

PUCRS

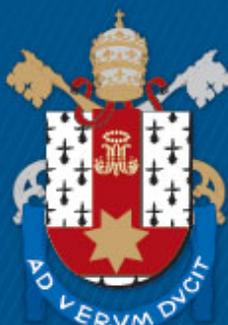
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

GUSTAVO ALBERINE PEREIRA

**INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL: LIMITES E POSSIBILIDADES NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Porto Alegre
2019

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS - MESTRADO

GUSTAVO ALBERINE PEREIRA

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL:
LIMITES E POSSIBILIDADES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Porto Alegre

2019

GUSTAVO ALBERINE PEREIRA

**INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL:
LIMITES E POSSIBILIDADES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/ PUCRS, como requisito à obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de concentração: Sistema Penal e Violência.
Linha de pesquisa: Sistemas jurídico-penais contemporâneo

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

Porto Alegre

2019

Ficha Catalográfica

P436i Pereira, Gustavo Alberine

Investigação defensiva no Brasil : limites e possibilidades no processo penal brasileiro / Gustavo Alberine Pereira . – 2019.
120 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli.

1. Investigação preliminar. 2. Investigação defensiva. 3. Delação premiada. 4. Exercício de defesa. I. Giacomolli, Nereu José. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Clarissa Jesinska Selbach CRB-10/2051

GUSTAVO ALBERINE PEREIRA

**INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL:
LIMITES E POSSIBILIDADES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/PUCRS, como requisito à obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de concentração: Sistema Penal e Violência.
Linha de pesquisa: Sistemas jurídico-penais contemporâneo

Aprovada em: 29 de março de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli (PUC-RS)

Prof. Dr. Manoel Valente (PPGCCRIM e UAL)

Prof. Dr. André Callegari (IDP)

Prof. Dr. Augusto Jobim do Amaral (PPGD PUC-RS)

Porto Alegre

2019

Ao meu pai, Alcides Bitencourt Pereira
(em saudososa memória), exemplo de
advogado e de ser humano, por todo
amor que me deu. Ao meu filho, Leonardo,
com todo o meu mais profundo amor.

AGRADECIMENTOS

Há muito a agradecer. Muitas foram as pessoas que influíram decisivamente na realização desse trabalho, de modo que não se trata de mera formalidade. Dentre tantas pessoas importantes e queridas, tomo a liberdade de nominar, com gratidão na alma e sinceridade no coração, as seguintes:

Minha mãe, Marlene Alberine, por todo apoio que me deu e tornou a realização desse curso de mestrado possível. Nos momentos mais difíceis, a força com que me apoiou e incentivou será guardada eternamente.

À Melissa Geronasso Alberine Pereira, meu amor, obrigado por toda paciência, por entender os inúmeros momentos de ausência que o trabalho requereu, por me incentivar em todos os momentos. Sabemos bem, não foi fácil. Mas, enfim, aí está o trabalho; vamos brincar com o nosso Leozinho!

Ao meu orientador, Professor Doutor Nereu José Giacomolli, por toda atenção dada, pelos ensinamentos, por receber gentilmente um desconhecido estudante de fora. Foi uma honra.

Aos demais Professores do Mestrado – Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS, que marcaram decisivamente minha formação, em especial: Augusto Jobim do Amaral, Aury LOPES JR., Ricardo Jakobsen Gloekner, Fábio D'Avila, Ruth Gauer, Ricardo Timm de Souza, Nereu José Giacomolli, Rodrigo Ghringhelli de Azevedo, dentre tantos outros gigantes do conhecimento.

Aos professores da Graduação em Direito, na pessoa de minha eterna orientadora, Professora Doutora Adriana da Costa Schier. Os conhecimentos então adquiridos foram essenciais à realização dessa dissertação.

Aos amigos do Programa de Mestrado, para além dos conhecimentos, eis o que se leva para vida! Agradeço a todos, em especial aos amigos do chamado “Apartamento 9”: Marquinhos Melo, Thiago Bunning, Theo Balducci de Oliveira e Fernando Vechi.

Aos demais amigos que impactaram fortemente na realização desse trabalho, em especial: Alberto Goldenstein, Alexandre Nicoletti Hedlund Francisco Monteiro da Rocha Jr., Guilherme Brenner Lucchesi, Gustavo Eidt, João Rafael de Oliveira, Marcelo Oliveira, Marion Bach, Marlus Arns de Oliveira, Ronaldo Santos da Costa, dentre muitos outros.

Ao dedicado estudante de Direito, Lucas Gandolfi Vida, por todo essencial

apoio.

Enfim, ao amado Leonardo Geronasso Alberine Pereira. Sem saber, você deu novo sentido à vida, ensinou um outro amor inimaginável. Pronto, filho, o trabalho está pronto. Papai ficará com você nos finais de semana; vamos brincar!

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a chamada investigação defensiva no Brasil. Tendo em vista a ausência de lei específica sobre o tema, iniciou-se analisando o conceito de sistema processual penal, após, foi realizada uma investigação sobre os aspectos da investigação preliminar, apontando seus pontos de tensão e alguns problemas dessa temática. Foi verificado que esse é um dos momentos mais críticos de toda persecução penal, local no qual permanecem as grandes mazelas do processo penal. Na sequência, o trabalho analisou a investigação defensiva, apontando seus pressupostos de existência (paridade de armas), esclareceu do que se trata, fornecendo conceito sobre o tema. A seguir, o trabalho discorreu sobre o objeto e a finalidade da investigação conduzida diretamente pela defesa. Foram analisados os poderes e os limites aos poderes concedidos aos defensores na tarefa de investigar. Finalmente, tratou-se da (ausência de) inversão do ônus da prova. Foram abordadas questões relacionadas à necessidade de abertura de espaço à investigação defensiva, principalmente na perspectiva da Justiça Negociada. Por fim, foi analisada a possibilidade e os pontos de tensão da investigação defensiva em favor da vítima e, encerrou-se com análise da Resolução n.º 188 de 2008 da OAB.

Palavras-chave: Investigação preliminar. Investigação defensiva. Delação premiada. Exercício de defesa.

ABSTRACT

This work seeks to analyze the so-called defensive investigation in Brazil. In view of the absence of a specific law on the subject, it began by analyzing the concept of the criminal procedural system, after an investigation was carried out on the aspects of the preliminary investigation, pointing out its points of tension and some problems in this area. It was verified that this is one of the most critical moments of every criminal prosecution, where the great evils of criminal procedure remain. The work then analyzed the defensive investigation, pointing out its assumptions of existence (parity of arms), and clarified what it is about, providing a concept on the subject. Next, the work discussed the object and purpose of the investigation conducted directly by the defense. The powers and limits to the powers granted to defenders in the task of investigation were analyzed. Finally, the (absence of) inversion of the burden of proof was discussed. Issues related to the need to make room for defensive investigation were addressed, especially from the perspective of Negotiated Justice. Finally, the possibility and tension points of the defensive investigation in favor of the victim were analyzed, and it was concluded with an analysis of Resolution 188 of 2008 of the Brazilian Bar Association.

Keywords: Preliminary investigation. Defensive investigation. turn state's evidence. Exercise of defense.

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR | 13 |
| 1.1 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: UMA LEITURA A PARTIR DOS SISTEMAS PROCESSUAIS | 13 |
| 1.2 NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO POLICIAL | 23 |
| 1.3 OBJETO DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR | 27 |
| 1.4 FINALIDADES DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR | 28 |
| 1.5 LIMITES DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: O DESCUMPRIMENTO DAS REGRAS E SEUS EFEITOS | 31 |
| 1.6 LIMITES COGNITIVOS DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR | 34 |
| 1.7 SUJEITOS RESPONSÁVEIS PELA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR | 37 |
| 1.7.1 Autoridade Policial | 37 |
| 1.7.2 Ministério Público | 40 |
| 2 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA | 47 |
| 2.1 PARIDADE DE ARMAS: PRESSUPOSTO À COMPREENSÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA | 47 |
| 2.2 CONCEITO DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA | 56 |
| 2.3 OBJETO E FINALIDADE DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA | 66 |
| 2.4 OS PODERES DO DEFENSOR DURANTE A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA, POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO | 73 |
| 2.5 OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO DEFENSOR NA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E O EVENTUAL DESCUMPRIMENTO DAS REGRAS | 80 |
| 3 ASPECTOS CONTROVERSOS DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA | 88 |
| 3.1 INVERSÃO – OU DISTRIBUIÇÃO – DO ÔNUS PROBATÓRIO (?) | 88 |
| 3.2 A DELAÇÃO PREMIADA E A (NECESSIDADE DE SE PENSAR A) INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA | 93 |
| 3.3 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA EM FAVOR DA VÍTIMA | 101 |
| 3.4 CONSIDERAÇÕES (CRÍTICAS) SOBRE A RESOLUÇÃO N.º 188/2018 DO CONSELHO FEDERAL DA OAB | 105 |
| CONCLUSÕES | 110 |
| REFERÊNCIAS | 113 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá como objeto de estudo, de modo geral, a investigação defensiva, ou seja, a atividade investigativa produzida diretamente pela defesa. Para tanto, no primeiro capítulo o estudo buscou analisar as características gerais e os problemas enfrentados pela investigação tradicional.

A análise iniciará, no ponto 1.1, pela compreensão do tema a partir do estudo sobre os sistemas processuais, vale dizer, o que significa falar em um sistema inquisitório e o que o diferencia do sistema acusatório. Tal diferença entre os dois impactará no restante do trabalho, eis que ali está o fundamento de toda matéria. Trata-se de saber como um sistema acusatório trata as partes, qual o seu núcleo fundante e se é possível democratizar a fase de investigação defensiva.

Fixadas tais premissas, que, como dito, irradiarão para todo o trabalho. No ponto 1.2. o trabalho se dedicará a compreender a natureza jurídica da investigação preliminar, do que se trata, qual a sua definição para o Direito e quais as suas características determinantes.

Estabelecido do que se trata, passará o trabalho a analisar o objeto da investigação preliminar, afinal, buscará estabelecer qual o núcleo da investigação. Como em quase todos os institutos de Direito Penal e Processo Penal, a delimitação do poder revela-se essencial. No caso da investigação preliminar, definir o que deve ser investigado, ou seja, o objeto da investigação é essencial, na medida em que busca evitar exageradas investigações, com foco amplo, tendendo a investigar pessoas e não fatos previamente delimitados.

Ainda envolvido com algumas características problemáticas da investigação, no ponto 1.4., será verificada a finalidade da investigação preliminar. Afinal, o que se busca, trata-se de mero procedimento com vistas a subsidiar a investigação ou ela também possui uma finalidade limitadora do poder punitivo?

A doutrina vem – já desde algum tempo – investigando o tema e buscando conferir uma nota constitucional à investigação, acrescentando-lhe outra finalidade, para além do simples auxílio para a apresentação da acusação. Portanto, insta compreender quais os passos dados nesse sentido.

Na sequência (1.5 e 1.6) o trabalho fará revisão bibliográfica partindo de dois aspectos: os limites formais da investigação e, principalmente, as consequências ao descumprimento das regras do jogo processual penal nessa fase que antecede a

processual. Em outras palavras, será estudo o descumprimento das formas e os seus descumprimentos (nulidades). Indo adiante, importa compreender criticamente os limites cognitivos da fase pré-processual. Este um dos grandes problemas atuais relacionados ao tema.

Estabelecer, em termos teóricos, os limites quanto a busca por conhecer os elementos de informação que posteriormente serão juntados aos autos será de grande valia ao deslinde de todo o processo, pois, se o inquérito deixa de ter espaço de cognição limitado e atencipa-se o momento de produção da prova que, esta sim, deve formar o conhecimento quanto aos elementos de influenciaração na futura decisão o momento processual servirá de muito pouco.

De modo mais objetivo e com vistas principalmente a processos penais complexos (nos quais a investigação tende a ser mais profunda e demorada) o descumprimento dos limites cognitivos da investigação esvaziará a fase processual, que não mais pretenderá realizar a produção da provas, apenas trazendo o que fora produzido na investigação (sem contraditório e ampla defesa, em regra) para a seara processual.

Para encerrar o primeiro capítulo, serão analisados os sujeitos da investigação preliminar, quem pode investigar e quais os seus poderes. Posteriormente será feito comparativo entre o modelo de investigação tradicional e o privado (investigação defensiva). Por isso, dentre todos os sujeitos envolvidos, merece destaque os poderes conferidos ao Ministério Público.

Adentrando ao segundo capítulo do trabalho, como pressuposto de compreensão do tema, será analisado o princípio da paridade de armas no Processo Penal. É da adequada compreensão desse princípio que se estudará a investigação defensiva, vela dizer, o marco teórico adotado influenciara fortemente na conceituação da investigação defensiva.

Definido o pressuposto de existência, passará o trabalho a delimitar o que se entende por investigação defensiva – ponto 2.2 – qual o seu conceito, tendo em vista que a lei processual brasileira não o define expressamente – sequer o prevê de modo claro.

Tal como feito em relação a investigação preliminar tradicional, será definido o seu objeto e a finalidade da investigação defensiva (2.3). Constitui lugar comum o questionamento a respeito da necessidade da atuação ativa da defesa (para que ela serviria, a que o Estado possui a obrigação de investigar).

Sendo estabelecidos os pressupostos quanto a aplicabilidade da investigação defensiva no Brasil, já tendo sido delimitado seu conceito, objeto e finalidades, a fim de dar-lhe efetividade, será estudado quais poderes seriam conferidos à defesa, o que pode ou não ser feito. Nada adiantaria a previsão meramente teórica, para a investigação defensiva exista no mundo concreto, imperioso definir quais os poderes do defensor.

Finalmente, no ponto 2.5., os limites da atuação do defensor (público ou particular). Tendo em vista as peculiaridades (e o ineditismo) do tema no Brasil, as limitações devem ser pensadas de modo adequado e não como simples cópia simplista de outros institutos ou da própria investigação tradicional.

Encerradas as análises entre os dois modelos de investigação, passará o trabalho ao capítulo 3, no qual a ideia básica será estudar os pontos de tensão relacionados ao tema.

Iniciando-se pela inversão do ônus da prova. Ao conferir poderes para o particular investigar há que se ter atenção a possível alegação de ônus defensiva na produção da prova, a acusação poderia deixar de provar alguns pontos do crime, tendo em vista que a defesa poderia diretamente ir em busca de alguns elementos de informação? Este o tema a ser enfrentado no item 3.1.

Diante de novos métodos de investigação, que afetam diretamente a investigação e o direito de defesa ao acusado, especialmente a “colaboração premiada”, o item 3.2. do trabalho buscará refletir exatamente sobre a delação premiada e a investigação defensiva como forma de se buscar uma Processo Penal paritário, com condições iguais a todas as parte.

A possibilidade de investigação defensiva em favor da vítima será o tema do ponto 3.3., afinal se a defesa pode produzir uma investigação defensiva a favor do acusado, importante pensar se esse mesmo poder seria aplicado para buscar elementos de informação a favor da vítima.

Finalmente, o trabalho analisará a Resolução n.o 188/18 do Conselho Federal da OAB, que tratou da matéria em âmbito interno de normas de conduta dos advogados, analisando suas consequências para o tema, suas limitações e pontos positivos e a serem ainda tratados de maneira mais profunda e técnica.

1 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

1.1 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: UMA LEITURA A PARTIR DOS SISTEMAS PROCESSUAIS

Constitui lugar comum na doutrina processual penal brasileira referenciar que o sistema processual seria misto, sendo regido por uma primeira fase marcada por elementos próprios ao sistema inquisitório, a qual seria superada por uma segunda fase de cunho acusatório.¹

Dessa assertiva (de todo acrítica e superficial, como se verá) decorre(ria) que as características gerais do Inquérito Policial brasileiro corresponde(ria)m àquelas do sistema inquisitório. Assim, por exemplo, natural seria admitir-se que durante a fase de investigação preliminar não se garantiria observância ao contraditório e a ampla defesa, transcorreria de modo sigiloso, tendo o investigado como objeto da investigação, o que, ademais, não traria maiores consequências ao deslinde do processo, pois, no momento adequado (fase processual), haveria a possibilidade de um devido (justo) processo.

Em outras palavras, o investigado seria um mero objeto da investigação preliminar a ser desenvolvida e, uma vez reunidos elementos suficientes para lhe dirigir uma acusação formal (denúncia ou queixa criminal), superada estaria a primeira fase (inquisitorial), passando então a poder defender-se em consonância com os direitos atualmente expressos na Constituição Federal.

Diante de tal quadro, de início, revela-se pertinente compreender a falácia de tal leitura supraexposta, a fim de não se incorrer em erros quanto às características da investigação preliminar, que, por consequência, nortearão a pesquisa ora apresentada.

Para permitir uma adequada compreensão sobre o tema necessário situar a

¹ Exemplificativamente, sustenta tal posicionamento Guilherme de Souza Nucci, para quem: "O sistema adotado no Brasil é o misto. Na constituição Federal de 1988, foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório; entretanto, como mencionado, indicam um sistema acusatório, mas não o impõem, pois quem cria, realmente, as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal. De outra parte, encontram-se na Constituição Federal as normas prevendo a existência da polícia judiciária, encarregada da investigação criminal. Para essa fase, por óbvio, os postulados acusatórios não se aplicam". (NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.50).

discussão em relação ao surgimento do próprio, assim denominado, “sistema misto”. Para tanto, deve-se partir da fixação quanto a própria insubsistência teórica do termo “*sistema misto*”, posto ser impossível a existência de um sistema de processo baseado em duas ideias fundantes contraditórias.

Vale dizer, partindo-se da premissa de que os sistemas processuais são compostos por um conjunto de ideias colocados em disposição, a partir de uma base comum (núcleo fundante)² ou mais precisamente, é o “conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim”³, não há como se pensar em um modelo que possua duas bases ou dois princípios unificadores, “isso porque a compreensão de sistema decorre da existência de um princípio unificador, capaz de derivar a cadeia de significantes dele decorrentes, não se podendo admitir a coexistência de princípios (no plural) na origem do sistema kantiano”.⁴

Portanto, a partir do conceito adotado para analisar o tema, revela-se inadequado falar em um terceiro sistema de processo penal. O que há é a – indevida, porém historicamente compreensível, como se verá adiante – junção de características dos sistemas inquisitórios e acusatórios, de modo que atualmente nenhum sistema é puramente inquisitório ou acusatório, coexistindo com características de ambos. Diante da clareza e precisão do ensinamento, importante concluir transcrevendo as palavras de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO:

O dito sistema misto, reformado ou napoleônico é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com algo (características secundárias) provenientes do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório. Por isto, só formalmente podemos considerá-lo como um terceiro sistema, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu princípio unificador, até porque está aqui, quiçá, o ponto de partida da alienação que se verifica no operador do direito, mormente o processual, descompromissando-o diante de uma atuar que o sistema está a exigir ou, pior, não o imunizando contra os vícios gerados por ele.⁵

² Ainda que outras abordagens sejam naturalmente possíveis, o marco teórico adotado para a definição do conceito de sistema ao processo penal são, principalmente, as obras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o qual, por sua vez, o compreende a partir da filosofia kantiana, como se verá adiante.

³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.3-56.

⁴ ROSA, Alexandre Morais. **Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.286.

⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.37.

Nessa linha de pensamento, Aury LOPES JR. prefere denominar tal sistema *neo inquisitório*⁶, ou seja, o sistema continua a ser inquisitório em sua essência, pois regido por uma base a informá-lo nesse sentido (princípio inquisitivo), porém com novas características secundárias (que podem ser próprias do sistema acusatório), sem que, com isso, se forme um terceiro sistema. No mesmo sentido, Alexandre Morais da ROSA explica que os sistemas “são mistos ou sincréticos por acolherem características de ambos, sendo incongruência lógica eventual denominação de terceiro gênero”.⁷

Portanto, fixada a inexistência de modelos puros, o traço distintivo e essencial entre eles, como se viu, é o princípio fundante a reger um e outro: princípio inquisitivo ou dispositivo, ambos relacionados a gestão da prova.⁸

O surgimento do chamado sistema misto, dividindo o processo em uma fase pré-processual e outra processual, se refere a momento posterior aquele vivenciado pela chamada Revolução Francesa, no qual ocorreu natural movimento de (tentativa de) superação (parcial) do sistema inquisitório, então vigente no processo penal francês e diretamente relacionado a um modo de ser do processo e dos Estados anteriores – marcadamente autoritários.⁹

A pretensão por um modelo mais racional, suscetível de controle e de maior participação popular conduziu a adoção do júri, o qual se destacava justamente pela oralidade, participação popular, respeito ao contraditório e demais garantias individuais.¹⁰

Vivia-se, nesse momento (Revolução Francesa), uma fase de aposta na racionalidade e, por consequência, a busca por controle ao poder punitivo, rompendo com as práticas do sistema inquisitório, marcada pela concentração e consequente abuso de poder, conforme explica Salah KHALED:

⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.118.

⁷ ROSA, Alexandre Morais. **Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.286.

⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. v.1. Organizadores: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes; DE PAULA, Leonardo Costa. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p.36.

⁹ Cabe ressaltar que se apontou a Revolução Francesa como mero marco temporal, de um instante de saturação do sistema inquisitório. Naturalmente, que a mudança de paradigma operou durante longo decurso de tempo e por diversos fatores históricos, filosóficos, religiosos, etc. Para uma leitura mais ampla sobre o assunto, conferir, entre inúmeros outros: DE POLI, Camilin Marcie. **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016; BARREIROS, José Antonio. **Processo penal**. Coimbra: Almedina, 1981; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. v.1. Organizadores: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes; DE PAULA, Leonardo Costa. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, entre muitos outros.

¹⁰ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p.52.

No final do Século XVIII, a modernidade acenava com a promessa civilizatória de construção de um espaço paradisíaco esquadrihado e arquetizado pelo homem racional, com base na ideia de progresso. Nesse contexto a secularização representava a potencialidade de ruptura, com o discurso inquisitório, projetando um sistema de contenção regrada do poder punitivo voltado para a minimização de danos e erradicação dos excessos característicos das práticas persecutórias do passado.¹¹

Assim, entre 1789 e 1791, por uma série de mudanças legislativas, o instituto é introduzido naquele país. Inicialmente, dividido em duas fases (o júri de acusação e, uma vez julgada admissível, o júri para julgamento), ele traz consigo importantes avanços na matéria, dentre eles: a oralidade, o contraditório em relação às provas e aos argumentos lançados pela acusação, a publicidade e a livre convicção por parte dos juízes.¹²

Outro ponto relevante nesse caminhar ao modelo inglês é a criação do denominado juiz de paz, encarregado exclusivamente pela investigação do crime, enquanto o juiz togado ficaria encarregado pela fase seguinte, a qual submeteria o caso a um júri menor (chamado júri de acusação), que decidiria se o caso seria ou não encaminhado ao julgamento perante o júri maior (denominado júri de julgamento).¹³ Referida fase é relatada em detalhes por Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO:

Em verdade, depois que a Lei de 11.08.1789 aboliu os foros privilegiados e a Lei de 08.10.1789 deu publicidade às audiências, a Assembléia Constituinte (sob a inspiração de Danton), não só confirma a referida publicidade na Constituição de 03.09.1791, como, pela Lei de 16-26.09.1791, reestrutura a organização judiciária, importando técnicas inglesas: um juiz de paz é encarregado da investigação do crime; um juiz togado (*directeur du jury*) colhe a prova a fim de que o júri de acusação (8 membros) decida sobre a procedência dela (*s'il y a lieu*) ou não (*s'il n'y a pas lieu*), de modo a que, em caso de decisão positiva, fosse o acusado submetido a um novo órgão, o júri de julgamento, agora composto de 12 membros, o qual decidiria sobre o mérito.¹⁴

A tentativa de edificação de uma “democracia processual”, consistente na

¹¹ KHALED JR., Salah. Cientificidade, positivismo e busca da verdade no processo penal. In: GOSTINKI, Aline; QUEIROZ, David (Org.). **Investigação preliminar e processo penal: novos desafios e perspectivas**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.234.

¹² KHALED JR., Salah. Cientificidade, positivismo e busca da verdade no processo penal. In: GOSTINKI, Aline; QUEIROZ, David (Org.). **Investigação preliminar e processo penal: novos desafios e perspectivas**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.234.

¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Organizadores: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes; DE PAULA, Leonardo Costa. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p.53.

¹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Organizadores: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes; DE PAULA, Leonardo Costa. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p.53.

construção de um modelo acusatório não se sustentou por muito tempo. Com a ascensão de Napoleão ao poder, logo se iniciaram reformas para a destruição do sistema acusatório que vinha tentando adotar-se. Dentre as diversas legislações positivadas no período, o marco legislativo de tal alteração foi o chamado *Code des délits et des peines*, conhecido como o Código Napoleônico ou reformado, inaugurado em 1808, conforme explica Sylvio Lourenço da SILVEIRA FILHO:

Destarte, é o *Code des délits et des peines* que determinará o início da derrocada da tendência acusatória do sistema processual que até então vinha sendo implementado na França: viciosamente perfeito, porém fortemente defeituoso na prática, ao combinar escrupulo analítico e espírito garantístico, o *Code des délits et des peines* concedia extensos poderes ao juiz presidente do júri, que estava autorizado a utilizar todos os esforços úteis para a descoberta da verdade.¹⁵

Ainda sobre a fase de transição, Franco CORDERO, bem aponta às discussões travadas em torno da reforma do Tribunal do Júri, sendo importante observar a resistência dos conservadores – e do próprio tirano – de então ao instituto, criticado por não condenar o suficiente e, dessa forma, aumentar(ia) a prática criminosa¹⁶, ademais, entre outras várias críticas, sustentou-se tratar de “órgão inútil, perigoso, diverso do caractère national – índole nacional”.¹⁷

Não obstante tal resistência à manutenção do júri, o Conselho de Estado, ainda comprometido com os valores da Revolução Francesa, foi firme em manter a instituição típica do modelo anglo saxão, ainda que com alterações (por exemplo, com a abolição de dois júris – o de acusação e outro de julgamento – mantendo-se apenas o segundo).¹⁸ Então, vendo-se vencido, Napoleão estabeleceu uma pausa estratégica nas discussões sobre as reformas, que durou aproximadamente 04 anos.¹⁹

A posição do Conselho de Estado, desse modo, fez com que fossem pensadas em novas formas de manter-se a estrutura processual autoritária, desenvolvida por

¹⁵ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p.54.

¹⁶ Tal opinião, como relata CORDERO, é exposta por Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, importante conselheiro de Napoleão, ao ser por este questionado como estavam se dando os trabalhos perante o júri – se funcionando ou não. (CORDERO, Franco. **Guida ala procedura penale**. Torino: UTET, 1986. Tradução apresentada pelo professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, em tópico especial ofertado pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul).

¹⁷ CORDERO, Franco. **Guida ala procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

¹⁸ DE POLI, Camilin Marcie. **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.163.

¹⁹ CORDERO bem observa que Napoleão esperava que, durante esse tempo de *hibernação*, o sentimento de simpatia ao instituto do Júri – entendido como uma “voz do povo” – pudesse diminuir, tornando mais fácil a sua posterior abolição. (CORDERO, Franco. **Guida ala procedura penale**. Torino: UTET, 1986).

longo período inquisitorial, dando certa aparência de que se vivia outro momento no processo penal.

Eis um ponto fundamental ao presente trabalho: compreender-se a maneira pela qual se conseguiu manter uma estrutura (base) inquisitorial, mesmo com algumas características de um processo democrático ou acusatório. A maneira pela qual foi possível estabelecer uma primeira fase (preliminar ao processo) na qual seria possível operarem-se as mesmas técnicas inquisitórias construídas ao longo de mais de 500 anos e criando-se uma segunda fase, na qual se teria a impressão de que haveria um processo acusatório. Ambas as fases estariam conectadas, de modo que os elementos colhidos na primeira serviriam à segunda.

A saída encontrada, então, como antecipado, foi a criação do chamado modelo misto (em 1808), mantendo-se a fase de instrução (investigação), a qual poderia ser revelada aos jurados durante o julgamento e na qual – nos seus “labirintos escuros”²⁰ – seriam colhidos os termos de interrogatórios, dentre outros elementos de informação, que posteriormente seriam apresentados aos julgadores, fraudando, pois, a fase de instrução.

Com efeito, após a reforma operada, passou-se a admitir que os juízes tivessem prévio acesso aos dados já constantes nos autos, bem como os interrogatórios colhidos na fase pré-processual fossem apresentados aos jurados,²¹ podendo questionar as testemunhas sobre eventuais pontos não coincidentes entre os depoimentos.

Como explica Franco CORDERO, dentro do contexto político então vivenciado, é possível compreender-se as razões da adoção do modelo híbrido, acolhendo apenas parcialmente as garantias e virtudes do júri e demais características que permeariam sua estrutura (oralidade e demais garantias processuais), embora não escape ao autor italiano a manobra perpetrada, conforme se observa na sua ácida crítica:

Considerados os interesses, inércia, fetiches, talvez tenha sido inevitável este híbrido, mas que esteja no cume das habilidades jurídicas e, além do mais, colha equações metafísicas, é um slogan idiota. Entoadado no clima grave do império, liquida entusiasmos florecidos na Assembleia constituinte. As cortes o

²⁰ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

²¹ Sobre o ponto, CORDERO explica: "o presidente faz aquilo que quer, graças aos poderes conferidos pelo art. 268 e ss.; não implica nulidade o fato que venham entregues ao júri depoimentos escritos, contra aquilo que dispõe o art. 341; a proibição vem iludida com uma transplantação nos conteúdos relativos aos atos de acusação; e com tal expediente o ministério público, se lhe interessar, afasta as suas testemunhas do contraditório". (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986).

entendem no sentido mais autoritário.²²

A derrocada do sistema que se tentava implementar em França se deu, assim, com a elaboração do modelo misto, não por outro motivo, chamado por Cordero como um “monstro de duas cabeças”, pois neste conseguia-se manter a estrutura inquisitória – de todo autoritária – produzindo-se o essencial durante a fase preliminar do processo e deixando a segunda fase apenas para uma espécie de verificação quanto ao já produzido na primeira.

Como dito, houve profundo debate durante as reformas implementadas por Napoleão (por isso falar-se em processo penal reformado), nas quais acabou se estabelecendo o modelo conhecido como “misto”. O ponto central está em compreender os perigos desse modelo e os motivos pelos quais foi adotado. Sobre o ponto relevante destacar a observação feita por Franco CORDERO, citando a crítica feita, à época, por Jean CONSTATIN, Charles DUMOULIN e Pierre AYRAULT:

Existe um abismo, nota o último entre a “instrução secreta” e aquela pública; “é fácil a portas fechadas ajustar ou diminuir, produzir brigas ou impressões; a audiência pública garante um trabalho limpo; haverá sempre alguma coisa a ser composta de mais olhos, mais orelhas, mais cabeças que aquelas de todos os monstros e gigantes dos poetas tem mais força... para penetrar até as circunstâncias a ali ler de que lado está o bom direito, que a nossa instrução tão secreta”.²³

É de se notar que referida transposição de etapas continua, sem muitas alterações a ser feita, no atual Código de Processo Penal brasileiro, pois, não obstante a advertência constante no artigo 155²⁴, no sentido de que o magistrado não pode condenar exclusivamente com base nas informações colhidas na fase investigatória, é certo que tais elementos de informação continuam anexados ao processo, bem como continua a ser permitido ao juiz gerir a produção da prova, inclusive determinando-a de ofício. Mais relevante: continua-se a acreditar que a primeira fase – pré-processual – deva ser inquisitória, portanto, afastada de todas as garantias mínimas. Não por outro motivo, continua a ser momento de baixa aderência constitucional, merecendo, pois,

²² CORDERO, Franco. *Guida ala procedura penale*. Torino: UTET, 1986. Tradução apresentada pelo professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, em tópico especial ofertado pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

²³ CORDERO, Franco. *Guida ala procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

²⁴ "Art. 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. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil".

reflexão crítica.

Tendo o magistrado contato com a primeira fase e podendo inclusive ele tomar decisões já nesta fase (prisões, medidas cautelares, etc.), resta claro que, desde logo, serão formadas impressões (hipóteses) a serem meramente confirmadas durante a segunda fase, fraudando assim a originalidade cognitiva do juiz.²⁵

A compreensão desse retrospecto histórico parece ser relevante na medida em que ainda não houve no Brasil a superação dessa visão sobre o processo, insistindo-se que a primeira fase do processo (fase preliminar) deva ser inquisitória e – ainda pior – que os elementos colhidos nessa fase continuam a permanecer aos autos do processo, tal como “tentáculos pulsantes e com vida, mesmo com o fracionamento e extirpação do corpo”,²⁶ gerando os deletérios efeitos já citados (fraude ao contraditório e a todas regras próprias do devido processo legal, criação de primados sobre hipótese (ideia e expressão célebre de Cordero), violação a imparcialidade do juiz, etc.). Na feliz conclusão de André Rocha SAMPAIO e Joane Marcelle de Oliveira e SILVA: “A ilusão de poder conter epistemologicamente as pulsões inquisitórias presentes na fase preliminar enquanto seu produto permanece anexo aos autos processuais até seu termo deve se situar no registro que varia da ingenuidade ao cinismo”.²⁷

Não por outro motivo, é nessa fase (crucial, como se viu) que continuam pairando as grandes mazelas do processo penal como um todo (haja vista a intersecção entre as fases), sob a crença de que a fase posterior poderia esterilizar as mazelas da fase inquisitorial, continua-se a perpetrar toda sorte de autoritarismo construído pelo sistema napoleônico. Nas palavras de Nereu José GIACOMOLLI:

Os arquétipos da inquisição (corporativismo, burocratização, súditos dóceis, estamentos, verticalidade, controle disciplinar) ainda rondam e assombram a fase preliminar do processo penal, ansiando o retorno do juiz instrutor (inquisidor), de molde a afastar os direitos fundamentais do sujeito atingido pela investigação, pondo o Estado-Jurisdicção a serviço do Estado-Acusação, invertendo e mesclando funções, rompendo qualquer possibilidade de paridade de forças (juiz, promotor e polícia frente ao investigado) e cunhando com o dogma da fé imodificável, absoluta, os elementos probatórios colhidos.²⁸

²⁵ ROSA, Alexandre Morais. **Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos** 4.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.615.

²⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**. crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2001. p.6.

²⁷ SAMPAIO, André Rocha; SILVA, Joane Marcelle de Oliveira e. Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: a oralidade como elementos de ruptura do paradigma inquisitório. In: GONZÁLEZ, Leonel. **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. v.2. Chile: CEJA-JSCA, 2018. p.13.

²⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**. crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2001. p.57.

A ausência de definitiva superação do modelo napoleônico (misto) em direção ao acusatório impediu até mesmo que a Constituição Republicana de 1988, jogasse novas luzes sobre as práticas policiais até os dias atuais, mantendo-se a mesma estrutura inquisitória.

Ademais, Fauzi Hassan CHOUCKR e Carlos Roberto BACILA bem explicam que a Carta Constitucional de 1988 acabou até mesmo por abrir mais espaço às estruturas policiais anteriormente construídas sob a égide do regime militar anteriormente vivido, na medida em que não alterou as suas estruturas (federais, civis, militares e municipais), ao contrário, positivou-as em seu texto, mantendo-se a sua essência básica:

A superação formal do regime militar alterou muito pouco a essência da organização e funcionamento das estruturas policiais e, ao contrário do que se poderia imaginar na superação de um regime fortemente militarizado e policialesco para um de face democrática, deu-se no seio do texto constitucional guardada a todas as estruturas policiais de âmbito municipal.²⁹

Convém frisar, com Augusto Jobim do AMARAL, que e o “caldo cultural” autoritário das polícias de maneira geral não foi inaugurado no regime militar brasileiro, muito pelo contrário, possui o Brasil larga experiência no tema (“a postura violenta da inquisição policial já não era novidade nem mesmo aos tempos da sua instituição”).³⁰ Pode-se arriscar afirmar que o que o regime militar fez foi adaptar as práticas autoritárias do aparato repressivo ao inimigo do momento, o que, em verdade, também aconteceu posteriormente sob a égide da Constituição de 1988, persistindo até os dias atuais.

Tais constatações, longe de conferir aparente conformismo quanto à manutenção de uma estrutura policial vocacionada à violência e ao arbítrio, devem servir de alerta justamente para que se possa pensar na sua efetiva democratização. Quanto ao ponto, vale transcrever as palavras de Augusto Jobim do AMARAL:

²⁹ CHOUCKR, Fauzi Hassan; BACILA, Carlos Roberto. Polícia e estado de direito na América Latina: Relatório Brasileiro. In: COLOMER, Juan-Luis Gómez; AMBOS, Kai; VOGLER, Richard. **La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos: un proyecto internacional de investigación**. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

³⁰ AMARAL, Augusto Jobim. Polícia e Democracia: o tempo que resta das jornadas de junho de 2013. Sistema Penal e Violência. **Revista Eletrônica da Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS**, Porto Alegre, v.6, n.2, p.178, jul./dez. 2014.

O que o regime ditatorial militar traz com a sua doutrina de segurança nacional é o ajustamento do azimute, do calibre (para usar o comum da linguagem bélica), o aprofundamento do modelo autoritário da instituição policial, ou seja, a disposição de todo o aparato estatal de repressão à persecução dos inimigos do regime, em que o desaquartelamento das PM's e a tortura ostensiva nas delegacias – prática já rotineira há época, diga-se de passagem, porém que tomou ares mais visíveis à sociedade, pois, vez mais, começara a atingir em especial a classe média – tais fatores são “apenas” um breve delineamento da prioridade dada à segurança pública no período. Não obstante, em nada isto retira ou atenua do aparato policial ali montado na ditadura alguma responsabilidade sobre os horrores daí advindos, nem o necessário peso da reflexão acerca da desmilitarização das polícias hoje em pauta de debate, exatamente para que na efervescência de um caldo totalitário que permanece a pulsar cotidianamente, particularmente nas práticas policiais, aqueles restolhos do “progresso histórico” não restem emudecidos.³¹

Importante notar que as críticas ao sistema adotado no Brasil não implicam na abolição da investigação preliminar, mas, fundamentalmente, em adequar essa fase a um modelo de processo penal acusatório e comprometido com os valores democráticos. Com efeito, a superação do sistema inquisitório não pode se dar sem a compreensão de que ele representa um conjunto de estruturas jurídicas, culturais, sociais e simbólicas, em outras palavras, não é a simples adequação de um ato processual ou outro, mas de uma mudança estrutural e cultural do próprio sistema.³²

Nesse sentido, Alberto BINDER bem destaca que existem alguns “mitos” em torno do tema, dentre as críticas irracionais, o autor chama atenção para o fato de que nenhum sistema de processo pode funcionar sem um modelo de investigação adequado.³³

No mesmo sentido, Aury LOPES JR. chama a atenção para a “opacidade” com que as discussões relacionadas a investigação preliminar são tratadas no Brasil, não raras vezes atentando-se apenas a questões pontuais (normalmente relacionadas

³¹ AMARAL, Augusto Jobim. Polícia e Democracia: o tempo que resta das jornadas de junho de 2013. Sistema Penal e Violência. **Revista Eletrônica da Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS**, Porto Alegre, v.6, n.2, p.178, jul./dez. 2014.

³² Nesse sentido, Alberto Binder refere que a superação do sistema inquisitório depende da mudança de três aspectos: o modelo de administração da justiça como um todo, o modo de ser do processo e o aspecto cultural: “*entendiendo por sistema inquisitivo no sólo a un modelo procesal sino todo un modelo de administración de justicia caracterizado por el tipo de organización inquisitiva (monárquica, verticalizada, dependiente), por el modo de procedimiento inquisitivo (secreto, escrito, burocrático, formalista, incompreensible aislado de la ciudadanía, despersonalizado) y por la cultura inquisitiva (formalista, ritualista, medrosa, poco creativa, preocupada por el trámite y no por la solución del conflicto, memorista, acrítica)*”. (BINDER, Alberto M. **Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000. p.128).

³³ BINDER, Alberto M. **Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000. p.128.

ao sujeito da investigação) e deixando de se pensar em como construir um modelo verdadeiramente eficiente e democrático.³⁴

O desafio, portanto, está em harmonizar um modelo de investigação preliminar adequado (respeitador das garantias individuais, por um lado e eficaz, por outro) ao processo com o sistema acusatório, criando-se, assim, o que Alberto Binder chama de um autêntico poder de investigação:

*Que tenga capacidad real para investigar los delitos, que utilice los instrumentos del Estado de Derecho; que sea, em consequência, respetuoso de los principios constitucionales y de la dignidade de la persona y que esté sometido a um verdadero control de los poderes democráticos.*³⁵

Trata-se de ponto relevante compreender que há uma relação direta entre o modelo de investigação adotado e o sistema de processo penal, de modo que a maneira pela qual se realizará a investigação preliminar diz muito sobre a proximidade ao sistema acusatório ou não.³⁶ De todo insuficiente, portanto, a ideia de que, sendo o sistema misto, seria admissível uma investigação preliminar pautada sob regras próprias do sistema inquisitório. Como dito anteriormente, se estaria diante de fraude a um modelo de processo que se pretende (construir como) constitucional.

1.2 NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO POLICIAL

Visando traçar um panorama completo sobre a investigação preliminar no Processo Penal brasileiro, inicialmente, se faz necessário definir a natureza jurídica do Inquérito Policial³⁷, ou seja, a fim de estabelecer as bases sobre as quais o trabalho se desenvolverá, tornando possível, posteriormente, realizar um quadro comparativo entre os institutos (inquérito policial e investigação defensiva), parece relevante, inicialmente, definir-se do que se está a tratar quando se refere ao Inquérito Policial, em especial sua natureza jurídica.

³⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.344.

³⁵ BINDER, Alberto M. **Política Criminal de la formulación a la práxis**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1997. p.144.

³⁶ BINDER, Alberto M. **Iniciación al Proceso Penal Acusatorio: para auxiliares de la justicia**. Lima: Editorial Alternativas, 2002. p.45.

³⁷ Para os fins ora delineados, tem-se que o Inquérito Policial é um dos possíveis meios de investigação, constituindo, portanto, espécie de investigação, do qual a investigação preliminar pode ser vista como gênero. A delimitação quanto a essa espécie de investigação parece oportuna na medida em que, posteriormente, se fará a análise de outra espécie de investigação, a defensiva.

De modo geral, pode-se dizer que a doutrina indica ser o Inquérito Policial um procedimento de natureza procedimental administrativa, posto não ser dotado de contraditório (e, portanto, inviável falar-se em processo) e conduzida, via de regra, pela autoridade policial. Nesse sentido, Luciano FELDENS e Andrei Zenker SCHMIDT, definem que o inquérito policial possui natureza de procedimento administrativo – não sendo adequado falar-se em processo administrativo, em razão da ausência de contraditório a marcar essa fase – com caráter de marcadamente instrumental.³⁸

Pedro ARAGONESES, ao discorrer sobre os atos de desenvolvimento da investigação preliminar no processo penal espanhol, também o definem como de natureza administrativa – e não judicial ou processual. Diz o autor que, mesmo que a realização da investigação seja levada a cabo por órgão jurisdicional, devido a sua finalidade, ela estará adstrita aos limites dos atos administrativos.³⁹

Rubens R. R. CASARA e Antonio Pedro MELCHIOR complementam as noções acima, ressaltando tratar-se de procedimento e não de processo, também em razão do fato de que o Inquérito Policial não buscará comprovar a culpa ou inocência do investigado e, ao final, não será proferida qualquer decisão de mérito.⁴⁰ Dizem os autores:

[...] esse procedimento inquisitorial existe e se desenvolve direcionado à apuração de fatos concretos, não para provar a culpa ou inocência do imputado. Como não há decisão no inquérito policial, não há que se falar em processo administrativo, mas em mero procedimento de natureza administrativa.⁴¹

O Inquérito Policial seria, nessa linha, um procedimento administrativo pré-processual, posto servir de antecedente a proposição da ação penal, destinado a amearhar os elementos necessários e suficientes à proposição da peça inaugural do processo penal. Trata-se, pois, de procedimento administrativo prévio ou preparatório a proposição ou não da ação penal.⁴²

³⁸ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação policial e ação penal**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.14.

³⁹ ARAGONESES, Pedro. **Instituciones de Derecho Procesal Penal**. 3.ed. Madri: Civitas, 1981. p.245.

⁴⁰ CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro**. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p.295.

⁴¹ CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro**. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p.295.

⁴² LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.91.

Relevante destacar que apenas se poderá falar nesse aspecto procedimental administrativo quando se estiver a falar das investigações conduzidas diretamente pela autoridade policial, a qual está submetida ao poder executivo e, obviamente, não integra a estrutura formal do poder judiciário.⁴³ Isto porque alguns países optam por deixar a condução da investigação preliminar a outros atores, os quais, se forem dotados de poderes jurisdicionais, alterarão a natureza da investigação.⁴⁴

Aury LOPES JR. e Ricardo Jacobsen GLOECKNER apresentam a ressalva de que a investigação preliminar possui natureza complexa, a depender dos atos a serem praticados. Assim, ela pode ser meramente procedimental, mas alguns atos dependem inclusive de manifestação jurisdicional, caso de quebras de sigilo telefônico ou outras medidas restritivas de direitos fundamentais. Justamente por isso, a definição quanto a natureza jurídica do Inquérito Policial, supradelimitada, é feita a partir da consideração geral dos atos – predominantes – a serem praticados (via de regra, sem necessidade de tutela jurisdicional).⁴⁵

No mesmo sentido, Geraldo PRADO destaca que a investigação preliminar será, quase sempre, administrativa, ainda que muitos atos (medidas cautelares e outras restritivas de direitos fundamentais) demandem decisão judicial (com contraditório diferido).⁴⁶

Nesse ponto, cabe destacar o papel a ser exercido pelo(a) magistrado(a) durante a investigação, partindo-se da premissa de um sistema acusatório. Destaca Geraldo PRADO que o magistrado não deve, em qualquer hipótese, imiscuir-se na

⁴³ Para se evitar qualquer confusão terminológica, Gustavo Badaró faz preciso esclarecimento em relação ao termo cunhado pela própria Constituição da República (art. 144, § 1.º, IV, da CR) “*polícia judiciária*”, diz o autor: “A polícia se divide em polícia de segurança, que exerce atividade preventiva, bem como atividade de repressão imediata ao delito, no caso das polícias militares, e polícia judiciária, também chamada de repressiva, que exerce atividade de investigação do delito, o que fica a cargo da Polícia Civil dos Estados e da Polícia Federal. Tanto a polícia de segurança quanto a polícia judiciária são órgãos administrativos, ou seja, nenhuma delas integra o Poder Judiciário. Embora denominada polícia judiciária, tal palavra designa apenas a finalidade de sua atividade, posto que o inquérito por ela desenvolvido servirá de base para que se dê início a um processo penal, a se desenvolver no âmbito do Poder Judiciário. A polícia Judiciária não tem natureza judiciária, isto é, não integra o Poder Judiciário. Apenas os atos que são por ela praticados destinam-se a possibilitar a instauração do processo penal perante o Poder Judiciário”. (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3.ed. São Paulo: RT, 2015. p.113).

⁴⁴ Para uma visão geral sobre os diversos modelos de investigação adotados no contexto da América Latina, confira-se a seguinte obra: COLOMER, Juan-Luis Gómez; AMBOS, Kai; VOGLER, Richard. **La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos: un proyecto internacional de investigación**. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

⁴⁵ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.92.

⁴⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.181.

produção dos elementos de informação colhidos nessa fase, ou seja, não deve direcionar o rumo das investigações, sob pena de compromisso de sua imparcialidade. Exige-se, portanto, “que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos procenceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, alheia ao mecanismo do contraditório”.⁴⁷

Por outro lado, todas as medidas cautelares que impliquem em restrição de direitos fundamentais (interceptações telefônicas, quebras de sigilos, prisões preventivas ou temporárias, etc.) reclamam a tutela jurisdicional, exatamente para verificar-se a legalidade, proporcionalidade e necessidade da medida. Em relação ao ponto, Geraldo PRADO esclarece:

Nesse caso, embora a natureza preponderante das investigações continue sendo administrativa, adere a ela a cautelaridade singular das referidas providências, sujeitas naquilo que importa em compreensão de direitos fundamentais, ao conhecimento e deliberação judicial e às regras do devido processo legal, ainda que, por conta dos objetivos visados e da eficácia da própria investigação, o contraditório tenha que ser diferido.⁴⁸

No mesmo sentido, Fauzi Hassan CHOUKR, destaca, já há algum tempo, que embora se observe a necessidade crescente de decisões judiciais na fase preliminar (as quais tem relevante função no sentido de buscar garantir o respeito aos direitos fundamentais), ele continua a ter de seguir seus passos legalmente previstos (procedimento), neste sentido, explana o autor:

[...] para a completa inserção da ideia de incidentes jurisdicionalizados no seio da investigação, não abre mão a análise do enfoque procedimentalista dessa fase, que embora possa ser alvo de críticas (conforme exposto no tópico anterior do presente trabalho), tem utilidade inegável, sobretudo quando se pensa em otimizar a preparação da ação penal e dotá-las de garantias individuais.⁴⁹

Ou seja, ressalvadas as necessárias medidas cautelares, continua a se tratar de procedimento, portanto, de caráter administrativo, ao qual a Constituição Federal incluiu uma série de limites e imposições de respeito a direitos e garantias.⁵⁰

⁴⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.175.

⁴⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.175.

⁴⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: RT, 1995. p.87.

⁵⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: RT, 1995. p.24.

1.3 OBJETO DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

O Inquérito Policial pode iniciar-se de diversas formas, nos termos do art. 5.º do CPP, sendo as mais habituais: (i) por meio de uma notícia crime; (ii) boletim de ocorrência; (iii) de ofício pela autoridade policial; (iv) por requisição do Ministério Público, do Magistrado ou do Ministro da Justiça; e (v) a partir de prisão em flagrante. O ponto principal está em se compreender qual o objeto da investigação, daí a relevância de sua forma de início. Ocorre que a investigação preliminar terá como objeto essencialmente averiguar a veracidade dos fatos constantes na peça inicial (da investigação). De acordo com Aury LOPES JR.:

A investigação preliminar serve – essencialmente – para averiguar e comprovar os fatos constantes na notícia criminal, isto é, a autoria e a materialidade. Neste sentido, o poder do Estado de averiguar as condutas que revistam a aparência do delito é uma atividade que prepara o exercício da pretensão acusatória que será posteriormente exercida no processo penal.⁵¹

Da definição supratranscrita há dois pontos a serem destacados. Em primeiro, a constatação de que toda investigação preliminar deve ter um objeto bem delimitado, o qual está diretamente relacionado ao fato descrito na *notitia criminis* ou no instrumento jurídico que deu causa a abertura da investigação.

Decorre de tal definição a conclusão quanto a impossibilidade de investigações em objeto definido ou que por longo espaço de tempo permanecem a investigar pessoas ou empresas – e não um fato delimitado. O segundo ponto está relacionado a diferença entre o objeto da investigação preliminar e da ação penal.

Ademais, como bem explica Aury LOPES JR., na investigação preliminar não existe uma pretensão estatal, apenas o exercício de um poder estatal (de apurar, perseguir, condutas que, em tese, constituem crime).⁵² Em outras palavras, Elmir DUCLERC sintetiza a diferença entre o objeto do processo penal e o objeto do Inquérito Policial:

Enquanto o objeto do processo é uma pretensão, isto é, o desejo revelado em juízo de submeter o interesse alheio ao próprio, o objeto do inquérito policial é apenas uma notícia de crime, ou seja, a informação que chega à

⁵¹ LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.99.

⁵² LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.99.

autoridade policial sobre a prática de uma eventual conduta delitiva.⁵³

Portanto, ainda que novos fatos possam surgir no decorrer das investigações preliminares, conferindo maior abertura ao objeto inicialmente estabelecido, é certo que esta definição – em conjunto com a delimitação pelo grau de cognição da investigação preliminar e de sua finalidade – pode delimitar o âmbito em que deve se dar a investigação, o que se mostra relevante principalmente quando se está a falar em investigações complexas.

Vale dizer, sem impedimento de que outras investigações sejam instauradas, é inviável, desde um ponto de vista do processo penal democrático, existir apurações contra tudo e todos (ou nem tudo, haja vista que, via de regra, os investigados são previamente definidos – não operando o sistema de maneira aleatória ou igualitária), sem prévia delimitação de seu objeto.

1.4 FINALIDADES DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Tradicionalmente e a depender do modelo de organização do próprio Estado, as funções policiais sempre estiveram relacionadas a dois aspectos: preventiva e repressiva.⁵⁴ O aspecto a ser abordado no presente item do trabalho é o segundo, ou seja, trata-se de compreender e analisar as finalidades da investigação preliminar.

Luciano FELDENS e Andrei Zenker SCHMIDT entendem que a finalidade precípua dos atos de investigações consiste em angariar o maior número de elementos a propiciarem a elucidação da autoria e materialidade da infração penal, ou seja, possui a investigação a “finalidade única” de oferecer subsídios que possibilitem o oferecimento da futura ação penal.⁵⁵

Tal aspecto – amearhar elementos de informação, que instruirão a acusação – é definido por Aury LOPES JR. como instrumentalidade qualificada, ou seja, tendo em vista que o Inquérito Policial está a serviço do processo, definindo o seu início ou impedindo-o, uma de suas finalidades é exatamente servir-lhe de instrumento. Em

⁵³ DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.138.

⁵⁴ Para uma visão mais completa do desenvolvimento do conceito de polícia, conferir: MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal: Parte General. Sujetos procesales**. v.2. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2003.

⁵⁵ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação policial e ação penal**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.14.

suas exatas palavras: “Considerando que a investigação preliminar serve – lato sensu – ao processo, entendemos que seu objetivo estará cumprido tanto quando se produzir a acusação como também quando não se produzir (*non procedere*)”.⁵⁶

Todavia, de se notar que, assim como acontece com o processo como um todo – que também possui uma finalidade instrumental – pode-se identificar na investigação preliminar um outro aspecto, o de servir de limitação ao início do processo, por meio da efetivação de garantias constitucionais. Conforme esclarece Nereu Giacomolli, a investigação preliminar serve, para além de fornecer o substrato essencial à propositura da acusação, de verdadeiro filtro contra acusações “infundadas, temerárias e destituídas de qualquer elemento razoável de que foi determinado sujeito o autor da infração criminal”.⁵⁷

Assim sendo, a investigação preliminar serve tanto para produzir elementos de informação que poderão ser relevantes para a instauração do caso penal, como também, possui aspecto limitador/garantidor, por isso, sendo conceituado como “instrumentalidade constitucional”, servindo de anteparo ou obstáculo à abertura do processo penal, de modo a evitar acusações infundadas⁵⁸ ou, nas palavras de Francesco Carnelutti, “excluir a violência de uma acusação”.⁵⁹

No mesmo sentido, Gaetano FOSCHINI sustenta que o processo penal em si é uma pena; a investigação prévia ao momento de cognição serve justamente para poder-se avaliar se aquela pena (consistente em responder a um processo dessa natureza) deve ser imposta ou não.⁶⁰ De acordo com o autor, esse filtro representa um importante progresso e, por isso, deve ser mantido e respeitado.

Importante lição no direito estrangeiro pode ser colhida em Julio Banacloche Palao, o qual destaca que a Constituição Espanhola houve por bem positivar, em seu artigo 104, as finalidades da polícia.⁶¹ Optando por tal caminho, diverso do seguido por outras Constituições (como a brasileira), é possível concluir, de acordo com o autor, que se desejou enfatizar uma perspectiva garantista da atividade policial,

⁵⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.257.

⁵⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**. crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2001. p.51.

⁵⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.257.

⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Principi del Processo Penale**. Nápoles: Morano Editore, 1961. p.106.

⁶⁰ FOSCHINI, Gaetano. In: DE LUCCA, Giuseppe. **Primi Problemi Della Riforma Del Processo Penale**. Firenze: Sansoni Editore, 1962. p.70.

⁶¹ PALAO, Julio Banacloche. **La libertad personal y sus limitaciones: detenciones y retenciones en el derecho español**. Madrid: McGraw-Hill, 1996. p.189.

conferindo-lhe status constitucional, ao passo que estabelece limites bem definidos.⁶²

Destaca o autor que a pretensão espanhola, ao elencar em seu texto constitucional as finalidades da atividade policial – destacando-se, entre outras, a função de proteger o exercício de direito, liberdades e cidadania dos cidadãos – foi submeter indubitavelmente a função ao crivo do princípio da legalidade:

[...] se ha considerado que este artículo 104 enfatiza una perspectiva garantista y no represiva de las tareas de la Policía; en cualquier caso, lo que si parece claro es que la intención del constituyente ha sido la de someter la actuación de las fuerzas policiales al principio de legalidad, cualquiera que sea la finalidad, preventiva o represiva, que éstas pretendan, por lo que cualquier interpretación que defienda la existencia de una cláusula general habilitante de la actuación de la Policía al margen de los límites señalados por la ley debe de considerarse no conforme con el ámbito del precepto, y por tanto, contraria a la Constitución. En consecuencia, entre las dos opciones doctrinales expuestas en los apartados anteriores, que pretendían aportar una justificación dogmática a la coacción directa de la que puede disponer la Policía, debe escogerse la que sostiene que dicha coacción sólo puede admitirse si está amprada por una norma legal previa que consienta su aplicación.⁶³

Indo além na perspectiva garantista da investigação, autores contemporâneos têm sustentado que o “filtro” pode acontecer não apenas pela demonstração factual da desnecessidade da acusação formal (denúncia), mas também pelo exercício de controle da constitucionalidade, legalidade e convencionalidade das normas penais. Como explica Leonardo Marcondes MACHADO, trata-se de conferir à Constituição sua “força normativa” (na consagrada expressão de Konrad Hesse) imposta pelo Estado de Direito e a adequação convencional das regras internas.⁶⁴

Gustavo Noronha de ÁVILA e Vera M. GUILHERME indicam que o responsável pela investigação pode realizar verdadeiro “choque entre decisões legislativas muitas vezes oportunistas e populistas” e os princípios e regras que fundamentam o processo penal.⁶⁵

Por fim, Fauzi Hassan CHOUKR destaca um outro aspecto relevante da investigação, somado aos anteriores, que é dar suporte – ou mostrar a sua

⁶² PALAO, Julio Banacloche. *La libertad personal y sus limitaciones: detenciones y retenciones en el derecho español*. Madrid: McGraw-Hill, 1996. p.189.

⁶³ PALAO, Julio Banacloche. *La libertad personal y sus limitaciones: detenciones y retenciones en el derecho español*. Madrid: McGraw-Hill, 1996. p.189.

⁶⁴ MACHADO, Leonardo Marcondes. *Introdução crítica à investigação preliminar*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p.110.

⁶⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha; GUILHERME, Vera M. Encontrando Bakunin ou garantindo o ilegalismo estatal. In: SOUZA, David Tarciso Queiroz; GUSSO, Rodrigo Bueno (Org.). *Estudos sobre o papel da polícia civil em um estado democrático de direito*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.118.

desnecessidade – para a decretação de medidas cautelares.⁶⁶ Referindo-se a medidas cautelares limitadoras de direitos fundamentais (quebra de sigilo telefônico, quebra de sigilo bancário, medidas cautelares pessoais, etc.), as quais apenas podem ser realizadas mediante ordem fundamentada de autoridade com poder jurisdicional, é certo que a investigação preliminar será o único a caminho apto a demonstrar a sua viabilidade, conferindo o suporte fático necessário.

Como visto, não se pode desconhecer a importância da investigação preliminar sob o aspecto garantidor, como filtro democrático-constitucional, sendo absolutamente relevante que, de fato, que se desenvolva e se aprimore a compreensão quanto a força das Convenções e Tratados Internacionais, bem como dos próprios princípios norteadores do direito penal e do processo penal.

Por outro lado, tal perspectiva pode conduzir a uma visão de que a atividade preliminar é dotada de certa imparcialidade, pois investigaria também fatos favoráveis à defesa, evitando-se assim a propositura da ação penal.⁶⁷

1.5 LIMITES DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: O DESCUMPRIMENTO DAS REGRAS E SEUS EFEITOS

O descumprimento das regras próprias inerentes à investigação preliminar geram discussão na doutrina e díspares decisões judiciais (como se verá adiante), quicá exatamente por não se compreender, muitas vezes, a natureza e importância dos atos praticados durante a investigação e quais devem ser as suas consequências ao processo penal como um todo.

Certo é que, não obstante os termos do artigo 155 do Código de Processo Penal (que veda a condenação exclusivamente com base nos elementos de informações colhidos em sede de investigação), tais informações continuam a constar no caderno processual, influenciando a construção (consciente e inconsciente) da decisão final. Com razão, Fauzi Hassan CHOUCKR salienta que, em um modelo acusatório de

⁶⁶ CHOUCKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.583.

⁶⁷ Exemplificativamente, Eduardo Luiz Santos Cabette aduz: “O Inquérito Policial é um instrumento imparcial, não vinculado à futura acusação, podendo em seu bojo trazer elementos de interesse da defesa do suposto autor da infração”. (CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O papel do inquérito policial no sistema acusatório: o modelo brasileiro. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito penal e processo penal**: processo penal I. v.6. São Paulo: RT, 2015. p.496).

processo penal, em que as provas deveriam ser produzidas em audiência, perante o juiz imparcial, as discussões relacionadas aos vícios da investigação perdem significativamente a sua importância.⁶⁸

Por outro lado, máxime enquanto os atos de investigação continuarem a permanecer no processo, deve-se superar a genérica e superficial alegação, encontrada em inúmeros precedentes⁶⁹ e na clássica doutrina processual penal⁷⁰, de que os atos de investigação, porque poderão ser (re)feitos em contraditório, não acarretam qualquer nulidade.

Um primeiro passo, diante da importância dos elementos constantes na investigação, é proposto por Alexandre Morais da ROSA que sustenta que o Brasil deveria adotar lógica semelhante ao processo penal norte-americano, no qual os atos praticados na investigação são dotados de presunção de ilicitude – diversamente do que ocorre na tradição jurídica brasileira⁷¹ – devendo o Estado comprovar que foram praticados em conformidade constitucional, convencional e legal.⁷²

No mesmo sentido, Aury LOPES JR. e Ricardo J. GLOECKNER apontam a ausência de base legal para a interpretação dominante (o Código de Processo Penal nada fala sobre presunção de veracidade, ao revés, determina que a prova seja feita em juízo) e, ademais, que a admitir-se o contrário gera a quase impossibilidade de demonstração da ilegalidade e do prejuízo exigido pela jurisprudência, “essa presunção de veracidade dificilmente pode ser derrubada e parece haver sido criado em outro mundo, muito distinto da nossa realidade, em que as denúncias, coação, tortura, maus- tratos, enfim, toda espécie de prepotência policial, são constantemente

⁶⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.266.

⁶⁹ A título exemplificativo pode ser citado o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: “A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça consolidou-se no sentido de que eventuais máculas na fase extrajudicial não tem o condão de contaminar a ação penal, dada a natureza meramente informativa do inquérito policial”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 898.264/SP. Relator: Min. Jorge Mussi. Julgamento: 07/06/2018. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJe 15/06/2018).

⁷⁰ ROSA, Alexandre Morais. **Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.416.

⁷¹ Não é raro, na prática, deparar-se exatamente com a inversão completa da lógica proposta por Alexandre Morais da Rosa, ou seja, atribuir-se não apenas a presunção de veracidade e legalidade dos atos investigatórios, como também atribuir-lhe maior valor probatório (sic) por ter sido colhida com maior proximidade aos fatos, “no calor dos fatos”, sem interferência defensiva (e do princípio do contraditório).

⁷² ROSA, Alexandre Morais. **Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.411.

noticiados”.⁷³ Geraldo PRADO chama atenção para o fato de que ao se exigir (art. 395, do CPP) que para o recebimento da denúncia existam elementos mínimos de justa causa, o Processo Penal brasileiro afastou-se (um pouco) do modelo inquisitorial, deixando de lado o chamado “princípio da confiança”, de que todos os atos praticados em sede de investigação preliminar seriam válidos e lícitos, para caminhar em sentido ao sistema acusatória, no qual deveria valer uma lógica de desconfiança, principalmente para com os elementos informativos amealhados pela investigação preliminar.⁷⁴

Para além dos pressupostos de validade do ato, é de se considerar que, sendo o acusado portador de direitos e estando sujeitos os atos investigatórios ao princípio da legalidade (nunca é demais repetir a advertência de Alexandre Morais da ROSA: “a legalidade constitucional deve(ria) presidir as investigações preliminares”),⁷⁵ todos os atos praticados em desacordo com as normas cogentes aplicáveis devem gerar algum efeito jurídico concreto, implica dizer, não apenas a sua desvalorização axiológica probatória, mas a sua efetiva nulidade.

Em se tratando de normas procedimentais referentes apenas ao inquérito policial os vícios identificados gerarão a ineficácia do ato e a sua consequente invalidade. Já os atos investigatórios que impliquem em meio de obtenção de provas, que necessitam de autorização judicial, gerarão a nulidade da prova obtida, de forma que a nulidade se projetará sobre a ação penal.⁷⁶

Nesse mesmo sentido, pontua Stefano RUGGERI acerca da reforma do processo penal italiano de 1988, que modificou o antigo procedimento autoritário italiano, abolindo o sistema de juiz investigador e dando mais poderes ao Ministério Público:

It has been noted that the 1988 code had already empowered the competent prosecutor to order wiretaps in urgent cases, provided that the competent judge for the pre-trial inquiry could validate the prosecutorial decree within short time-limits. Remarkably, the requirement of judicial validation is a necessary condition not only for continuing the ongoing interception but also

⁷³ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.301.

⁷⁴ PRADO, Geraldo. **Estudos jurídicos**. São Paulo: Contracorrente, 2018. p.184.

⁷⁵ ROSA, Alexandre Morais. **Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 416.

⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3.ed. São Paulo: RT, 2015. p.141.

*for the admissibility of the information gathered.*⁷⁷

Para além da clássica – e inútil, aos fins ora propostos – distinção entre atos inválidos e nulos⁷⁸ é preciso estar atento à leitura restritiva que parte da jurisprudência e doutrina tradicional fazem em relação à distinção entre tais atos, pois sendo meramente atos administrativos, gerariam atos inválidos, sem maiores repercussões ao processo.

