



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

LUANA DA CONCEIÇÃO DE OLIVEIRA

**A IMPORTÂNCIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO GARANTIA
DE EQUILÍBRIO ENTRE AS PARTES NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO
BRASILEIRO**

BRASÍLIA

2023

LUANA DA CONCEIÇÃO DE OLIVEIRA

**A IMPORTÂNCIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO GARANTIA
DE EQUILÍBRIO ENTRE AS PARTES NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Dr. Victor Minervino Quintiere

BRASÍLIA

2023

LUANA DA CONCEIÇÃO DE OLIVEIRA

**A IMPORTÂNCIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO GARANTIA
DE EQUILÍBRIO ENTRE AS PARTES NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

Orientador(a): Dr. Victor Minervino Quintiere

BRASÍLIA, DIA MÊS ANO

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por tudo, pois nada do que ele me dá é oferecido sem o propósito do bem. Ainda, agradeço aos familiares e amigos por todo o suporte emocional recebido durante a graduação.

RESUMO

Trata-se de monografia apresentada na disciplina de Monografia 2 do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília. A monografia tem por objeto de estudo a análise da investigação criminal direta pela defesa, sua conceituação, sua importância para dar um maior equilíbrio entre as partes num processo penal acusatório, bem como o que pode ser feito e o que depende de adaptação normativa no Brasil. O trabalho desenvolveu-se em três tópicos: no primeiro tópico, aborda-se o surgimento e a evolução histórica dos sistemas processuais penais (inquisitório e acusatório); em um segundo momento, define-se a investigação criminal defensiva e mostrou-se sua importância para o equilíbrio entre as partes no processo penal e para melhorar a produção de provas no processo penal atual, ressaltando a importância do contraditório e da ampla defesa, além de abordar a investigação criminal defensiva no estrangeiro (Itália e Estados Unidos); em um terceiro momento, desvendou-se a investigação criminal defensiva no Brasil: o que pode ser feito e o que depende de adaptação normativa. Ao final do trabalho, pretende-se demonstrar a importância da investigação defensiva como garantia de equilíbrio entre as partes em um processo penal acusatório no Brasil sob a ótica da eficiência e do garantismo. Com a pesquisa observou-se que a investigação criminal defensiva analisando o contexto de outros países proporciona desde o início da persecução penal a garantia de não haver prisões ilegais, evitando o cometimento de erros crassos na aplicação das prisões cautelares. Foi possível constatar que a investigação defensiva proporciona aos operadores do direito uma contribuição para o aprimoramento de métodos de investigação. Concluiu-se que a investigação criminal defensiva é um elemento necessário de garantia de equilíbrio entre as partes. Para o desenvolvimento do trabalho de conclusão de curso foi utilizada a metodologia bibliográfica qualitativa, para fins de levantamento dos conceitos utilizados acerca do tema, segundo a doutrina jurídica e jurisprudência vigente.

Palavra-chave: investigação criminal defensiva; devido processo legal; equilíbrio entre as partes; princípios.

ABSTRACT

This is a monograph presented in the Monograph 2 discipline of the Law Course at the Faculty of Legal and Social Sciences of the Centro Universitário de Brasília. The object of study of the monograph is the analysis of direct criminal investigation by the defense, its conceptualization, its importance in providing greater balance between the parties in an accusatory criminal process, as well as what can be done and what depends on regulatory adaptation in Brazil. The work was developed into three topics: the first topic addresses the emergence and historical evolution of criminal procedural systems (inquisitorial and accusatory); in a second moment, defensive criminal investigation is defined and its importance for the balance between the parties in the criminal process and for improving the production of evidence in the current criminal process is shown, highlighting the importance of adversarial and broad defense, in addition to address defensive criminal investigation abroad (Italy and the United States); in a third moment, defensive criminal investigation in Brazil was revealed: what can be done and what depends on regulatory adaptation. At the end of the work, it is intended to demonstrate the importance of defensive investigation as a guarantee of balance between the parties in an accusatory criminal process in Brazil from the perspective of efficiency and guarantee. With the research it was observed that defensive criminal investigation analyzing the context of other countries provides, from the beginning of criminal prosecution, the guarantee of no illegal arrests, avoiding the making of gross errors in the application of precautionary arrests. It was possible to verify that defensive investigation provides legal operators with a contribution to improving investigation methods. It was concluded that defensive criminal investigation is a necessary element of ensuring balance between the parties. For the development of the course conclusion work, qualitative bibliographic methodology was used, for the purpose of surveying the concepts used on the topic, according to current legal doctrine and jurisprudence.

Keyword: defensive criminal investigation; due process of law; balance between the parts; principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DO SURGIMENTO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A PROVA NO PROCESSO PENAL	15
2.1 Sistema inquisitivo	15
2.2 Sistema acusatório	19
2.3 Da adoção do sistema acusatório e a repercussão dos princípios do contraditório e ampla defesa	21
3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO GARANTIA DE EQUILÍBRIO ENTRE AS PARTES NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO BRASILEIRO	23
3.1 Investigação Criminal Defensiva	23
3.2 O inquérito como forma de investigação criminal	25
3.3 Garantia de equilíbrio entre as partes por meio da investigação criminal defensiva	28
3.4 Problemas atuais da produção de provas no processo penal e a importância da investigação criminal defensiva nesse contexto	37
3.5 Investigação criminal defensiva no Estrangeiro (Itália e Estados Unidos)	40
3.5.1 Estados Unidos	40
3.5.1 Itália	42
4 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO BRASIL - O QUE PODE SER FEITO E O QUE DEPENDE DE ADAPTAÇÃO NORMATIVA	47
4.1 Fundamentos constitucionais da investigação criminal defensiva	48
4.2 O Código de Processo Penal	49
4.3 O art. 156 do CPP: quem deve provar?	52
4.4 A investigação direta pelo Ministério Público	55
4.5 A Lei do Detetive Particular	58
4.6 O Estatuto da OAB	61
4.7 O Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB	63
4.8 O projeto do Novo Código de Processo Penal	64
4.9 A Ordem dos Advogados do Brasil e a Defensoria Pública como órgãos de fomento e regulação da atividade investigativa defensiva: edição das normas administrativas pertinentes	66

4.10 A figura do Juiz das garantias introduzida pelo Pacote Anticrime (Lei n.º 13.964/19)	68
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS	75

1 INTRODUÇÃO

A Carta da República têm sido relativizada em pontos primordiais, pois a diversidade de entendimentos e teses jurídicas têm evoluído com o advento de novas realidades e conjunturas, embora as legislações não acompanhem com a mesma velocidade as mutações sociais e o surgimento de novos comportamentos em virtude da tecnologia ou das formas de organização social, ela é alvo de interpretações antiquadas ou distorcidas, nesse sentido uma persecução penal em desacordo com a legislação ou a debalde dos procedimentos legítimos tem causado o aumento de prisões indevidas.

Essas prisões cheias de irregularidades é fruto de uma investigação criminal igualmente cheia de falhas quanto a seus limites, a luz dos princípios constitucionais, destacando-se o princípio equilíbrio entre as partes contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e o princípio da não culpabilidade, e inferir ao sujeito culpa e pena antes do fim do processo, distanciando-se dos princípios republicanos que o país precíua na carta da república.

Os princípios contidos Constituição Federal (Brasil, 1988), que deve ser o alicerce do ordenamento jurídico do país, visto que para o assunto discutido neste projeto, basta citar a não culpabilidade como exemplo, princípio cristalino que procura prevenir possíveis excessos, pois a aplicabilidade das prisões cautelares antes do trânsito em julgado, pode caracterizar violabilidade deste princípio, pois presume-se que o cumprimento da pena é perda da primariedade, execução civil da condenação e tais atos dão a entender a existência do devido processo legal e uma decisão condenatória transitada em julgado.

Logo, buscar indícios que a justiça penal brasileira vem incorrendo em erros, que estão custando meses e até anos de liberdade de indivíduos inocentes e o quanto tal situação pode impactar estas vidas é proporcionar uma instigante busca por respostas concretas e fundamentadas, o que está devidamente elencado neste artigo, permitir identificar a ineficácia de um inquérito policial, o quanto é possível questionar uma denúncia oferecida pelo *Parquet* sem a devida observação sobre a infração cometida, o cuidado em identificar o verdadeiro responsável pelo delito e se é patente os casos de negligência das partes envolvidas, resultando em uma proposta viável a comunidade científica a uma solução que possa mitigar ou extinguir estas possibilidades.

Os princípios contidos Constituição Federal (Brasil, 1988), que deve ser o alicerce do ordenamento jurídico do país, visto que para o assunto discutido neste projeto, basta citar a não culpabilidade como exemplo, princípio cristalino que procura prevenir possíveis excessos, pois a aplicabilidade das prisões cautelares antes do trânsito em julgado, pode caracterizar violabilidade deste princípio, pois presume-se que o cumprimento da pena é perda da primariedade, execução civil da condenação e tais atos dão a entender a existência do devido processo legal e uma decisão condenatória transitada em julgado.

Um tipo de investigação timidamente utilizada no Brasil e muito utilizada pelos países estrangeiros é a investigação criminal defensiva que consiste na investigação privada feita por uma das partes em busca da verdade real, pois acredita-se que esta é a melhor forma de auxiliar a investigação pública a cumprir com os princípios constitucionais norteadores do processo penal. Assim questiona-se: a investigação criminal defensiva é um elemento necessário de garantia de equilíbrio entre as partes?

