimento na atividade investigativa defensiva.

Continuando dentro do ordenamento jurídico da Constituição de 1988, a existência de disparidade de tratamento entre os sujeitos na persecução penal não poderia mais ser admitida. Definitivamente, o investigado é sujeito ou titular de direitos e não mais objeto de investigação.

Assim, do novo posicionamento do investigado nas atividades investigatórias, tomou-se importância o princípio da igualdade processual e o princípio do contraditório e ampla defesa que representam os elementos essenciais para o embasamento da investigação criminal defensiva.

O princípio da igualdade é o tratamento paritário aos que se encontram em posições jurídicas idênticas no processo e a garantia das mesmas oportunidades para as partes comprovarem seus argumentos. Assim, a noção de investigação defensiva estaria ligada ao conhecimento pelo acusado da investigação e da perseguição criminal que lhe é atribuída, fazendo, assim, com que a oportunidade de defesa e a aplicação da paridade de armas seja efetivamente exercidas.

E, sobre o princípio da ampla defesa e contraditório, abre-se a possibilidade da defesa realizar investigação. O direito à investigação defensiva, portanto, se fundamenta no direito à produção de provas, o qual é derivado dos princípios do devido processo legal e da paridade de armas.

Por fim, após a exposição dos fundamentos da investigação criminal defensiva, abordou-se o Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB que veio para regulamentar o exercício da atividade profissional do advogado de realizar diligências investigatórias.

Tal Provimento pretendeu trazer balizas, sem engessar a atividade da investigação defensiva. Almejou fixar modelos, métodos e técnicas, sem, por outro lado, ditar pormenorizadamente como deve ser ou não ser a atuação profissional da advocacia investigativa.

Da análise específica dos artigos, verificou-se que foram tratados o objeto, limites e modo de execução da investigação defensiva, bem como quanto aos atos investigáveis no procedimento. Da mesma forma, o Provimento tomou o cuidado de tratar quanto aos deveres do advogado que conduz a investigação defensiva, a publicidade de tais atos e, por fim, estabeleceu que a atividade de investigação defensiva é privativa da advocacia.

Dessa forma, pôde-se demonstrar que o advogado está com as portas abertas para investigar dentro de um agir ético e legal e que a matéria teve um primeiro passo normativo. Porém, também se pôde concluir que ainda é necessária uma legislação para melhor regulamentar e estabelecê-la. E isso se espera com a aprovação do novo Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. **Impunidade y derecho penal internacional**. 2. ed. Buenos Aires: AD Hoc, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito**. In *Direito penal e processo penal: processo penal*, v. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BALDAN, Edson Luís. **Investigação defensiva: o direito de defender-se provando**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007.

BALDAN, Edson Luís. **Conselho Pleno da OAB aprova resolução que regulamenta Investigação por parte da defesa**. Notícia. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticia/14424-Conselho-Pleno-da-OAB-aprova-resolucao-que-regulamenta-investigacao-por-parte-da-defesa> Acessado em: 05 jul. 2019.

BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

BERNARDI, Fabrizio. **Maggiori poteri agli avvocati nella legge in matéria di indagini defensiva: le attività di indagine**. *Diritto Penale e Processo*. Milano, v. 7, n. 2, feb. 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público**. In: *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS/Coord. Alexandre Wunderlich*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da Oab** <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/codigodeetica.pdf> Acessado em: 2 nov. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acessado em: 14 out. 2019.

BRASIL, **Código de Processo Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acessado em: 1 jul. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acessado em 03 jul. 2019.

BRASIL. Lei 13.432 de 11 de abril de 2017. **Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm Acessado em: 11 jul. 2019).

BRASIL. Lei 4.338 de 25/9/02. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.** Brasília. Imprensa Nacional, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm Acessado em: 8 jul. 2019.

BRASIL. Lei 13.964 (Pacote Anticrime). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acessado em: 05 jun. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário nº 593727. Min. Rel. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. DJ 14/05/2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563> Acessado em: 4 jul. 2019.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Leis Penais Especiais Comentadas artigo por artigo.** Salvador: Editora JusPodivm, 2. ed., 2019.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra. Almedina: 1998.

CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. **Desjudicialização e resolução de conflitos.** Curitiba: Juruá, 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CIDH. **Convenção Americana de Direitos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 1969.** Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acessado em: 5 jul. 2019.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Investigação Criminal e Ministério Público.** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/investigacao_criminal.htm Acessado em: 04 jul. 2019.

CONTI, Carlos Eduardo Oliveira. **Investigação criminal defensiva como garantia do contraditório e ampla defesa.** Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Católica de Petrópolis, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro.** Revista de Estudos Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 49, 2001b.

CURTOTTI, Donatella. **Lésercizio del diritto di difesa nelle indagini preliminar.** In: NEGRI, Daniele. **Le indagini preliminar e l’udienza preliminare.** Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **A Advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 26, n. 150, dez. 2018.

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

D'IPPOLITO, Adelchi. **Rapporti tra Pubblico ministero, polizia giudiziaria e difensore nelle indagini preliminar.** Milano: Giuffrè, 2013.