Com razão, Ricardo Jacobsen GLOECKNER destaca que a partir do momento em que tais informações entram no processo elas são aptas a influir (consciente ou inconscientemente) na formação da convicção do magistrado. Além dos atos praticados na fase de investigação permanecerem no processo, eles podem fundar a decisão, pois o art. 155 não veda a sua utilização, desde que cotejada com outras provas. Assim, “basta algumas palavras, extraídas de um depoimento judicial, que sirvam como meio de ratificação dos indícios colhidos no inquérito e, num passe de mágica, a sentença se faz legítima”.⁷⁹

Isto posto, ao menos enquanto não se revolvem os problemas gerais da investigação preliminar (adaptando-a para um modelo acusatório e extirpando-a do processo), urge reconhecer que todos os atos praticados na investigação devem ser criteriosamente analisados, a partir do princípio da legalidade. Havendo desconformidade com as regras e princípios incidentes, a nulidade deve ser reconhecida, diminuindo os males causados ao futuro daquele processo penal.

1.6 LIMITES COGNITIVOS DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Já foi visto que a investigação preliminar não busca uma decisão final relacionada ao mérito do que se está a investigar, tampouco se (deveria) intencionar a

⁷⁷ Em livre tradução: “É notório que o código de 1988 concedeu poderes ao Ministério Público ordenar interceptações telefônicas em casos urgentes, desde que o juiz competente para o inquérito possa validar o decreto do Ministério Público dentro de prazos muito curtos. Notavelmente, a exigência de validação judicial é uma condição necessária não apenas para continuar a interceptação em andamento, mas também para a admissibilidade das informações coletadas”. (RUGGERI, Stefano. *Equality of arms, impartiality of the judiciary and the role of the parties in the pre-trial inquiry: the perspective of Italian criminal justice*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v.4, n.2, p.559-603, maio/ago. 2018. p. 567).

⁷⁸ Sobre o tema, cf.: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.428.

⁷⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.423-424.

produção de provas para fundamentar uma futura decisão condenatória ou absolutória, eis que seu objeto é outro e está relacionado simplesmente a ser espécie de filtro para acusações infundadas ou base, por meio dos elementos de informações colhidos, para o oferecimento da denúncia que, aí sim, inaugurará a fase probatória do processo penal.

No ponto, é de se destacar a advertência de Ricardo Jacobsen GLOECKNER, no sentido de que o exagerado aprofundamento da busca por informações e conhecimento sobre o fato objeto da investigação preliminar, tendência “esquizofrênica” vista no processo penal brasileiro, conduz a uma inadequada antecipação do debate que deveria restar adstrito a fase processual, levando a investigação preliminar a exercer uma função inadequada, anômala, indicativa de “inequívoca pulsão autoritária”.⁸⁰

Nesse caminhar, relevante investigar o grau de cognição (aprofundamento quanto ao conhecimento) a que deve se dedicar a investigação preliminar. De partida, verifica-se que ela deve seguir um rito sumário, podendo ser analisado a partir de metodologia de estudo que a separe em dois aspectos: qualitativo e quantitativo.⁸¹

O aspecto qualitativo diz respeito a amplitude do que se está a investigar, ou seja, a atenção conferida ao objeto da investigação (vista no item 1.3 do presente trabalho), de modo que investigações em desacordo com o que inicialmente estipulado “equivale a uma ampliação injustificada do inquérito policial”.⁸²

Não se está a falar em impossibilidade de investigar fatos descobertos no decorrer da atividade policial, mas, de uma indevida ampliação do aspecto cognitivo do rito sumário da investigação (efeito negativo do protagonismo da investigação preliminar no Brasil), antecipando o contraditório e traduzindo-se em, não raras vezes, uma busca por provas suficientes a ensejar a condenação do acusado – e não simplesmente embasamento para o oferecimento da denúncia crime. Esse desmedido

⁸⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Sumarização da investigação preliminar brasileira: notas sobre a disfuncionalidade do Inquérito policial à luz do direito fundamental a um juiz imparcial. In: GOSTINKI, Aline; QUEIROZ, David (Org.). **Investigação preliminar e processo penal: novos desafios e perspectivas**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.220.

⁸¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Sumarização da investigação preliminar brasileira: notas sobre a disfuncionalidade do Inquérito policial à luz do direito fundamental a um juiz imparcial. In: GOSTINKI, Aline; QUEIROZ, David (Org.). **Investigação preliminar e processo penal: novos desafios e perspectivas**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.220.

⁸² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Sumarização da investigação preliminar brasileira: notas sobre a disfuncionalidade do Inquérito policial à luz do direito fundamental a um juiz imparcial. In: GOSTINKI, Aline; QUEIROZ, David (Org.). **Investigação preliminar e processo penal: novos desafios e perspectivas**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.221.

aprofundamento da investigação faz com que a audiência de instrução e julgamento transforme-se em mera “mimese do que fora a investigação preliminar”, esvaziando o sentido do princípio do contraditório que passa a funcionar como “alavanca de legitimação do material produzido na fase policial”.⁸³ É nesse mesmo sentido a crítica formulada por David QUEIROZ:

Pela comodidade de se produzir 'provas' na fase inquisitiva, o comum é que o órgão acusador parasite o inquérito policial, pouco acrescentando na fase judicial, àquilo que foi produzido pela polícia. As provas produzidas em contraditório judicial, que deveriam ser a espinha dorsal do processo, acabam se tornando coadjuvantes na formação da convicção do julgador, convertendo o processo em mera repetição ou encenação da primeira fase.⁸⁴

O segundo aspecto – quantitativo – diz respeito a limitação temporal da investigação preliminar. A perpetuação da investigação preliminar por longo decurso de tempo⁸⁵ - algo muito próprio do sistema inquisitório, transformando o processo em psicopatia, como já alertava CORDERO – traz consigo desgaste aos envolvidos, impondo-lhes em um verdadeiro “estado de prolongada ânsia”.⁸⁶ Toda desnecessária burocracia, formalidades e, principalmente, incerteza quanto ao destino da investigação, alongam o rito sumário da investigação para muito além do que seria o ideal:

Tudo isso, acrescido do peso da espada de Dâmacles que pende sobre sua cabeça, leva o sujeito passivo a um estado de angústia prolongada. Enquanto dura o processo penal, dura a incerteza, e isso leva qualquer pessoa a níveis de estresse jamais imaginados. Não raros serão os transtornos psicológicos graves, como a depressão exógena. O sofrimento da alma é um custo que terá de pagar o submetido ao processo penal, e tanto maior será sua dor quanto maior fora a injustiça a que esteja submetido. Tudo isso pode ser evitado se a investigação preliminar cumprir com suas funções, evitando que acusações infundadas sejam levadas adiante.⁸⁷

⁸³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Sumarização da investigação preliminar brasileira: notas sobre a disfuncionalidade do Inquérito policial à luz do direito fundamental a um juiz imparcial. In: GOSTINKI, Aline; QUEIROZ, David (Org.). **Investigação preliminar e processo penal: novos desafios e perspectivas**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.224.

⁸⁴ QUEIROZ, David. **A permeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.141.

⁸⁵ O Código de Processo Penal prevê prazos, que, todavia, podem ser reiteradamente renovados, tornando-os inócuos. Novamente a chamada doutrina do não-prazo (expressão de Aury Lopes Jr.) incide, pois o Código prevê prazo, mas não sanção ao seu não cumprimento, isso, aliado a interpretação jurisprudencial baseada no “princípio da razoabilidade”, faz com que, na prática, não existe qualquer delimitação objetiva e eficaz.

⁸⁶ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.112.

⁸⁷ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.113.

A ausência de controles rígidos sobre esse aspecto da investigação tem ainda outro aspecto negativo, destacado por Fauzi Hassan CHOUKR, ao fomentar o despreparo dos órgãos de investigação e dos profissionais envolvidos, pois, se não há limitação temporal, pode-se indistintamente propugnar pela dilação da investigação.⁸⁸

Em conclusão ao tópico, verifica-se que a necessidade de controle quanto aos limites de busca de informações sobre o delito deve se voltar tanto ao aspecto “jurídico” (aprofundamento limitado em relação aos elementos de informação, suficientes apenas para demonstrar a existência de indícios de crime – a partir da teoria analítica – e de sua autoria) e temporal. A ausência de regulamentação sobre tal aspecto da investigação, novamente, abrirá perigosos espaços de autoritarismo, permitindo-se investigações excessivas demoradas (não raras vezes por mais de anos) e aprofundadas, esvaziando a fase processual.

1.7 SUJEITOS RESPONSÁVEIS PELA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

1.7.1 Autoridade Policial

Ao se iniciar o estudo sobre os sujeitos responsáveis pela investigação preliminar, necessário deixar consignado desde logo: bem se sabe que a simples definição do investigador oficial não terá jamais o condão de alterar a substância e as características gerais dessa fase pré-processual. Bem se sabe, os problemas da investigação preliminar não serão alterados e superados apenas definindo-se o sujeito responsável por conduzir a investigação preliminar, como destaca Aury LOPES JR., não adianta mudar os inquisidores e manter a fogueira acesa.⁸⁹ Afinal, como bem destaca Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, “basta estar naquela situação!”.⁹⁰

Assim como a mera análise quanto à existência de partes no processo penal não definirá a estrutura do sistema processual (acusatório ou inquisitório), o mesmo ocorre quando se analisa a investigação preliminar. O problema central, por certo, não está nas partes e sim na estrutura de poder – e de controle a esse poder – que se estabelece em cada modelo.

⁸⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.299.

⁸⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.348.

⁹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. v.1. Organizadores: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes; DE PAULA, Leonardo Costa. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p.56.

De qualquer sorte, o assunto é relevante, afinal, inclusive a partir de um ponto de vista prático, a parte responsável por colher os elementos investigativos determinará o rumo seguido pela investigação, tendo reflexos diretos sobre a decisão final do caso, portanto, a parte responsável pela condução da investigação preliminar “pode mudar os rumos do processo penal”.⁹¹

Portanto, ainda que não seja o traço distintivo e essencial entre os sistemas processuais, seria inviável pretender-se construir um sistema acusatório, de índole democrática, sem que se estabeleçam com precisão as funções de cada uma das partes, seus poderes e, principalmente, seus limites.

Portanto, mais do que simplesmente analisar a função de cada parte na estrutura do processo (quem investigará, por exemplo), é essencial que se reflita sobre o que se investigará, em quais condições, sob quais responsabilidades e controles. Nas palavras de Nereu José Giacomolli: “é importante que os cidadãos saibam, antecipadamente, quem detém o poder de investigar criminalmente e qual o procedimento que será implementado nas hipóteses de ser investigado. A inexistência dessas duas premissas advém, também, a instabilidade e a insegurança jurídica dessa fase preliminar”.⁹²

Ademais, como adiante se fará o estudo da investigação conduzida pela defesa (investigação defensiva, objeto central do presente estudo), relevante compreender como a investigação preliminar pode – se é que pode – ser implementada pelo órgão que futuramente realizará a acusação (Ministério Público) e quais poderes lhe são atribuídos.

No Brasil, ao menos desde a Constituição de 1988, a regra sempre foi a condução da investigação diretamente pela autoridade policial (delegado de polícia), conforme previsto no artigo 144, IV, da Constituição Federal.

Aury LOPES JR. e Ricardo Jacobsen GLOECKNER ressaltam que nesse modelo o delegado de polícia encarregado será não apenas o responsável pela condução, mas o seu titular, a ele restando a deliberação sobre os atos de investigação a serem realizados (perícias, oitivas, reconstituições, etc.), sem qualquer subordinação aos juízes e promotores.⁹³ Não obstante a titularidade esteja concentrada nas mãos da autoridade policial, ela receberá controle interno da própria

⁹¹ ROSA, Alexandre Morais. **Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.412.

⁹² GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**. crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2001. p.36.

⁹³ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.126.

instituição (Corregedorias, etc.)⁹⁴ e externo por parte do Ministério Público, conforme art. 129, VII, da Constituição Federal.

Esclarecem os autores que esse modelo de investigação, conduzido pela autoridade policial, tem como principal vantagem a extensão, ou seja, a capilaridade no Brasil todo, o que, considerando suas extensões, seria fundamental. Esse seria um dos principais motivos que levaram o legislador, em 1941, a manter a titularidade da investigação nesses moldes.⁹⁵

Destacam, ainda, que do ponto de vista econômico esse modelo poderia ser mais vantajoso, pois demandam contratação de menor número de pessoas especializadas (tal como Juízes e Promotores). O último aspecto positivo seria a possibilidade de atendimento mais célere, uma vez que a polícia está habituada a atender situações cotidianas na sociedade, podendo chegar mais rapidamente ao local do crime e apurar os fatos.⁹⁶

Os mesmos autores supracitados reconhecem que se trata de modelo já superado, em estado latente de crise, pois não atende aos anseios do titular da ação penal, muito menos aos da defesa e da sociedade como um todo, estando marcada por uma atuação discricionária em excesso, fortemente influenciada por uma subcultura própria⁹⁷ (repleta de preconceitos e fechada, via de regra, aos valores constitucionais e republicanos), servindo, nessa dimensão para simples controle dos indesejados (ou não consumidores).⁹⁸ Em conclusão: “Toda essa gama de problemas que possui a instrução policial leva ao descrédito probatório do material recolhido e à necessidade de completa repetição em juízo. Pior ainda, não cumpre com sua função principal: aclarar, em grau de probabilidade, a notícia-crime para fundamentar o processo ou o não processo”.⁹⁹

Ademais, os problemas estruturais da própria instituição acentuam a crise

⁹⁴ Há outras possíveis espécies de controle sobre a atividade policial, ainda pouco estudada e utilizada no Brasil. O tema – justamente pela sua importância – demandaria reflexão aprofundada, que desbordaria do objeto do presente trabalho. Para uma visão da experiência norte americana sobre o assunto, leia-se a seguinte obra: DIAS NETO, Theodomiro. **Policiamento comunitário e controle sobre a polícia: a experiência Norte-Americana**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

⁹⁵ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.126.

⁹⁶ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.127.

⁹⁷ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.130.

⁹⁸ WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

⁹⁹ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.130.

desse modelo de investigação¹⁰⁰, tornando-a muitas vezes ineficazes para investigar crimes complexos, como aqueles abrangidos pelo direito penal econômico (fala-se aqui em específico sobre a Polícia Civil, haja vista que a Polícia Federal estruturou-se significativamente nos últimos anos).

Todas as críticas – seja do posto de vista pragmático, quanto ao papel efetivamente desempenhado na investigação, seja de um ponto de vista eminentemente teórico, quanto a reestruturação da investigação preliminar – demonstram a necessidade de se repensar essa sensível fase do processo penal brasileiro, adequando-a para um sistema acusatória e democrático.

Todavia, a complexidade do problema não permite conclusão simplista no sentido da mera abolição da condução da investigação pela polícia. Trata-se de instituição ainda essencial, até mesmo porque os demais órgãos do aparelho estatal não possuem condições estruturais para realizar a investigação como um todo (contingente, perícias, diligências, etc.), mas que deve ser alcançada por uma nova cultura (acusatória).

1.7.2 Ministério Público

O Ministério Público surge no Processo Penal como ente artificialmente criado (eis que não integra o conflito material), tendo a relevante função de buscar a separação entre a figura do julgador e do acusador. Com efeito, como bem observar Julio MAIER, durante a inquisição não fazia falta a separação das funções, uma vez que o inquisidor seria o responsável por todas as funções do processo:¹⁰¹

El inquisidor reunia todo el poder para la realización de la ley y lo hacia de oficio sin necesidad alguna de excitación estraña, poder que emanaba antes bien de una objetificación abstracta, a priori, del daño concreto provocado por la acción u omisión contraria a Derecho jurídico – que de un interés real y concreto. Bastaba, entonces, el inquisidor, para la realización completa del Derecho penal.

Durante o período de reforma do processo penal francês, na tentativa de superação do sistema inquisitório, com a criação de um órgão separado e independente

¹⁰⁰ Sobre o tema, conferir a pesquisa empírica realizada por Michel Misse: MISSE, Michel. **O inquérito policial no Brasil**: uma pesquisa empírica. Rio de Janeiro: Booklink, 2010.

¹⁰¹ MAIER, Julio. *El Ministerio Público en el proceso penal*. In: **El Ministerio Público: ¿un adolescente?** Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p.23.

da estrutura judiciária¹⁰², encarregado por realizar a acusação, evitando-se, pois, que o magistrado assumisse as duas funções (acusar e julgar).¹⁰³

Por precisão, releva destacar que a instituição, que foi progressivamente aprimorando-se, surge com as características próprias com as quais se identifica atualmente não com a Revolução Francesa em si, mas, principalmente, no período subsequente (chamado período reformista ou napoleônico). É o que explica Julio MAIER:

Sin embargo, el ministerio público, con su moderna función acusatoria o, mejor aún, de persecución penal en los delitos llamados “de acción pública”, es, en realidad, un desarrollo contemporáneo, un oficio público posterior a la transformación de la inquisición histórica e, inclusive, a las propias ideas del iluminismo. No puede haber duda en afirmar que tiene carta de ciudadanía francesa; empero, la fecha de su nacimiento no se corresponde exactamente con el orden revolucionario inmediato, surgido de la revolución francesa, sino, antes bien, con la crítica política a ese orden y el advenimiento del orden napoleónico, inmediatamente posterior. De allí que resulte exagerado, y hasta parcialmente falso, acuñar la bella metáfora que señala al fiscal moderno como “hijo de la Revolución”.¹⁰⁴

Assim sendo, junto com o desenvolvimento do próprio Estado de Direito, desenvolveu-se o Ministério Público, tendo em sua gênese assumido – como ainda a possui em diversos países, como exemplificativamente: Portugal, Alemanha e Argentina – a função de também investigar o delito, para depois realizar a acusação em juízo.¹⁰⁵ Desse modo, o Ministério Público seria o responsável pela condução da investigação preliminar, normalmente contanto com o apoio de alguma estrutura de polícia judicial para o cumprimento de diligências e atos de investigação, e, posteriormente, sustentando-a em juízo.

Diversas são as críticas feitas a investigação conduzidas pelo Ministério Público. Juan Gomes COLOMER elabora contundente crítica a possibilidade de o Ministério Público investigar. Aduz o autor que o problema central não repousa em questões

¹⁰² Vale destacar que nem todos os países europeus conseguiram, até os dias atuais, criar uma estrutura para o Ministério Público própria e independente do Poder Judiciário, como, por exemplo, a Itália, na qual desde há muito se discute o tema. Nesse país a carreira ainda está imbricada com a dos magistrados, de modo que o profissional, ao longo do tempo, poderá exercer tanto a função de acusador quanto, posteriormente – em outro momento – de julgador.

¹⁰³ DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974. p.362.

¹⁰⁴ MAIER, Julio. *El Ministerio Público en el proceso penal*. In: **El Ministerio Público: ¿un adolescente?** Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p.29.

¹⁰⁵ MAIER, Julio. *El Ministerio Público en el proceso penal*. In: **El Ministerio Público: ¿un adolescente?** Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p.29.

dogmáticas, se não em pragmáticas.¹⁰⁶

Com efeito, é natural ao sistema acusatório que o Ministério Público deva ser parte (acusadora) no processo penal e, portanto, não há se falar em imparcialidade.¹⁰⁷ A resistência do autor encontra-se na própria viabilidade da condução das investigações, que seriam otimizadas se realizadas diretamente pela autoridade policial, ganhando, portanto, em celeridade e efetividade. Conclui Juan Gomes COLOMER:

Ora, o Ministério Público é parte acusadora e, conseqüentemente, não pode ser neutro, pelo que dificilmente poderá realizar uma investigação imparcial, e muito menos garantidora, porém ainda que todos saibam de minha grande preocupação a respeito, deixemos esta questão agora. O problema não é dogmático. Quem vai por essa via erra irremediavelmente. A questão é puramente pragmática, de efetividade, de rapidez na investigação, de deslumbramento cego produzido ao contemplar o modelo anglo-saxão.¹⁰⁸

No Brasil a possibilidade de investigações preliminares serem conduzidas diretamente pelo Ministério Público ganhou relevo nos últimos anos, diante de inúmeros casos rumorosos conduzidos pelo *parquet* e o conseqüente questionamento sobre sua legalidade.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n.º 593.727/MG, em 14.05.2015, entendeu pela possibilidade de atuação direta por parte do Ministério Público, desde que respeitadas as garantias e os direitos dos envolvidos inerentes a todas as investigações preliminares (como acesso aos autos por parte dos investigados, controle jurisdicional e razoável duração). O Ministro relator da referida decisão, Gilmar Mendes, fixou, acompanhado pela maioria da Corte Suprema, que o

¹⁰⁶ COLOMER, Juan-Luis Gómez. Investigação criminal: problemas atuais e perspectivas de unificação internacional. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coord.). **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002. p.218.

¹⁰⁷ Embora não se desconheça a existência de respeitadas posições em sentido contrário (o trabalho voltará ao tema ora analisado, em posterior capítulo pertinente ao tema). Por todos, Jorge Figueiredo Dias aponta que o Ministério Público deve também ser regido pelo princípio da imparcialidade, eis que se trata de órgão responsável pela consecução da justiça e descoberta dos fatos. Por precisão, transcreve-se o escólio do autor referenciado: “condição interna indispensável do cumprimento do dever de objectividade pelo MP é, naturalmente, a de que esteja assegurada a respectiva imparcialidade: e para tanto, já o sabemos, é que a lei criou, relativamente ao juiz, todo um sistema de impedimentos e suspeições que, nos termos dos art. 105.º e 113.º do CPP, deve na parte aplicável valer igualmente para os representantes ou agentes do MP”. Por lealdade ao posicionamento do autor, necessário esclarecer que, além de se referir a imparcialidade, ele sustenta o dever de objetividade e, sobretudo, legalidade na atuação do Ministério Público, o que desaguará no dever de lealdade entre partes. Assim, portanto, não restam dúvidas, em se reconhecer o MP como tal – como parte – inclusive com deveres para com a defesa, conforme se abordará em tópico específico do trabalho. (DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974. p.370).

¹⁰⁸ COLOMER, Juan-Luis Gómez. Investigação criminal: problemas atuais e perspectivas de unificação internacional. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coord.). **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002. p.218.

ordenamento constitucional não vedaria a condução das investigações diretamente pelo *parquet*, pois embora a Constituição faça expressa referência a atividade exercida pela polícia judiciária, ela não veda a atuação do Ministério Público, sendo meramente exemplificativo o rol previsto na norma constitucional. Sobre tais poderes, fixou o Ministro relator:

Importante mais uma vez advertir que a atividade investigatória não é exclusiva da polícia judiciária. O próprio constituinte originário, ao delimitar o poder investigatório das comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 58, § 3.º), pareceu encampar esse entendimento. Raciocínio diverso – exclusividade das investigações efetuadas por organismos policiais – levaria à conclusão absurda de que também outras instituições, e não somente o Ministério Público, estariam impossibilitadas de exercer atos investigatórios, o que é de todo inconcebível.¹⁰⁹

A interpretação empregada já era defendida, por exemplo, por Luciano FELDENS e Andrei SCHMIDT, para quem o art. 129 da Constituição, em seu inciso IX, estabeleceu uma cláusula de abertura, na medida em que permite aos membros do Ministério Público exercer outras funções, para além daquelas expressamente previstas, desde que compatíveis com sua função. Em se tratando de agente responsável pela proposição da ação penal e sua sustentação em juízo, não haveria conflito com qualquer outra norma constitucional, sendo, portanto, possível.¹¹⁰

Nesse mesmo sentido, Marcelo MENDRONI argumenta que se o Ministério Público é o representante do Estado, detentor do direito de acusar – responsável por impulsionar a ação penal – natural que seja o próprio *parquet* o responsável pela prática dos atos referidos, “em especial os de investigação consistentes na busca e exame das fontes de provas e bem das solicitações ao Poder Judiciário dos atos relativos às medidas cautelares, para com isso ter o fundamento necessário para a propositura da ação penal”.¹¹¹

Assim sendo, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, em julgamento com repercussão geral reconhecida, restou fixado em caráter vinculante, a interpretação conferida aos artigos 129, III e VIII, e 144, IV, § 4.º, da Constituição da República,

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 593727 - MINAS GERAIS. Relator: Min. CEZAR PELUSO, 14 maio 2015, Tribunal Pleno. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 08 set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

¹¹⁰ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação policial e ação penal**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.58.

¹¹¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.77.

pacificando a possibilidade de investigações serem conduzidas diretamente pelo Ministério Público.

Remanesce discussão a respeito de quais matérias poderão ser investigadas e de que modo o serão (procedimento), tendo em vista que toda a disciplina prevista pelo Código de Processo Penal volta-se à atividade policial. Ainda que disciplinada por meio de Resoluções e instruções normativas administrativas, é certo que permanece lacuna normativa a respeito da matéria.

Uma das principais críticas feitas à investigação preliminar como um todo diz respeito exatamente a sua baixa aderência constitucional, marcada pela ausência de rigor legal, abrindo-se perigosos espaços de autoritarismo, razão pela qual a matéria deveria ser regulamentada por lei – e não por Resolução, como é feita atualmente por meio da Resolução n.º 181 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Interessante observar que a própria referida Resolução mencionada, já em seu artigo primeiro, que a investigação será “instrumento sumário e desburocratizado” para apurar infrações penais de natureza pública.¹¹² Ou seja, todas as críticas direcionadas à dificuldade de controles epistêmicos do Inquérito Policial, que ao longo dos anos o tornaram fonte privilegiada de abusos, tende a ser ampliada, devido a ausência de regulamentação (por leis) e controle do exercício do poder.¹¹³

Pertinente destacar que, sob o pretexto de desburocratizar a investigação, dotando-a de maior celeridade e eficácia, abre-se mão das formalidades inerentes ao procedimento investigatório.¹¹⁴ Importa dizer, ainda que a investigação conduzida pelo *parquet* possa apresentar diversas vantagens, insiste-se na necessidade de regulamentação, de procedimentos (formas) claros, a fim de (em alguma medida) garantir ao investigado alguma segurança sobre o procedimento a ser seguido, afinal “a forma guarda íntima relação com o sistema acusatório. Não é à toda que Franco

¹¹² “Art. 1.º O procedimento investigatório criminal é instrumento sumário e desburocratizado de natureza administrativa e investigatória, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal. (Redação dada pela Resolução n.º 183, de 24 de janeiro de 2018)”.

¹¹³ Ainda que passível de críticas, o Ministério Público exerce o controle externo sobre a atividade policial, nos termos do art. 129, VII, da Constituição. Como e quem fará o controle externo da atividade investigatória quando exercida diretamente pelo Ministério Público é um dos problemas a ser enfrentado. Todavia, pelos limites metodológicos impostos ao presente trabalho, não se adentrará com a devida profundidade no tema.

¹¹⁴ Mesmo que o Código de Processo Penal esteja significativamente defasado, reclamando por urgente refundação, com bases democráticas, sendo justamente a fase pré-processual uma das mais sensíveis (inclusive em razão dos aspectos abordados no item 1.1 do presente trabalho), ao menos ele prevê um conjunto de atos sequenciais a serem seguidos.

CORDERO, para ficar com o processualista italiano, advoga que o sistema inquisitorial é um modelo amórfico”.¹¹⁵

De qualquer sorte, não obstante as críticas acima elencadas, a Resolução 181, com sua atual redação (de 24 de janeiro de 2018), elenca, em seu artigo sétimo, uma série de poderes conferidos ao Ministério Público, sendo de se destacar, entre eles:

- I - fazer ou determinar vistorias, inspeções e quaisquer outras diligências, inclusive em organizações militares;
- II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades, órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- III - requisitar informações e documentos de entidades privadas, inclusive de natureza cadastral;
- IV - notificar testemunhas e vítimas e requisitar sua condução coercitiva, nos casos de ausência injustificada, ressalvadas as prerrogativas legais;
- V - acompanhar buscas e apreensões deferidas pela autoridade judiciária;
- VI - acompanhar cumprimento de mandados de prisão preventiva ou temporária deferidas pela autoridade judiciária;
- VII - expedir notificações e intimações necessárias;
- VIII - realizar oitivas para colheita de informações e esclarecimentos;
- IX - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;
- X - requisitar auxílio de força policial;

Ao comentarem os poderes estabelecidos na Resolução, Douglas FISCHER e Bruno CALABRICH destacam que elas possuem diferença em relação ao art. 6.º do Código de Processo Penal, pois este enfoca prioritariamente as atividades policiais a serem praticadas logo após o flagrante ou a comunicação do crime. Apontam os autores que “esse destaque a investigação baseada (apenas ou principalmente) em situações de flagrância talvez indique algo em relação aos reduzidos índices de resolutividade de inquéritos policiais no Brasil [...]”.¹¹⁶

A resolução prevê, ainda, os meios que garantem a efetividade dos poderes investigatórios conferidos. Por exemplo, no § 1.º, do art. 7.º, garante que nenhuma autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de uma função pública poderá apresentar qualquer espécie de justificativa (excetuado os casos de sigilo

¹¹⁵ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.333.

¹¹⁶ FISCHER, Douglas; CALABRICH, Bruno. Resolução nº. 181 do CNMP – artigo 7.º. In: FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca (Coord.). **Investigação criminal pelo Ministério Público: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p.111.

legal) para o não cumprimento do quanto solicitado.¹¹⁷

Ademais, determina-se que as intimações devem ser feitas com antecedência mínima (48 horas)¹¹⁸ e as notificações deverão mencionar o fato investigado e a possibilidade de ser assistido por defensor.¹¹⁹ Prevê-se, ainda, a possibilidade de se requisitar diligências, como oitivas ou informações, a integrantes de outras instituições que também tenham como função apurar/fiscalizar ilícitos.¹²⁰

Por fim, a Resolução n.º 181 determina que os atos investigatórios sejam documentados e as diligências registradas em autos, nos quais constem de modo sucinto e detalhado o que foi produzido. Ou seja, ainda que não se tenha um caderno processual, com os ritos próprios previstos no Código de Processo Penal para o Inquérito Policial, há o dever de se registrar os atos investigatórios praticados.¹²¹

¹¹⁷ “§ 1.º Nenhuma autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de função pública poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido, ressalvadas as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição”.

¹¹⁸ “§ 4.º Ressalvadas as hipóteses de urgência, as notificações para comparecimento devem ser efetivadas com antecedência mínima de 48 horas, respeitadas, em qualquer caso, as prerrogativas legais pertinentes”.

¹¹⁹ “§ 5.º A notificação deverá mencionar o fato investigado, salvo na hipótese de decretação de sigilo, e a faculdade do notificado de se fazer acompanhar por defensor. (Redação dada pela Resolução n.º 183, de 24 de janeiro de 2018)”.

¹²⁰ “Art. 8.º A colheita de informações e depoimentos deverá ser feita preferencialmente de forma oral, mediante a gravação audiovisual, com o fim de obter maior fidelidade das informações prestadas.

§ 2.º O membro do Ministério Público poderá requisitar o cumprimento das diligências de oitiva de testemunhas ou informantes a servidores da instituição, policiais civis, militares ou federais, guardas municipais ou a qualquer outro servidor público que tenha como atribuições fiscalizar atividades cujos ilícitos possam também caracterizar delito. (Redação dada pela Resolução n.º 183, de 24 de janeiro de 2018)”.

¹²¹ “Art. 10. As diligências serão documentadas em autos de modo sucinto e circunstanciado”.

2 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

2.1 PARIDADE DE ARMAS: PRESSUPOSTO À COMPREENSÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Para se compreender a necessidade de existência da investigação defensiva, para além dos fundamentos positivados que serão expostos no próximo item do trabalho, faz-se necessário compreender a razão de sua existência e os seus pressupostos principiológicos e estruturantes, partindo-se das premissas vistas no item 1.1 da dissertação. Em outras palavras, é necessário, compreender o fundamento de existência da investigação defensiva e, para tanto, necessário se faz incursionar no postulado da paridade de armas do processo penal.

Inicialmente, deve-se ter claro que a ideia de igualdade de poderes no processo penal existe para atenuar a desigualdade intrínseca ao conteúdo material das partes do processo, caracterizado de um lado pelo poder da acusação, via de regra representada pelo Ministério Público, órgão estatal, dotado de todo aparato a lhe dar suporte e, de outro lado, pelo acusado.¹²²

Nesse sentido, Pedro Aragoneses chama atenção para o fato de que o princípio da igualdade entre as partes assume outra dimensão quando se está a falar de processo penal, diversamente do que ocorre no civil, pois neste poder-se-ia imaginar, em regra, uma real igualdade entre requerente e requerido. No processo penal, todavia, o Ministério Público possui mais poderes, pelos meios de que dispõe, do que o acusado. Além dos poderes estruturais, o órgão acusador acusa sem poder sem acusado, não responde por qualquer erro ou insuficiência das acusações formuladas, demonstrando bem o que está em jogo e quem tem mais a perder.¹²³

Outrossim, o Estado seleciona, com justificado rigor, quem comporá o órgão responsável pela acusação, enquanto de outro lado está, via de regra, pessoa leiga e sem condições mínimas de se defender em igualdade. Executadas as hipóteses nas quais o Estado aparelhou a defensoria pública com as mesmas condições, tem-se que mesmo quando acusado possui conhecimento técnico ou condições financeiras, não

¹²² MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na carta política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). **Processo penal e democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.154.