O projeto tem por objeto de estudo a análise da investigação criminal defensiva como forma de assegurar um contraditório entre as partes mais real do que formal, bem como o que pode ser feito e o que depende de adaptação normativa na legislação brasileira com objetivo de buscar um processo penal acusatório mais equilibrado no Brasil.

O interesse pela investigação criminal direta pela defesa é crescente, pois representa claro avanço do direito de defesa do imputado e do modo de apuração da infração penal, além de ser forma de equilibrar o atual movimento tendencialmente acusatório.

Segundo Luigi Ferrajoli (2002, p. 490):

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

Não obstante os importantes aspectos relacionados à investigação defensiva, tal matéria é estranha à legislação nacional, que não prevê

procedimento investigatório conduzido pelo defensor do imputado, mas tão-somente a possibilidade de se requerer diligência nos autos do inquérito policial.

Ressalta-se que o acesso da defesa a essas instâncias preliminares é fundamental para influenciá-las e ir em busca de provas para fazer a sua crítica e influenciar a sua atuação, inclusive apontando linhas investigatórias.

De acordo com Franklyn Roger Alves Silva (2020, p. 17):

“As investigações que desaguam no processo judicial em geral são desenvolvidas por outras instâncias, policiais ou administrativas e que, portanto, o acesso a elas pela defesa deve verificar-se antes mesmo da instauração da ação penal, porque o mero protagonismo entre a acusação e a defesa na fase judicial assegura um contraditório mais formal que real.” (Investigação Criminal Direta pela Defesa. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 17).

Como lembra Paolo Tonini (2004): “A noção de ‘direito de defesa’ compreende não só o direito de defesa contra uma acusação judiciária, mas também o direito de investigar e de produzir as provas que demonstrem os fatos alegados pela parte” (“Direito de defesa e prova científica: novas tendências do processo penal italiano” in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 48, mai./jun. de 2004, p. 195).

O tema se justifica na medida em que é essencial ao processo penal acusatório a possibilidade do imputado realizar diretamente a investigação do crime, por meio de seu defensor, para reunir os elementos de convicção que lhe sejam favoráveis, uma vez que dessa forma respeita-se os princípios da igualdade e da ampla defesa no processo penal. Esse tipo de investigação garante a indispensável paridade de armas entre a acusação e o imputado, pois permite a obtenção dos meios de prova relevantes para a defesa e que, no momento oportuno, serão utilizados para confrontar os dados materiais reunidos na investigação pública, tendencialmente acusatória. O tema é de suma importância para o debate jurídico atual, uma vez que o interesse pela investigação criminal direta pela defesa é crescente, já que representa claro avanço do direito de defesa do imputado e do modo de apuração da infração penal.

O objetivo geral deste trabalho é estudar a investigação criminal defensiva e demonstrar suas vantagens como forma de fortalecimento da igualdade e da ampla defesa no processo penal brasileiro. Os objetivos específicos são:

- Pormenorizar o surgimento e evolução histórica dos sistemas processuais penais;

- Esmiuçar a prova no processo penal e suas falhas;

- Analisar a investigação criminal defensiva como garantia de equilíbrio entre as partes no processo penal acusatório brasileiro.

- Demonstrar as vantagens da investigação criminal defensiva: (i) maior equilíbrio entre as partes em um processo penal acusatório; (ii) maior profundidade na investigação das circunstâncias favoráveis ao imputado; (iii) descondicionamento das investigações, normalmente dirigidas no sentido acusatório; (iv) maior antecipação das questões fáticas e jurídicas convenientes à defesa.

- Descrever as experiências da investigação criminal defensiva de certos países como Itália e Estados Unidos e descrever as vantagens que um procedimento probatório preliminar equitativo pode apresentar como filtro para evitar demandas injustas e para propiciar acordos e até mesmo dispensar o ajuizamento ou a continuidade da demanda judicial.

- Desvendar a investigação criminal no Brasil: o que pode ser feito e o que depende de adaptação normativa no Brasil

Assim questiona-se: a investigação criminal defensiva é um elemento necessário de garantia de equilíbrio entre as partes? A disciplina probatória e a fase inquisitória no processo penal contribuem para a ampla defesa em favor do acusado? Durante a fase de investigação policial é possível conferir ao investigado uma maior participação na produção de elementos de prova? O exercício da investigação defensiva tem utilidade no campo de acordos processuais?

A quatro hipóteses levantadas são que:

- As investigações que deságuam no processo judicial em geral são desenvolvidas por outras instâncias, policiais ou administrativas e que, portanto, o acesso a elas pela defesa deve verificar-se antes mesmo da instauração da ação penal, porque acredita-se que o mero protagonismo entre a acusação e a defesa na fase judicial assegura um contraditório mais formal do que real. Assim, a maior participação da defesa na fase preliminar certamente permitirá uma valoração mais sensata do resultado do processo e, por conseguinte, a aceitação de institutos despenalizadores já existentes na Lei n. 9.099/95, nas demais normas e nos outros futuros diplomas que possam a vir ser implantados;

- A defesa necessita de uma maior previsibilidade das provas que disporá para a apresentação de suas teses para assumir um comportamento mais dinâmico na relação processual. O acesso pela defesa às fontes que municiam as instâncias preliminares é crucial não só para influenciá-las e ir em busca de provas, sejam elas incriminadoras ou exculpatórias, em relação ao sujeito ou indiciado, mas também para permitir que a sua defesa tenha acesso a essas fontes, e assim possa fazer a sua crítica e influenciar a sua atuação, inclusive apontando linhas investigativas. Esse novo paradigma proposto implicará necessariamente reformas legislativas e uma mudança cultural que desmascare a massacrante rotulagem do noticiário sensacionalista, respeitando acima de tudo a dignidade humana do imputado e assegurando a efetividade da plenitude de defesa constitucional.

- Experiências de certos países, como as investigações defensivas na Itália e a da Discovery nos Estados Unidos, mostram as vantagens que um procedimento probatório preliminar equitativo pode apresentar como filtro para evitar demandas injustas e para propiciar acordos e até mesmo dispensar o ajuizamento ou a continuidade da demanda judicial. Dessa forma, acredita-se que o exercício da investigação defensiva provavelmente tem utilidade no campo de acordos processuais no Brasil.

- A investigação criminal defensiva é um elemento necessário de garantia de equilíbrio entre as partes, entretanto não é o único e precisa estar dentro de um contexto. Isso, porque há uma clara violação ao sistema acusatório consagrado na Constituição, sistema esse que separa as funções de acusar, de julgar e defender com isso delimitando o campo de atuação de cada um dos sujeitos, porém esse campo de atuação acaba por não possuir sua efetividade.

A metodologia utilizada é de abordagem qualitativa, utilizando revisão de literatura, por meio de artigos científicos nos quais os autores trataram os dados obtidos da pesquisa estudo de livros acadêmicos, tratamento das informações coletadas em sítios de notícias, utilização de leis, julgados, jurisprudências, bem como pesquisas especializadas no tema abordado.

O tipo de pesquisa foi o teórico, e os instrumentos utilizados foram artigos científicos, livros, notícias veiculadas nos meios de comunicação, assim como leis e julgados, tal arcabouço pretende comprovar a questão levantada de forma a demonstrar por meios científicos as alegações, onde tratar-se de tema controversos e atuais. É relevante lançar um olhar crítico e instigar a sociedade, os operadores

do direito e o Estado brasileiro, sobre a aplicação das leis atuais e aquelas que já foram aplicadas no ordenamento jurídico.

2 DO SURGIMENTO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

O estudo dos sistemas processuais penais se subdividem em inquisitória , acusatória e mista, tendo cada qual uma grande relevância em razão das discussões críticas que podem ser levantadas e também pelo bem jurídico tutelado (liberdade) que muitas vezes foi violada em épocas mais tenebrosas com objetivos repressivos, tempo esse que quem imperava era o arbítrio dos magistrados como resposta ao anseio popular de vingança. Fato este que impulsionou o intervencionismo do Estado-juiz que chegou ao ponto de relativizar os direitos do acusado para predominar o interesse coletivo, sistema esse chamado de inquisitório.

Em síntese, podemos afirmar que o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há falar em contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado considerado mero objeto do processo, e não sujeito de direitos. (BRASILEIRO, 2020, p. 43).

Depreende-se que o objetivo do sistema inquisitório era o esclarecimento dos fatos do acusado, usando a tortura como meio de obtenção, além disso o direito ao contraditório não era dado ao acusado, sendo este considerado um mero objeto do processo, por outro o juiz possuía um poder ilimitado. Já o sistema acusatório possui maior prevalência da liberdade frente ao caráter positivista, quer dizer, que havia predomínio da atuação das partes e a do juiz que o tornava imparcial. Pois, “Pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática” (LOPES, 2019, p.214).

Já o sistema misto compreende a junção do sistema inquisitório e acusatória, tendo a primeira fase inquisitória e a segunda acusatória, sistema que considerado o adotado no Brasil pela doutrina majoritária Lopes (2020), porém com ressalvas quanto a sua compreensão, Brasileiro (2020), Nucci (2020), Alencar e Távora (2017).