DOTTI, René. **A autoridade policial na Lei 9.099/95. /95.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 41, mai.1996.

DUARTE, Eurico Balbino. In: BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Prova criminal e direito de defesa. Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal.** Coimbra: Almedina, 2013, n.p, e-book.

DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> Acessado em: 5 jul. 2019.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 3 ed. São Paulo: RT, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Rumos da investigação no direito brasileiro.** In Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel. Ano V, n. 21, jul./set. 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** 4. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOUREAUX, Priscila Viola. **A busca pela verdade no Tribunal Penal Internacional e o diálogo entre os Sistemas Judiciais Adversarial e Inquisitório.** Revista do CAAP, Belo Horizonte, n.1, v. XVII, 2012.

GEMAQUE, Sílvio César Arouck. **A necessária influência do processo penal internacional no processo penal brasileiro.** Brasília: CJF, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu Jose. **Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo.** In: Política criminal contemporânea: criminologia, direitopenal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS/Coord. Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo. Saraiva. 2015.

GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. Estudos de Direito Processual. Campos de Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005b.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “**As garantias constitucionais do processo**” in **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Defesa, contraditório, igualdade e *par conditio* na ótica do processo de estrutura cooperatória**. In: **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO. Antonio Magalhaes. **As nulidades no processo penal**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ITÁLIA. **Codice Di Procedura Penale**. Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/libro-quinto/titolo-vi-bis/art391bis.html> Acessado em 01 nov. 2019.

ITÁLIA. **Regole Di Comportamento Del Penalista Nelle Investigazioni Difensive**. Disponível em: <https://www.camerepenali.it/public/file/Documenti/REGOLE%20DI%20COMPORTAMENTO%20DEL%20PENALISTA.pdf> Acessado em 02 nov. 2019.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal**. 15 ed. Salvador: Juspoivm, 2018.

LOPES JR, Aury. **A crise do Inquérito Policial: Breve Análise dos Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. RDP n° 4, Out-Nov/2000, p. 39. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_04_39.pdf Acessado em: 04 jul. 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

LOPES JR, Aury. **Investigação Defensiva. (palestra)**. Ordem dos Advogados do Brasil, Secção Paraná, 07 maio 2019.

LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

LOPES JR, Aury.; Rosa, Alexandre Morais da; Bulhões, Gabriel. **Notícia. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania**. Revista

Consultor Jurídico. 15 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>
Acessado em: 11 jul. 2019.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010.

MACHADO, Luiz Alberto. **Conversa com a polícia judiciária**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Curitiba: Juruá, n. 4, 2000.

MALAN, Diogo Rudge. **Defesa penal efetiva**. Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo, v. 3, n. 4, p. 253-277, jan./jun. 2006.

MALAN, Diogo Rudge. **Investigação defensiva no processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, vol. 96, p. 2-5, 2012.

MALISKA, Marcos Augusto; COMPLAK, Krystian (Org.). **Polska i Brasylia: democracia e direitos fundamentais no constitucionalismo emergente**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

MARCONI, Mauro. **Patrocinio a spese dello stato e difesa d'ufficio nel giusto processo**. Disponível em: <http://www.criminaljusticenetwork.eu/it/autori/marconi-mauro> Acessado em: 04 nov. 2019.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Millennium, 2000.

MAZZA, Oliviero. **Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive**. In: REPERTORIO generale annuale della giurisprudenza italiana, Torino: UTET, 2 v., 2002.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

PASSANANTE, Luca. **La prova illecita nel processo civile**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

PITOMBO, Sérgio. **Inquérito Policial: novas tendências**. Belém: CEJUP, 1987.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

RAMOS, Vitor de Paula. **Direito fundamental à prova**. Revista de Processo. São Paulo, v. 38, n. 224, p. 41-61, out. 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 26 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo ministério público: visão crítica**. Rio de Janeiro. Lúmen Juris, 2003.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Conselho Federal da OAB regulamenta investigação conduzida pela defesa**. Notícia. 15 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-15/conselho-federal-oab-regulamenta-investigacao-defesa> Acessado em: 11 jul. 2019.

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

SCHÜNEMANN, Bernd. **Obras: tomo II**. Buenos Aires: Rubinzal, 2009.

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

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico**. Artigo Colunista. Revista Consultor Jurídico. 19 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico> Acessado em: 11 jul. 2019.

SILVA, Geraldo Jose da. **O inquérito policial e a polícia judiciária**. Campinas: Bookseller, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

TAMASAUSKAS, Igor. **Regulamentação da investigação defensiva: um primeiro passo relevante**. Artigo Colunista. Site Migalhas. 17 jan. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI294348,41046-Regulamentacao+da+investigacao+defensiva+um+primeiro+passo+relevante> Acessado em: 10 jul. 2019.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4 ed., 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: RT, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980.

VALLI, Roberto V. O. **Le indagini scientifiche nel procedimento penale**. Milano: Giuffrè, 2013.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal: do conceito à aplicação no direito processual penal brasileiro**. Brasília: gazeta Jurídica, 2014.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Os bons ventos de Haia**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. N. 190, set./2008.