¹²³ ARAGONESE, Pedro. **Instituciones de Derecho Procesal Penal**. 3.ed. Madri: Civitas, 1981. p.130.

possui a necessária serenidade para se defender.¹²⁴

No mesmo sentido, Alexandre Morais da ROSA destaca a necessidade de se se conferir tratamento isonômico às partes do processo penal, sem que com isso se pretenda ingenuamente imaginar-se que são iguais as partes (justo pela capacidade e estrutura do próprio Estado).¹²⁵

Assim sendo, há uma dupla faceta no princípio da paridade de armas no processo penal, de um lado visando corrigir a natural desigualdade material entre os sujeitos da relação processual, a qual abarca não apenas a necessidade de o juiz conferir tratamento igualitário às partes (possibilitando-se o *flair play*),¹²⁶ bem como alcança o legislador, que deve atuar de modo a garantir a isonomia processual possível, incluindo-se princípios como o denominado *favor rei*, do qual o *in dubio pro reo* é uma das consequências.¹²⁷

Portanto, o princípio da igualdade no processo penal possui um duplo sentido: (i) igualdade no âmbito legislativo, ou seja, na criação das normas; (ii) igualdade no processo em si, no tratamento a ser conferido às partes em cada caso concreto.

Sobre o tema, Luiz Eduardo Dias CARDOSO, destaca que um dos pontos em que a desigualdade entre as partes transparece de maneira mais nítida é na fase pré-processual, embora o autor a entenda como justificada (“vê-se, assim, que a persecutio criminis extra judicio apresenta, justificadamente, desigualdade em favor do Estado”) e integrante da natural ordem processual (“a desigualdade verificada em algumas das etapas do processo não macula o todo; pelo contrário, muitas vezes é até mesmo pressuposto do devido processo legal e imprescindível ao seu normal decurso”).¹²⁸

Importante assentar a não concordância integral com tal posicionamento, uma vez que a desigualdade entre partes verificada na fase pré-processual é justamente o que demarcará os problemas futuros a serem enfrentados pelo acusado (não por outra

¹²⁴ MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na carta política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.154.

¹²⁵ ROSA, Alexandre Morais. **Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.357.

¹²⁶ CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. **O princípio da paridade de armas no processo penal: a igualdade de partes em face da investigação criminal pelo Ministério Público e pela Defesa**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.45.

¹²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3.ed. São Paulo: RT, 2015. p.55.

¹²⁸ CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. **O princípio da paridade de armas no processo penal: a igualdade de partes em face da investigação criminal pelo Ministério Público e pela Defesa**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.51.

razão, Ricardo GLOECKNER aponta a investigação preliminar como o “coração” do código Rocco,¹²⁹ demonstrando como autores fundamentais à gestação daquele código autoritário tratou de afastar o contraditório da fase preliminar, criando um contraditório deformado, e, ao mesmo tempo, incluir tais elementos no processo¹³⁰), demonstrando como autores, ou seja, o acúmulo de informações e a colheita de uma quantidade significativa de elementos de informação nessa fase, sem a participação da defesa e sem a preocupação em se garantir a paridade de armas nessa fase, ocasionará irreparável dano futuro ao exercício de defesa.

Não se está a falar, por evidente, em exata ou perfeita simetria ou igualdade matemática entre as partes em todas as fases do processo penal (visto como um todo¹³¹), todavia, tal assertiva não se converte na conclusão de que não (deveria) haver atenção sobre o ponto na fase de investigação. Todo o oposto disso. Conforme visto anteriormente, é justamente essa a fase mais importante e não raras vezes a decisiva para a sorte do acusado.

Por tais razões entende-se que a defesa deve, sim, ter papel ativo desde a fase de investigação e, por sua vez, o magistrado deve, desde o início da investigação, garantir o respeito à paridade de armas. Não por outra razão Enrico MARZADURI assenta que a realização de uma verdadeira paridade de armas não só permitirá um contraditório eficaz entre as partes, mas também exige o reforço de uma supervisão independente junto ao papel do poder judiciário nas fases prévias ao julgamento.¹³²

No mesmo sentido, Geraldo PRADO chama a atenção para o fato de que a igualdade de armas na fase de investigação, além de ser imposição convencional e prevista em Pactos Internacionais, exige que a defesa atue desde um primeiro momento, objetivando estabelecer – desde o nascedouro – o equilíbrio entre os órgãos formais responsáveis pela persecução e a defesa:

Não obstante a função da investigação criminal – de instrumento destinado a

¹²⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Brasil, 2018. p.290.

¹³⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Brasil, 2018. p.309.

¹³¹ Nesse mesmo sentido, Paula Bajer Fernandes Martins da Costa: “com efeito, embora no processo penal nem todos os momentos sejam de igualdade entre os interessados e partes, ela vê-se, necessariamente, idealizada na concepção da jurisdição e é reestruturada, a cada instante do procedimento, por meio do contraditório na persecução criminal”. (COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2001. p.6).

¹³² MARZADURI, Enrico. *Commento all'art. 1 legge costituzionale 2/1999. La legislazione penale*. Napoli 2000. p.762.

recolher elementos informativos para subsidiar a ação penal – o regime jurídico-constitucional do processo penal, erguido em torno da ideia central da presunção de inocência, cobra que se permita à defesa atuar desde o primeiro momento, como exigem os citados Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, estabelecendo o equilíbrio entre a investigação que fornece lastro à acusação e as pesquisas que podem revelar a impropriedade ou temeridade dela.¹³³

Indo além, Alexandre Morais da ROSA chama atenção para o fato de que só pode haver paridade de armas se houver possibilidade de atenção real, efetiva, ao princípio do contraditório, portanto, em igualdade de condições, atentando-se a um chamado *fair play* processual.¹³⁴ Corroborando, Enrico MARZADURI destaca que “a realização de uma verdadeira paridade de armas não só permite um contraditório eficaz entre as partes, mas também exige o reforço de uma supervisão independente junto ao papel do poder judiciário nas fases prévias ao julgamento”.¹³⁵

Portanto, o princípio da paridade de armas deve ter especial atenção e aplicabilidade em todas as fases do processo, sendo a preliminar a mais importante e na qual se identificam mais problemas, razoável, assim, concluir que é nessa fase que ela deve ser vista com mais cuidados e sobre a qual necessários se faz jogar (novas) luzes. Quanto ao ponto, relevante a contribuição de Renato Stanzola VIEIRA, ao verificar se a ideia de paridades de armas decorre do princípio do contraditório ou da igualdade processual.¹³⁶ O autor analisa, em profundo trabalho específico sobre o tema, no qual esclarece que a relação entre os institutos dependerá da concepção que se adotar sobre a natureza jurídica do processo.

¹³³ PRADO, Gerado. **Estudos jurídicos**. São Paulo: Contracorrente, 2018. p.187.

¹³⁴ ROSA, Alexandre Morais. **Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.357.

¹³⁵ MARZADURI, Enrico. *Commento all'art. 1 legge costituzionale 2/1999. La legislazione penale*. Napoli 2000. p.762.

¹³⁶ A diferença mostra-se especialmente relevante ao trabalho na medida em que, sendo a paridade de armas decorrente do contraditório, necessários será analisar se este princípio possui aplicabilidade e qual a sua amplitude na fase de investigação preliminar, por outro lado, estando a ideia de paridade de armas ancorada no princípio da igualdade, outros caminhos metodológicos deverão ser seguidos.

Isto porque, entendendo-se que o processo é constituído por uma relação jurídica¹³⁷, com estrutura cooperatória, na qual as partes devem colaborar para uma sentença final adequada, ter-se-á o contraditório como fundamento da paridade de armas. A partir de tais premissas teóricas, este o posicionamento adotado por Ada Pellegrini GRINOVER, para quem:

A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas cada qual aumentar as possibilidades de aumentar uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente.¹³⁸

Por outro lado, a se adotar a perspectiva do processo como situação jurídica¹³⁹,

¹³⁷ A concepção do processo como uma relação jurídica encontra em Bulow o seu principal expoente. Tal autor, que teve inegável importância por, entre outros pontos, ser um dos primeiros a apresentar uma concepção de processo separando-o do direito material, entendia que a formação do processo geraria uma relação de deveres e obrigações recíprocas entre as partes. Na síntese de Aury Lopes Jr.: “para Bulow, o processo é uma relação jurídica, de natureza pública, que se estabelece entre as partes (MP e réu) e o juiz, dando origem a uma reciprocidade de direitos e obrigações processuais. Sua natureza pública decorre do fato de o vínculo se dar entre as partes e o órgão público da Administração de Justiça, numa atividade essencialmente pública. Nesse sentido, o processo é uma relação jurídica de direito público, autônoma e independente da relação jurídica de direito material”. (LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p.98). No Brasil, entre os entusiastas da referida teoria – por justiça, necessário observar e contextualizar a questão temporal, pois a obra referenciada é de 1987 – pode ser citado Hélio Tornaghi para quem a teoria da relação processual apresentava significativas virtudes, pois “dando base pública ao processo e considerando as partes como sujeitos de direito em face do Estado, a teoria da relação processual é não apenas uma construção científica, mas, realmente, uma garantia contra os abusos do Poder Judiciário”. Tornaghi chama atenção para o fato de que os processualistas ligados ao movimento nazista tinham grandes ressalvas a essa teoria, eis que, segundo o autor, não aceitavam que o acusado também como parte detentora de direitos. (TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p.15).

¹³⁸ Sobre o tema, explica Ada Pellegrini Grinover, as partes – para além de seus próprios interesses e sendo elas sempre opostas – possuiriam um dever comum de cooperar com o exercício da jurisdição, assim, a imparcialidade e o acerto da sentença seriam consequência direta dos deveres das partes para com o juízo: “daí a necessidade de que as partes representem interesses opostos com relação à definição e qualificação do fato a ser declarado. A parcialidade das partes é essencial à função jurisdicional no momento da análise, assim como no momento da síntese é-lhe essencial a imparcialidade do juiz”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p.3).

¹³⁹ A ideia de processo como situação jurídica, por sua vez, tem em Goldschmidt o seu precursor. Abandonando a ideia estática do processo como relação jurídica, o autor defende que o processo é dinâmico – e incerto – sendo as partes detentoras de possibilidades, que podem ou não ser aproveitadas no decorrer do processo, conforme explica Aury Lopes Jr: “O processo, enquanto situação – em movimento – dá origem a expectativas, chances, cargas e liberação de cargas. Do aproveitamento ou não dessas chances, surgem ônus ou bônus”. (LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p.103). Tal concepção, portanto, abandona a ideia de que as partes possuem obrigações de colaboração recíprocas, apresentando, então, interessante analogia do processo com a guerra. Nesta, ainda que existam regras a serem cumpridas, cada partes está interessada em aproveitar uma situação de vantagem, construindo relação dinâmica e mutável.

tem-se o afastamento da ideia de colaboração (cooperação) entre as partes, assumindo, por outro lado, que existem situações dinâmicas que gerarão oportunidades/chances processuais, que as partes – buscando cada qual o seu interesse, qual seja, vencer a disputa do processo – podem aproveitar ou não, sendo exigível que para o processo penal transcorrer de modo paritário é necessário atentar, desde o seu início, ao princípio da igualdade.

De acordo com essa perspectiva, portanto, a natureza do processo impactaria diretamente na concepção sobre o tema, tendo o princípio da paridade de armas relação direta com a ideia de igualdade – e não de contraditório. Este o posicionamento adotado por Renato VIEIRA para quem:

Assume-se aqui que a paridade de armas é princípio aplicável no campo processual penal e não tem como fundamento constitucional o contraditório, mas a igualdade processual, a partir da previsão constitucional. Ela não depende da chamada estrutura cooperatória do processo, que é estranha à concepção de processo penal como sequência de situações processuais em que cada um dos envolvidos aproveita as chances disponíveis, sob pena de não se atingir decisão favorável.¹⁴⁰

O presente trabalho adota o posicionamento suprarreferido como marco teórico, na medida em compartilha do entendimento de que a teoria da “situação jurídica” é a que melhor compreende o dinamismo e a natureza jurídica do processo penal¹⁴¹, no qual, ainda que o ônus probatório seja da acusação¹⁴², as partes (cada

¹⁴⁰ VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p.210.

¹⁴¹ É de se recordar a lição de Jorge de Figueiredo Dias, apontando que, não obstante as tentativas de diversos autores em adaptar a noção do processo como relação jurídica ao processo penal é certo que ela foi desenvolvida com vistas ao processo civil, pensada tendo como pressupostos as partes do processo civil e os deveres inerentes que se estabelecem naquele ramo do direito. Assim, apesar de sua importância histórica e mesmo sem descartar o conceito por completo, o autor português apresenta fundadas e irrefutáveis críticas, sendo pertinente transcrever o seguinte trecho: “Tomado o conceito de relação jurídica no sentido acima apontado, há de pelo menos reconhecer-se que ele não pode ser aceite nos termos em que cabe ao processo civil. Neste deparamos com um processo ao qual é essencial a existência, por um lado de uma discussão entre as partes titulares dos interesses contrapostos que no processo se encontram concretamente em jogo, por outro lado, e conseqüentemente, de duas partes em posições jurídicas tendencialmente iguais discutem a causa perante o tribunal. Ao processo penal, como acabamos de ver, nem é essencial a existência de um diferendo entre MP e argüido, nem estes se encontram na mesma posição jurídica perante o tribunal”. (DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974. p.296).

¹⁴² Segundo Aury Lopes Jr.: “Às partes não incumbem obrigações, mas cargas processuais, sendo que, no processo penal, não existe distribuição de cargas probatórias, na medida em que toda a carga de provar o alegado está nas mãos do acusador”. (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.38).

uma objetivando seus interesse e sua perspectiva da “verdade”¹⁴³, tida como construção da história do delito, dentro dos limites do processo) detêm possibilidades (a serem aproveitadas ou não) de se desvincularem de determinados pontos controversos contidos no caso penal.

Portanto, estando o princípio da paridade de armas vinculado a ideia de igualdade de partes – e não estritamente com a do princípio do contraditório – é essencial destacar que se deve garantir à defesa os mesmos mecanismos de atuação conferidos ao órgão responsável por formular a acusação (Ministério Público).¹⁴⁴

Partindo exatamente das premissas ora fixadas é que Renato Stanzola Vieira conclui: “em vez de se ligar ao contraditório, a paridade de armas no processo penal vincula-se à igualdade porque 'trata de assegurar que ambas as partes em conflito gozem dos mesmos meios de ataque e de defesa e da igualdade de armas para fazer valer suas alegações e meios de prova’”.¹⁴⁵

Ainda que tal equiparação (igualdade) não seja matemática, é necessário que ambas as partes possuam condições estruturais e possuam as mesmas possibilidades de influenciar no julgamento final do caso penal.¹⁴⁶

Quanto ao ponto, de se observar que embora o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a possibilidade de o Ministério Público conduzir diretamente as investigações preliminares, pouco evoluiu-se em termos legislativos no sentido de se garantir os mesmos direitos a parte diametralmente oposta (defesa), aprofundando ainda mais a ausência de tratamento isonômico que o atual Código de Processo Penal consagra desde 1941: “o modelo de processo penal preconizado na década de 1940 e ainda determinante de sua aplicabilidade, se estrutura na supremacia da acusação

¹⁴³ Inúmeros autores dedicaram-se a tratar do tema da verdade no processo penal, desde Carnelutti, em diversos textos, nos quais foi aprimorando seu entendimento, sendo relevante citar o famoso texto: *Verità, dubbio e certezza. Rivista Diritto Procesuale*, v. XX, 1960. Até estudos atuais, dentre os quais merece relevo os livros KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013; e AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva**: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2014.

¹⁴⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.439.

¹⁴⁵ VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p.213.

¹⁴⁶ CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro**. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p.341.

oficial sobre a parte defensiva”.¹⁴⁷

Exemplos dessa preponderância garantida ao órgão acusador são citados pelo autor, como a obrigação de recorrer de *officio* em determinadas circunstâncias envolvendo a liberdade, produção de prova *ex-officio*, etc.¹⁴⁸ Sem dúvidas, os poderes conferidos à investigação conduzida pelo Ministério Público, sem qualquer previsão de paridade de armas nessa fase, também poderia ser incluída no rol de exemplos de desatenção ao princípio da igualdade/paridade de armas.

Assim sendo, voltando-se ao ponto central, compreende-se que a paridade de armas é condição essencial ao exercício da igualdade de partes, sendo este entendido não apenas em seu aspecto formal, mas, principalmente, material, possibilitando o devido processo legal, desde o início da investigação do fato tido por criminoso.

Nesse mesmo sentido, ressalta-se a lição trazida por Stefano RUGGERI:

*Certainly, the complex structure of criminal proceedings makes it by definition impossible for the public prosecution office and the private parties to be placed on an equal footing. Great differences exist between the public prosecutor and the defence. Even though prosecutors hold a number of rights in the manner of private parties, they can never have a private interest in fact-finding. Moreover, that the public prosecutor is called upon to carry out exhaustive investigations, collecting evidence both against and in favour of the suspect, still justifies the maintenance of coercive and decision-making powers which lie with the judiciary. This in turn poses the need to re-balance the relationship with private parties, particularly in the pre-trial inquiry.*¹⁴⁹

Ademais, importante assentar para o desenvolvimento do trabalho que muitas das restrições impostas ao contraditório na fase preliminar, não o são ao princípio da igualdade, tendo este espectro de incidência maior.¹⁵⁰

¹⁴⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.450.

¹⁴⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.450.

¹⁴⁹ Em livre tradução: “Certamente, a complexa estrutura do sistema processual persecutório torna, por definição, impossível para que a acusação e a defesa estejam em pé de igualdade. Existem grandes diferenças entre a acusação e a defesa. Embora os promotores detenham direitos como as partes privadas, eles não detêm interesse pessoal na investigação. Além disso, o Ministério Público é chamado a realizar extensas investigações, tanto a favor como em desfavor do suspeito, o que justifica a manutenção dos poderes coercitivos e das decisões judiciais. Isto posto, coloca-se a necessidade de reequilibrar o relacionamento com as partes privadas, particularmente na fase pré-processual”. (RUGGERI, Stefano. *Equality of arms, impartiality of the judiciary and the role of the parties in the pre-trial inquiry: the perspective of Italian criminal justice*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v.4, n.2, p.559-603, maio/ago. 2018. p. 567.).

¹⁵⁰ VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p.214.

As restrições oponíveis ao contraditório pleno na fase da investigação preliminar se justificariam pela ausência de partes delimitadas e de pretensão deduzida em juízo, também há que se ter algum cuidado para que não se confundam as duas fases (preliminar e processual), legitimando e conferindo força probatória aos elementos produzidos na primeira fase, desse modo aniquilando-se a chance de defesa no processo em si.

Feitas tais considerações, é de se notar, com Aury LOPES JR., que a partir do momento em que uma pessoa passa a ser alvo de uma investigação ou contra ela é ofertada uma notícia criminal, há uma situação jurídica que reclama o exercício do direito de defesa e do contraditório, pois, em alguma medida, há um abalo ao estado de inocência do indivíduo. Assim, considerando a amplitude dada ao princípio do contraditório pela Constituição Federal, em seu art. 5.º, LV e pelo art. 8.2. da CADH, é possível concluir que deve-se buscar conferir-lhe garantir a máxima efetividade possível.¹⁵¹

Feitas as distinções entre os princípios do contraditório e da ampla defesa, voltando ao ponto central do trabalho, importante assentar que o instituto da investigação defensiva não se confunde com uma antecipação do contraditório, tampouco as eventuais restrições deste princípio na fase preliminar impedem o desenvolvimento da investigação por parte do investigado, eis que, como se viu, trata-se de garantir efetividade ao princípio da igualdade de partes, previsto no art. 131, do PIDCP, 8.2 do CADH e 5.º da Constituição Federal e não exatamente ao contraditório (que também deve ser maximizado nessa fase).

Em complemento a ideia exposta, Joan Verger Grau cita importante precedente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos – STC 186/1990, que garante o princípio da igualdade de armas, assegurando que as partes contêm com os mesmos meios de ataque e defesa, assim como idênticas possibilidades e cargas probatórias de impugnação.¹⁵²

Desse modo, a investigação defensiva deve ser pensada não como uma possibilidade de a defesa contrapor os elementos de informação colhidos pelos órgãos responsáveis pela acusação, objetivando o julgamento final (o que caracterizaria uma indevida antecipação do contraditório), mas, principalmente, visto a partir da

¹⁵¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.339.

¹⁵² GRAU, Joan Verger. **La defensa del imputado y el principio acusatorio**. Barcelona: JM Bosch, 1994. p.126.

construção de um sistema acusatório, no qual a gestão das provas deve ser dividida entre as partes, conferindo-lhes igualdade de oportunidades (desde o início das investigações preliminares) e paridade de armas.

2.2 CONCEITO DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Como visto nos itens anteriores, a necessidade de investigação defensiva decorre da (tentativa de) construção de um processo acusatório, baseia-se na ideia de partes bem delimitadas e com poderes semelhantes (paridade de armas, tendo as partes poder sobre a gestão das provas). Ademais, impõe-se como necessidade face alguns problemas enfrentados hodiernamente na investigação preliminar tradicional (dentre eles, o grau de cognição usualmente impingido à investigação e – ausência de – definição de objeto, conforme exposto no primeiro capítulo do presente trabalho). Desse modo, para que se efetive um sistema acusatório e se confira efetividade ao princípio da paridade de armas, necessário se faz pensar a investigação defensiva no Brasil, com uma atuação mais dinâmica e ativa por parte da defesa.¹⁵³

De largada, verifica-se que o Código de Processo Penal atual não traz qualquer previsão/regulamentação sobre a atuação (efetiva, ativa e independente) do advogado na fase de investigação preliminar. Resume-se a lei processual brasileira em vigor a prever, em seu art. 14, que o advogado pode requerer diligências que serão cumpridas ou não a critério da autoridade.

Antonio Scarance Fernandes sustentou a ideia de que, sendo ele contra a antecipação do contraditório à fase de investigação, a defesa deveria possuir ao menos a garantia de requerer diligências diretamente ao juízo e, ainda, que da decisão da autoridade investigativa coubesse algum recurso específico. Ademais, reconhece o autor a importância de se permitir tal atividade defensiva (ainda que nos termos acima elencados) eis que se pode conduzir a autoridade a um novo caminho na investigação, alterando-se o rumo inicial.¹⁵⁴

¹⁵³ Comparando a atuação do advogado no sistema acusatório com a sua atuação em um modelo misto ou inquisitivo como o espanhol, Juan-Luis Gómez Colomer pontua: *“El papel del defensor en el sistema adversarial es mucho más importante que en nuestro sistema todavía vigente, porque el proceso acusatorio es un proceso de partes, al contrario que el sistema formal o mixto”*. (COLOMER, Juan-Luis Gómez. **Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI**. Santa-Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010. p.89).

¹⁵⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002. p.120.

Ainda que bem intencionado o posicionamento do respeitado autor – e sem pôr em dúvidas que a sugestão legislativa proposta seria benéfica, ou seja, a possibilidade de alguma espécie de recursos das decisões da autoridade que está a conduzir a investigação ou então a possibilidade de se exigir fundamentação judicial poderia significar algo positivo à matéria – a proposta revela-se insuficiente, pois não confere poderes específicos de investigação à defesa, continuando a concentrar todo poder nas mãos da autoridade titular da investigação.

Ademais, ainda que sujeito a apreciação recursal, ter-se-ia o inconveniente de ter que se antecipar a tese defensiva, demonstrando de antemão o que se pretenderia provar com aquele requerimento (prejuízo a defesa, que, normalmente, prefere aguardar o desenvolvimento da investigação e do processo para, então, expor suas teses), correndo-se o risco de a autoridade (seja Ministério Público ou juiz a analisar o requerimento) também antecipe suas pré-compreensões sobre o tema.¹⁵⁵

Exatamente sobre a inexistência de recurso específico contra o indeferimento do requerimento de diligências na fase preliminar, criando certo “vácuo” legislativo é que fala Antonio Pedro MELCHIOR, sendo relevante a transcrição do seguinte trecho:

Na prática, o indeferimento de diligências requeridas pela defesa recai justamente naquele vácuo jurídico, hipótese em que a ausência de um conteúdo mínimo que balize as decisões equipara os conceitos de discricionariedade com o de arbitrariedade. De qualquer forma, partindo desta redefinição acerta da discricionariedade, é preciso problematizar se, diante de um pedido defensivo de diligências, por exemplo, uma perícia contábil em crime fiscal, o julgador teria realmente mais de uma decisão tutelada pela normatividade e, portanto, que fossem igualmente razoáveis.¹⁵⁶

Ademais, com efeito, é raro que a autoridade mude o rumo já traçado para investigações em trâmite, sendo, por outro lado, corriqueiro que as diligências defensivas sequer sejam realizadas (quanto mais que tenham potencial para mudar os rumos previamente traçados pelo titular da investigação).

Nesse sentido, Gustavo Badaró bem pontua que há efetivamente uma tendência a união de esforços – a qual conta com toda estrutura estatal própria dos órgãos de persecução – entre os entes responsáveis pela investigação no sentido de

¹⁵⁵ MELCHIOR, Antonio Pedro. Direito à prova defensiva e os limites à discricionariedade do julgador. In: PRADO, Geraldo et al. (Org.). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.128.

¹⁵⁶ MELCHIOR, Antonio Pedro. Direito à prova defensiva e os limites à discricionariedade do julgador. In: PRADO, Geraldo et al. (Org.). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.127.

se fundamentar a tese acusatória escolhida, em desprezo as teses defensivas. Destaca o autor, ainda, que a possibilidade de o próprio Ministério Público conduzir as investigações mantém o mesmo problema identificado, podendo agravá-lo:

Mormente no caso da investigação criminal, em que há um aparato estatal organizado e estruturado – a Polícia Civil e Federal – para realizar a atividade investigativa das fontes de prova de interesse da acusação, negar à defesa tal direito seria defender uma inadmissível iniquidade, violadora da paridade de armas. Nem se argumente que a Polícia Judiciária teria interesse na “descoberta da verdade” e, portanto, buscaria elementos de provas tanto que confirmassem a hipótese investigada quanto a eventual inocência do suspeito. Na prática, tal postura mostrou-se irrealizável, tendo a polícia clara propensão as fontes de prova acusatória, não se preocupando com elementos defensivos.¹⁵⁷

Tal proceder, ainda que não seja o adequado – por isso chamado por Alexandre Morais da ROSA como *dopping*¹⁵⁸ – acaba por esvaziar a possibilidade de atuação defensiva, pois se a autoridade competente está em busca da confirmação de uma determinada hipótese, de nada adiantaria a defesa sugerir outras diligências, a final, sabe-se bem o que se procura.

Não tendo a defesa a possibilidade e a independência estrutural de buscar *per si* os elementos de informação que reputa pertinente, não há qualquer chance de exercício de defesa ou de efetivação do princípio da paridade de armas no processo penal.

Neste mesmo sentido inclina-se o processo penal italiano. Stefano Ruggeri aponta para as inovações trazidas pelo código de Vassali, dentre elas as diversas possibilidades de participação do acusado durante o inquérito – a fim de dirimir as diferenças naturais entre o órgão acusatório e a defesa. Por outro lado, questiona essa possibilidade do ponto de vista pragmático:

Yet, despite the clear attempt to enhance participatory rights in the pre-trial inquiry, it can be doubted whether this approach truly grants the individuals concerned a fair opportunity to be involved in the police and prosecutorial investigations. It is apparent that the absence of an impartial body and the dominant role of the investigative authorities cannot satisfy the constitutional requirements of fair evidence-gathering, based the principle of equality of arms. As long as prosecutors lead their investigations, the involvement of the

¹⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3.ed. São Paulo: RT, 2015. p.147.

¹⁵⁸ É reconhecida a tendência de alinhamento entre as forças policiais e o Ministério Público, com a possibilidade de sonogamento de informações que podem auxiliar a defesa, modalidade típica de doping. (ROSA, Alexandre Morais. **Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.427).

*defence will inevitably be secondary.*¹⁵⁹

Assim sendo, insiste-se na ideia de que os poderes de investigação deveriam ser distribuídos entre as partes envolvidas desde o início, conferindo-se a cada uma delas os poderes, as faculdades e possibilidades para que as exerçam da maneira que entendam adequadas e possíveis ao caso concreto. Dito de outro modo, é essencial ao trabalho a ser desenvolvido pela defesa – em sua investigação – que ela possua autonomia, que não dependa da disponibilidade e boa vontade da autoridade que está a presidir as investigações oficiais.

Claus ROXIN chama atenção para o mesmo problema no âmbito do Processo Penal alemão, ao discorrer sobre alguns dos problemas da fase preliminar do processo, explica o autor que o ordenamento alemão restringe-se a dizer que os requerimentos apresentados pela defesa (interrogatório de uma testemunha, oitiva de um perito ou especialista ou qualquer outro ato que, porventura, possa ser favorável à defesa) serão ou não realizados a partir da avaliação discricionária da autoridade, a depender da importância do requerimento, nos termos do § 163.^a2 da lei processual.¹⁶⁰

Ainda sobre o processo penal alemão, Walter PERRON e Inmaculada LÒPES- BARAJAS destacam que há uma tendência a um fortalecimento ao papel exercido pela defesa na fase de investigação, nesse sentido, aduzem que há um projeto de reforma do Ministério Federal de Justiça. Ademais, destacam que atualmente o procurador possui a obrigação de solicitar, de ofício, um defensor para acompanhar as investigações e tutelar os direitos do acusado, quando verificar que a gravidade do caso exigirá, no seu posterior julgamento, a presença de um advogado.¹⁶¹

O problema apontado por Claus ROXIN é o mesmo identificado na legislação

¹⁵⁹ Em livre tradução: “No entanto, apesar da clara tentativa de aumentar os direitos de participação no inquérito, pode-se duvidar que esta abordagem realmente conceda às pessoas envolvidas uma oportunidade justa de se envolverem nas investigações policiais e do Ministério Público. É evidente que a ausência de um órgão imparcial e o papel dominante das autoridades de investigação não pode satisfazer às exigências constitucionais da coleta justa de provas, baseada no princípio da igualdade de armas. Enquanto os promotores liderarem suas investigações, o envolvimento da defesa será inevitavelmente secundário”. (RUGGERI, Stefano. *Equality of arms, impartiality of the judiciary and the role of the parties in the pre-trial inquiry: the perspective of Italian criminal justice*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v.4, n.2, p.559-603, maio/ago. 2018. p. 590.).

¹⁶⁰ ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009. p.155.

¹⁶¹ PERRON, Walter; LOPES-BARAJAS, Inmaculada. O Ministério Público como diretor da investigação no processo penal alemão. In: AMBOS, Kai; BOHM, Maria Laura (Coord.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.82-84.

brasileira, ou seja, se a autoridade que conduz a investigação está a seguir um rumo de investigação, dificilmente haverá interesse em paralisar as atividades para realizar uma diligência sugerida pela defesa (e que provavelmente não caminhe no mesmo sentido da investigação oficial), ficando excessivamente vaga a definição sobre o que seria, na locução do código processual alemão, uma diligência “importante”.¹⁶²

Observe-se que o Código processual brasileiro deixa a discricionariedade, quanto à realização ou não da diligência, ainda mais ampla ao prever, em seu art. 14, simplesmente, que a atividade será feita ou não a critério (não se estabelece qualquer critério, sequer o da “importância” prevista na legislação alemã) da autoridade.

Outro posicionamento sobre a participação da defesa na fase de investigação é sustentado por Rafael Francisco FRANÇA, para quem a atuação do particular na investigação deve ser complementar a atuação do Estado, vale dizer: sendo este o detentor de competência legal para adequadamente investigar, em cumprimento ao dever público (interesse da sociedade), caberia precipuamente ao Estado investigar e, complementarmente, o particular: “assim, com a investigação criminal e em matéria de atuação privada, acontece o contrário: o Estado detém os meios e é o responsável por apurar o crime; os particulares, de modo subsidiário e, quando possível, atuarão complementando a atividade estatal”.¹⁶³

Os casos complementares, nos quais a atuação privada seria possível, seriam os seguintes: casos em que se identifiquem falhas, omissões ou parcialidade na condução da investigação¹⁶⁴ e casos em que a investigação particular se dê em colaboração com o Estado.¹⁶⁵ Ademais, diz o autor, os elementos colhidos pelo agente privado deveriam ser submetidos a um filtro a ser realizado pelo titular da investigação.¹⁶⁶

¹⁶² PERRON, Walter; LOPES-BARAJAS, Inmaculada. O Ministério Público como diretor da investigação no processo penal alemão. In: AMBOS, Kai; BOHM, Maria Laura (Coord.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.84.

¹⁶³ O interesse público permeia a deflagração de atividades investigatórias por parte do Estado, haja vista o compromisso constitucionalmente assumido de proteção de direitos fundamentais eventualmente lesados com o ato delituoso. Mesmo em situações em que não se tem como individualizada a vítima, em se de crimes ambientais, por exemplo, ou contra a saúde pública, resta bem definido que há interesse público como meta a ser defendida no procedimento instaurado. (FRANÇA, Rafael Francisco. **Participação privada na investigação criminal no Brasil: possibilidades e limites**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015. p.81-84).

¹⁶⁴ FRANÇA, Rafael Francisco. **Participação privada na investigação criminal no Brasil: possibilidades e limites**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015. p.87.

¹⁶⁵ FRANÇA, Rafael Francisco. **Participação privada na investigação criminal no Brasil: possibilidades e limites**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015. p.106.