2.1 Sistema inquisitivo

De acordo com Rangel (2019), O sistema inquisitório teve início na monarquia, tendo forte aderência por várias legislações europeias e se espraiando entre os séculos XVI ao XVIII. Tendo sua evolução no direito canônico que promoveu uma mudança estrutural no processo em relação ao anterior (acusatório), pois:

Essa substituição foi fruto basicamente, dos defeitos da inatividade das partes, levando à conclusão de que a persecução criminal não poderia ser deixada nas mãos dos particulares, pois isso comprometia seriamente a eficácia do combate à delinquência. Era uma função que deveria assumir o Estado e que deveria ser exercida conforme os limites da legalidade. Também representou uma ruptura definitiva entre o processo civil e penal. (LOPES, 2019, p.221)

Fica claro, que os fundamentos para a mudança de um sistema para outro foi a inércia por parte do particular que tinha a função exclusiva de dar andamento ao processo, concluiu-se, então, que essa função não deveria ficar nas mãos dos particulares, pois, a eficácia do combate ao crime dependeria dela e que a inércia dos particulares poderia comprometê-lo. Diante disso explana Rangel (2019) que o Estado-juiz quis atribuir para si a função de acusação com a justificativa de que a função da acusação não deveria ser delegada ou encomendada dos particulares, uma vez que esta atribuição ficava condicionada ao querer do particular.

Além disso, considerava-se que esse tipo de provocação vinda de particulares poderia ser a causa, de certa forma, da criminalidade vivenciada, haja vista que a atuação contra isto dependeria da vontade dos particulares e essa é que mesmo acionando a justiça, tornava-a dispendiosa. Por essa razão e pela reivindicação do Estado que queria que esse poder fosse retirado do particular e transferido para si, ocorreu uma modificação como resposta a esses problemas, ou seja, a insegurança e reivindicações do Estado.

Contudo violou a imparcialidade do julgador, já que essa mudança promoveu o sacrifício dos direitos à ampla defesa e contraditório, pois, não havia possibilidade de contrapor a acusação como havia antes, a publicidade, pois o processo se tornou sigiloso e imparcial, porque a figura do juiz e acusação se confundiram na mesma pessoa (ALENCAR; TÁVORA, 2020).

Conforme Avena (2020) essa mudança promoveu uma desigualdade na paridade de armas entre acusação e defesa, pois, o acusado não possui os meios adequados para combater os fatos arrolados contra si, pois, o processo era sigiloso.

Já o outro lado, (juiz inquisidor) tinha uma ampla arbitrariedade no julgamento tanto na ocultação dos fatos que eram alegados contra o acusado quanto na inversão da ordem dos atos processuais, visto que o ato de defesa precedia o de acusação, ou seja, significa que o acusado somente tinha conhecimento da acusação só depois da defesa.

Além disso, assevera esse autor que órgão julgador poderia atuar de ofício e que a decretação de prisão em boa parte dos processos perdurava até o término, uma vez que a presunção de inocência não era regra. Como lembra Lopes (2019) O sistema foi um meio promovedor de injustiças contra, porque as punições não se restringiam ao combate ao crime, já que estas incidiam também contra os considerados hereges e pecados.

Tendo em vista que não se poderia distinguir religião e Estado, tendo como, senão a principal, que é a supressão das regras e princípios como, por exemplo, o princípio *ne procedat iudex ex officio*, ou seja, a atuar de ofício começou a ser uma regra vigente, bem como o consentimento com as práticas de denúncias anônimas, busca da verdade real, usando meios cruéis para a obtenção de confissão do acusado, uma vez que esse procedimento era considerado o de maior relevância, pois, dele se extraía a confirmação da condenação, atuando no psicológico do acusado materializando-se na prisão que à época era a regra, porque esta subsistia até o final do processo.

A confissão ganha qualquer outra prova. Até certo ponto ela as transcende; elemento no cálculo da verdade, ela é também o ato pelo qual o acusado aceita a acusação e reconhece que esta é bem fundamentada; transforma uma afirmação feita sem ele em uma afirmação voluntária. Pela confissão, o próprio acusado toma lugar no ritual de produção da verdade penal. (FOUCAULT, 1999, p.57)

Pois, como salienta Brasileiro (2020), o juiz tinha uma ligação psicológica com a demanda, que o torna parcial em seu julgamento e por essa razão buscava uma verdade real, uma verdade absoluta, a qualquer custo, pois era o gestor das provas e o seu arbítrio era o direcionador dos procedimentos a serem seguidos, por isso, o juiz passou a exercer o comando total sobre o que era ou não conveniente para o rito, podendo amplificar a atividade probatória ou não, pois, a decisão que este tomava se fundamentava na busca da verdade real, tendo, com isso, a faculdade de determinar a escolha das provas e reconstrução do cenário das provas com os elementos trazidos da investigação.

Outrossim, vale consignar que o uso da tortura tinha caráter ilimitado com o fim de alcançar os elementos de provas que poderiam ser extraídos do acusado e que, portanto, não figura como sujeito de direitos, mas como simples objeto para a consecução do arsenal probatório que o Estado-juiz queria alcançar.

Ademais, a gestão de provas não se limitava a fase, eminentemente, investigatória, pois, esta colheita que tinha como fundamentação a verdade real, quer dizer, a busca de elementos que não se limitava ao exposto nos autos perdurava até o fim do processo e tudo era feito sem o contraditório justo, ou seja, sem conhecimento prévio dos fatos por parte do acusado para que pudesse ter tempo hábil para elaboração de contraposição (BRASILEIRO, 2020).

Diante disso, Alencar e Tavora (2020) explana que houve com isso uma relativização dos direitos fundamentais em detrimento do interesse coletivo de observar o acusado condenado, pois, a pretensão punitiva do estado se sobrepunha às garantias e direitos fundamentais do acusado, uma vez que o fundamento para isso era a celeridade processual e a busca pela segurança que por esse colocava o acusado na posição de submissão das regras procedimentos vigentes à época.

Observando esse fenômeno o autor assevera que essas práticas ainda existem em nossa contemporaneidade, pois, nossa legislação pátria adotou práticas assemelhadas às antigas, já que foi fruto do código Rocco, legislação esta que pregava a preponderância do juiz frente as partes, ou seja, o magistrado era considerado uma super parte e por possuir este poder havia um sério comprometimento da imparcialidade.

Bem como tinha poderes de atuar de ofício no ato de coletar as provas e de promover o impulso sem que antes seja provocado (*judicialforme*) e com isso violando o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, comportamentos esses que era o modo de ser no procedimento inquisitório, juiz que por muitas vezes interfere no curso da investigação com relação a questão de arquivamento. Com isso, de acordo com Moraes da Rosa (2020) essa atuação que o juiz possui na fase pré-processual pode oferecer elementos de convencimento que o fará acreditar mais na versão que este tiver maior contato, ou seja, a primeira percepção é tem maior credibilidade frente às posteriores, logo, de menor credibilidade, por causa do desconforto cognitivo promovido pelas versões das partes, pois, conforme o efeito halo a decisão se dará em favor das possui maior precisão nos elementos informativos.

2.2 Sistema acusatório

Consigna ainda o Lopes (2019) as seguintes características que podem ser tidas como representativo do sistema acusatório: a atuação passiva do magistrado no feito processual, porque daí decorre que magistrado ficaria afastado da atuação oficiosa, tanto na iniciativa quanto na gestão de provas, uma vez que, nesse contexto, competiria às partes o exercício dessas funções.

A atuação da acusação era feita por pessoa distinta daquela que iria julgar o caso, ou seja, as funções de acusar e julgar não se confundiam na mesma pessoa, mas era o contrário, pois, eram feitas por pessoas distintas e que por decorrência lógica não ensejava a violação da imparcialidade do magistrado, pois, este não detinha controle irrestrito, pois, impedido era do uso da discricionariedade no feito.

Aplicação do princípio *ne procedat iudex ex officio*, pois, desse princípio pode se extrair a vedação de atuação de ofício do magistrado e que este só poderia atuar se fosse provocado pela pessoa que possuía a legitimidade para fazer a acusação, nesse mesmo sentido era proibida também era vedada a denúncia feita de maneira anônima, já que era exigido da pessoa a fizesse pessoa com as seguintes características: legitimidade e idoneidade.

Sua função passa a ser restrita à atividade jurisdicional em sentido estrito, isto é, deliberação e pronunciamento da sentença. A jurisdição, em si, é transformada, com a instituição dos jurados (*iudicis iurati*) como responsáveis pelo julgamento, sob a presidência do magistrado. E o poder de acusar (nota mais importante do novo sistema), é finalmente repassado ao povo, que por meio de um representante voluntário exercia a acusação (consagrando-se o *ne procedat iudex ex officio*) (RUIZ, 2016, p.17-18)

Diante desse fato depreende-se que o juiz começou a atuar em um campo circunscrito a da jurisdição, pois, e com regras de atuação de julgamento, pois, conforme Ruiz (2016), a atuação do magistrado outrora era ilimitada e sem regras definidas, tendo o arbítrio como meio de resoluções das questões que estavam sob seu domínio, ou seja, atuava conforme melhor aprouvesse, visto que possuía concentrava as funções além da jurisdicional também a que compreendia a da acusador e defesa.

Sanção a denúncia falsa, quer dizer, punição contra quem fizesse acusações sabidamente inverídicas, uma vez que a idoneidade era o princípio que regia as formas procedimentais. Havia também vedação a acusação feita contra

pessoa que não estivesse no local por questões de ausência física, haja vista que a sanção recairia sobre o corpo do acusado, sendo assim, a ausência do acusado impediria a aplicação da punição corporal.

A acusação era escrita com apontamentos de provas que o acusado pretendia demonstrar a fim de assegurar ao acusado o conhecimento dos elementos fáticos sobre os quais recaiam a acusação.