¹⁶⁶ FRANÇA, Rafael Francisco. **Participação privada na investigação criminal no Brasil: possibilidades e limites**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015. p.81.

A proposta de reforma – ou refundação, na expressão utilizada por Fauzi Hassan CHOUKR¹⁶⁷ – do Código de Processo Penal brasileiro (PLS 156/09), ao (timidamente) disciplinar a matéria da investigação defensiva¹⁶⁸, caso seja aprovada nos termos em que inicialmente sugerida, vai ao encontro desse posicionamento, pois prevê que os atos praticados pela defesa deverão ser juntados aos autos da investigação oficial, no qual serão submetidos ao critério da autoridade que o preside.¹⁶⁹

A Ordem dos Advogado do Brasil, ao (pretender) regulamentar a matéria, editou a Resolução n.º 188/2018, a qual possui relevo e será objeto de análise específica no decorrer do trabalho, porém, em relação ao ponto específico, nada falou. Permanece, pois, a ausência de previsão sobre quem será o destinatário da investigação defensiva e mesmo de como ela se estruturará em termos concretos (ritos e procedimentos para o seu desenvolvimento).

De qualquer sorte, ponto fundamental a ser desde logo fixado é a premissa de que os envolvidos devem ter a possibilidade de atuação independente (não subordinada a critério do ente estatal responsável por conduzir a investigação), assumindo-se para tanto que a autoridade investigativa estatal não será imparcial. A investigação defensiva deve desenvolver-se de modo autônomo e independente da investigação oficial.

Nessa linha de entendimento, Rubens CASARA e Antonio Pedro MELCHIOR criticam a perspectiva utilitarista, na qual os diversos atores envolvidos na investigação atuam “em defesa da sociedade” e concluem que “a investigação preliminar é atividade eminentemente administrativa (e, portanto, parcial e

¹⁶⁷ Diz o citado autor, ao defender a necessidade de refundação do modelo processual penal (e não apenas de sua reforma): “A oportunidade histórica que se abre com o PLS 156/2009 (atual PL 8.045/2010, na Câmara dos Deputados) impõe que se considere o atual momento como o da construção de um novo paradigma processual penal e de sua cultura, e não de reforma da (des)ordem anterior. [...] Trata-se, assim, de romper com a mera constatação de 'crise' do funcionamento da Justiça penal, mas sim de buscar-se um novo léxico que oriente a reconstrução do marco político-institucional. Assim, este momento se apresenta, também no Brasil, como se passou no cenário comparado, como o momento de fundação”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do Código de Processo Penal: uma refundação garantista? **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, v.34, p.21-34, 2017. p.32).

¹⁶⁸ A proposta legislativa assim pretende positivizar o instituto: “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. 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”. Não há, de acordo com o atual texto legal a ser votado, previsão quanto ao rito ou mesmo maiores detalhamentos sobre como se dará a investigação defensiva.

¹⁶⁹ Deve-se esclarecer que a primeira versão do referido Projeto de Lei, previa que a investigação defensiva seria ou não juntada aos autos a critério da autoridade policial. A atual redação do projeto nada fala sobre o tema.

inquisitorial)”.¹⁷⁰

A ideia de que a polícia ou o Ministério Público conduziriam investigações “em defesa da sociedade” ou simplesmente buscando a descoberta da verdade não é nova, tampouco construiu-se de maneira aleatória. Ricardo Jacobsen Goekner, analisa em detalhes como o assunto se desenvolveu no âmbito da doutrina italiana, elaborando contundente crítica a Carnelutti e seu conceito de “parte imparcial”, bem como a de Marsico e Manzini, que entendiam pela possibilidade de o Ministério Público exercer funções diversas, instigadas por um suposta busca de verdade, o que acaba por conferir grande concentração de poderes ao órgão, “capazes de criar uma desigualdade estruturante na fase da investigação preliminar”.¹⁷¹

Como visto no item 1.7.2, o Ministério Público (autorizado a investigar, como está no Brasil) é parte – a assim deve-se assumir no processo penal, o que não resolve os problemas relacionados ao seu excesso de poderes, mas, ao menos é um começo – e sua atuação se dará enquanto órgão responsável pela acusação. Por evidente, não se está a falar que essa (formular a acusação) é a única função do *parquet* ou da investigação preliminar como um todo, mas, sem dúvida é das principais. Tampouco se pode confundir parcialidade do órgão acusador, com lealdade do mesmo (tal ponto será enfrentado no item 3.1 do presente trabalho).

Assim sendo, há limites a serem observados por ambas as partes (acusação e defesa) na investigação, os quais reclamam intensa reflexão. Porém só faz sentido falar-se em limites, especialmente à atuação defensiva (que por definição busca garantir direitos), a partir da delimitação do instituto e, na sequência, dos seus poderes.

O sistema acusatório e o princípio da paridade de armas exigem, justamente, esse tratamento isonômico entre as partes. Portanto, a defesa deve ter a faculdade de investigar de modo autônomo e não sujeito ou diretamente limitado a investigação oficial. Paralelamente, portanto, e não subsidiariamente ou condicionado ao juízo de pertinência do presidente da investigação oficial.

Nesse sentido, Luiz RASCOVSKI, acertadamente, sustenta que a investigação defensiva deve se dar de modo paralelo a investigação oficial, não apenas requerendo diligências à autoridade responsável, mas diretamente investigando:

¹⁷⁰ CASARA, Rubens R.R; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p.293.

¹⁷¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Brasil, 2018. p.286.

[...] e é somente com a efetiva participação da defesa, não apenas requerendo, mas promovendo a investigação provada, paralelamente à pública (quando necessária e respeitados os limites constitucionais e legais da obtenção da prova) que se atingirá um modelo mais justo e paritário.¹⁷²

Decorre, então, a importância de se diferenciar a possibilidade de atuação interna da defesa (na investigação estatal), requerendo diligências e demais elementos de informação que se julguem necessários (nos termos do art. 14 do Código de Processo Penal), bem como apresentando eventuais contestações (por meio de ações de impugnação próprias, como, por exemplo, o Habeas Corpus) e a investigação defensiva, exercida de modo autônomo, independente, paralelo, da investigação oficial e com poderes específicos para tanto.

A partir dessa diferenciação é de se observar, por exemplo, que a reforma operada pela Lei n.º 13.245/2016, que alterou o Estatuto da OAB e ampliou o espaço de atuação dos advogados no interior das investigações (embora não tenha estabelecido previsão de exercício do contraditório na fase preliminar, como se chegou a erroneamente supor¹⁷³), é medida louvável (na medida em que assegura garantias e direitos individuais nas investigações), ainda que não se possa confundir com a investigação defensiva, que possui outras características, dentre elas, justamente, a titularidade da investigação. Em outras palavras, a Lei n.º 13.245/2016 confere tratamento legislativo à matéria relacionada a atuação intrínseca a investigação preliminar e, por isso, não se trata de investigação defensiva.

Nessa esteira de raciocínio é que André Augusto Mendes MACHADO elenca outro ponto relevante na distinção supraoferecida: é de se notar que quando o advogado atua na investigação preliminar (“pública/oficial”) ele naturalmente tende a seguir o rumo estabelecido pelo responsável pela investigação¹⁷⁴, podendo inclusive a defesa ser mal interpretada se sugerir atos fora daquele esquadro de pesquisa (que poderiam ser entendidos como atos protelatórios ou irrelevantes).

Como bem observa Marta SAAD, nos autos da investigação oficial, o advogado atuará primordialmente no sentido de se garantir o respeito aos direitos e interesses do investigado, como acesso prévio aos autos, dentre outros direitos consagrados,

¹⁷² RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado. In: _____. **Temas relevantes de direito penal e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.112.

¹⁷³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.253.

¹⁷⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação defensiva**. São Paulo: RT, 2010. p.47.

tendo limitação quanto a influência nos rumos da investigação.¹⁷⁵

Enquanto na investigação defensiva, o advogado deverá atuar de maneira independente, sendo ele o titular dos rumos e estratégias a serem seguidos naquela investigação. É de se observar que, não raras vezes, a investigação defensiva servirá exatamente de contraponto à oficial¹⁷⁶, mais uma razão para justificar a sua autonomia (devendo, pois, ser realizada fora dos autos; o que não implica afirmar que não serão necessários mecanismos de controle) e independência.

Por isso a importância de se estruturar normativamente a investigação defensiva de modo que garanta tais prerrogativas à defesa técnica, tal como fez a Itália, a partir da lei e reformas posteriores, prevendo uma estrutura a ser seguida pela defesa na sua investigação e lhe assegurando independência de atuação, prazo adequado, meios próprios, além de outros pontos a serem vistos no item seguinte do presente trabalho (destinado justamente a analisar quais os poderes a serem conferidos à defesa).

Conforme anteriormente dito, até então a legislação brasileira havia silenciado por completo em relação ao conceito da investigação defensiva. Eis um ponto relevante da Resolução n.º 188/2018, do Conselho Federal da OAB, que, não obstante tenha silenciado em relação a alguns aspectos bastante caros ao tema, possui o inquestionável mérito do ineditismo de apresentar um conceito sobre investigação defensiva em seu art. 1.º:

Art. 1.º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvida pelo advogado, com ou sem assistência, de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimentos 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.

Adstrito ao conceito fornecido acima, é de se destacar que pelo posicionamento teórico assumido no presente trabalho, diversamente do contido na citada Resolução, os elementos obtidos na fase de investigação não são elementos de prova.

¹⁷⁵ SAAD, Marta. Direito de defesa no processo penal: novos desafios, velhos dilemas. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Org.). **Crise no processo penal contemporâneo**: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p.323.

¹⁷⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação defensiva**. São Paulo: RT, 2010. p.84.

Tal qual exposto no item 1.4 do trabalho – e não haveria razão para ser diferente em relação a investigação defensiva¹⁷⁷ – o valor probatório do quanto arrecadado durante a fase de investigação é diminuto, consistindo em “atos de investigação” e não de prova (vale reiterar a finalidade dos elementos colhidos nessa fase não deve ser embasar a condenação, mas, tão somente servir de filtro justificador, ou não, da justa causa para o início do caso penal).¹⁷⁸

Ainda sobre o conceito de investigação defensiva, verifica-se que o apresentado por Edson Luis BALDAN e André Boiani e AZEVEDO não divergem muito daquele apresentado pela OAB, por sua completude, vale transcrevê-lo:

O complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução penal, inclusive na antejudicial, pelo defensor e/ou investigador privado autorizado, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional diferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigações oficiais.¹⁷⁹

Diante dos elementos teóricos vistos, a investigação defensiva pode ser conceituada como a garantia que a defesa técnica deve possuir para atuar – se quiser, eis que, no ordenamento processual brasileiro, não pode ser compulsória¹⁸⁰ – em prol de seu constituído, de modo autônomo, subordinado apenas aos limites legais (e não a qualquer autoridade administrativa), desde a fase inicial da investigação preliminar, com vistas a colher elementos de informações, provas não repetíveis e tudo que, de algum modo, possa auxiliar na tutela dos direitos fundamentais do investigados/acusado.

Trata-se, com efeito, de postura ativa da defesa na busca de elementos que

¹⁷⁷ O presente trabalho abordará especificamente a finalidade e o valor dos elementos de informação da investigação defensiva no item 2.3.

¹⁷⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.323.

¹⁷⁹ BALDAN, Edson Luís; AZEVEDO, André Boiani e. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). **Boletim do IBCrim**, São Paulo, v.11, n.137, p.6-8, abr. 2004. p.7

¹⁸⁰ Diogo MALAN, em importante artigo sobre o tema, apresenta o desenvolvimento da matéria no âmbito do direito processual norte-americano, até chegar-se ao precedente Strickland, no qual firmou-se o entendimento de que é obrigação da defesa promover uma investigação (*duty to investigate*) eficiente em prol do defeso e aos comandos deontológicos que regem a conduta dos advogados e que nos Estados Unidos fornecem diretrizes de atuação para o advogado cumprir com seu dever de atuação. Após o reconhecimento do dever de investigar, por parte dos Tribunais, no citado caso, chegou-se ao precedente Wiggins vs. Smith. Neste caso, que tratava de pena capital, a Suprema Corte reconheceu a inexistência de investigação defensiva, a qual poderia ter levado ao processo elementos que poderiam evitar a pena máxima. (MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v.20, n.96, p.279-309, 2012).

possam auxiliar na tese defensiva a ser posta ao contraditório, deixando de ocupar o papel de expectador, com postura meramente reativa e postergada a fase posterior, para ir diretamente em busca dos elementos de informação que julga serem de seu interesse jurídico: “não é possível olvidar que em um modelo acusatório a defesa deva estar apta a atuar não apenas reativamente, mas também ativamente, como sublinha Benavente Chorres”.¹⁸¹

Francisco da Costa OLIVEIRA, ao discorrer sobre o (possível) papel ativo da defesa no âmbito do processo penal português, pontua:

[...] o arguido não deve resumir-se ao papel de espectador no processo, nem limitar-se a requerer às autoridades judiciárias que investiguem determinados factos e circunstancias susceptíveis de conduzir à conclusão pela inexistência ou atenuação da sua responsabilidade penal. Deve, pelo contrário e sem prejuízo da intervenção no processo penal durante as suas fases preliminares, a Defesa Criminal, ela própria, conduzir a mais ampla investigação possível, em paralelo com o curso dos autos. Isto é, à investigação paralelas pelos meios comuns, de sua própria conta.¹⁸²

Em conclusão, a investigação defensiva tem como pressuposto de existência o sistema acusatório (no qual a gestão das provas deve ficar a cargo das partes e não ao juiz, que tem a função de controlar a legalidade dos atos e estimular o contraditório), como fundamento principiológico a ideia de paridade de armas, de modo que estrutura-se como um método a conferir poderes para que, desde a investigação preliminar, a defesa tenha meios de produzir, autonomamente e com independência, todos os elementos de informação e de fonte de prova que entenda que possam ser úteis. Trata-se de garantia do acusado de que a defesa não se resumirá a um papel passivo ou que busque meramente desconstruir a versão acusatória, mas, que a sua defesa pode diretamente colher os elementos que auxiliarão na defesa, arrecadando informações desde o início da fase de investigação.

2.3 OBJETO E FINALIDADE DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Uma vez definido o que se entende por investigação defensiva, cabe então delimitar o que deverá e poderá ser objeto dessa investigação e com qual finalidade

¹⁸¹ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.41.

¹⁸² OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Defesa criminal activa**: guia de sua prática forense. Lisboa: Almedina, 2006. p.100.

ela poderá ser desenvolvida pelos particulares.

Inicialmente, revela-se pertinente revolver ao ponto analisado no tópico 1.3, no qual se procedeu a análise do objeto da investigação preliminar conduzida pelo Estado, quando abordou-se a necessidade de se definir de antemão um objeto, sob o risco de se levar a cabo investigações indefinidas, que ao invés de investigarem fatos, passariam a investigar pessoas ou empresas (dando azo a verdadeiro processo penal do inimigo).

No mesmo sentido, importante rememorar os problemas apontados quanto desrespeito aos limites cognitivos da investigação preliminar: ao pretender-se investigar tudo, por muito tempo e com muita profundidade, na verdade, se está a desvirtuar o objeto e a finalidade da investigação preliminar. Em outras palavras, ao invés de servir como filtro ao processo, ou mesmo como instrumento para demonstração de indícios mínimos de autoria materialidade e justa causa, acaba-se produzindo o bastante para justificar a condenação.

Com efeito, atento a crítica elaborada em relação à investigação preliminar, o mesmo ponto deve ser observado na investigação defensiva. É preciso que se defina, com clareza, um objeto bem delimitado à investigação defensiva. O risco que se correria pela imprecisão quanto a delimitação do objeto seria tão ou mais pernicioso do que a identificada anteriormente, pois ter-se-ia particular investigando, indistintamente, outro particular (criando-se ambiente social extremamente deletério de investigação mútua entre cidadãos).

Assim sendo, um primeiro ponto (não abordado pela Resolução n.º 188/2018, da OAB), é que a defesa técnica responsável pela condução da investigação defensiva deve(ria) especificar o objeto do que se está a investigar. Ainda que outros elementos favoráveis à defesa possam surgir no decorrer das investigações defensivas, é importante que exista a delimitação do objeto inicial da persecução, inclusive para não se abrirem perigosos espaços tendente a excessos (nas oitivas e demais diligências).

Nesse sentido, interessante notar que a legislação italiana prevê que, ao entrevistar pessoas, testemunhas ou informantes, a defesa deverá informar a finalidade da oitiva e a condição na qual está sendo ouvida, assim como deve advertir sobre o direito a não produzir provas contra si mesmo e, portanto, sobre a possibilidade de não responder as perguntas a serem elaboradas (art. 391-bis, do Código de Processo Penal Italiano). Porém, se livre e conscientemente optar por responder as perguntas a serem elaboradas pela defesa, a pessoa ficará sujeita a responder pelo crime de

falso testemunho (art. 371-ter do mesmo Código).

A legislação italiana veda, ainda, que a testemunha ou informante revele as perguntas e respostas feitas pelo Ministério Público. Tal procedimento apresenta-se adequado, pois evita que a defesa desvie o objetivo e a finalidade da investigação defensiva, fazendo-a apenas para descobrir os elementos que estão sendo carreados pelo Ministério Público ou mesmo, no extremo, para constranger testemunhas ou envolvidos.

Em contrapartida ao direito de não responder as perguntas feitas pela defesa, a legislação italiana previu interessante meio de se garantir a investigação defensiva. Em havendo simples negativa e considerando que a defesa não possui qualquer poder coativo, pode-se requerer diretamente ao juiz a instauração de procedimento próprio (incidente probatório) para a colheita da prova ou ao Ministério Público, que deve realizar a inquirição no prazo máximo de sete dias. Tais medidas servem para garantir efetividade ao trabalho defensivo, ressalvado que, obviamente, a pessoa – sabedora do objeto e finalidade da investigação – pode fazer uso do seu direito a não auto incriminação.

Como bem atentou André Augusto Mendes MACHADO, se no curso da entrevista surgirem elementos que indiquem que a testemunha, na verdade, passará a ser suspeita e investigada, o defensor possui a obrigação de prontamente encerrar o ato e tais elementos não poderão ser usados contra ele.¹⁸³

Após a análise relacionada ao objeto da investigação defensiva, impende analisar sua finalidade, ou seja, qual o objetivo da atuação a ser desenvolvida pelo particular. Novamente, importante repisar que a investigação preliminar oficial terá, em síntese, uma dupla finalidade: (i) reunir elementos de informação, aptos a justificarem o início do caso penal (justa causa) e; (ii) evitar acusações infundadas, servindo, pois, de limitação ao poder punitivo e mecanismo de efetivação de garantias individuais.

A partir da definição da finalidade da investigação preliminar oficial, poder-se-ia estabelecer que a finalidade da investigação defensiva é impedir o oferecimento ou recebimento da denúncia, demonstrando desde logo a palidez do conjunto de informações colhidos pela polícia ou Ministério Público, evitando-se a instauração da ação penal.

Outra função relevante, ainda no momento da preliminar ao processo, seria

¹⁸³ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação defensiva**. São Paulo: RT, 2010. p.153.

possibilitar a defesa consultar as fontes de provas, afinal, “de nada adianta garantir ao imputado direito à prova, em sede judicial, sem lhe dar oportunidade de buscar previamente as fontes de prova, o que ocorre por meio da atividade investigatório”¹⁸⁴, assim sendo, a investigação defensiva tem o papel de possibilitar à defesa a busca por confrontar, perquirir, a seriedade e coerência das informações que estão a serem produzidas, importante destacar: “não há como avaliar a coerência interna e externa dos elementos informativos sem rastrear as fontes de prova”.¹⁸⁵

Tal possibilidade de ação garantirá (ou ao menos tende a maximizar) o exercício dos princípios do contraditório e da ampla defesa de maneira real durante o processo, pois poderia consultar as fontes de prova, tendo acesso e podendo indicar testemunhas, laudos e demais provas a serem apresentados, a partir de informações anteriormente produzidas.

Ademais, a possibilidade de consulta as fontes, além de realizar controle sobre a legalidade das informações colhidas, tem o importante condão de evitar que importantes elementos se percam nos momentos iniciais da investigação¹⁸⁶, bem como, em relação aqueles elementos de informação amealhados, auferir o controle sobre o respeito a cadeia de custódia das provas¹⁸⁷, inclusive para a defesa poder traçar estratégia de atuação. Socorre-se, novamente, dos ensinamentos de Geraldo PRADO:

O conhecimento integral dos elementos colhidos ao longo da investigação é necessário pra a defesa avaliar a correção do juízo do Ministério Público sobre a infração penal supostamente praticada pelo acusado e assim repudiar os excessos e/ou as acusações infundadas e, por derradeiro, para preparar-se para produzir a contraprova.

[...]

Estes elementos são aptos a indicar à defesa a correção ou incorreção da trajetória da própria persecução penal, de modo a preparar-se para resistir à pretensão acusatória sob as mais variadas formas.¹⁸⁸

No ponto, novamente, a investigação defensiva surge para buscar amenizar

¹⁸⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação defensiva**. São Paulo: RT, 2010. p.120.

¹⁸⁵ PRADO, Gerado. **Estudos jurídicos**. São Paulo: Contracorrente, 2018. p.187.

¹⁸⁶ RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado. In: **Temas relevantes de direito penal e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.121.

¹⁸⁷ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.40.

¹⁸⁸ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.41.

os problemas identificados na investigação tradicional (tais como a concentração de poderes, em fase sensível da persecução). Ocorre que, tradicionalmente, por estar próximo temporalmente ao crime, a polícia (o mesmo, por evidente, pode ocorrer se o titular da investigação for o Ministério Público) acaba por ter um amplo acesso aos elementos relacionados ao crime e amplo poder de produção de informações a ele relacionada¹⁸⁹, tendo – na expressão de Juan-Luis Gómez COLOMER – um “poder total” sobre o deslinde do caso.¹⁹⁰ Tal poder reclama um controle, que pode ser exercido justamente pela defesa.

Além disso, a possibilidade de consultar fontes de informação e provas auxilia no desenvolvimento da própria ampla defesa, na medida em que a ausência de cultura quanto ao trabalho defensivo ativo, leva até mesmo a ser mal interpretado o fato de determinada testemunha ter sido consultada (ouvida, formal ou informalmente) por advogado – como se a defesa técnica pudesse adivinhar quais elementos de informação favoráveis à tese defensiva a testemunha compartilhará em juízo (para definir se a arrola como testemunha e sobre o que dever questionar) ou o contato do advogado com a testemunha pudesse contaminar seu depoimento.

Por outro viés, revela destacar que o Ministério Público, seja como titular da investigação preliminar ou como controlador da atividade realizada pela autoridade policial, pode ter contato prévia com as testemunhas e decidir quais serão úteis à instrução processual, em evidente afronta ao princípio da igualdade e paridade de armas.

Quanto ao tema, relevante transcrever o seguinte ensinamento contido no artigo conjunto de Alexandre Morais da ROSA, Aury LOPES JR. e Gabriel BULHÕES:

Noutra dimensão, é uma garantia da advocacia, principalmente em tempos de furor persecutório estatal, em que (alguns) pretendem criminalizar o exercício do direito de defesa. Basta ver o errado entendimento de alguns, por exemplo, no sentido de que o advogado não poderia ter contato ou entrevistar testemunhas antes da audiência. Ora, que absurdo! Existe uma distância milenar entre procurar saber qual o conhecimento que determinada pessoa tem acerca de um caso penal, para decidir se vai arrolar ou não, se vai questionar ou não etc., e constranger, ameaçar ou induzir a prestar falsas

¹⁸⁹ [...] *la policía puede tomar muchas decisiones, sobre todo en los momentos iniciales tras el descubrimiento del crimen, de gran trascendencia, que marquen el devenir futuro del proceso penal, por ejemplo, recogida de piezas de convicción, obtención de medios de prueba, redacción de atestados técnicos, decisiones que no habrá podido consultar genéricamente a la fiscalía. Su capacidad técnica par hacer frente a ciertos crímenes, con medios tecnológicos que no puede tener la fiscalía, la hace igualmente muy poderosa.* (COLOMER, Juan-Luis Gómez. **Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI**. Santa-Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010. p.88).

¹⁹⁰ COLOMER, Juan-Luis Gómez. **Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI**. Santa-Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010. p.88.

declarações (isso, sim, é crime e conduta antiética). Também existe — por parte de alguns “*Torquemada’s*” — a tentativa de dar um alcance interpretativo do artigo 2.º, parágrafo 1º da Lei 12.850/2013 que beira o descalabro. É algo muito preocupante confundir o exercício do direito de defesa (seja ele pessoal ou técnico, positivo ou negativo) com “embaraçar a investigação”, numa clara criminalização, depreciação e humilhação da advocacia criminal. Para debruçar um pouco de luz nessa escuridão, a regulamentação da investigação defensiva é crucial.¹⁹¹

Portanto, na esteira de pensamento estabelecida pelo autor da citação assim, a investigação defensiva possibilita, dentro de padrões legais, que a defesa possa, desde logo, ir em busca dessas informações, estabelecendo uma estratégia de atuação em prol do indivíduo defeso adequada. Por exemplo, entrevistada (formal ou informalmente) a testemunha na fase preliminar, em juízo, a defesa saberá que poderá indicá-la e seu testemunho será relevante ou não; do mesmo modo, tendo acesso a alguns elementos de informação, a defesa poderá orientar o cidadão sobre o conveniência de manter-se em silêncio ou qual linha de argumentação seguir.

Nesse caminhar, convém recordar o ensinamento de Nereu José GIACOMOLLI:

As escolhas e estratégias das partes poderão determinar a decisão no processo (calar ou confessar, qual a tese a ser exteriorizada e desenvolvida, v.g). O grau de confiança na outra parte e no órgão decisor, o nível de aproximação e distanciamento também influirão na decisão final. Por isso, antes de agir é necessário colocar-se na posição do adversário e vislumbrar possíveis reações.¹⁹²

Tendo em vista tais pontos, não restam dúvidas de que a investigação defensiva pode ser importante mecanismo de junção de elementos que informarão a estratégia a ser tomada, viabilizando as escolhas a serem feitas, como explicado pelo autor supracitado.

É de se reconhecer que tais finalidade, por si só, já seriam louváveis em busca da construção de um processo penal mais democrático e igualitário.

De qualquer forma, a Resolução n.º 188/2018 da OAB, em seu artigo 3.º, estabeleceu rol de possibilidades ainda mais amplo, podendo ela ser usada para: (i)

¹⁹¹ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes; BULHÕES, Gabriel. **Investigação defensiva: poder dever da advocacia e direito de cidadania**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

¹⁹² GIACOMOLLI, Nereu José. **Estratégia e sorte no processo penal**. In: GIACOMOLLI, Nereu José; AZAMBUJA, Mariana (Org.). **Processo penal contemporâneo em perspectiva**. Curitiba: IEA, 2015. p.98.

pedido de instauração ou trancamento de inquérito; (ii) rejeição ou recebimento da denúncia ou queixa; (iii) resposta à 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; e (xi) outras medidas destinadas a assegurar direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

Dentro do leque de finalidades supradescritos, Francisco da Costa OLIVEIRA detalha outras finalidades de possível investigação direta pela defesa tais como: (i) a comprovação das informações por meio de álibi indicado; (ii) exploração de elementos que comprovem causas de exclusão da ilicitude, culpabilidade ou punibilidade; (iii) controle da qualidade das provas e elementos de informação, obtidos pelos órgãos estatais; (iv) provas periciais; (v) exames de local, averiguando dados que pode ter sido despercebidos pela autoridade estatal responsável; e (vi) identificação de possíveis testemunhas e peritos.¹⁹³

Por fim, pode-se dividir a investigação defensiva em três espécies: (i) preventiva, na qual, a defesa atuará mesmo antes de instaurado um procedimento investigativo contra si, quando fases anteriores de uma determinada investigação (operação) indicarem que ela poderá ser envolvida ou quando já foi instaurado procedimento de natureza não criminal (administrativa ou tributária, por exemplo), enfim, sempre que a pessoa suspeitar que possa a vir a ser investigada ou acusada, nada obsta que já inicie a colheita de materiais ao seu favor;¹⁹⁴ (ii) tradicional, na qual ela busca elementos favoráveis à defesa; e (iii) em prol da vítima, na qual a investigação buscará elementos que possibilitem a responsabilização do autor do crime (por questões metodológicas, diante de algumas peculiaridades e por envolver pontos abordados nos dois primeiros capítulos, tal ponto será detidamente analisado no item 3.4 do trabalho).

Desse modo, para além das hipóteses pontualmente analisadas, a finalidade da investigação defensiva dependerá da espécie de investigação defensiva, do seu objeto e do caso concreto.

¹⁹³ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Defesa criminal activa**: guia de sua prática forense. Lisboa: Almedina, 2006. p.101.

¹⁹⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação defensiva**. São Paulo: RT, 2010. p.173.

2.4 OS PODERES DO DEFENSOR DURANTE A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA, POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO

Delimitado o objeto da investigação defensiva, estabelecida a sua possibilidade em termos constitucionais e legais, insta analisar a formas pelas quais a defesa pode, efetivamente, alcançar os elementos de informação que pretende produzir. Em outras palavras, para além de se verificar a possibilidade da investigação defensiva, deve-se analisar quais são concretamente os poderes conferidos à defesa para que a exerça.¹⁹⁵ Impende, pois, estabelecer quais são os poderes a serem conferidos à defesa durante a chamada investigação defensiva.

De início, releva notar que os particulares não possuem, no Brasil, qualquer poder de polícia ou coercitivo. Tal constatação, obviamente, não impede o exercício da investigação defensiva, porém, impõe algumas limitações práticas e a necessidade de previsão legal para que se garanta a efetividade das investigações, bem como se analise quais atividades não são vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, sendo os particulares regidos por um regime privado – e não público, como os agentes oficiais de investigação – normalmente se diz que sua atuação é livre, até que encontre proibição legal. Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer sobre os princípios constitucionais norteadores da atuação estatal: “o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize”.¹⁹⁶ Em outras palavras, como regra geral decorrente do princípio da legalidade, tem-se que o particular pode realizar todos os atos que não sejam expressamente e legalmente vedados (tal regra deriva do comando constitucional previsto no art. 5.º, inciso II, segundo o qual: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”).

Deve-se notar, conforme destaca André Augusto Mendes MACHADO, que o advogado, ao exercer o seu *mister*, está a tutelar interesses privados (do cliente que o constituiu), ou seja, ainda que a função seja essencial à Justiça (conforme previsão

¹⁹⁵ VIEIRA, Renato Stanziola. Investigação defensiva: diagnóstico e possibilidades no processo penal brasileiro. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero (Coord.). **Polícia e investigação no Brasil**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p.337-372.

¹⁹⁶ MELLO, Celso Antonio Badeira. **Curso de direito administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.105.

constitucional – art. 133 da Constituição da República) e da maior importância ao justo processo penal, sem dúvida o trabalho investigativo realizado pelo advogado em prol do seu cliente constitui atividade particular e a este regime de direito está submetida.¹⁹⁷

Portanto, tem-se como regra geral a amplitude e liberdade de atuação do defensor na busca por elementos de informação, podendo atuar discricionariamente e livremente, nos limites das vedações expressas proibições legais e sem buscar atrapalhar a investigação oficial dos fatos (por exemplo, adulterando documentos, evitando-se que a autoridade estatal encontre elementos de prova, etc.).

Precisamente por essa característica (regime privado) e por não ter regra dispondo em sentido contrário, entende-se que os elementos de informação colhidos na investigação defensiva não precisam necessariamente serem juntados aos autos da investigação formal, nos termos do art. 6.º da Resolução do CF/OAB.

Diversamente do que ocorre quando os atos são conduzidos pela autoridade estatal, essa sim obrigada a formalizar e leva a conhecimento todos os atos praticados, a investigação defensiva compromete-se exclusivamente com os interesses do defeso.¹⁹⁸ O mesmo ocorre no processo penal italiano, que prevê em seu art. 334- bis que o advogado possui a faculdade de juntar ou não aos autos os elementos e as conclusões colhidas em sua investigação, todavia possui a obrigação de lealdade, ou seja, uma vez que opte por juntá-la aos autos, não pode alterar a verdade sobre o seu conteúdo ou juntar elementos de informação obtidos a partir de fonte ilícita.

Retomando-se ao processo penal brasileiro, ainda que não exista previsão expressa sobre os poderes do defensor, é possível identificar encontram-se algumas diretrizes. Dentre elas, a mais recente foi a edição da Resolução n.º 188/2018, do Conselho Federal da OAB. Ainda que referida norma não inove em relação ao Código de Processo Penal ela prevê expressamente, em seu art. 4.º, que o advogado pode realizar todos os atos necessários ao esclarecimento dos fatos, entre tais atos: colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações públicas ou privadas, realizar reconstituições, perícias e exames.

Em complemento, para a obtenção das informações objetivadas, a lei de acesso a informação, se bem utilizada pode ser interesse mecanismo de colheita de dados. Prevê a Lei n.º 12.527/2011 que qualquer interessado (art. 10) pode solicitar

¹⁹⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação defensiva**. São Paulo: RT, 2010. p.177.