Outra nota importante refere-se à garantia da isonomia processual, significando que acusação e defesa devem estar em posição de equilíbrio no processo, sendo-lhes asseguradas idênticas oportunidades de intervenção e igual possibilidade de acesso aos meios pelos quais poderão demonstrar a verdade do que alegam. (AVENA, 2020, p. 84)

Percebe-se a compreensão também do direito ao efetivo contraditório, ou seja, de contrapor os argumentos levantados pela acusação a fim de garantir as paridades de armas dos sujeitos processuais para que cada um possa ter igualdade de oportunidades e para que a defesa se manifeste sobre os elementos de acusação. Procedimento oral, ou seja, os debates se davam pelo levantamento de argumentos feitos pela acusação e defesa em público, sendo a declamação pública, o modelo usado na época.

A publicidade dos julgamentos, pois, estará sujeita à anulação pelo cidadão e consequente avaliação dos fundamentos dos juízes proferidos pelos magistrados no fim do julgado. Todas essas características tiveram seu ápice no período republicano ocorrido na Roma antiga, momento que propiciou uma inovação que não colaborou com a independência do processo penal como nos lembra (LOPES 2019).

Depreende-se que o sistema acusatório tem por função de separar as funções de acusar, defender e julgar para os sujeitos diferentes na relação processual, ou seja, um modo de não as aglutinar, inquisitório com respeito aos direitos fundamentais no procedimento penal, devido processo legal.

Com isso, se afastando do sistema acusatória que conforme Lopes (2020) se caracteriza pela atuação ofício do juiz, algo que deveria ser feito pelas partes, todavia é feito pelo juiz, como também a gestão da prova nas mãos do órgão julgador, ou seja, juiz atuando como um terceiro interessado na causa, pois atua com ativismo sobre isso pondera:

A tudo que foi exposto, percebemos que processo penal brasileiro precisa superar a cultura inquisitória que persiste na atualidade e adequar-se aos preceitos constitucionais e convencionais, a fim de legitimar o devido processo penal e contribuir para o verdadeiro avanço da nossa legislação pátria.(FERNANDES, 2020, p.123)

2.3 Da adoção do sistema acusatório e a repercussão dos princípios do contraditório e ampla defesa

O direito ao contraditório é uma previsão Constitucional e conforme Avena (2020) tem como função de se manifestar sobre as os elementos probatórios apresentados ao juiz e em momento anterior ao da decisão. Já para Aury (2020) além disso, há também com a efetivação do contraditório a preservação do alheamento do órgão julgador, ou seja, atuando de forma imparcial, pois as partes terão com isso igualdade de tratamento, nesse sentido complementa:

Traduzido no binômio ciência e participação, e de respaldo constitucional (art. 5º, LV, da CF/1988), impõe que às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual(ALENCAR; TÁVORA, 2017, p.75).

Compreende-se do que foi supracitado que a Constituição impõe ao magistrado a obediência de efetivar os direitos do contraditório e ampla defesa, sendo esse último conforme Avena (2020) um instituto jurídico que não dá somente defesa de se manifestar como a acusação em, entende-se com isso que:

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*), o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético. (NUNES, 2020, p.339).

Quer dizer, que a acusação e a defesa terão meios suficientes e oportunidades iguais para se manifestarem tanto para contrapor os argumentos por qualquer uma das partes (acusação ou defesa), ou seja, no procedimento de antítese, perdurando até a decisão final dada pelo magistrado com base nas provas que cada um apresentou, sendo, portanto, suscetível de convencimento pelas partes e preservação do princípio da presunção de inocência, nesse sentido:

Podemos extrair da presunção de inocência que a formação do convencimento do juiz deve ser construído em contraditório (Fazzalari), orientando-se o processo, portanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (rechaço à figura do juiz-inquisidor – com poderes investigatórios/instrutórios – e consagração do juiz de garantias ou garantidor). (LOPES, 2020, p. 107).

Depreende-se que a presunção de inocência, princípio que impõe respeito ao efetivo contraditório que conforme Nucci (2020), a acusação tem o ônus de provar as alegações da existência de crime, pois o estado normalidade do ser humano é a liberdade, podendo sofrer no momento que houver provas suficientes para que o convencimento do Estado-juiz sobre o fato.

Entende-se que é necessário para que o processo tenha seu desfecho do fato criminoso, partes antagônicas que é para processo penal a defesa e a acusação, dando a cada um a mesma possibilidade de convencimento do órgão julgador, que no caso é o que atua como terceiro distante dos fatos e em razão disso se repassa as partes o dever de corroborar para que o fato se torne claro, ou seja, alcançar a que tem maior coerência e verossimilhança das teses apresentadas. Nesse sentido:

O contraditório, então, não só passaria a garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade) a ambos – vistos, assim, como garantia de participação –, mas também garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão. (PACELLI, 2020, p. 34).

Por essa razão, que foi necessária a mudança do código de processo penal, principalmente, a implementação do juiz de garantias e o afastamento da atuação de ofício do magistrado, pois, ao comentar dos resultados do experimento feito por Ritter (2016), considera que há mais condenações em casos em que o juiz tem conhecimento prévio do inquérito do que aqueles que ele não tem, ou seja, há menos condenações num processo mais dialético e que privilegia o contraditório. Vistos os pormenores do processo penal, agora é preciso analisar sobre as provas, conforme segue abaixo.

3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO GARANTIA DE EQUILÍBRIO ENTRE AS PARTES NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO BRASILEIRO

Existem milhares de cidadãos de bem, recolhidos ao sistema carcerário pela ausência de fundamentos concretos por conta de uma investigação criminal pública precária, a situação torna-se uma vergonha nacional, a “justiça” aplicada sem justiça, um *Parquet* que não se debruça sobre as denúncias oferecidas de forma profunda e imparcial, ainda que praticamente utiliza uma esteira como forma de agilidade ou preocupante resposta a sociedade sem tais precauções proporciona uma contribuição relevante ao horror jurídico-legal presente em prisões sem cabimento legal.

Fechar os olhos diante de verdadeiras aberrações não é novidade no sistema jurídico ou investigatório, basta lembrar do caso dos (irmãos naves) acusados de homicídio, que percorreu todas as instâncias do judiciário, havendo durante as investigações excessos como tortura, ameaças e manipulação de provas e fatos, culminando na condenação e execução da pena, sedo que a pseudo vítima aparecera tempos depois vivo e saudável.

Uma forma de reverter essas prisões arbitrárias e que carecem de uma investigação de qualidade e respeitando a garantia de equilíbrio entre as partes no processo penal acusatório brasileiro é através da investigação criminal defensiva conforme passa-se a expor abaixo.

3.1 *Investigação Criminal Defensiva*

A investigação criminal defensiva não é uma regra no ordenamento jurídico brasileiro, pois se trata de uma investigação privada que vai muito além da exercida pela Polícia Judiciária. Esse elemento de investigação criminal é muito comum nos países americanos e na Europa e que muitas vezes representa até uma eficácia maior em solucionar o crime (DIAS, 2019).

Não se sabe ao certo o porquê da investigação privada não fazer parte do contexto brasileiro apesar de ser algo comum nas relações privadas para tentar desvendar crimes e descobrir dúvidas que estão além da esfera criminal. Inclusive, alguns doutrinadores explicam que é impossível haver essa abertura no jurídico brasileiro para haver a investigação defensiva, pois trata-se de um país com uma situação econômica muito complicada ao passo que mal paga a Polícia Judiciária.

Vendo por este lado e analisando o contexto do brasileiro no tocante a investigação criminal defensiva esse argumento da questão financeira como empecilho não cabe muito bem, pois quem arca com os custos e trata de todo o roteiro da investigação é o defensor do interessado (BADARO, 2019).

Na verdade o problema de inserção da investigação criminal defensiva está no âmago da própria investigação criminal no processo penal acusatório brasileiro, pois ela se mostra através do inquérito policial. O Código de Processo Penal de 1832, embora apresentassem dispositivos acerca de procedimento informativo, não o denominavam como inquérito policial. Esse termo só foi observado pela legislação pela primeira vez com o Decreto 4.824, de 28 de novembro de 1871 (MACHADO, 2009).

Para melhor compreendermos as noções de inquérito policial se faz necessário o conhecimento prévio de certos conceitos oriundos da compreensão de Estado. Assim tem-se que Soberania é o poder que o Estado tem de se autodeterminar perante as outras nações (Silva, 2020).

A soberania se divide em interna e externa. No campo interno, o poder soberano é exercido através de três funções básicas do Estado: legislativa, executiva e jurisdicional. Portanto, o que difere a função executiva da jurisdicional é a autoexecutoriedade, pois, enquanto a função jurisdicional deve ser provocada, a executiva age independentemente de provocação (CONJUR, 2019).

Na esfera penal, o legislador em observação à sociedade, percebe que um determinado comportamento deve ser proibido, pois está em descompasso com a paz e a tranquilidade social que são exigidas. Nesse momento, nasce para todos os indivíduos dentro da sociedade um comportamento proibido (CONJUR, 2019).

Trata-se de uma norma geral e abstrata que abrange a todos, indistintamente. Se alguém resolver descumprir a norma genérica e abstrata, nasce para o Estado o direito de aplicar a sanção descrita no tipo violado. Assim, aquela norma, que se dirigia a todos indistintamente (e continua se dirigindo), passa a incidir sobre o indivíduo que a descumpriu (SILVA, 2020).