¹⁹⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação defensiva**. São Paulo: RT, 2010. p.177.

informações aos órgãos e entidades públicas. Conforme destaca Alexandre Morais da ROSA, o não atendimento as informações solicitadas pela defesa, com base na lei de acesso a informação, implicarão em inequívoca violação a direitos fundamentais individuais. Por essas razões entende o autor, que a referida lei pode “auxiliar a evitar as sombras do processo penal e da investigação preliminar”, de modo que “é uma aliada na busca de transparência do processo penal”.¹⁹⁹

Com acerto o autor, pois, ainda mais em sede de investigação defensiva, os documentos e informações em posse dos mais diversos órgãos do aparato estatal podem ser de grande valia para o esclarecimento dos fatos. A título meramente exemplificativo,²⁰⁰ imagine-se uma pessoa sendo investigada pelo crime de fraude a licitação (art. 90, da Lei n.º 8666/93), que saiba que determinados aspectos do certame licitatório são relevantes. A defesa poderia diretamente solicitar acesso integral ao referido procedimento para que possa analisar autonomamente os termos e a legalidade dos procedimentos realizados, produzir perícias ou exames contábeis e, com base nos dados obtidos demonstrar a inexistência de indícios do crime.

Para além da legislação que especificamente atribui poderes ao indivíduo ou à sua defesa, a análise dos poderes defensivos, deve passar também pelos poderes conferidos ao Ministério Público.

Naturalmente, há particularidades a serem sopesadas, tendo em mira tratar-se de agente público. Todavia, desde a perspectiva de que deve existir paridade de armas entre a acusação (ou o órgão por investigar e formular a acusação) e a defesa, tem-se que o tema merece uma análise mais aprofundada.

Os poderes conferidos pela Resolução n.º 181, do Conselho Nacional do Ministério Público, foram textualmente transcritos no item 17.2 do presente trabalho. Alguns pontos chamam atenção e merecem ser analisados, seja pela sua importância ou porque não há previsão na Resolução editada pela OAB e seriam compatíveis com o exercício da investigação defensiva. Passa-se a destacar o seguinte ponto:

O inciso I, da Resolução n.º 181, do CNMP, prevê a possibilidade de se proceder ou determinar que se proceda a vistorias, inspeções ou quaisquer outras

¹⁹⁹ ROSA, Alexandre Morais. **Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.733.

²⁰⁰ Para outros exemplos práticos de possível aplicação da lei de acesso a informação, em sede de investigação ou processo, conferir o citado livro de Alexandre Morais da Rosa: **Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.732.

diligências, inclusive em organizações militares. A realização de diligências é atividade essencial ao exercício da investigação defensiva, todavia, para que houvesse compatibilidade para com o exercício defensivo, necessário se faria previsão legal específica, para que a tornassem efetiva, principalmente em organizações militares.²⁰¹

O inciso II da Resolução n.º 181 prevê a possibilidade de se requisitar informações, exames, perícias, documentos para autoridades da Administração Pública de modo geral, o que também pode ser realizado pela defesa, com base na lei de Acesso à Informação.

Já o inciso III prevê a possibilidade de o parquet requisitar informações e documentos diretamente a particulares, referindo-se inclusive a dados de natureza cadastral. Em regra, não haveria óbice para que o mesmo fosse realizado pela defesa, desde que não envolva direitos individuais (como a de sigilo bancário, fiscal, etc.) de terceiros. Entretanto, é de se notar que se o Ministério Público pode acessar informações contidas em dados cadastrais em que depende de prévia autorização judicial, tal prerrogativa poderia ser estendida à defesa (afinal, não se clama reserva de jurisdição). Tal possibilidade, entretanto, deve ser regulamentada por lei, a fim de garantir que não exista a sua banalização e o atentado contra direitos individuais de terceiros.

O inciso IV prevê a possibilidade de notificar testemunhas e vítimas, inclusive requerendo suas respectivas conduções coercitivas. Tal inciso revela-se incompatível com o exercício da defesa, posto esta não possuir poder coercitivo, admite-se a possibilidade de notificar e ouvir envolvidos com o fato desde que de modo consensual.

O inciso V garante a possibilidade de se acompanhar a realização de buscas e apreensões autorizadas judicialmente. Caso a defesa requeira medidas judiciais, como a busca e apreensão (o que pode ser extremamente útil à coleta de informações) não haveria óbice a também se requerer o seu acompanhamento. O mesmo não se pode afirmar em relação ao inciso VI, pois a defesa (ainda que atuando em favor dos interesses da vítima) não tem competência para requerer a prisão preventiva ou temporária, carecendo pois de legitimidade para acompanhar esses atos, que,

²⁰¹ É de se destacar que não há qualquer óbice à realização de investigação defensiva no âmbito dos chamados crimes militares. As garantias constitucionais que fundam o exercício da defesa também irradiam – e devem ser respeitadas – ao direito processual militar. Nesse sentido, recente decisão proferida pela 1.ª Vara da Auditoria Militar de São Paulo, nos autos n.º 0006752- 47.2018.9.260010, reconhece a aplicabilidade da Resolução 188, da OAB, e reconhece a possibilidade de investigação defensiva naquela seara do direito.

además, não consistem em atos de investigação.

O inciso VII prevê a possibilidade de expedir notificações, o que seria perfeitamente aplicável à defesa se esta puder realizar oitivas e ouvir pessoas para esclarecimentos (inciso VII, da Resolução do CNMP). Eis um dos atos mais essenciais relacionados à investigação defensiva, a possibilidade de ouvir pessoas relacionadas aos fatos. Em relação ao ponto, a Resolução n.º 181 da OAB o prevê expressamente em seu art. 4.º, embora não preveja a forma pela qual o ato deve se realizar (formal, informalmente, com a necessidade de se advertir sobre a não autoincriminação, dentre outros aspectos a serem abordados no item 3.4 do trabalho).

Finalmente, o inciso IX diz respeito ao acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relevância pública, o que também, como já visto, seria inteiramente aplicável a defesa. O inciso X prevê a possibilidade de requisição de auxílio policial, o que é incompatível com o exercício da atividade particular do defensor, embora este possa se utilizar de detetives ou outros profissionais especializados em investigação, exclusivamente para trabalhos de apuração dos fatos e inteligência – jamais de força policial.

Como visto, a maioria dos poderes conferidos aos Promotores e Procuradores de Justiça mostram-se compatíveis e poderiam ser aplicados à investigação defensiva, garantindo-se a almejada paridade de poderes. Também se verifica que a sua positivação em lei própria traria maior garantia ao exercício da advocacia defensiva, bastando, pois, a sua implementação.

Por fim, tendo em vista que possui tradição jurídica semelhantes a brasileira (tendo, inclusive, tido grande influência na formação do atual Código de Processo Penal brasileiro)²⁰², interessante observar os poderes investigativos conferidos ao defensor na legislação italiana.

Na Itália a investigação defensiva vem sendo debatida, ao menos, desde a reforma do seu Código de Processo Penal realizada em 1990, quando passou a buscar estruturar um processo de cunho acusatório e a prever expressamente a possibilidade de atuação ativa do defensor.²⁰³ A partir de então sucessivas reformas foram aprimorando o instituto, não obstante as naturais resistências em relação a qualquer

²⁰² Sobre o tema, imprescindível a leitura de: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Brasil, 2018.

²⁰³ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação defensiva**. São Paulo: RT, 2010. p.143.

inovação que promova a superação do sistema inquisitório. Nas precisas palavras de Geraldo Prado: “a exigência de conformação constitucional da investigação criminal ao modelo acusatório, não obstante às resistências, ultrapassou as desconfianças e se impôs como essencial à estrutura do processo penal acusatório italiano”.²⁰⁴

O primeiro passo de implementação da investigação defensiva no âmbito do processo penal italiano foi a sua própria previsão, contida no seu art. 190, que consagrou o direito a prova defensiva em igualdade a da acusação.²⁰⁵ Conforme destaca André Augusto Mendes MACHADO, a partir de lições de Glauco GIOSTRA, referida norma era, ainda, tecnicamente inadequada, pois excessivamente vaga, na medida em que não previa um procedimento ao exercício da obtenção da prova, tampouco limites ao exercício defensivo.²⁰⁶

Então, na sequência, foi editada a Lei n.º 332/1995, a qual garantiu que a defesa poderia apresentar sua investigação diretamente ao juiz, o qual passou a possuir o dever de juntar aos autos os elementos de informações e provas obtidos pela defesa (não podendo ser desprezados ou sequer levados em consideração pelo magistrado).²⁰⁷

Importante Lei (n.º 479) foi aprovada em 1999, passando a prever a necessidade de o representante do Ministério Público informar o término de suas investigações, possibilitando-se, então, prazo adequado para que a defesa também entregue as suas, se assim o desejar.²⁰⁸ Trata-se de importante inovação legislativa, na medida em que confere prazos adequados ao exercício da investigação defensiva, tendo o defensor ciência do que fora colhido pelo Ministério Público e estruturando a possibilidade concreta de também apresentar suas conclusões.

Nesse sentido, é de se destacar a importância do fator tempo ao exercício da defesa, tendo em vista que insuficiente a mera previsão do poder de atuação, necessário assegurar os meios e o tempo necessário ao exercício da defesa e de seus corolários necessários.²⁰⁹ Sobre a relevância do tempo e dos meios necessários à defesa, Nereu Giacomolli, bem destaca sua previsão convencional e sua importância:

²⁰⁴ PRADO, Gerado. **Estudos jurídicos**. São Paulo: Contracorrente, 2018. p.189.

²⁰⁵ TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 8.ed. Milano: Giuffrè, 2008.

²⁰⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação defensiva**. São Paulo: RT, 2010. p.145.

²⁰⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação defensiva**. São Paulo: RT, 2010. p.146.

²⁰⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação defensiva**. São Paulo: RT, 2010. p.146.

²⁰⁹ MORENO, Faustino Córdón. **Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal**. 2.ed. Navarra: Aranzadi – Thomson Reuters, 2002. p.152.

Segundo o art. 6.3, b, do Convênio de Roma de 1950, todo acusado possui, minimamente, o direito de dispor do tempo e das facilidades necessárias à preparação de sua defesa. A exigência de outorga de um tempo suficiente e dos meios adequados à realização da defesa do acusado encontra normatividade no art. 8.2, c, da CADH (“concessão ao acusado de tempo e dos meios necessários à preparação da defesa”), bem como no PIDCP, em seu art. 14.3, b (“dispor de tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa”). Isso se aplica tanto à defesa pessoal quanto à defesa técnica, na medida em que a limitação temporal poderá restringir a potencialidade e a exigência da ampla e plena defesa.²¹⁰

Finalmente, foi com a Lei n.º 397 de 2000, que alterou diversos artigos do Código de Processo Penal italiano, que a investigação defensiva ganhou vida, posto que “até então era mera previsão abstrata, sem qualquer tipo de regulamentação”²¹¹, para estabelecer poderes específicos aos defensores, meios de obtenção das informações, limites, obrigações de atuação e sanções ao descumprimento das formas previamente estabelecidas. Dentre tantas inovações, vale destacar as seguintes:

- a. Proibição de apreensão dos documentos obtidos pelo defensor privado ou do assistente técnico, autorizado a realizar a investigação, salvo se constituírem corpo de delito (art. 103, 2, do CPP italiano).
- b. Garantia ao defensor de que, ao apresentar o resultado de suas investigações, poderá obter atestado de sua entrega e cópia do quanto depositado (art. 116, 3-bis, do CPP italiano).
- c. Proibição de ouvir testemunha que estejam acobertadas pelo sigilo profissional (art. 197, I, d, do CPP italiano).
- d. Possibilidade de indicar-se assistente técnico a fim de: (i) examinar coisas sequestradas no lugar em que se encontram; (ii) acompanhar e intervir em inspeções; e (iii) examinar os objetos das perícias que não pôde acompanhar.

Como destaca, Augusto Mendes MACHADO, o pedido de assistência técnica deve ser autorizado pelo Ministério Público na fase antecedente ao processo (“investigação preliminar”) e ao magistrado, após a instauração da fase processual, tudo de acordo com o art. 233, 1, bis, do CPP italiano.²¹²

O Código de Processo Penal italiano vedou, ainda, ao Ministério Público que,

²¹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.160.

²¹¹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação defensiva**. São Paulo: RT, 2010. p.147.

²¹² MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação defensiva**. São Paulo: RT, 2010. p.149.

ao ouvir testemunhas que prestaram declarações à defesa, que indaguem sobre as questões anteriormente formuladas.

Confere-se ao advogado o poder de entrevistar pessoas, ainda que de modo informal (art. 391-bis), ou solicitar que as declarações sejam apresentadas por escrito (art. 391-ter), devendo-se respeitar as pessoas que não poderiam ser ouvidas como testemunha, como, por exemplo, a vítima dos fatos. Ademais, o depoente deve ser avisado sobre o objeto de sua oitiva, da finalidade do ato, da possibilidade de não colaborar e de não produzir provas contra si.²¹³ Por outro lado, uma vez que decida a prestar declarações, ela pode responder pelo crime de falso testemunho.

Interessante observar que, caso a testemunha opte por não responder as perguntas do defensor (sendo, por óbvio, um legítimo direito), pode-se requerer ao Ministério Público a sua inquirição, a qual deve ocorrer no prazo máximo de sete dias, ou requerer ao magistrado a instauração de incidente probatório próprio.²¹⁴

Ademais, é facultado à defesa o acesso a lugares e documentos públicos (art. 391-sexies), devendo realizar relatório sobre os atos praticados, e também a lugares privados, desde que exista concordância do particular (a qual deve ser previamente comunicada do objetivo da ação).

2.5 OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO DEFENSOR NA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E O EVENTUAL DESCUMPRIMENTO DAS REGRAS

Como regra geral, não há grande discussão doutrinária em se afirmar que a investigação defensiva deve observar os mesmos limites estabelecidos à investigação conduzida pela autoridade estatal (vistos no item 1.5, do presente trabalho), ou seja, devem ser respeitados os limites legais de atuação e a reserva de jurisdição para os atos que envolvam direitos fundamentais. Vale lembrar que, se a ideia fundamental da investigação defensiva é exatamente a paridade de armas²¹⁵, razoável que se limite a investigação defensiva tendo como referência as investigações conduzidas pelo Estado. Sobre o tema, vale transcrever o escólio de Luiz RASCOVSKI:

²¹³ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação defensiva**. São Paulo: RT, 2010. p.152.

²¹⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação defensiva**. São Paulo: RT, 2010. p.152.

²¹⁵ Nesse sentido, ressalta Ennio Amodio que: *“Nel processo le garanzie sono limiti posti all'esercizio dei poteri della autorità e non possono chef ar capo all'individuo il quale rivendica la sua tutela di fronte all'apparato giudiziario”*. (AMODIO, Ennio. **Processo penale diritto europeo e common law**: dal rito inquisitório ao giusto processo. Milano: Giuffrè, 2003. p.138).

Em outras palavras, se por um lado o defensor deve possuir poderes investigatórios equivalentes aos dos órgãos públicos, para exercer uma investigação defensiva eficaz, em razão do princípio da paridade de armas e da ampla defesa, por outro lado, devem incidir também sobre tal investigação os mesmos limites da investigação pública. Isso se aplica, notadamente, em relação à necessidade de prévia autorização judicial para a adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais.²¹⁶

Outro limite importante encontra-se em eventuais colisões com a atividade investigativa estatal, ou seja, os trabalhos do defensor não podem esbarrar ou atrapalhar a busca por elementos que os órgãos oficiais de investigação buscam, “havendo colidência entre as atividades de investigação realizadas pelo defensor e pelos órgãos públicos, devem prevalecer as últimas”.²¹⁷

No mesmo sentido, Augusto Mendes MACHADO destaca que, em razão dos interesses sociais que protege, a investigação estatal se sobrepõe à particular, em caso de confronto.²¹⁸

Interessantes as regras atinentes ao processo penal italiano, descritas no item anterior, que definem regras de respeito para atuação tanto do particular (que não pode atrapalhar, tampouco influir na investigação oficial) quanto a oficial (que também não pode sequestrar as informações que estiverem em posse da defesa ou inquirir as testemunhas ouvidas pela defesa, para se averiguar o que fora relatado). Todavia, conforme ressaltado, em caso de colisão das investigações, terá predominância a investigação conduzida pelo Estado. Em síntese:

No âmbito do direito material, a atividade probatória defensiva não pode obstruir a investigação pública nem danificar fontes de prova, sob pena de se configurar ilícito penal. Assim, se houver colidência entre as atividades realizadas pelo defensor e pelos órgãos públicos, prevalecem, em regras, as últimas. Tal situação deve ser expressamente regulada em lei, com disposições claras a respeito do seu conteúdo e duração.²¹⁹

Estabelecidos os limites da atividade particular do defensor (os mesmos que revestem a atividade pública de investigação, a própria atividade investigativa estatal

²¹⁶ RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado. In: **Temas relevantes de direito penal e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.132.

²¹⁷ RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado. In: **Temas relevantes de direito penal e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 135.

²¹⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação defensiva**. São Paulo: RT, 2010. p.177.

²¹⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação defensiva**. São Paulo: RT, 2010. p.177.

e as medidas que reclamam reserva de jurisdição), o ponto central está em se definir os efeitos processuais aos casos de descumprimento das regras, ou seja, caso o defensor extrapole algum desses limites, porém, descubra fonte de prova relevante ao deslinde do processo penal, qual seria a consequência ao processo (além de eventuais punições disciplinares).

O modo de tratar o tema (descoberta de prova absolutória em desconformidade com a lei) tem recebido tratamento diverso no direito comparado, especialmente Estados Unidos e Itália (referências utilizadas no trabalho para estudar o tema).

A Itália, por possuir conjunto de regras claras sobre o tema, possui previsão específica determinando a exclusão da prova ilicitamente obtida pela defesa.²²⁰ Renato Bricchetti rememora que, por ser trabalho afeto à iniciativa privada, o defensor não possui a obrigação de juntar aos autos os elementos arrecadados, pode o advogado optar por não juntar ou por juntar no momento em que julgar oportuno, eis uma das grandes diferenças da investigação pública.²²¹

Por outro lado, fica ciente o defensor que, uma vez optando por realizar a juntada aos autos de qualquer documento ou declaração, caso estas sejam falsas, responderá pelo crime de falsidade ideológico (assim como o declarante pode ser responsabilizado por falso testemunho) ou crime correspondente a ação praticada.²²²

Já o direito processual dos Estados Unidos tende a conferir outro tratamento a matéria. Preliminarmente, uma advertência se faz necessária, ao falar-se a respeito do direito norte-americano é necessário ponderar sobre a sua natural oscilação, tendo em vista a particularidade de estar fortemente baseado na ideia de precedentes. Assim, por exemplo, em tempos de recrudescimento do discurso penal, com movimentos como o denominado de “lei e ordem”, tende-se a existir interpretação mais elástica sobre o regime das provas ilícitas e suas regras de exclusão.²²³

²²⁰ É o que explica Geraldo Prado: “A legislação vigente na Itália, portanto, prescreve a obrigatória assistência do defensor desde a fase de investigações criminais e regula a forma das sanções processuais decorrentes da desobediência ao mandamento, como assinala Cavaliere, abandonando 'o princípio de que todas nulidades são sanáveis' para 'introduzir uma sanção específica para a violação de proibições probatórias – vale dizer a impossibilidade de utilização da prova ilegalmente obtida – que caracteriza porque pode dar-se de ofício em todo estado ou graude procedimento, art. 191”. (PRADO, Gerado. **Estudos jurídicos**. São Paulo: Contracorrente, 2018. p.190).

²²¹ BRICCHETTI, Renato; RANDAZZO, Ettore. *Le Indagini Della Difesa: Dopo la legge 6 dicembre 2000 n. 397*. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p.50.

²²² BRICCHETTI, Renato; RANDAZZO, Ettore. *Le Indagini Della Difesa: Dopo la legge 6 dicembre 2000 n. 397*. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p.50.

²²³ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em matéria penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p.135.

A fase de investigação e a intermediária ao julgamento não possuem maiores rigores formais, de modo que não há controle rígido, previsto expressamente em leis, para a realização investigação defensiva, prevalecendo a ideia de que devem ser respeitados os limites estabelecidos nos precedentes sobre a matéria.²²⁴

No Brasil a interpretação sobre as provas ilícitas *pro reo* costuma ser admitida sem maiores problemas, principalmente por parte da doutrina (sobre a jurisprudência brasileira, conforme já havia admoestado Fauzi Hassan CHOUKR, não se encontram precedentes específicos sobre o tema, o que foi confirmado na presente pesquisa).²²⁵

Com efeito, Antonio Scarance FERNADES já anunciava que “não se conseguiria justificar a condenação, até mesmo a pena elevada, de uma pessoa quando há nos autos prova de sua inocência, ainda que tenha sido obtida por meios ilícitos”.²²⁶ Fundamenta-se tal entendimento a partir do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e em homenagem ao estado de inocência do acusado, ou seja, existindo prova (ainda que ilícita) que confirme o estado inicial (de inocência) de todos acusados ela deve ser mantida nos autos do processo.²²⁷

Além disso, Aury LOPES JR. destaca outro aspecto a se concluir pela admissibilidade da prova ilícita *pro reo*, é que este, ao agir – ainda que de modo ilícito – para comprovar a sua inocência estaria albergado por causa de excludente de ilicitude (legítima defesa ou estado de necessidade), sendo, ademais, a conduta desprovida de reprovabilidade (excluindo-se, pois, a culpabilidade).²²⁸

Outro ponto a ser analisado diz respeito a própria concepção da prova e das razões que justificam o seus limites em um Estado Democrático de Direito, tal qual sublinha Manuel Monteiro Guedes VALENTE, as provas no processo penal encontram limite nos direitos fundamentais individuais, com efeito, “são elementos axiológicos da medula da dignidade da pessoa humana e afirmam-se também como tópicos teleológicos de limites ou barreira intransponível na produção da prova no processo

²²⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação defensiva**. São Paulo: RT, 2010. p.127.

²²⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.550.

²²⁶ FERNADES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3.ed. São Paulo: RT, 2002. p.88.

²²⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.210.

²²⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.612.

penal de um Estado democrático de direito”.²²⁹ Ou seja, a valoração da prova produzida (ainda que de modo ilícito) deve ser analisada levando em consideração as vetoriais trabalhadas acima, tendo em vista os direitos fundamentais individuais, a dignidade da pessoa humana e a liberdade. Ao se rechaçar ou admitir um determinado elemento de prova os pontos abordados acima devem ser considerados essenciais.

No mesmo sentido, Eugenio Pacelli de OLIVEIRA assenta que o princípio da proibição das provas ilícitas existe exatamente para a proteção de direitos individuais, de modo que o indivíduo é o seu “primitivo e originário titular”, não podendo, pois, tal garantia ser utilizada contra ele mesmo, o que, de acordo com o autor citado, seria uma contradição em seus próprios termos.²³⁰

Assim sendo, pode-se concluir, com segurança, que eventuais provas ilícitas obtidas pela investigação defensiva poderiam ser utilizadas em benefício do acusado, justamente para propiciar futura absolvição ou redução de pena, em detrimento de uma condenação injusta (note-se, então, a diferença na prova ilícita produzida contra o acusado em violação aos seus direitos individuais e, por outro lado, a prova produzida de modo ilícito em favor do acusado/investigado), favorecendo a liberdade do sujeito injustamente acusado.

Assim como a regra que estabelece a necessidade de defesa no processo decorre de um *interés superior de Justicia*²³¹, a admissão de provas ilícitas absolutórias também decorre de um interesse superior de Justiça, em prol da liberdade. Ao discorrer sobre as escusas absolutórias, Ricardo Jacobesen GLOECKNER ensina:

Esse princípio nada mais é senão uma derivação de um princípio constitucional que regula o direito fundamental à liberdade. De acordo com Perez Luño, como critério de orientação hermenêutica, deve prevalecer nas relações entre poder público e particulares, a interpretação *pro libertate*. Trata-se do princípio *in dubio pro libertate*, que permitirá a consolidação do princípio da escusa absolutória em matéria de nulidades. O constitucionalista espanhol inclusive irá mais longe. O *in dubio pro libertate*, não se restringe aos casos em que exista dúvida acerca da solução ou interpretação a ser dada ao caso concreto. Trata-se de um parâmetro em que deve ser levado em consideração um mecanismo de maximização dos direitos fundamentais considerados *in*

²²⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Os direitos e liberdades fundamentais pessoais como barreira intransponível na produção da prova penal. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; SILVEIRA, Edson Damas da; GIACOMOLLI, Nereu José; PRADO, Geraldo (Org.). **Prova penal: estado democrático de direito**. Florianópolis: Empório do Direito; Rei dos Livros, 2015. p.143.

²³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.388.

²³¹ ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y Derecho Procesual: introduccion**. 2.ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997. p.147.

*toum.*²³²

Fixadas tais balizadas, se faz necessários refletir a respeito da alargada permissibilidade de produzir provas ilícitas, no âmbito da investigação defensiva (ou seja, de uma investigação estruturalmente pensada) e se isso não levaria a exageros. Ter-se-ia uma atividade particular agindo sem preocupação ou compromissos com a legalidade, o que se mostra tão atentatório ao Estado de Direito quanto aos próprios agentes estatais que violam as regras cogentes.

Deve ser sopesado que o entendimento no Brasil quanto a admissibilidade das provas ilícitas é anterior ao surgimento da chamada investigação defensiva (ainda não regulamentada por lei, reprise-se).

Na medida em que foram analisados, no tópico anterior, o poderes conferidos a defesa (e outros que poderiam ser implementados, mediante reforma legislativa) necessário também se faz criar mecanismos claros de controle à atividade do particular, ainda mais por envolver a apuração da prática de ilícitos. Eventual legislação sobre o assunto, assim como feito na Itália, deve prever a impossibilidade de utilização de informações obtidas de modo ilícito e a responsabilização clara dos agentes envolvidos nos atos ilegais praticados (o mesmo pode ser dito em relação a atividade investigativa tradicional).

Conforme dito, urge refletir a respeitada necessidade e da possibilidade de responsabilização (civil, penal, disciplinar) de todos os profissionais (particulares e também aos agentes públicos) que atuam em desconformidade com as normas aplicáveis. Tendo em vista a lacuna legal sobre o tema e considerando o seu fundamento de existência, necessário realizar comparação com a investigação conduzida pelo Ministério Público. Ou seja, o controle sobre o atendimento da legalidade por parte defesa deve ser verificado pelo juiz da causa e, em relação ao descumprimento de normas deontológicas gerais da advocacia, a Ordem dos Advogados do Brasil (que deveria disciplinar de modo mais preciso a aprofundado o tema, esclarecendo, por exemplo, quais são as condutas admitidas e quais as respectiva punições, o que hoje inexistente)

É de se notar que a atuação defensiva e a atenção as regras próprias que devem dar regência ao instituto estão ligadas ao princípio constitucional do devido

²³² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.402.

processo legal e, assim sendo, requerem atenção mesmo do particular. Em estudo específico e aprofundado sobre o tema, Paula Sarno BRAGA, recorda que a normatividade da Constituição irradia seus efeitos também sobre os particulares, ou seja, deve-se reconhecer a eficácia normativa da Constituição da República sobre a atuação particular e, em específico, do princípio do devido processo legal.²³³

É nesse sentido, a justa preocupação externada por Fauzi Hassan CHOUKR, ao se admitir indistintamente a prova ilícita pro reo corre-se o risco de não se estabelecerem controles adequados. O autor cita dois exemplos emblemáticos (ainda que extremados): (i) se o acusado ou sua defesa técnica, justamente para demonstrar a inocência do acusado optar por torturar uma testemunha e obtiverem uma declaração, essa prova seria admitida?; (ii) em caso de envolvimento de pessoas jurídicas, normal principalmente nos denominados crimes financeiros, suponha-se que a empresa utilize sua força econômica para corromper testemunhas, há possibilidade de aceitação?²³⁴

No caso das investigações defensivas, tem-se como regra (principalmente a partir da experiência do direito processual italiano) que as testemunhas apenas poderias prestar suas declarações de modo espontâneo, vale dizer: qualquer abuso configuraria, portanto, prova ilícita.

Ademais, não tardaria para que se levantasse o argumento de que se a paridade de armas funda a investigação defensiva, exatamente pelo mesmo raciocínio, se a defesa pode produzir uma prova ilícita pro reo, por paridade e pelo princípio da proporcionalidade, seria sustentável que a acusação também o pudesse.²³⁵

Ao menos esse segundo argumento (paridade de armas para se admitir a prova ilícita *pro societate*) não merece prosperar. Ocorre que o fundamento essencial – em paralelo ao princípio da proporcionalidade – para se admitir a produção de meios de provas é o da liberdade, da preservação do estado de inocência, valores máximos do Processo Penal; o que não ocorre quando se sustenta a prova ilícita a favor da sociedade (portanto, contra o acusado/investigado).

De qualquer forma, considerando-se a necessidade de se estabelecer limites

²³³ BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações provadas**. Salvador: JusPodivm, 2008. p.154.

²³⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.550-551.

²³⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.551.

ao poder – que, bem se sabe, tende sempre ao excesso – é fundamental que o tema seja regulamento por regra própria, estabelecendo claros limites a atividade investigativa defensiva, bem como sanções ao seu descumprimento.

3 ASPECTOS CONTROVERSOS DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

3.1 INVERSÃO – OU DISTRIBUIÇÃO – DO ÔNUS PROBATÓRIO (?)

Questão delicada a ser enfrentada quando se está a propor a possibilidade de se conferir poderes iguais entre Defesa e Ministério Público ou órgão encarregado pela investigação, desde a fase preliminar, está em uma perigosa inversão do ônus probatório, ou seja, uma vez considerada a possibilidade de a defesa caminhar diretamente em busca dos elementos de informação que julga relevantes, há quem possa alegar que a autoridade não mais precisaria atender aos requerimentos formulados pela defesa. Em outras palavras: supondo que a defesa pretenda produzir determinada prova ou elemento de informação (a depender do instante processual) poderia o magistrado negá-lo e, ainda, argumentar que, se relevante realmente for, que a defesa o produza.

Tal linha argumentativa pioraria o já inadequado e problemático quadro de interpretações que atualmente a jurisprudência confere ao art. 156 do Código de Processo Penal²³⁶, que prevê que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, o que redundaria em ainda maior violência ao princípio do estado de inocência.

Outro possível problema está na realidade brasileira, na qual o público alvo do sistema penal continua a ser, avassaladoramente, os mesmos de sempre, ou seja, pessoas pobres, sem condições de constituir advogados particulares, quanto mais advogados particulares com condições de promover uma investigação defensiva.

Ainda há que se tocar na questão da própria (des)estruturação das Defensorias Públicas, que claramente não detém possibilidade de proceder com investigações em favor de seus assistidos, e que, seguindo a mesma linha de raciocínio exposta até então, deve ser pensada estruturada

²³⁶ Sobre o tema, Aury Lopes Jr. destaca que o art. 156 do CPP apenas pode ser lido tendo em mira a garantia constitucional de inocência de todos. Desse modo, sendo a acusação a responsável pela alegação inicial, sustentando a existência de um crime, deve ela comprovar a sua efetiva ocorrência em todos os seus termos. Vale transcrever o seguinte trecho: “gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma legada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusado é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação”. (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.564).

para tanto.²³⁷

Assim, a possibilidade de se “obrigar” ou delegar à defesa a incumbência da produção da prova criaria um cenário ainda mais preocupante justamente aqueles que tradicionalmente já tem dificuldade em usufruir de uma defesa técnica efetiva.

É de se notar que era precisamente esse um dos principais argumentos para se afastar a figura do defensor técnico da investigação no âmbito do processo penal italiano em seu período autoritário (Código Rocco). A suposta impossibilidade de se garantir a todos o direito a um defensor técnico, dentre outros argumentos, fazia com que autores da época sustentassem que tal direito não deveria ser oponível a ninguém, para que fossem evitados “privilégios”. Assim, ao passo em que os primeiros elementos que embasariam a futura condenação eram produzidos na fase preliminar, a legislação autoritária de então incumbiu-se de garantir o sigilo e o esvaziamento das funções do advogado nesse instante do processo, de modo que, em síntese, “não era admitido o defensor, para além da de uma formal e vazia atuação”.²³⁸

Nos Estados Unidos, o desenvolvimento da matéria (ocorrido após sucessivos casos discutindo o tema, a partir da interpretação a ser conferida a 6.^a Emenda à Constituição) acabou por fixar os deveres dos advogados de produzir uma investigação defensiva autônoma e competente. A partir do caso STRICKLAND foi estabelecido que:

Ademais, nesse precedente jurisprudencial foram alinhavados os seguintes critérios: a) presunção (relativa) de eficiência na atuação do advogado; b) avaliação dos atos e omissões do advogado na perspectiva dele próprio; c) necessidade de consideração de eventuais dificuldades do advogado quanto à escassez de tempo, de recursos financeiros, indisponibilidade de informações, etc.²³⁹

²³⁷ No tocante ao tema, o próprio Supremo Tribunal Federal, quando provocado a se manifestar em relação a aplicação da regra do prazo em dobro para as manifestações processuais em matéria penal pelos defensores públicos, ponderou acerca dos princípios da isonomia e devido processo legal, reconhecendo a inconstitucionalidade progressiva dos arts. 44, I; 89, I; e 128, I, da Lei Complementar n.º 80/94, enquanto a Defensoria ainda não estiver eficazmente organizada. Brasil, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 70.514/RS, Rel. Sydney Sanches, j. 23.03.1994. Cf. Sobre o tema, vale consultar as seguintes obras: BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7.ed. São Paulo. Saraiva, 2016. p.44; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: RT, 2000. p.260; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.202.