Por sua vez, o Estado necessita de órgãos que se incumbam de fazer aplicar a norma legal, apurando os fatos e todas as suas circunstâncias, bem como garantir todos os meios de defesa que um Estado Democrático de Direito possa assegurar a seus cidadãos, através de um devido processo legal, pois é de conhecimento geral que nenhuma pena poderá ser imposta ao réu senão por meio

de um devido processo. Nesse diapasão, surge a chamada *persecutio criminis* (a *persecução penal*), que é exercida pela polícia judiciária (através do inquérito policial) e pelo Ministério Público (BALDAN, 2019)

Para Távora (2017, p. 131) o inquérito é “o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo”. O autor ainda complementa seu raciocínio citando o Código Penal Português que em seu artigo 262, item 1, preceitua que o Inquérito policial compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação.

Desses conceitos extraímos que inquérito policial, em linhas gerais, tende a evitar a instauração de uma persecução penal infundada, dessa forma, reunindo elementos que atestem de maneira inequívoca a existência de um delito e a indicação fundamentada de seu possível autor (MACHADO, 2016). Em miúdos, o inquérito policial apresenta, a nosso ver, três finalidades básicas: a apuração da infração penal e da respectiva autoria, o embasamento da denúncia ou da queixa e da sentença penal e, principalmente, garantir que ninguém seja constrangido por um processo penal por motivos não plausíveis.

3.2 O inquérito como forma de investigação criminal

O sistema de investigação preliminar é essencial à posterior fase processual. Destacando que no Brasil, com relação às infrações penais, o inquérito policial é adotado como meio para se formalizar as investigações preliminares. Como visto alhures, o inquérito policial foi estruturado, no direito brasileiro, pelo Decreto nº 4.824, em 1871, fruto de uma preocupação do Estado monárquico com os direitos e garantias individuais, pois os abusos eram constantes por parte das autoridades policiais que possuíam poderes excessivos no sistema processual brasileiro. Então, desde sua origem, o inquérito surge com uma ardente necessidade de proteger os direitos daqueles que por ventura pudessem ser objetos de uma ação penal (PINHEIRO, 2017).

Infelizmente, professores e a doutrina costumam definir o Inquérito Policial como sendo uma peça meramente informativa, destinada à apuração de uma

infração penal e de sua autoria, desmerecendo, assim, a importância do novel instituto no processo penal e principalmente na vida do indivíduo objeto da persecução penal. Em verdade, o próprio Código de Processo Penal Brasileiro, em seu art. 12, dispõe que a denúncia ou a queixa deverão ser acompanhadas pelo inquérito policial “sempre que servir de base a uma ou outra” (BRASIL, 1940).

Da interpretação desse dispositivo, é possível depreender que nem sempre o inquérito policial servirá de fundamento para a denúncia ou a queixa. Portanto, pela nossa própria legislação adjetiva, o inquérito policial não é, a rigor, indispensável para a propositura da ação penal (TEIXEIRA, 2015).

As críticas dirigidas ao inquérito policial normalmente se referem à lentidão de que consta tal procedimento e a parcialidade do material investigativo. Porém, a prática mostra que, na grande maioria das vezes, é o inquérito policial que embasa queixas e denúncias. Porém, o mesmo legislador que em diversos artigos permite a disponibilidade do inquérito, na exposição de motivos do Código de Processo Penal, reconhece a importância do inquérito policial (MARTELETO FILHO, 2012).

Ademais, se os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz, para a decisão da causa, quando complementam outros indícios e provas produzidos em juízo, é gritante sua importância. O procedimento administrativo preliminar, e é regido por características que o diferenciam do processo (NUCCI, 2020).

A discricionariedade significa que a autoridade policial, ao iniciar uma investigação, não está atrelada a nenhuma forma previamente determinada. Tendo assim, liberdade de agir, para apuração do fato criminoso, dentro dos limites estabelecidos em lei. Vale ressaltar que discricionariedade não é arbitrariedade. A investigação poderá ser feita com base em elementos de convicções pessoais da autoridade, desde que utilizado o respaldo da lei. Qualquer ato arbitrário e não discricionário será corrigido judicialmente através de habeas corpus, mandado de segurança, representação por abuso de autoridade etc (RAVARA, 2018).

A forma escrita é uma exigência do art. 9º do Código de Processo Penal, assim, as peças que compõem o inquérito deverão ser reduzidas a escrito, digitadas e assinadas pela autoridade. Tal precaução tem o escopo de evitar ilegalidades e principalmente fornecer informações fidedignas, a posteriori, aos sujeitos processuais (MACHADO, 2016).

A utilização de outros meios de registros no inquérito foi expressamente

autorizada pela reforma feita ao Código de Processo Penal, oriunda da Lei 11.719/08, que traz no art. 405, §1º a possibilidade de, sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações(PRADO, 2011).

O sigilo do inquérito é uma característica que lhe diferencia fortemente do processo, o inquérito não comporta publicidade, sendo procedimento essencialmente sigiloso. Este sigilo, contudo, não se estende, ao magistrado, ao membro do Ministério Público, e, ao nosso entender, não deve se estender também ao advogado e essa questão será aprofundada posteriormente neste trabalho (QUEIJO, 2012).

A questão da oficialidade está estampada na Constituição Federal, em seu artigo 144, ao nos informar que a autoridade que o preside o inquérito policial , delegados de polícia de carreira, constitui-se em órgão oficial do Estado. Esta característica decorre do princípio da legalidade, vez que os órgãos da perquirição criminal são criados por lei. Destarte, o delegado de polícia representa o Estado no exercício da atividade investigativa e de segurança pública (BRENTANO, 2020).

Já a oficiosidade, é a característica pela qual a autoridade policial deve atuar de ofício, nos casos de ação penal pública incondicionada, instaurando o inquérito e apurando prontamente os fatos, dispensando, pois, qualquer autorização para agir. Por força da Lei nº 12.830/13, a autoridade policial conduzirá as investigações por meio do inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei com o objetivo de identificar as circunstâncias, a materialidade e a autoria das infrações penais (MAYA, 2020).

Entendemos a inquisitorialidade mais caracterizada no seu aspecto de garantir à autoridade policial a busca das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais, que no aspecto de afastar totalmente a possibilidade de ampla defesa e contraditório. Partilho do pensamento de Aury Lopes Júnior, onde, segundo o autor existe, em sede de inquérito, a proteção constitucional ao direito de defesa e, também, um contraditório em caráter informativo (LOPES JUNIOR, 2019).

O próprio Távora (2017, p. 152), defende que

Tem-se que assegurar ao indiciado não só a assistência de

advogado, como direito fundamental, mas também. a realização efetiva da defesa necessária no próprio inquérito, além da produção de elementos que terão força probatória ao longo da persecução penal, seja para convencer o magistrado que a inicial acusatória deve ser rejeitada, seja para lastrear habeas corpus trancativo do próprio inquérito, ou, à luz da atual perspectiva procedimental, embasar a defesa preliminar no intuito do êxito na obtenção do julgamento antecipado do mérito.

E continua ponderando que atenuar o contraditório e o direito de defesa na fase preliminar, por suas próprias características, não pode significar integral eliminação. O inquérito deve funcionar como procedimento de filtro, viabilizando a deflagração do processo quando exista justa causa, mas também contribuindo para que pessoas nitidamente inocentes não sejam processadas (PACELLI, 2020).

Em se tratando da característica chamada autoritariedade, temos, o delegado de polícia, presidente do inquérito policial, sendo uma autoridade pública, logo possui poder de decisão, figurando como competente e responsável pelos atos que realiza no curso de um inquérito policial. O conceito de autoridade pública, por sua vez, está diretamente ligado à ideia de poder soberano do Estado, porquanto a vontade da autoridade pública é a vontade estatal (RANGEL, 2019).

A característica de dispensabilidade do inquérito é decorrente da própria legislação adjetiva quando em alguns casos permite a propositura da ação penal sem a observância do instituto. Se os elementos que venham lastrear a inicial acusatória forem colhidos de outra forma, não se exige a instauração do inquérito (RITTER, 2016). Tanto é verdade que a denúncia ou a queixa podem ter por base, como já ressaltado, inquéritos não policiais, dispensando-se a atuação da polícia judiciária.

3.3 Garantia de equilíbrio entre as partes por meio da investigação criminal defensiva

A investigação criminal preventiva é de longe a forma mais correta de proporcionar equilíbrio entre as partes na investigação criminal por proporcionar o equilíbrio das partes porque se houver uma investigação defensiva ou privada a

chance de ter equilíbrio entre as partes por meio do contraditório e ampla defesa e a não culpabilização errada.

O princípio que prima pela autodefesa, por meio de um processo justo, pode ser garantido sem prejuízo, e este direito vem sendo garantido a anos, nos ordenamentos internacionalmente conhecidos. Não sendo prudente confundir nesse caso autodefesa como a ação de fazer justiça com as próprias mãos, situação que não é permitida no ordenamento jurídico brasileiro, ao ser necessário recorrer a cortes internacionais ao invés do judiciário pátrio, pode desde então interpreta-se a existência de um judiciário fraco ou ineficiente (MIRABETE, 2002).

Cabe ao Estado garantir a tutela jurisdicional, pois é o detentor de tal poder, oferecendo ao indivíduo a decisão proveniente do devido processo nem que em poucos casos a força por meio da justiça. Sendo a tutela jurisdicional aquela prestada pelo Estado e não podendo se esquivar de prestá-la quando procurado pelo cidadão, que apenas o é quando tem seus direitos garantidos e respeitados em qualquer instância ou momento de sua vida (OLIVEIRA, 2014).

Neste sentido, os princípios constitucionais, não se referem à liberdade apenas de ir e vir, e sim, todas as liberdades garantidas fundamentalmente no diploma legal (BRASIL, 1988). A aplicabilidade de princípios não deve estar apegada, apenas ao trâmite do processo e seus ritos, deve garantir também a devida prestação jurisdicional justa, e a liberdade em seu sentido amplo, não apenas de locomoção, mas também de seus bens físicos ou imateriais, o direito de ir e vir, que não possui valor pecuniário (BIRCK, 2018).

A origem do bem tutelado por princípios fundamentais é basicamente um dos maiores princípios, o da vida humana, o que nos leva a compreender que sem os bens tutelados por esse princípio, o indivíduo pode ter sua dignidade ofendida. A liberdade é sem dúvida, um dos bens mais importante a se considerar uma vez que o sujeito privado dela não pode ser um agente produtivo e tampouco conviver em família (ALENCAR, 2020).

O processo judicial tem como premissa a garantia de suprir os princípios para que se cumpra a tutela jurisdicional, os princípios da ampla defesa, o contraditório, duração razoável e a vedação de provas ilícitas, são exemplos de meios que constroem os aspectos formais e processuais das persecuções. Não se levanta no caso em tela que todo inquérito é eivado de incorreções ou ilicitudes, mas o que se pretende é uma reflexão, um olhar crítico (BIRCK, 2018, p.22).

Na perspectiva de substanciar e concretizar o devido processo legal é necessário observar um conjunto de outros princípios oriundos dele, um deles é o da ampla defesa e do contraditório este objeto deve ser analisado de forma ampla, permitindo ao detentor do direito as possibilidades possíveis para proteger seus direitos fundamentais estando esses ligados individualmente ao cidadão, seja de forma intrínseca ou extrínseca (AVENA, 2020).

É primordial entender que este princípio deve ser aplicado de forma ampla, observando tanto sua essência formal como a material, observando seus bens tutelados, deve ser observado de forma garantista, ou seja, oferecer ao cidadão a possibilidade de garantir seus direitos fundamentais. Uma justiça desleal é pior que a legalização do crime, pois sendo a justiça, muitas vezes o derradeiro bastião o cidadão esse não pode se ver abandonado (RANGEL, 2019).

Ainda na observação dos princípios, pode-se avaliar os da ampla defesa e do contraditório que assim dispõe o art. 5º inciso LV, da CF/88. É sabido que tal escândalo, já ocorreu na história e exterminou milhares, em sua esmagadora maioria inocentes, o holocausto e o golpe militar no Lêmen, por exemplo (LOPES JUNIOR, 2020).

Este princípio faz com que o acusado possa utilizar os meios alcançáveis e legais para se autopreservar ao esclarecer a verdadeira face dos fatos ou o contrário também permitir que se cale ou omita informações caso necessário. O Estado concede ao sujeito a possibilidade de trazer ao conhecimento do juízo, todo arcabouço de provas que comprovem sua defesa. O exercício deste direito permite que ele possa reagir, se defender, contra qualquer coisa que venha comprometer ou distorcer seus direitos (BARBOSA, MARTINS, 2019).

Privar seja da forma que for o sujeito de seus direitos legais é retornar a primitividade do código de Hamurabi, onde se prevalecia o olho por olho e o dente por dente, a autotutela em sua forma perniciosa e contrária ao direito igual para todos de forma transparente, imparcial e justa. Não se trata de proteção aos que de forma consciente descumprem a lei e utilizam-se de recursos procrastinatórios, a fim de retardar o cumprimento inevitável da pena (BRECHARA, 2005).

A condição de se defender do sujeito deve ser preservada, para que se mantenha a prestação jurisdicional, desta forma pode se garantir que o sujeito tenha seus direitos e garantias fundamentais mantidos, a ampla defesa e o contraditório possibilitam essa ação. Tal reflexão permite observar que os princípios

elencados são bem mais que meras palavras, mas uma filosofia a ser seguida por uma sociedade justa. (BIRCK, 2018).

Dentro do âmbito do processo penal, esse princípio se torna um dos mais relevantes, pois segundo a Súmula 523 do STF (BRASIL, 1969), a falta da aplicação deste princípio pode trazer nulidade ao processo, nulidade essa, que culminará na perda de tudo que foi feito, ou seja, nos atos processuais praticados e envoltos da nulidade que a súmula trata, o devido processo legal em todos os aspectos têm uma importância fundamental e que não pode ser negligenciado em qualquer etapa da persecução penal.

A súmula por interpretação informa que é possível que a exista de defesa não eficiente, porém qualquer que seja a deficiência o processo gera prejuízo ao denunciado, seja na retirada de um direito fundamental, violando algum bem tutelado ou até levando o juízo a aplicabilidade de alguma sanção sem a devida necessidade (FERNANDEZ, 2013).

A atenção aos critérios incluídos pela Carta da República (BRASIL, 1988), se torna garantia de não apenas a ampla defesa e o contraditório como todo o devido processo legal, sem qualquer prejuízo tanto à lei quanto ao acusado. (BARBOSA, MARTINS, 2019).

A defesa quando não há a antecipação de pena por meio de prisões cautelares desnecessárias têm impacto direto na vida do acusado, não se vislumbra desconsiderar por inteiro a necessidade de medidas cautelares, mas primar pela aplicação adequada dentro de contextos próprios e necessariamente cabíveis, sem a existência de abusos ou quaisquer tipos de irregularidades que não sejam possíveis de saneamento ou correção (BARBOSA, 2019).

O princípio da ampla defesa e contraditório, deve ser exercido de forma concisa e completa, de maneira que, caso não seja feito desta maneira, segundo entendimentos atuais, pode-se causar nulidade absoluta ao processo e por isso pode ocorrer a qualquer momento do processo, o que fere diretamente a Carta da República (BRASIL, 1988), sendo o contrário uma evidente.

O princípio da não culpabilidade, é outro dos princípios de grande relevância em situação de prisões processuais, presume-se que todo sujeito é inocente até que se garanta a culpa dele, do decorrer da persecução penal, e caso seja comprovada sua culpa só assim seja emitida a sentença penal condenatória com isso o trânsito em julgado. Apreende-se do exposto não há culpabilidade do

indiciado, antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, primeiro o indiciado é inocente inclusive esse princípio é descrito também na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Não havendo tal culpabilidade como reza o fragmento acima, ainda assim a privação de liberdade tornou-se regra e não alternativa. (BARBOSA, MARTINS, 2019).

Quando um país extrapola em seu ordenamento jurídico os princípios da razoabilidade é comum encontrar recursos em cortes internacionais, tendo sua fundamentação em acordos internacionais cujo país seja signatário ou não, pois nestes casos é frequente a denúncia de crimes contra as pessoas ou crimes de guerra ou ainda genocídio. Diante da situação a visão do Estado é colocada a prova e seus líderes são vistos como transgressores propositais dos direitos humanos (CAPEZ, 2015).

Partilha-se do entendimento de que a instrução contraditória é inerente ao próprio direito de defesa, pois não se concebe um processo legal, buscando a verdade dos fatos, sem que se dê ao acusado (aqui em sentido amplo enquanto indiciado) a oportunidade de conhecer as afirmações levantadas pela autoridade policial, para posteriormente poder delas se defender.

Entende-se que o contraditório aplicado a fase do inquérito não é exercido em toda sua plenitude, pois, nesse momento, ele se manifesta preventivamente, hora como uma forma de acautelar, o indiciado, no conhecimento das provas que estão sendo produzidas contra ele, ora como embasamento probatório para manifestação do direito de defesa (MAYA, 2020).

338), em sentido estrito, não pode existir contraditório pleno no inquérito pois não existe uma relação jurídico-processual; não está presente a estrutura dialética que caracteriza o processo. Não há o exercício de uma pretensão acusatória formal. O contraditório é exercido em sua faceta de direito de informação, adquirindo relevância na medida em que servirá de embasamento para exercício da ampla defesa (BARROS, 2011).

Conforme Aury (2020) as provas são necessariamente uma reconstrução dos fatos com o fim de convencer o órgão julgador de sua existência ou não, ou seja, trabalham com a verossimilhança, proximidade da verdade, acionando os sentidos do terceiro desinteressado, juiz da instrução, pois é seu dever ser imparcial quanto no que diz respeito.

Para Pacelli (2020), pontua que as provas buscadas no processo são

verdades judiciais, pois busca tão somente a verdade no processo(jurídica), não cabendo , nesse caso , se falar de verdade real , porque estaria se legitimando algo que é impedido pelos princípios do contraditório, ampla defesa, imparcialidade, mas também atuações que promovem os desvios cometidos pelas autoridades, uma vez que a autoriza a praticar atos que amplia o leque de iniciativa, algo que fere o sistema acusatória, ou seja, separação de funções.

Por ser um meio de se alcançar a verdade jurídica, urge que o juiz da instrução considere que “A prova penal, enquanto meio através do qual o juiz-ignorante (porque ignora os fatos) conhece de algo que, em não conhecendo, precisa muito conhecer para julgar, dialoga constantemente com a epistemologia.”(LOPES, 2020, p.387)

Depreende-se daí que o juiz será um ser imparcial, visto que estará distanciado dos fatos, atuando conforme os princípios do contraditório, ampla defesa e do juiz natural, haja vista que a iniciativa probatória fica a cargo das partes, sendo o juiz um ser que ignora os fatos, ou seja, não favorece nenhuma das partes, pois ingerência não há, porque será um sujeito capaz de se dispor ao convencimento pelos sujeitos processuais, dando a cada um a paridade de armas, ou seja, oportunidade de contrapor (DEZEM, 2015).