²³⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Brasil, 2018. p.288-289.

²³⁹ MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.20, n.96, p.279-309, 2012.

O mesmo precedente citado também fixou alguns deveres para o advogado, tais como: “a) ter lealdade na relação com o constituinte; b) não patrocinar causa em que há conflito de interesses; c) atuar com um mínimo de habilidade e conhecimento; b) consultar o constituinte sobre as decisões estratégicas importantes que tenham que ser tomadas no curso do processo criminal”.²⁴⁰

Em complemento aos precedentes citados, a BAR (órgão correspondente à Ordem dos Advogados do Brasil) estabeleceu regras de natureza deontológicas para se balizar tal trabalho defensivo e critérios para aferição de sua efetividade.²⁴¹

A partir dessa experiência norte-americana, com atenção a necessidade de efetivação dos direitos e garantias constitucionais do acusado, alguns autores defendem que a investigação defensiva constitui verdadeira obrigação ética dos advogados, constituindo verdadeiro poder-dever do defensor.²⁴²

Nesse sentido, Diogo MALAN sustenta que a investigação defensiva não constitui uma mera possibilidade ou faculdade da defesa, que pode utilizá-la ou não de modo discricionário, mas, inclusive para a superação dos graves problemas identificados no processo penal brasileiro e a necessidade de efetivação das garantias individuais, haveria um “verdadeiro poder-dever”, no qual se deve insistir, para que se crie um caldo cultural semelhante ao norte americano, no sentido de construir um dever ético de investigar a ser imposto ao defensor técnico.²⁴³

O propósito dos entendimentos dos autores supracitados é irreparável. É necessário criar uma cultura lastrada no sistema acusatório, no qual a gestão das provas está dividida entre as partes, assim como é preciso conferir efetividade à defesa, por meio da investigação defensiva, desde a fase preliminar. Assim, investigação defensiva pode ser vista como um pressuposto ao devido processo legal e à efetivação de um modelo (sistema) acusatório de processo penal.

²⁴⁰ MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.20, n.96, p.279-309, 2012.**

²⁴¹ Dentre as várias regras para se apurar a efetiva atuação do advogado vale citar a seguinte: O advogado de defesa deve conduzir uma pronta investigação das circunstâncias do caso, e explorar todas as vias que levem a fatos relevantes para o julgamento do mérito da causa e a aplicação da pena, no caso de condenação. A investigação deve incluir esforços para obter informação na posse da parte acusadora e da Polícia Judiciária. O dever de investigar existe independentemente da confissão do acusado, ou de afirmações para o advogado de defesa sobre fatos que configuram culpa, ou a afirmação de se declarar culpado.

²⁴² BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. **Boletim do IBCCrim, São Paulo, v.26, n.305, p.7-9, abr. 2018.**

²⁴³ MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.20, n.96, p.279-309, 2012**

Há, entretanto, que se manter vigilante com os problemas citados no início do presente tópico. Interpretações equivocadas podem gerar uma má compreensão quanto ao in dubio pro reo e o ônus da prova. Se a defesa deve investigar, ela deve provar os pontos controversos que ataca (elementos da denúncia)? Certamente não. O Processo Penal é regido, entre outros princípios, pelo estado de inocência, marcado pela necessidade de tratar as pessoas como inocentes. Sendo inocentes todos acusados, é do Estado a obrigação de demonstrar que suas alegações iniciais (de que houve crime) realmente ocorreram.

A compreensão do tema – investigação defensiva e ônus da prova – deve ser lida a partir da compreensão do processo como situação jurídica (GOLDSCHMIDT). O processo deve ser visto como um conjunto de atos sucessivos e, tal como a guerra, há uma disputa entre as partes que, de acordo com as respectivas movimentações (daí a dinâmica processual) determinará o desfecho do processo (entendido como um conjunto de situações jurídicas. Nas palavras do próprio autor utilizado como teórico sobre o tema em estudo:

Durante la paz lá relación de un Estado con sus territorios y súditos es estática, constituye un imperio intangible. En cuanto la guerra estalla, todo se encuentra en la punta de la espada; los derechos más intangibles se convierten en expectativas, posibilidades y cargas y todo el derecho puede aniquilarse como consecuencia de haber desaprovechado una ocasión o descuidado una carga; como al contrario, la guerra puede proporcionar al vencedor el disfrute de un derecho que no le corresponde. Todo este puede afirmarse correlativamente respecto del Derecho material de las partes y de la situación en que las mismas se encuentran con respecto a él, en cuanto se ha entablado pleito sobre el mismo.²⁴⁴

Considerando que as normas processuais penais formam um conjunto de probabilidades e expectativas²⁴⁵, que podem aumentar ou diminuir ao longo do processo, quando a defesa deixa de realizar uma investigação defensiva, ela – obviamente – perde uma chance de vencer a disputa; por outro lado, em suas atividades investigatórias, poderia encontrar um elemento que auxiliaria na construção argumentativa da tese defensiva, aumentando suas chances de vencer. Tal raciocínio vale para as duas partes do processo, que criam expectativas de acordo com suas atividades, conforme explica Pedro ARAGONESES:

²⁴⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*. v.1. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa America, 1961. p.65.

²⁴⁵ ARAGONESE, Pedro. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 3.ed. Madri: Civitas, 1981. p.37.

Por ello, GOLDSCHMIDT afirma que de la naturaleza de las normas legales como medidas para el juicio del juez (el llamado 'Derecho Justicial Material' resulta que tales normas tienen frente a los individuos el carácter de promesas o amenazas de determinada conducta del juez; en ultimo término, de que puede recaer una sentencia de un contenido determinado.²⁴⁶

Como se percebe, a questão central (não é diferente ao se aplicar à investigação defensiva) reside no campo da possibilidade (a defesa pode investigar, possui o direito de atuar), e não do ônus probatório (característica própria do processo civil, caracterizada pela obrigação de dividir as cargas probatórias²⁴⁷).

O processo como um todo deve ser visto a partir da sua dinâmica, nas palavras do próprio autor utilizado como marco teórico para o presente trabalho, não implicando em inversão do ônus da prova, podendo-se falar apenas e no máximo na perda de uma chance processual.

Portanto, sempre com atenção ao princípio do estado de inocência e das peculiares características do Processo Penal, que não admite presunções se não a de inocência, absolutamente inviável falar-se em qualquer inversão das obrigações do processo. Outro não é o entendimento de Nereu José GIACOMOLLI sobre a exegese dos princípios constitucionais citados:

Partindo-se da inocência do acusado e ao de sua culpabilidade, cabe à acusação a desconstituição do estado de inocência, ou seja, no processo penal é da acusação o encargo de provar. Com isso, também, se elimina a emissão de uma decisão com base no conhecimento privado ou extraprocessual do julgador. Não se aplica ao processo penal, em face do estado de inocência, a regra do processo civil da distribuição do ônus da prova: ao autor, os fatos constitutivos de seu direito e ao réu, os impeditivos, modificativos, extintivos do direito do autos (art. 373, I e II, do CPC). De igual modo, afasta-se qualquer convenção entre acusação e defesa acerca do ônus da prova, como ocorre em certas situações fora do processo penal.²⁴⁸

Em conclusão, a destinação de poderes às partes (gestão probatória), vista como princípio fundante do sistema acusatório, portanto, de um modelo garantista e propulsor de um modelo democrático e justo (já que aberto ao diálogo entre as partes,

²⁴⁶ ARAGONESE, Pedro. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 3.ed. Madri: Civitas, 1981. p.36.

²⁴⁷ Lembre-se que um dos méritos da teoria de Goldschmidt foi justamente propiciar que as categorias do processo civil não fossem transplantadas para o processo penal: “um dos vários méritos de GOLDSCHMIDT foi o de empreender esforços contra a transmissão mecânica das categorias do processo civil ao processo penal”. (SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p.88).

²⁴⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.122.

perante um juiz imparcial) de processo, não implica em inversão ao ônus da acusação ou no estabelecimento em provar a ocorrência de um crime em todos os seus elementos constitutivos (conduta humana, típica, antijurídica e culpável).

Trata-se de reconhecer a dinâmica do processo e reconhecer, tendo como marco teórico a teoria da “situação jurídica” de James GOLDSCHMIDT, que as chances concedidas à defesa devem ser aproveitadas e, quando não utilizadas de modo adequado, aumentarão o risco de um resultado final desfavorável.²⁴⁹ Não há, portanto, que se falar em inversão do ônus probatório ou distribuição de cargas probatórias, a investigação defensiva apenas possibilitar que as referidas chances sejam criadas, facultando-se a sua utilização ou não.

Em outras palavras, pode a defesa realizar a investigação defensiva ou não, a seu critério, por outro lado, a não realização (pelos mais diversos motivos, inclusive por estratégia) dos atos investigatórios não implica em qualquer espécie de reconhecimento de culpa, apenas se assumem riscos.

3.2 A DELAÇÃO PREMIADA E A (NECESSIDADE DE SE PENSAR A) INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

O fenômeno da ampliação dos espaços de consenso vem ganhando crescente espaço na legislação brasileira, desde a Lei n.º 9099/95 e, principalmente, após a Lei n.º 12.850/2013 (Lei das organizações criminosas), que ampliaram de modo significativo a possibilidade de negociações em matéria processual penal. Vale observar que o projeto de novo Código de Processo Penal amplia, ainda mais, o instituto (Projeto de Lei 8045/2010). No mesmo sentido caminho o denominado Projeto Anticorrupção apresentado pelo atual Ministro da Justiça do Brasil.

Contudo, antes de ser algo que pontualmente ocorre no Brasil, a mudança no processo penal vem ocorrendo em quase todos os países do mundo, inclusive naqueles de tradição processual semelhante a brasileiro – países da *civil law*.

Sobre tal fenômeno, vale destacar interessante reflexão de Rui Cunha MARTINS, no sentido de que, ao invés de se discutir se o fenômeno se dá por uma

²⁴⁹ LOPES JR., Aury; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. Breves apontamentos in memoriam a James Goldschmidt e a incompreendida concepção de processo como “situação” jurídica. In: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens Roberto Rebello (Coord.). **Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.220.

alteração/adoção ao modelo da *commun law*, seria possível interpretar-se como uma sobreposição de características.²⁵⁰ Com efeito, explica o professor português, uma das características das atuais sociedades contemporâneas é sua a complexidade e consequente coexistência de institutos. Em sociedades plurais e complexas como as atualmente vivenciadas, as características de um e outro modelo vão se incorporando mutuamente, sobrepondo-se.²⁵¹

Portanto, ao invés de se dizer que o modelo processual brasileiro está a se aproximar e se transformar em um processo semelhante ao americano, seria possível interpretar que, em realidade, ele está absorvendo algumas características daquele modelo, que passarão a conviver com as características próprias do sistema brasileiro. Não sem razão, há quem aponte que a adoção de partes do modelo norte-americano ao brasileiro, sem uma prévia reforma, a fim de compatibilizar as estruturas (passando-se, pois, a um sistema acusatório, com suas características e garantias/limites), está a criar um “supersistema inquisitório”²⁵², destruindo o pouco de garantias conquistadas a partir da promulgação da Constituição, em 1988.

O ponto de coexistência (im)possível(?) entre tais modelos, no que diz respeito à justiça negociada, efetividade e respeito às garantias fundamentais, é o desafio a se enfrentar.

Outro ponto fundamental e que não pode passar despercebido é a já destacada e correlata questão econômica. Dentro de um paradigma neoliberal, como se vive atualmente, é inviável se desprezar os efeitos econômicos do processo penal, em especial de um modelo acusatório (marcado por suas garantias).

Com efeito, é de se observar que um processo de matriz acusatório é mais custoso do que outros. Devido ao processo legal e demais garantias (cita-se, por exemplo, a oralidade e a possibilidade recursal) tornam o processo mais lento e, também, mais caro – seria possível dizer ser um dos custos da democracia. Entretanto,

²⁵⁰ MARTINS, Rui Cunha. Aula proferida em tópico especial oferecido pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC/RS. Porto Alegre, 2017.

²⁵¹ Tal constatação, por evidente, não conduz a ideia de que os choques entre os sistemas não ocorrerão. A própria busca pela confissão/delação – característica histórica dos modelos inquisitórios – será durante criticada pela doutrina especializada, pois, contrária aos postulados clássicos de um modelo democrático. Sobre a natureza inquisitória da delação premiada, ler: AMARAL, Augusto Jobim; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.128, n.25, p.65-89, 2017.

²⁵² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Delação premiada precisa de uma nova lei para evitar atuais abusos**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-15/limite-penal-delacao-premiada-lei-evitar-atuais-abusos>>. Acesso em: 02 mar. 2019.

sendo a palavra de ordem desse modelo econômico a eficiência, é natural que se a exija também do processo penal. Este deve oferecer respostas mais rápidas e menos custosas, para que possa, inclusive, se legitimar. Nesse sentido, Jorge de Figueiredo DIAS observa:

O que sucede, em meu parecer, é que este modelo tem agora, se quiser adequar-se à transformação ideológica, cultural e social dos tempos ditos pós-modernos e às exigências acrescidas de eficácia processual, de ser integrado num paradigma assaz diferente do que até há pouco presidiu a toda a concepção europeiacontinental.²⁵³

Exemplificativamente, percebe-se que os custos de um processo acusatório não passaram despercebidos pela doutrina italiana, tanto que já em 1961, ao se discutir o projeto formulado por Carnelutti, já se ponderava que alguns pontos não se poderiam alterar em razão dos custos envolvidos. Por exemplo, a criação de um órgão responsável pela acusação, destacado da magistratura.

Nesse sentido, Gaetano FOSCHINNI, no mesmo debate de ideias, pontuava que a dialética processual possa existir e se desenvolver, aponta o autor, é urgente que o ministério público seja “destacado” completamente da organização do juízo, como acontece em todos os outros países democráticos. Deve o ministério público ter funções e posições processuais separadas e bem definidas. Observe-se que essa alteração não foi efetivada na Itália até os dias atuais.²⁵⁴

Assim, parece natural que ao realizar a reforma em 1988 os legisladores italianos também tenham previsto mecanismos de abreviação do rito processual:

[...] o custo de julgamentos acusatórios é ainda maior na Itália em razão da sobrecarga processual das cortes italianas. Para que um sistema acusatório seja sustentável na Itália, nem todos os processos podem ir à julgamento ordinário, ou o sistema entraria em colapso. Os desenvolvedores do CPP de 1988 tinha noção desse risco e, para evitá-lo, criaram várias alternativas para resolver casos criminais.²⁵⁵

A interdependência entre processo e seus custos econômicos, novamente, não é local e não pode passar ao largo da análise; todos os demais modelos processuais

²⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**: o “fim” do estado de direito ou um novo “princípio”? Porto: Ordem Advogados Portugueses, 2011. p. 16.

²⁵⁴ FOSCHINI, Gaetano. In: DE LUCCA, Giuseppe. **Primi Problemi della Riforma Del Processo Penale**. Venezia: Sansone Editore, 1962. p.84.

²⁵⁵ PANZAVOLTA, Michele. *Reforms and Counter reforms in the Italian Struggle for na Accusatorial Criminal Law System*. **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**. Chapel Hill, v. 30, n. 3, p. 578-622, 2005. p. 594.

reconhecem a impossibilidade (econômica) de se levar todos os casos a julgamento, tornando-se, então, imprescindível a existência de acordos²⁵⁶ (o que, por óbvio, não o elide de críticas).

Sociedades de massa gerarão conflito em massa. Isso, aliado as expectativas criadas em torno do direito, tem-se como um movimento de difícil refreamento a alteração do processo penal brasileiro. Um dos desafios, pois, reside em estabelecer que tipos de respostas esse modelo tende a oferecer e quais os possíveis mecanismos processuais de controle. Dentre os institutos que buscam controlar o poder punitivo e conferir alguma garantia (ainda que limitada, pois a grandeza do problema apresentado pela justiça negociada é muito maior) emerge a investigação defensiva.

Em outras palavras, se a adoção de um instituto processual implicará em um indicie maior de punição, é necessário que a garantia defensiva atrelada também seja observada e implementada – pela importância, necessário deixar claro: não se tem a ingênua esperança de que a investigação defensiva vá diminuir o número de condenações impostas pela negociações em matéria penal; mas, a importação apenas deste aspecto do direito norte-americano proporcionará um índice ainda maior do que o visto naquele país.

Importante observar as peculiaridades do sistema da *common law*, principalmente no que diz respeito a fase preliminar do processo, pois, se de um lado há uma tradição relacionada ao instituto da negociação (com todas as críticas passíveis aos efeitos que tal instituto gerou²⁵⁷, por outro lado, também há peculiaridades na fase investigativa que não podem passar despercebidas.

O modelo de processo norte americano não prevê um rito pré-estabelecido, com atos previamente demarcados, o que, aliado a sua tradição de possuir um processo de partes, acabou por conferir ampla margem de atuação tanto para acusação, quanto para defesa, que possuem grande discricionariedade para escolher os meios de prova a serem obtidos nessa fase pré-processual.²⁵⁸

Assim sendo, o amadurecimento do instituto da investigação defensiva

²⁵⁶ Nesse sentido, cf. DELMAS-MARTY, Mireille. **Processos penais da Europa**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2005.

²⁵⁷ A título exemplificativo, podem ser citados os seguintes dados: número de processos resolvidos via acordo. Número de pessoas que fizeram acordo e se sentem injustiçadas, etc.

²⁵⁸ ARAUJO, Marcelo Azambuja. Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS 156/09. In: GIACOMOLLI, Nereu José; STEIN, Carolina; SAIBRO, Henrique (Org.). **Processo penal contemporâneo em debate**. v.2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.37.

naquele modelo levou a uma realidade na qual a defesa possui um “amplo leque de oportunidades à defesa após a acusação, mas, não obtida a solução do processo mediante acordo, a atuação defensiva é bastante limitada até a decisão de admissibilidade de acusação e encaminhamento da causa a julgamento pelo júri”.²⁵⁹ Ou seja, há amplo espaço para a atuação defensiva em fase anterior, sendo estreitada essa atuação durante a fase intermediária e novamente expandida quando (e se) levada a acusa a julgamento.

O processo penal italiano também tem peculiaridades a serem observadas, pois conta com uma fase intermediária, considerada como de admissibilidade a acusação, podendo, do mesmo modo, a defesa atuar ativamente a fim de evitar que o caso seja encaminhado ao julgamento.

Um dos riscos identificados, ao se importar o instituto da justiça negociada sem maiores reflexões, é exatamente ignorar o fato de que no Brasil não há fase intermediária, passando diretamente da fase de investigação ao processo em si, sendo que a primeira fase apresenta os problemas históricos já analisados no decorrer do trabalho (principalmente no que diz respeito a restrição a paridade de armas, contraditório, ampla defesa e atuação defensiva como um todo na investigação, sendo os elementos colhidos nesta fase transpostos à segunda).

Em termos objetivos, a desigualdade intrínseca ao processo penal, é acrescida por uma grande capacidade de amearhar um conjunto extremamente amplo de informações durante toda a investigação.

Com tais informações, não raras vezes com medidas coercitivas decretadas (prisões, bloqueio de bens, etc.) é que se iniciará a negociação. Se antes (no chamado modelo misto) alegava-se (falsamente, bem se sabe) que o acusado poderia defender-se durante a instrução processual, agora sequer isso pode ser alegado, pois durante as negociações o acusado abdicará de sua autodefesa; o processo servirá para apresentar as chamadas provas de corroboração da delação premiada celebrada.

Como todo jogo – e como toda negociação – há blefes²⁶⁰, excessos, pressão,

²⁵⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002. p.72.

²⁶⁰ A título exemplificativo, André Luiz Bermudez, Delegado de Polícia, ao versar sobre o tema, aduz: “Poderá, também, o Delegado utilizar-se de técnicas como o 'blefe', procurando induzir o inquirido a dizer a verdade, convencendo-o de que tudo o que se pretende saber já está esclarecido e provado e não há mais como a mentira ser sustentada, ou mesmo técnicas de indução, espontaneidade, persuasão, sensibilização, informação cruzada, contestação e contradição”. (BERMUDEZ, André Luiz. **A investigação criminal orientada pela teoria dos jogos**. Florianópolis: EMais, 2018. p.161).

timing, estratégias mais ou menos ortodoxas que podem gerar resultados melhores nas negociações e, principalmente, necessidade de se observar o *fair play* processual:

Em cada subjogo processual abrem-se possibilidades de ações de táticas diferenciadas. Algumas podem ser consideradas válidas, arriscadas ou ilícitas. O *fair play* (11.2) e o doping (11.3.), como variáveis de comportamento dos jogadores, devem ser sempre considerados. Até porque o dispositivo do jogo pode variar em face dos jogadores, monitorando-se a trapaça. O domínio de táticas e estratégias poderá auxiliar muito. Qualquer ação pode ser interpretada como uma exigência, uma ameaça, uma ação neutra, uma oferta, uma abertura à cooperação.²⁶¹

É possível afirma-se que tais efeitos são ampliados no processo penal contemporâneo, no qual o acusador (responsável pela condução da negociação) ganha um espaço de discricionariedade maior, podendo estrategicamente apresentar acusação excessiva ou pode indicar a existência de um conjunto muito mais amplos de provas do que o real, assim como pode indicar que outro acusado está a entregar material probatório semelhante. O problema exposto foi bem sintetizado por Jorge Figueiredo DIAS e Manuel da Costa ANDRADE:

Ora, à partida, é nítida a superioridade da posição do MP. O domínio efectivo do processo permite-lhe uma estratégia que pode contar com o desconhecimento, a incerteza e a insegurança da defesa em relação a aspectos decisivos, v.g., aspectos relativos à prova. Dispõe, por outro lado, da irrecusável vantagem de escolher o tipo de crime por que se propõe acusar e o tipo de reacção criminal que se propõe reclamar.²⁶²

Obviamente, todos esses cenários existem nos outros países (a crítica dos autores supracitados referia-se ao modelo norte-americano) dos quais os institutos foram importados (especialmente Estados Unidos, Inglaterra e Itália). A diferença central está em que nesses países a defesa pode atuar de maneira mais ampla na fase investigativa. A fase preliminar existente nos países citados facultará à defesa ir em busca dos elementos de convicção ou dados técnicos que lhe deem condições de negociar com um pouco mais de igualdade.

A título exemplificativo, caso a acusação apresente um excesso de acusação, a defesa poderá amealhar outros dados que demonstrem (inclusive ao próprio acusado) o exagero na acusação inicialmente desenhada e a real possibilidade de se

²⁶¹ ROSA, Alexandre Morais. **Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.386.

²⁶² DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 485.

defender. Tal informação é relevante na medida em que sabendo que há chances (probabilidade) razoáveis de sucesso, o acusado não estará tão suscetível e pressionado a celebrar um acordo de colaboração. Ao menos restará a esperança de efetiva ampla defesa.

Por outro lado, realizada a investigação defensiva e constatada a seriedade da acusação, o acusado saberá concretamente que a colaboração é o melhor caminho e poderá arrecadar informações que lhe permitam barganhar em melhores condições. É necessário que se destaque, no ponto, a relevância das informações para o jogo processual penal. Ou seja, se a defesa pode buscar informações, ela poderá estabelecer a estratégia adequada a ser seguida: “o jogo inerente à decisão pressupõe a qualidade’ e a ‘quantidade’ das informações capazes de justificar a estratégia dominante, vinculada às recompensas possíveis, em que o mercado de trocas se estabelece”.²⁶³

Para que se possa compreender a gravidade do problema posto, basta imaginar-se uma investigação preliminar que durou anos, utilizando-se amplamente de métodos ocultos de investigação²⁶⁴, tais como interceptações telefônicas, agentes infiltrados e delações premiadas. Ao final dessa investigação, ela transforma-se em uma “operação” e tem a sua fase ostensiva deflagrada, com a prisão de inúmeras pessoas.

Dentro desse quadro fático (não tão) hipotético, a defesa técnica terá direito a ter acesso aos autos (Súmula n.º 14 do STF) e, pela atual redação do Código de Processo Penal, poderá sugerir diligências. Com a natural aceleração do rito, em razão da prisão, não tardará a sobrevir denúncia. Uma vez recebida, o acusado apresentará sua Resposta à Acusação no prazo de 10 (dez dias), de acordo com o art. 396-A do CPP.

Diante desse cenário, é de se convir que haverá pouco espaço para o exercício do contraditório. O Ministério Público, nos labirintos escuros da investigação (Cordero), produziu provas suficientes para deflagrar várias “operações” e condenar muita gente em todas elas, o magistrado, que julgará as sucessivas fases, provavelmente foi o mesmo que decretou todas as medidas que necessitavam de reserva de jurisdição.

Sepultada a esperança de ser ver inocente, enfraquecida a defesa técnica, o

²⁶³ ROSA, Alexandre Morais. **Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.517-518.

²⁶⁴ Sobre o tema, imprescindível a leitura de: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v.3, n.2, p.473-482, maio/ago. 2017.

jogo processual aponta a um único caminho: declarar a guerra perdida e colaborar com a parte adversa (por isso se entender que a colaboração deve ser vista como um direito subjetivo do acusado).²⁶⁵

Surgem, então, outros pontos a serem observados. Dentro dessas condições, qualquer negociação se dará em ampla desvantagem ao acusado. Observe-se que, de um lado, uma parte tem muito a perder, de outro, nada: “quando uma das partes ganha sistematicamente e a outra precisa se esconder para, afinal, não obter nada, é difícil iludir a conclusão de que por trás da máscara da competição leal espreita a realidade sinistra das escalas invertidas da justiça”.²⁶⁶ Tal crítica se referia ao modelo americano e a ampla utilização da *plea bargaining* naquele país. Richard Vouglar, cita estudo feito nos Estados Unidos que indicam que, aproximadamente, 94 por cento dos casos são resolvidos via institutos de negociação, na Inglaterra o número é um pouco mais baixo: 92 por cento dos casos.²⁶⁷

É preocupante como tal instituto poderia ser aplicado de maneira mais ampla no Brasil, que não possui tradição com o processo negociado, no qual há uma antiga cultura inquisitória e o Ministério Público nada tem a perder (aspectos bastante diferentes do modelo norte americano), sendo, portanto, potencialmente perigoso e tendente a aumentar – ainda mais – o nível de desigualdade entre as parte e a criminalização em massa.

De se notar que, atualmente, prevalece nos Estados Unidos que o dever do advogado em conduzir uma investigação defensiva não está limitado a busca por elementos que comprovem a sua inocência ou culpa, abrangendo também todas provas ou elementos de informação que possa impactar na sua pena.

Daí é possível extrair-se que a investigação defensiva pode ser utilizada como mecanismo de busca de informações e elementos de provas que impactarão na negociação da sua pena. Considerando que o poder de barganha está diretamente relacionado a quantidade de informações que os envolvidos possuem e que a efetividade da colaboração deverá ser averiguada, ao final da instrução, pelo magistrado

²⁶⁵ O tema foi tratado em artigo específico, cf. PEREIRA, Gustavo Alberine. Colaboração premiada: entre espaços de oportunidade, juízos de conveniência e a legalidade: o direito de colaborar. In: GIACOMOLLI, Nereu José; EIBERG, Daniela Dora; ALBIQUERQUE, Laura Gigante (Org.). **Processo penal contemporâneo**. Florianópolis: Tirant Brasil, 2018. v.3. p.87-97.

²⁶⁶ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p.485.

²⁶⁷ VLOGLER, Richard. Justiça consensual e processo penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coord.). **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicampo, 2002. p.283.

(conforme art. 4.º, § 11, da Lei n.º 12.850 de 2013), não restam dúvidas de que o trabalho defensivo poderá impactar sobremodo na quantidade de pena a ser aplicada a partir da negociação.

Aqui deve-se notar que, apesar de todo cenário desfavorável à defesa no âmbito do processo penal, o acusado possui um panorama geral dos fatos efetivamente ocorridos, ou seja enquanto os responsáveis pela persecução penal terão a (difícil) tarefa de (re)montar o crime (deve-se levar em conta que, especialmente nos crimes econômicos, há elevada complexidade), o investigado, por tê-lo vivenciado, sabe como tudo se deu: “muitas vezes são, assim, aquelas entidades quem verdadeiramente investiga 'as escuras', tentando interligar as peças de um puzzle, ao passo que o arguido pode, no caso concreto e desde o início, ter acesso a *the full picture*”.²⁶⁸

Tendo tais conhecimentos sobre os fatos e podendo conduzir uma investigação defensiva que lhe permita obter tais elementos de informação, o acusado avaliará em qual momento será oportuno apresentar às autoridades as provas que possui e mesmo se terá condições práticas de incluir determinada informação em seu termos de colaboração (evitando-se citações de pessoas sobre as quais futuramente não se logrará promover uma responsabilização penal), assim, iniciando-se uma negociação (um pouco mais) justa.

3.3 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA EM FAVOR DA VÍTIMA

Deve ser analisada a possibilidade de desenvolvimento da investigação defensiva em prol da vítima. Inicialmente, imperioso identificar o problema central quanto ao tema, relacionado a legitimidade da defesa para atuar (investigando) em prol da vítima, isto porque, em regra, uma vez cometido o crime, a responsabilidade pela investigação recai sobre o Estado, sendo este o (principal) responsável por apurar responsabilidades. Basilar e característico da própria ideia de processo penal: ao Estado cabe apurar e, se for o caso (seguindo o devido processo legal e seus consectários lógicos), punir.

Nas palavras de Aline Pedra JORGE-BIROL:

Originariamente, a justiça criminal foi estabelecida no intuito de manter a

²⁶⁸ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Defesa criminal activa**: guia de sua prática forense. Lisboa: Almedina, 2006. p.100.

ordem social e controlar o crime, punindo aqueles que violassem as leis do estado e, assim, restabelecendo a ordem. O crime então é uma ofensa à ordem pública e ao sistema legal e, apesar de conflito interpessoal, perde esta sua característica com a notícia crime. É assim também que a vítima perde o controle e a propriedade sobre aquilo que inicialmente lhe pertencia, o conflito criminal (Christie, 1997; Hulsman e Celis, 1997). E o conflito transformar-se em numa batalha simbólica e bilateral entre o Estado e o ofensor.²⁶⁹

Ademais, a atribuição de responsabilidades, deveres e poderes ao Estado deu-se exatamente para impossibilitar a execução de vinganças particulares. Por outro lado, não é recente o pleito pela necessidade de necessário voltar a conferir protagonista a esse relevante sujeito processual, que ainda ocupa lugar esquecido e incerto no processo penal.

A partir dessas considerações, importa ressaltar que não se está a falar em ampliar o âmbito de incidência do direito penal, aumentando as penas ou diminuindo garantias processuais dos acusados.²⁷⁰ Ao revés, tão somente, garantir relevo a posição da vítima nas investigações e no processo como um todo, possibilitando-se, inclusive, que produza elementos de prova ou de informação.

Não tardará a alegar-se que a possibilidade de a própria vítima investigar os fatos esvaziariam a própria autoridade competente para investigar (o Estado) abrindo caminho para o retorno da vingança, na medida em que um particular (vítima) passaria a investigar outro particular (investigado) que suspeita ter sido o autor do suposto crime ou mesmo de incompetência da defesa para exercer atividade exclusiva do Estado.²⁷¹

Deve-se ponderar, por outro lado, que a inércia das autoridades em cumprir

²⁶⁹ JORGE-BIROL, Alline Pedra. Justiça criminal versus restaurativa: com a palavra a vítima. In: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens Roberto Rebello (Coord.). **Temas para uma perspectiva crítica do direito**: homenagem ao professor Geraldo Prado. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.85.

²⁷⁰ Nas palavras de Elmir DUCLERC: “Reconhecer o direito da vítima a uma vingança, portanto, não significa, abrir espaço para uma concepção de direito penal máximo. Pelo contrário, a reabilitação do seu direito à vingança deve ser entendida como um fator adicional de limitação do poder punitivo e da sua irracionalidade. Em última análise, o que se propõe é uma espécie de radicalização do modelo de justiça restaurativa”. (DUCLERC, Elmir. *Nulla vindicta sine poena*: o papel da vítima num processo penal agnóstico. In: PRADO, Geraldo et al. (Org.). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.240).