Diante disso, o juiz terá de se guiar pelo que foi demonstrado na fase instrutória, porém com a renovação ainda foi dada a oportunidade ao juiz se socorrer ao inquérito, mas desde que haja a junção desta com as produzidas na instrução (BADARO, 2012).

Diante desse raciocínio Aury (2020), pontua com a seguinte crítica, que ao dar essa oportunidade ao juiz, esse possuirá um meio de acobertar a condenação do acusador, pois terá como usar as informações colhidas na fase de inquérito para condenar o acusado mesmo usando juntamente as provas da instrução, considerado esse ato como violação ao contraditório, porque os elementos informativos são dessa forma.

Depreende-se do que já foi dito que essa violação causada pelo contraditório se dar porque o acusado não tem a oportunidade de contrapor os elementos de informação extraídos da fase investigativa, causando, por conseguinte uma desigualdade quanto o aspecto da oportunidade dos sujeitos processuais, principalmente, na parte que diz respeito a capacidade de persuasão (RITTER, 2016).

O direito ao contraditório é uma previsão Constitucional e conforme Avena (2020) tem como função de se manifestar sobre as os elementos probatórios apresentados ao juiz e em momento anterior ao da decisão. Já para Aury (2020) além disso, há também com a efetivação do contraditório a preservação do alheamento do órgão julgador, ou seja, atuando de forma imparcial, pois as partes terão com isso igualdade de tratamento, nesse sentido complementa:

Traduzido no binômio ciência e participação, e de respaldo constitucional (art. 5º, LV, da CF/1988), impõe que às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual(ALENCAR; TÁVORA, 2017, p.75).

Compreende-se do que foi supracitado que a Constituição impõe ao magistrado a obediência de efetivar os direitos do contraditório e ampla defesa, sendo esse último conforme Avena (2020) um instituto jurídico que não dá somente defesa de se manifestar como a acusação em, entende-se com isso que:

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*), o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético. (NUNES, 2020, p.339).

Quer dizer, que a acusação e a defesa terão meios suficientes e oportunidades iguais para se manifestarem tanto para contrapor os argumentos por qualquer uma das partes (acusação ou defesa), ou seja, no procedimento de antítese, perdurando até a decisão final dada pelo magistrado com base nas provas que cada um apresentou, sendo, portanto, suscetível de convencimento pelas partes e preservação do princípio da presunção de inocência, nesse sentido:

Podemos extrair da presunção de inocência que a formação do convencimento do juiz deve ser construído em contraditório (Fazzalari), orientando-se o processo, portanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (rechaço à figura do juiz-inquisidor – com poderes investigatórios/instrutórios – e consagração do juiz de garantias ou garantidor).(LOPES, 2020, p. 107).

Depreende-se que a presunção de inocência, princípio que impõe respeito ao efetivo contraditório que conforme Nucci (2020), a acusação tem o ônus de provar as alegações da existência de crime, pois o estado normalidade do ser humano é a

liberdade, podendo sofrer no momento que houver provas suficientes para que o convencimento do Estado-juiz sobre o fato.

Entende-se que é necessário para que o processo tenha seu desfecho do fato criminoso, partes antagônicas que é para processo penal a defesa e a acusação, dando a cada um a mesma possibilidade de convencimento do órgão julgador, que no caso é o que atua como terceiro distante dos fatos e em razão disso se repassa as partes o dever de corroborar para que o fato se torne claro, ou seja, alcançar a que tem maior coerência e verossimilhança das teses apresentadas. Nesse sentido:

O contraditório, então, não só passaria a garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade) a ambos – vistos, assim, como garantia de participação –, mas também garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão. (PACELLI, 2020, p. 34).

Por essa razão, que foi necessária a mudança do código de processo penal, principalmente, a implementação do juiz de garantias e o afastamento da atuação de ofício do magistrado, pois, ao comentar dos resultados do experimento feito por Ritter (2016), considera que há mais condenações em casos em que o juiz tem conhecimento prévio do inquérito do que aqueles que ele não tem, ou seja, há menos condenações num processo mais dialético e que privilegia o contraditório.

Pois, com essa atuação o juiz se torna parcial, visto que o julgamento será um viés de confirmação das concepções já formada anteriormente, pois no caso contrário o acusado estaria nesse sentido:

Por outro lado, o julgador que emprega, usualmente, em sua atividade de composição de conflitos, opiniões e conceitos formados de antemão, sem maior preocupação com os fatos alegados pelas partes, nem tampouco atentando para o equívoco de cultivar ideias preconcebidas sobre determinados assuntos, é um juiz preconceituoso e, conseqüentemente, parcial. Não está preparado a desempenhar sua atividade com isenção, devendo alterar seu comportamento ou se afastar, ao menos, da área criminal. (NUCCI, 2020, p.439)

Depreende-se que os atos praticados sob concepções já formada revela-se um despreparo do juiz que exige dele uma mudança de perspectiva quanto ao aspecto de atuação ou seu afastamento do processo. Rangel (2019) considera que a iniciativa do juiz na coleta de provas no processo viola a imparcialidade desse. Nesse sentido o sistema misto:

É chamado de sistema misto porquanto abrange duas fases processuais distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, destituída de publicidade e ampla defesa, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Sob o comando do juiz, são realizadas uma investigação preliminar e uma instrução preparatória, objetivando-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade, a oralidade, a isonomia processual e o direito de manifestar-se a defesa depois da acusação. (BRASILEIRO, 2020, p.45)

Dessa forma, o sistema misto possui duas fases que impõe atuação diversificada, tendo a segunda fase um cunho mais isonômico a fim do juiz julgar de forma mais dialética, pois o princípio do livre convencimento motivado impõe ao magistrado o dever de decidir o caso seja para absolver, seja para condenar, só matéria que já tenha sido objeto de contraditório com fim da não ocorrência com base na fase investigativa, ou seja, a que por regra é sigilosa e inquisitória que, por isso, limitada a oportunidade do acusado impugnar as alegações da acusação. Nesse sentido

Por força do princípio do contraditório, que não incide na fase de investigação (inquérito ou termo circunstanciado), deverá ser permitido à parte se manifestar, sempre, sobre a argumentação da parte contrária; sobre a prova produzida e, bem assim, sobre qualquer ato processual (audiatur et altera pars). Estabelecer ou respeitar o contraditório nada mais é do que permitir o debate entre as partes envolvidas, conforme as faculdades processuais previstas, daí afirmar ScaRance que “são elementos essenciais do contraditório a necessidade de informação e a possibilidade de reação”. (MARCÃO, 2020, p.74)

Portanto, essa questão retoma algo de extrema importância que é o caráter inquisitório da fase de investigação, o qual dar maior prevalência ao polo acusatório, por essa questão Lopes (2020) considera que a aplicação do duplo juiz, um incumbido pela investigação e outro pela instrução e julgamento, visto que o juiz que atuou na investigação possui um grau de valoração que pode causar juízos prévios que contaminam o conhecimento do fato de forma ampliada, pois os conhecimentos prévios do fato já indica qual será sentença.

Para finalizar, algo que reflete diretamente no benefício da utilização da investigação criminal defensiva no Brasil é a diminuição das prisões, principalmente as cautelares, pois esse tipo de investigação proporciona mais elementos probatórios para que seja desvendado e finalizado o caso. Em nosso país possui-se a condição de aplicabilidade de penas de restrição de liberdade antes do trânsito em

julgado, visando uma proteção a investigação criminal, e a devido colhimento de provas, para a resolução da lide, como já explicitado pelo Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, corte formada por onze Ministros guardiões da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Porém, na prática as prisões cautelares em sua maioria vêm causando danos irreparáveis na maioria das vezes, aos princípios constitucionais que protegem um dos maiores bens tutelados no cidadão que é sua liberdade. Existe atualmente uma divergência grande entre a norma e a realidade, de modo que se nota uma grande dissonância entre o discurso institucional, a assertividade das instituições e seu tramite de ações, entre as distinções das espécies de prisões, cautelares e definitiva, pois em muitos casos as cautelares viram penas definitivas.

3.4 Problemas atuais da produção de provas no processo penal e a importância da investigação criminal defensiva nesse contexto

O primeiro e mais conhecido problema em relação às provas, segundo Evinis Talon (2020), diz respeito à busca da verdade real, como se fosse possível atingir ou reproduzir a realidade dos fatos. Nas palavras do mesmo autor, a busca da verdade real “é utilizada como fundamento para que juízes defiram requerimentos do Ministério Público—ainda que ilegais ou intempestivos—e quando, violando o sistema constitucional acusatório, produzem prova de ofício. Não sabemos se é por ingenuidade, compadrio com o Ministério Público ou desconhecimento.”

Ademais, segundo o mesmo autor, “o juiz interpreta o conjunto de interpretações feitas pelas testemunhas. As provas não são o fato em si, mas sim interpretações sobre ele. Noutros termos, primeiramente, a testemunha presencia algo (talvez uma parte da conduta criminosa); em seguida, relata ao Juiz durante a audiência, podendo cometer equívocos (falsas memórias); por fim, o Juiz interpreta a interpretação das testemunhas. Portanto, um equívoco na observação do fato ou no seu relato ao Juiz pode contaminar a sua interpretação. Ademais, com audiências realizadas a cada 10 ou 15 minutos, seria pretensioso imaginar a possibilidade de interpretar adequadamente os fatos.”