²⁷¹ A título exemplificativo, Henrique HOFFMANN e Eduardo FONTES em artigo publicado em site comercial (e não em revista científica), intitulado “Advogado não pode fazer investigação criminal defensiva”, aduzem: “Quanto ao particular, seja vítima, suspeito, detetive profissional ou mesmo o advogado, não pode realizar a chamada investigação criminal defensiva. Se localizar fontes de prova, deve informar à polícia judiciária, para que tais elementos sejam colhidos mediante chancela oficial. Isto é, para ter idoneidade, a informação deve ser submetida à supervisão estatal” (HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. **Advogado não pode fazer investigação criminal defensiva**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/academia-policia-advogado-nao-realizar-investigacao-criminal>>. Acesso em: 02 mar. 2019.).

com suas funções adequadamente e de modo competente pode levar a vítima a empreender esforços diretos para esclarecer os fatos ou ao menos, em momento posterior entregar às autoridades responsáveis. Tal possibilidade de atuação poderia conferir maior protagonismo à vítima no processo penal, o que tem sido clamado, desde algum tempo, pela doutrina e pelos interessados em ver determinados crimes elucidados. Nesse sentido, necessário recordar-se – sempre – das geniais lições de Eugenio Raul Zaffaroni, sobre as vítimas e a necessidade de se lhes ouvir com mais atenção, afinal:

Quando olhamos o crime a partir da perspectiva das vítimas da violência mais grave e escutamos a palavra dos mortos, vemos que é inquestionável que se trata de uma realidade e que a partir dessa realidade os cadáveres nos dizem algo, falam-nos a partir do seu mutismo e às vezes são demasiadamente eloquentes.²⁷²

A resta a inquietante pergunta (precisamos ouvir as vítimas, mas o que elas nos dizem?) é respondida pelo próprio autor: “Que nos dizem os mortos? Em primeiro lugar, eles nos dizem que estão mortos, o que parece uma obviedade, mas não é porque as criminologias acadêmicas e midiáticas costumam ignorá-los ou, ao menos, não levar em conta a imensa maioria deles”.²⁷³

Ademais, é fenômeno contemporâneo a delegação de responsabilidades investigativas aos particulares (o que não deixa de significar um risco) – ponto que seria passível de maiores reflexões (que transbordariam os limites do presente trabalho) – a respeito da “privatização” do processo penal. Exemplificativamente, no Brasil a Lei n.º 12.846/2013 instituiu os deveres de *compliance* e a Lei n.º 9.613/98 (Lei de lavagem de dinheiro e capitais) estabeleceu amplo rol de pessoas e entidades responsáveis por reportar atividades consideradas suspeitas, estabelecendo, em ambos os casos, o dever do particular em colaborar com o Estado. No mesmo sentido e com ainda maior proximidade com o objeto do presente trabalho, deve ser observada a Lei n.º 12.846/2013, em seu art. 7.º, VIII, que prevê a chamada “investigação interna”.

Sabendo de sua capacidade de investigar adequadamente, o Estado passou a transferir tal ônus aos particulares. Nos termos da lei supracitada, uma pessoa jurídica envolvida em ilícitos penais, terá sua pena diminuída se tiver colaborado com

²⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p.28.

²⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p.28.

as investigações, inclusive com procedimentos internos de apuração.

Veja-se, então, que na seara empresarial as empresas de um modo geral passaram a ser responsável por colher elementos mínimos de provas, a fim de subsidiar as chamadas “investigações internas”. Tais investigações constituem espécie de investigações defensivas a serem futuramente reportadas às autoridades (idealmente, a informação deveria ser entregue diretamente ao órgão com poderes jurisdicionais). A fim de evitar abusos, seria louvável que a atividade fosse regulamentada, assegurando os direitos fundamentais dos indivíduos investigados pela empresa.

Nesse sentido, a experiência italiana novamente tem a acrescentar, ao prever expressamente a possibilidade de investigação por parte da vítima, introduzida pela Lei n.º 397/2000 (art. 391-bis)²⁷⁴ e os cuidados que se deve ter, por exemplo, em reação a interrogatórios (que devem ser espontâneos, advertindo a pessoa ouvida sobre o objeto da investigação, a não obrigação de depor, dentre outros). A Resolução n.º 188 da OAB também prevê a investigação defensiva em prol da vítima, podendo a defesa realizar os mesmos atos (inquirir pessoas e demais poderes), não obstante careça de regulamentação específica a respeito (como devem ser os interrogatórios, quem pode ser ouvido, a quem deve ser prestadas as informações colhidas, etc.).

Portanto, a par de outras questões envolvidas na investigação defensiva em prol da vítima, o ponto central – novamente – está sem se pensar não apenas a sua possibilidade (já consagrada em outros países e forte tendência no Brasil, com a qual se concorda), mas, principalmente, nos seus limites, ou seja, em como garantir os direitos individuais dos envolvidos.

Observe-se que se trata, nessa situação, de particulares investigando

²⁷⁴ Segundo RANDAZZO “*In assenza di controindicazioni – e anzi in presenza di inequivoche indicazioni normative –, può dirsi che il difensore cui si riferisce la norma non è solamente quello dell'imputato o dell'indagato: ii legali dela persona offesa, dela parte civile, del responsabile civile e dela persona civilmente obbligata per la pena pecuniária godono naturalmente dello stesso diritto*”. Ainda, ressaltando que “*Si noti che si parla di assistito, termine generale e comprensivo dele parti private diverse dall'imputato. Inoltre, e risolutivamente, l'art. 512 novellato fa chiaro riferimento ai difensori dele parti private*”. Em livre tradução “Na ausência de contra-indicações – e na verdade na presença de indicações normativas inequívocas – pode-se dizer que o defensor referido não é apenas o réu ou o suspeito: os advogados da pessoa lesada, da parte civil, do responsável civil e da pessoa civilmente obrigada pela pena pecuniária goza naturalmente do mesmo direito”. Ainda, ressaltando que “Deve-se notar que estamos falando de assistência, um termo geral e secreto de partes privadas que não o acusado. Além disso, e resolutamente, o art. 512 novellato faz referência clara aos defensores das partes privadas”. (BRICCHETTI, Renato; RANDAZZO, Ettore. **Le Indagini Dela Difesa: dopo la legge 6 dicembre 2000 n. 397**. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p.56. Ainda acerca do tema: VENTURA, Pasquale. **Le indagini difensive**. Milano: Giuffrè, 2005; TRIGGIANI, Nicola. **Le investigazioni difensive**. Milano: Giuffrè, 2002).

particulares; uma empresa investigando seus funcionários, hipótese em que possivelmente as testemunhas serão os próprios funcionários. Há que se ter cuidado quanto ao ponto, pois existe a tendência de abusos e desrespeito aos direitos da pessoa investigada pelo seu empregador ou por outro particular (ambas vítimas).

Enquanto não houver lei prevendo de maneira clara como deve-se proceder a investigação defensiva em favor da vítima, balizando a atuação do particular, seus limites, o modo como os investigados terão seus direitos respeitados, não haverá segurança jurídica para todos envolvidos (destaque-se que este problema é mais sensível quando se está a falar dessa modalidade de investigação defensiva).

3.4 CONSIDERAÇÕES (CRÍTICAS) SOBRE A RESOLUÇÃO N.º 188/2018 DO CONSELHO FEDERAL DA OAB

Conforme já exposto, o Brasil não possuía qualquer legislação específica sobre a investigação defensiva, gerando dificuldade de (má)compreensão sobre o papel defensivo e desentendimentos quanto ao tema.

Em tempos de clara tentativa de criminalização da advocacia²⁷⁵, especialmente a criminal, aliado a crescente utilização de prisões fundamentadas na tentativa de atrapalhar as investigações (com a qual o trabalho defensivo, por ignorância, desconhecimento ou má-fé, pode facilmente ser confundido) a Resolução editada pela OAB era mais do que necessária: urgente.

Portanto, além do signo do ineditismo, a Resolução carrega consigo grande importância à advocacia criminal brasileira atual, garantido (alguma) segurança para o profissional exercer a sua função de modo amplo, investigando, ouvindo possíveis testemunhas, enfim, colhendo elementos de informação que podem interessar à defesa e, desse modo, garantindo atenção ao princípio da paridade de armas. Sobre a necessidade de uma regulamentação específica, Gustavo BADARÓ, já advertia:

A despeito disso, o CPP não disciplina a atividade de investigação defensiva, embora também não a proíba. Aliás, não se pode esquecer que o art. 8.2, c, da CADH assegura a “concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para preparação de sua defesa”, o que inclui, sem dúvida, o direito de investigar fontes de prova. A mera previsão do art. 14 do CPP, de que o indiciado pode

²⁷⁵ A título de exemplo, pode-se citar o Projeto de lei, apresentado em 2019, pelo Deputado Rubens Bueno (ainda sem número), no qual se prevê que o recebimento de valores, a título de honorários advocatícios, provenientes de origem duvidosas podem responsabilizar o advogado pelo crime de lavagem de dinheiro.

“requerer diligências, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade” é claramente insuficiente.

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. Por exemplo, diante na notícia de uma eventual fonte de prova, a autoridade policial intima a testemunha para depor no inquérito.²⁷⁶

Ainda que novas prerrogativas à atuação do defensor não sejam diretamente estabelecidas, ao abordar o tema da investigação defensiva, a Resolução possibilita o desenvolvimento do assunto (tornando-o mais conhecido, fomentando o debate sobre o tema, ainda incipiente no Brasil) e assegura que outras prerrogativas, já positivadas, sejam respeitadas, como o acesso a documentos, o direito do advogado acompanhar atos de investigação ou mesmo diretamente praticá-los (como a oitiva de possíveis testemunhas), dentre outros.

Importa notar que a Ordem dos Advogados do Brasil não possui competência para legislar, razão pela qual, as suas Resoluções tem a função de regulamentar condutas dos advogados(as), dentro dos limites da legislação e sem inová-la. Assim e tendo base constitucional que a fundamente, a Resolução não possui qualquer vício formal.

Justamente por essas razões – e porque respeitou estritamente os limites de competência legislativa – a Resolução não inovou em nada no ordenamento jurídico, apenas buscou regulamentar atividade que já pode(ria) ser desenvolvida pelos defensores com base nos princípios já vistos. Nesse sentido, válida a lição de André Boiani e AZEVEDO e Edson Luiz BALDAN:

Argumentar-se-ia, com razão, a ausência de previsão legal expressa para a implantação imediata do inquérito defensiva que, destarte, seria poco menos que utopia. Ademais, há de socorrer ao defensor o dogma sagrado constitucional da isonomia: os mesmos juízes complacentes com a investigação extralegal do Ministério Público na proteção da “sociedade”, não poderiam, pena de ofensa à uguaglianza dele armi, obstar a ação simétrica do advogado criminalista na defesa, não menos nobre, daquele que, constitucionalmente, é presumido não-culpado. Auguramos, outrossim, que seja ouvido Montesquieu, para quem uma coisa não é justa somente pelo fato de não ser lei, mas deve ser lei porque justa.²⁷⁷

²⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3.ed. São Paulo: RT, 2015. p.147.

²⁷⁷ BALDAN, Edson Luís; AZEVEDO, André Boiani e. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, v.11, n.137, p.6-8, abr. 2004.

Tais considerações conduzem a um relevante ponto a ser pensado, pois, uma vez que a iniciativa foi do próprio órgão de classe, a investigação poderia ser tratada como dever ético do advogado, sendo passível de regulamentação específica e contendo diretrizes de atuação. Indo um pouco além e sem contrariar qualquer legislação processual, a OAB poderia deixar claro quais condutas seriam excessivas e quais as balizas de atuação seriam esperadas do advogado para que se considerasse a defesa efetiva (colaborando inclusive com a ultrapassada Súmula n.º 523, do STF).²⁷⁸ Observe-se que não se está a falar em obrigação processual do advogado investigar, o que, no Brasil, seria atentatório ao princípio do estado de inocência (quem possui a obrigação de investigar e comprovar o cometimento do crime é o Estado; o acusado tem o dever de ser tratado como inocente e, a partir dessa perspectiva, nada precisa provar) e distante da própria realidade social dos acusados em geral, que, via de regra, não possuem condições de arcar com custos adicionais para a promoção de sua defesa.

Decorre, então, que a matéria continua a carecer de lei específica que possa prever um procedimento e, enfim, estruturar toda a investigação defensiva. Com acerto, Gamil Foppel EL HIRECHE, ao comentar a edição da Resolução, concluiu:

Também por consistir em simples resolução, não se estabelece efetivos poderes de investigação ao advogado. A luta pela paridade de armas deve necessariamente avançar para alterações legislativas consistentes (inclusive, com discussão já iniciada no projeto de reforma do Código de Processo Penal), abarcando, por exemplo, determinados poderes requisitórios do advogado, tanto no procedimento de investigação preliminar, quanto na instrução em juízo.²⁷⁹

É de se ver também que nos países tidos como referência na matéria estudada, Itália e Estados Unidos, o tema foi ganhando normatividade e importância aos poucos, enfrentando resistências de mentalidades ainda arraigadas ao sistema inquisitório e pouco habituadas a ver a gestão das provas distribuídas entre as partes.

Não por outra razão, ao se analisar o desenvolvimento do tema na Itália, Geraldo PRADO esclarece que o tema foi gradativamente sendo aperfeiçoado, em sucessivas normas que trataram do tema. Destaca o autor que “a exigência de

²⁷⁸ Diz a referida Súmula: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

²⁷⁹ EL HIRECHE, Gamil Foppel. **Regulamentação da investigação defensiva: nem tudo que reluz é ouro.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-16/gamil-foppel-regulamentacao-investigacao-defensiva>>. Acesso em: 02 mar. 2019.

conformação constitucional da investigação criminal ao modelo acusatório, não obstante as resistências, ultrapassou as desconfianças e se impôs como essencial à estrutura do processo penal acusatório italiano”.²⁸⁰

Novamente se recorre aos ensinamentos de André Boiani e AZEVEDO e Edson Luiz BALDAN, ao esclarecem:

[...] após a superação do modelo inquisitivo e a implantação d sistema acusatório no estatuto Rocco, assistiu o processo italiano à introdução da expressão 'investigação do defensor', pela primeira vez, com a alcunhada 'Lei Carotti' (Lei n.º 479, de 16.12.1999, em vigor desde 03.01.2000), a qual, embora como mérito de conferir dignidade codificada à investigação defensiva, apresentou deficiente disciplina para o plena exercício dessa faculdade.²⁸¹

As sucessivas alterações legislativas italianas foram, aos poucos e, conforme já relatado, amadurecendo a matéria e disciplinando-a de maneira mais consistente.

Igualmente, nos EUA, diversos casos foram sedimentando a importância do tema até que se tenha conseguido estabelecer critérios práticos de efetividade da investigação defensiva. A experiência norte americana traz um primeiro dado relevante: aos poucos, em sucessivos julgados, desenvolveu-se a ideia de que constituiria verdadeiro dever ético do advogado levar a cabo uma investigação defensiva adequada, buscando, por iniciativa própria e independente, todos os elementos de informação indicados pelo acusado e por eventuais testemunhas, assim como o dever de explorar todas as teses juridicamente viáveis.²⁸²

A previsão, em norma própria dos advogados, foi realizada em outras países que gradualmente foram amadurecendo a compreensão sobre a importância do tema, inclusive para salvaguardar a tutela dos direitos dos acusados em geral. Por exemplo, a leitura da norma deontológica que informa as atividades dos advogados norte-americanos, pode ser esclarecedora, assim prevê o art. 4-4.1:

O advogado de defesa deve conduzir uma pronta investigação das circunstâncias do caso, e explorar todas as vias que levem a fatos relevantes para o julgamento do mérito da causa e a aplicação da pena, no caso de condenação. A investigação deve incluir esforços para obter informação na posse da parte acusadora e da Polícia Judiciária. O dever de investigar existe independentemente da confissão do acusado, ou de afirmações para o

²⁸⁰ PRADO, Gerado. **Estudos jurídicos**. São Paulo: Contracorrente, 2018. p.188.

²⁸¹ BALDAN, Edson Luís; AZEVEDO, André Boiani e. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, v.11, n.137, p.6-8, abr. 2004.

²⁸² MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.20, n.96, p.279-309, 2012.

advogado de defesa sobre fatos que configuram culpa, ou a afirmação de se declarar culpado.

Em conclusão, a Resolução pode indicar um primeiro passo para o desenvolvimento do tema no Brasil, não obstante se faz necessário que o tema seja tratado por meio de legislação própria,²⁸³ garantindo maior segurança aos envolvidos e podendo implementar alterações mais significativas sobre a estrutura do procedimento relacionado a investigação defensiva, dando aplicabilidade concreta aos mandamentos convencionais e constitucionais que norteiam a matéria.

A partir de tudo quanto visto, uma lei específica poderia estabelecer um procedimento próprio, regras claras, limites ao trabalho defensivo, bem como garantias aos investigados, sanções ao descumprimento das regras próprios, prazos à conclusão da investigação defensiva, a quem ela deve ser direcionada, dentre outros aspectos já analisados no decorrer do trabalho.

Nesse sentido, Aury LOPES JR., Alexandre Moraes da ROSA e Gabriel BULHÕES, bem notam que, ainda que a norma editada tenha importância embrionária sobre o tema, possibilitando o seu desenvolvimento no Brasil, ela teve o claro cuidado de não inovar ou alterar legislações em vigor, assim como não criou expressamente novas prerrogativas, tratou a Resolução apenas de estabelecer conceitos e traçar possibilidades de atuação ao defensor.²⁸⁴

Pode-se dizer, o cuidado extremo com a inovação legislativa acabou por gerar regra tímida, vaga, em excesso; se não disciplina as obrigações do advogado, se não estabelece um rol de condutas permitidas e esperadas dos advogados para o desenvolvimento da atividade, a sua importância acaba restringindo-se ao seu simbolismo (o que não é pouco, mas poderia ser mais). Repete-se que o tema ainda precisa amadurecer e clama por lei específica.

²⁸³ Importante lembrar que a redação original do PL 156/2009 (Projeto de Reforma do Código de Processo Penal) continha previsão expressa sobre a investigação defensiva, sendo que posteriores alterações em sua redação foram retirando trechos, sendo, atualmente, difícil compreender-se como a matéria seria aprovada. Eis importante discussão, da qual toda a sociedade civil deve tomar parte (incluindo, por óbvio, a OAB), para a real e efetiva inauguração da investigação defensiva no Brasil.

²⁸⁴ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes; BULHÕES, Gabriel. **Investigação defensiva**: poder dever da advocacia e direito de cidadania. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

CONCLUSÕES

A Partir do estudo realizado, algumas conclusões (logicamente que não definitivas) podem ser lançadas.

A primeira delas refere-se aos sistemas processuais. É preciso se compreender a inexistência de um modelo misto e as razões históricas que levaram a construção do processo penal em duas fases (a primeira inquisitória e a segunda acusatória). Desse modo, para a construção de um sistema acusatório, necessários se faz repensar principalmente a primeira fase (pré-processual), democratizando-a e afastando o juiz dela, para que não forme pré-concepções. Um dos caminhos para tal objetivo é a distribuição da gestão da prova, concedendo poderes às partes, evitando que magistrado atue de ofício ou que determine a possibilidade ou não na produção de determinadas provas.

Na sequência foram vistas algumas características da investigação preliminar, como o seu objeto, sua natureza jurídica e sua finalidade. Abandonando a ideia de que a investigação possuía a única finalidade de instruir futuro caso penal, viu-se que há também a necessidade de pensá-la como um filtro de limitação ao exercício do poder, evitando acusações infundadas. Tal aspecto voltou a ser tratado, quando se discutiu a respeito da investigação defensiva.

Interessantes questões foram estudadas quanto aos limites cognitivos da investigação preliminar. Chamou-se atenção para a necessidade de serem respeitados determinados limites, sob pena de desobediência a própria finalidade do processo. Ao se produzir todo o necessário para a condenação, já nessa fase, se está burlando o processo. Produzidos todos os elementos já na fase investigativas, ou seja, sem contraditório e ampla defesa, pouco restará à fase seguinte, desvirtuando e acabando com qualquer chance de um processo justo.

Necessário também se faz repensar os efeitos ao descumprimento das regras durante a investigação. Necessário superar o mantra de que não nulidades durante a investigação. Com efeito, todo descumprimento da norma, deve gerar algum efeito concreto. Caso contrário, há espaço amplo ao cometimento de abusos e excessos.

Quanto a investigação defensiva, inicialmente definiu-se o seu fundamento principiológico, consagrando-se a ideia de ampliação do contraditório e ampla defesa já desde o início das investigações, mas, sobretudo baseando-se no princípio da paridade de armas.

Buscando superar alguns equívocos, a partir dos marcos teóricos definidos, o trabalho buscou definir do que exatamente se está a falar, fixando um conceito de investigação defensiva nos seguintes termos: a investigação defensiva tem como pressuposto de existência o sistema acusatório (no qual a gestão das provas deve ficar a cargo das partes e não ao juiz, que tem a função de controlar a legalidade dos atos e estimular o contraditório), como fundamento principiológico a ideia de paridade de armas, de modo que estrutura-se como um método a conferir poderes para que, desde a investigação preliminar, a defesa tenha meios de produzir, autonomamente e com independência, todos os elementos de informação e de fonte de prova que entenda que possam ser úteis. Trata-se de garantia do acusado de que a defesa não se resumirá a um papel passivo ou que busque meramente desconstruir a versão acusatória, mas, que a sua defesa pode diretamente colher os elementos que auxiliarão na defesa, arrecadando informações desde o início da fase de investigação.

A seguir foi definido o objeto e a finalidade da investigação defensiva. No ponto, os mesmos problemas enfrentados na investigação preliminar conduzida pelo Estado não devem se repetir na investigação defensiva, motivo pelo qual se deve ter precisão em conceituá-los. A investigação defensiva também requer, desde seu início, a delimitação do objeto e da finalidade do que se está a apurar. Os efeitos da amplitude desses pontos podem ser ainda mais gravosos do que na investigação tradicional, é que aqui a investigação será regida por outro particular. Portanto, ter-se-ia um particular investigando toda a vida de outro particular, o que é inadmissível e requer regras para delimitar o ponto, prevendo limites a tais poderes.

Sobre os poderes da investigação defensiva, foi visto, com base na ideia de igualdade processual e do direito estrangeiro, o que seria permitido à defesa realizar, quais os poderes para investigar. Nesse sentido, a análise dos poderes conferidos ao Ministério Público pode ser relevante. O trabalho analisou individualmente quais desses poderes do Ministério Público seriam aplicáveis à defesa.

Finalmente, viu-se que a teoria das nulidades gerais não se aplica a investigação defensiva, tendo em vista suas particularidades. Necessário, portanto, o desenvolvimento de regras próprias e uma nova teoria das nulidades, específicas sobre o tema. Essas limitações tendem a deixar claro o que se pode ou não realizar durante a investigação, prevendo sanção ao descumprimento das regras e, principalmente, garantido os direitos daqueles que podem ser testemunhas e eventualmente também serão investigados.

Passando ao último capítulo, foram analisados alguns outros pontos polêmicos sobre a matéria. Iniciando-se pela eventual inversão do ônus da prova. A partir dos marcos teóricos utilizados, concluiu-se pela absoluta impossibilidade de qualquer inversão, sob pena de violação ao estado natural de inocência dos acusados. O que pretende a investigação defensiva é apenas conferir à defesa os mesmos poderes do órgão acusatório/investigador. Ao proporcionar tal direito a defesa, concede-se uma chance, que pode ou não ser utilizada.

Ademais, com a ampliação dos mecanismos relacionados a denominada Justiça Negocial, em especial a delação premiada, forçoso aumentar a possibilidade de produção de informações desde o início. Para que se possa ter um jogo, minimamente igualitário e justo (em termos ideais), as partes devem ter as mesmas chances de colher informações. Considerando-se que, via de regra, a delação é realizada no início da fase processual (embora a lei possibilite a sua realização em qualquer fase, é nesse momento em que as informações do investigado possuem maior valor), importante que se abra espaço para a atuação defensiva. Inclusive para saber se há chances de se defender, para produzir elementos de informação ou para optar pela colaboração.

Na sequência, verificou-se que a legislação tem, progressivamente, repassado ao particular, inclusive a vítima, a determinação de investigar, o que pode representar perigos de ataques a direitos fundamentais dos investigados. Ainda que possível, a investigação defensiva em prol da vítima resta limitada, em razão da ausência de regulamento próprio.

Enfim, foi analisada a Resolução n.º 188 de 2018, da OAB, a qual estabeleceu algumas regras sobre o tema. Ainda que relevante, dado seu ineditismo, ela não inova em nada na legislação processual, que continua a clamar por lei específica.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y Derecho Procesual: introduccion**. 2.ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997.

AMARAL, Augusto Jobim. Polícia e Democracia: o tempo que resta das jornadas de junho de 2013. Sistema Penal e Violência. **Revista Eletrônica da Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS**, Porto Alegre, v.6, n.2, p.178, jul./dez. 2014.

AMODIO, Ennio. **Proceso penale diritto europeo e common law**: dal rito inquisitório ao giusto processo. Milano: Giuffrè, 2003.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em matéria penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ARAGONESES, Pedro. **Instituciones de Derecho Procesal Penal**. 3.ed. Madri: Civitas, 1981.

ARAUJO, Marcelo Azambuja. Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS 156/09. In: GIACOMOLLI, Nereu José; STEIN, Carolina; SAIBRO, Henrique (Org.). **Proceso penal contemporâneo em debate**. v.2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ÁVILA, Gustavo Noronha; GUILHERME, Vera M. Encontrando Bakunin ou garantindo o ilegalismo estatal. In: SOUZA, David Tarciso Queiroz; GUSSO, Rodrigo Bueno (Org.). **Estudos sobre o papel da polícia civil em um estado democrático de direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Proceso penal**. 3.ed. São Paulo: RT, 2015.

BALDAN, Edson Luís; AZEVEDO, André Boiani e. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). **Boletim do IBCrim**, São Paulo, v.11, n.137, p.6-8, abr. 2004.

BERMUDEZ, André Luiz. **A investigação criminal orientada pela teoria dos jogos**. Florianópolis: EMais, 2018.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações provadas**. Salvador: JusPodivm, 2008.

BRICCHETTI, Renato; RANDAZZO, Ettore. **Le Indagini Della Difesa: dopo la legge 6 dicembre 2000 n. 397**. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p.56.

BINDER, Alberto M. **Iniciación al Proceso Penal Acusatório: para auxiliares de la justicia**. Lima: Editorial Alternativas, 2002.

_____. **Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 898.264/SP. Relator: Min. Jorge Mussi. Julgamento: 07/06/2018. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJe 15/06/2018

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 593727 - MINAS GERAIS. Relator: Min. CEZAR PELUSO, 14 maio 2015, Tribunal Pleno. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 08 set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

BRICCHETTI, Renato; RANDAZZO, Ettore. **Le Indagini Della Difesa: Dopo la legge 6 dicembre 2000 n. 397**. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, v.26, n.305, p.7-9, abr. 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O papel do inquérito policial no sistema acusatório: o modelo brasileiro. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito penal e processo penal: processo penal I**. v.6. São Paulo: RT, 2015.

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. **O princípio da paridade de armas no processo penal**: a igualdade de partes em face da investigação criminal pelo Ministério Público e pela Defesa. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **Principi del Processo Penale**. Nápoles: Morano Editore, 1961.

CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro**. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: RT, 1995.

_____. A reforma global do Código de Processo Penal: uma refundação garantista? **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, v.34, p.21-34, 2017.

_____. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan; BACILA, Carlos Roberto. Polícia e estado de direito na América Latina: Relatório Brasileiro. In: COLOMER, Juan-Luis Gómez; AMBOS, Kai; VOGLER, Richard. **La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos: un proyecto internacional de investigación**. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

COLOMER, Juan-Luis Gómez. Investigação criminal: problemas atuais e perspectivas de unificação internacional. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coord.). **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002

_____. **Temas dogmáticos y probatórios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI**. Santa-Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010.

CORDERO, Franco. **Guida ala procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Delação premiada precisa de uma nova lei para evitar atuais abusos**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-15/limite-penal-delacao-premiada-lei-evitar-atuais-abusos>>. Acesso em: 02 mar. 2019.

_____. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. v.1. Organizadores: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes; DE PAULA, Leonardo Costa. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

DE POLI, Camilin Marcie. **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974.

_____. **Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do estado de direito ou um novo “princípio”?**. Porto: Ordem Advogados Portugueses, 2011.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delincente e a sociedade criminógena**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1997

DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

_____. **Nulla vindicta sine poena: o papel da vítima num processo penal agnóstico**. In: PRADO, Geraldo et al. (Org.). **Processo penal e garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

EL HIRECHE, Gamil Foppel. **Regulamentação da investigação defensiva: nem tudo que reluz é ouro**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-16/gamil-foppel-regulamentacao-investigacao-defensiva>>. Acesso em: 02 mar. 2019.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação policial e ação penal**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002

_____. **Processo penal constitucional**. 3.ed. São Paulo: RT, 2002.

FISCHER, Douglas; CALABRICH, Bruno. Resolução nº. 181 do CNMP – artigo 7.º. In: FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca (Coord.). **Investigação criminal pelo Ministério Público**: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FOSCHINI, Gaetano. In: DE LUCCA, Giuseppe. **Primi Problemi Della Riforma Del Processo Penale**. Firenze: Sansoni Editore, 1962.

FRANÇA, Rafael Francisco. **Participação privada na investigação criminal no Brasil**: possibilidades e limites. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**. crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2001.

_____. Estratégia e sorte no processo penal. In: GIACOMOLLI, Nereu José; AZAMBUJA, Mariana (Org.). **Processo penal contemporâneo em perspectiva**. Curitiba: IEA, 2015.

_____. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Sumarização da investigação preliminar brasileira: notas sobre a disfuncionalidade do Inquérito policial à luz do direito fundamental a um juiz imparcial. In: GOSTINKI, Aline; QUEIROZ, David (Org.). **Investigação preliminar e processo penal**: novos desafios e perspectivas. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

_____. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Brasil, 2018.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**. v.1. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa America, 1961.

GRAU, Joan Verger. **La defensa del imputado y el principio acusatorio**. Barcelona: JM Bosch, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. **Advogado não pode fazer investigação criminal defensiva**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/academia-policia-advogado-nao-realizar-investigacao-criminal>>. Acesso em: 02 mar. 2019.

JORGE-BIROL, Aline Pedra. Justiça criminal versus restaurativa: com a palavra a vítima. In: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens Roberto Rebello (Coord.). **Temas para uma perspectiva crítica do direito**: homenagem ao professor Geraldo Prado.

2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

KHALED JR., Salah. Cientificidade, positivismo e busca da verdade no processo penal. In: GOSTINKI, Aline; QUEIROZ, David (Org.). **Investigação preliminar e processo penal**: novos desafios e perspectivas. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Direito processual penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes; BULHÕES, Gabriel. **Investigação defensiva**: poder dever da advocacia e direito de cidadania. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

LOPES JR., Aury; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. Breves apontamentos in memoriam a James Goldschidt e a incompreendida concepção de processo como “situação” jurídica. In: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens Roberto Rebello (Coord.). **Temas para uma perspectiva crítica do direito**: homenagem ao professor Geraldo Prado. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação defensiva**. São Paulo: RT, 2010.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

MAIER, Julio. *El Ministerio Público en el proceso penal*. In: **El Ministerio Público: ¿un adolescente?** Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na carta política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). **Processo penal e democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Investigação defensiva no processo penal**. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.20, n.96, p.279-309, 2012

MARTINS, Rui Cunha. Aula proferida em tópico especial oferecido pelo Programa de Pós- Graduação em Ciências Criminais da PUC/RS.

MARZADURI, Enrico. *Commento all'art. 1 legge costituzionale 2/1999. La legislazione penale*. Napoli 2000.

MELCHIOR, Antonio Pedro. Direito à prova defensiva e os limites à discricionariedade do julgador. In: PRADO, Geraldo et al. (Org.). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MELLO, Celso Antonio Badeira. **Curso de direito administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORENO, Faustino Cordón. **Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal**. 2.ed. Navarra: Aranzadi – Thomson Reuters, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Defesa criminal activa**: guia de sua prática forense. Lisboa: Almedina, 2006.

PALAO, Julio Banacloche. **La libertad personal y sus limitaciones: detenciones y retenciones en el derecho español**. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

PANZAVOLTA, Michele. *Reforms and Counter reforms in the Italian Struggle for an Accusatorial Criminal Law System*. **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**. Chapel Hill, v. 30, n. 3, p. 578-622, 2005.

PERRON, Walter; LOPES-BARAJAS, Inmaculada. O Ministério Público como diretor da investigação no processo penal alemão. In: AMBOS, Kai; BOHM, Maria Laura (Coord.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **Estudos jurídicos**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

QUEIROZ, David. **A permeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado. In: _____. **Temas relevantes de direito penal e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSA, Alexandre Morais. **Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ROXIN, Claus. **Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

RUGGERI, Stefano. *Equality of arms, impartiality of the judiciary and the role of the parties in the pre-trial inquiry: the perspective of Italian criminal justice*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v.4, n.2, p.559-603, maio/ago. 2018

SAAD, Marta. Direito de defesa no processo penal: novos desafios, velhos dilemas. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Org.). **Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

SAMPAIO, André Rocha; SILVA, Joane Marcelle de Oliveira e. Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: a oralidade como elementos de ruptura do paradigma inquisitório. In: GONZÁLEZ, Leonel. **Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. v.2. Chile: CEJA-JSCA, 2018.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 8.ed. Milano: Giuffrè, 2008.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Os direitos e liberdades fundamentais pessoais como barreira intransponível na produção da prova penal. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; SILVEIRA, Edson Damas da; GIACOMOLLI, Nereu José; PRADO, Geraldo (Org.). **Prova penal: estado democrático de direito**. Florianópolis: Empório do Direito; Rei dos Livros, 2015

VENTURA, Pasquale. **Le indagini difensive**. Milano: Giuffrè, 2005; TRIGGIANI, Nicola. **Le investigazioni difensive**. Milano: Giuffrè, 2002

VIEIRA, Renato Stanziola. Investigação defensiva: diagnóstico e possibilidades no processo penal brasileiro. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero (Coord.). **Polícia e investigação no Brasil**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. **Paridade de armas no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

VLOGLER, Richard. Justiça consensual e processo penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coord.). **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicampo, 2002.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.