A busca da verdade real, além de impossível, é casuística, agraciando apenas a acusação. Sem uma atuação defensiva satisfatória – nos autos oficiais ou por meio da investigação criminal defensiva –, pode ser reproduzida uma

interpretação equivocada sobre os fatos, apresentando lacunas, contradições ou “achismos”. Preocupar-se apenas com o convencimento do Juiz (nas alegações finais, por exemplo) é desconsiderar que a interpretação judicial é feita com base nas várias interpretações feitas anteriormente (depoimentos, perícias etc.) e que os Juízes assumem – indevidamente – um protagonismo na produção de provas invocando que estão em busca da “verdade real”. A atuação da defesa deve ter impacto na produção da prova, não sendo reservada somente para a valoração feita pelo Juiz. (Talon ,2020)

O "peso" da prova testemunhal e a distribuição do ônus da prova ainda que não exista, no processo penal brasileiro, uma prova que dispense a valoração de todas as outras, é inegável que se utiliza excessivamente a prova testemunhal, a qual, em razão das falsas memórias, das influências indevidas e da forma de inquirir, pode ser facilmente manipulada. A indevida distribuição do ônus da prova – em alguns casos atribuído diretamente à defesa – também é um problema que precisa ser superado doutrinária e jurisprudencialmente ou, no mínimo, precisa de contornos que facilitem o cumprimento dessa incumbência, como a possibilidade de realizar a investigação criminal defensiva. (Talon ,2020)

Também devemos considerar que, em muitos casos, as palavras dos policiais (inclusive aqueles que efetuaram a prisão em flagrante) adquirem grande relevância na formação da convicção do julgador. Inúmeros fatores contribuem para isso, como o fato de serem servidores públicos, a autoridade transmitida pelos uniformes, a experiência como testemunhas e, não raramente, a vontade do julgador de não se indispor em relação a eles. (Talon ,2020)

(...) IV - O depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. (...) (HC 471.082/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 30/10/2018) (NUNES, 2020, p.339)

Para arrematar, a prova testemunhal, se confrontada com o interrogatório do réu, tem um peso maior na prática. Assim, se a vítima ou uma testemunha afirmar que o réu praticou o crime, mas este negar em seu interrogatório, é provável que

seja prolatada uma sentença condenatória, caso não existam outras provas que confirmem a narrativa defensiva. A supervalorização da prova testemunhal pode ser fruto da ainda tímida e precária utilização de provas periciais. Apenas recentemente foi intensificada a preocupação quanto às provas técnicas/periciais, notadamente por meio da Lei n. 13.964/2019 (Lei AntiCrime), que instituiu:

- (i) a regulamentação da cadeia de custódia (arts. 158-A, 158-B, 158-C, 158-D, 158-E e 158-F do CPP);
- (ii) uma disciplina maior dos bancos de perfis genéticos (art. 9º-A da LEP); a regulamentação da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos (art. 8º-A da Lei n. 9.296/96);
- (iii) a criação do Banco Nacional de Perfis Balísticos (art. 34-A do Estatuto do Desarmamento);
- (iv) a autorização da criação, no Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Banco Nacional Multi Biométrico e de Impressões Digitais (art. 7º-C da Lei n. 12.037/2009).

Infelizmente, ainda prepondera na prática uma atividade defensiva de mera contestação da versão apresentada na denúncia ou queixa e das provas produzidas pela acusação. Segundo Evinis Talon (2019), ocorre atualmente quanto à questão probatória problemas como:

- (i) a supervalorização das palavras dos policiais;
- (ii) a supervalorização das palavras da vítima nos crimes sexuais ou praticados no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher;
- (iii) o “ônus da prova” atribuído ao réu por alguns julgadores, sobretudo no caso das excludentes de ilicitude.

Há inúmeros problemas na questão probatória. A investigação criminal defensiva não resolverá todos eles, mas será um meio a mais para a defesa combatê-los. A utilização da investigação criminal defensiva pode servir como instrumento de combate às afirmações das testemunhas e, ao mesmo tempo, como cenário de obtenção de elementos técnicos/periciais que fundamentam a versão defensiva. (Talon ,2020)

A investigação criminal defensiva é um importante instrumento de concretização da ampla defesa e de busca da implementação real da paridade de armas entre as partes do processo penal. Ainda que sua regulamentação específica esteja apenas no Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB, sua utilização é inerente a diversos direitos e princípios constitucionais, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência e a previsão de indenização por erro judiciário. Também encontra amparo na legislação infraconstitucional, mormente na permissão de juntada de documentos em qualquer fase do processo (art. 231 do CPP). Com a investigação criminal defensiva, pretende-se superar ou mitigar vários problemas que, infelizmente, integram a prática forense, sobretudo na fase inquisitorial e na produção de provas. (Talon, 2020).

3.5 Investigação Criminal Defensiva no Estrangeiro (Estados Unidos e Itália)

3.5.1 Estados Unidos

Deixado como uma das heranças da colonização inglesa nas Américas, o modelo de sistema de direito Common Law foi adotado pelos Estados Unidos. Esse sistema é derivado de decisões judiciais, e não diretamente das leis, códigos ou da própria Constituição. A experiência norte-americana permitiu que o Common Law inglês se desenvolvesse, na época em que as colônias americanas eram responsáveis por resolver os conflitos.

A doutrina do *common law* de observância ao precedente ficou conhecida como *stare decisis*, que significa "manter o que é decidido". Essa ideia se consolidou com o desenvolvimento da imprensa no século XV. Hoje, continua a ser um componente importante dos sistemas jurídicos inglês e norte-americano. (SILVA, 2020)

Aury Lopes Jr. argumenta que o processo penal estadunidense pode ser dividido em três fases, senão vejamos:

a) investigativa ou preliminar (*investigatory stage*), onde são buscados elementos quanto a materialidade e autoria do crime; b) de adjudicação (*adjudatory stage*), onde o magistrado avalia a admissibilidade das provas coligidas; e c) a

última fase, que corresponde à instrução criminal (judicial stage) perante o júri, que decidirá sobre o mérito da acusação. Em caso de condenação há, ainda, uma quarta fase destinada à dosimetria da pena.

Na etapa da investigação criminal não há um rito pré-estabelecido, o que permite que os órgãos responsáveis pela persecução penal e a defesa possuam ampla discricionariedade na escolha dos meios da colheita de provas. Isso permite que a investigação seja dividida em duas partes, quais sejam: a primeira caracteriza-se em reunir todos os elementos importantes para a identificação do suspeito e a elucidação dos fatos; no tocante à segunda fase, após a identificação do autor do ato ilícito, inicia-se a persecução penal propriamente dita. (LOPES, 2014)

Na fase inicial da investigação, por inexistir suspeito oficial, não se fala em direito de defesa e não há prazo para o encerramento das diligências, nem mesmo prescricional. Tal etapa caracteriza-se, ainda, pelo completo sigilo dos atos.

A partir do instante em que se identifica o suspeito, o que normalmente ocorre com a prisão ou alguma outra medida cautelar, começa efetivamente a persecução criminal. Neste momento, nasce uma série de garantias para o suspeito, como o direito de defesa (com destaque para o aspecto de não se auto-incriminar), o direito à integridade e à intimidade; a jurisdicionalização de medidas restritivas de direitos fundamentais (busca domiciliar e quebra de sigilo das comunicações e de dados); dentre outras. (MACHADO, 2009)

Em virtude do princípio da liberdade de provas, estas são incumbência das partes, e não do magistrado, que se limita a permanecer inerte quanto à atividade probatória. A doutrina preconiza que a defesa tenha acesso irrestrito a todos os elementos de convicção, tanto adquiridos pela polícia judiciária quanto pela acusação. (LEAL, 2022)

Na etapa adjudicatória, consistente em preparação para a judicialização da causa, o Promotor deduz a acusação e o Juiz decide sobre a admissibilidade e licitude das provas apresentadas pelas partes. É constituída, essencialmente, pelas audiências de fiança (*bail hearings*), pelas audiências anteriores ao julgamento (*pretrial hearings*) e pela formalização da acusação.

A acusação é exercida em juízo exclusivamente pelo Ministério Público, uma vez que o Direito norte-americano não prevê qualquer hipótese de ação penal de iniciativa privada. Tal órgão divide-se em três níveis: federal (*US Attorney General* e

US Attorneys), estadual (*Attorneys General of the State e Assistants Attorney General*) e dos condados (*District Attorneys*). (MACHADO, 2009)

Na fase judicial, há a instrução da causa, alegações das partes técnicas (Promotor, assistente de acusação e defensor) e julgamento pelo Juiz (*bench verdict*) ou pelo pequeno Júri (*petty jury verdict*), que apenas proferem veredicto de culpado (*guilty*) ou inocente (*not guilty*). Se houver condenação, passa-se à etapa de sentenciamento (*sentencing proceedings*), em que o Juiz deve verificar a pena merecida pelo réu e proferir a sentença. (MACHADO, 2009)

Além disso, o modelo norte-americano é “adversarial”, ou seja, a gestão da prova é incumbência das partes e não do Juiz. As partes são responsáveis pela marcha processual e detém “tanto o poder de investigar os fatos, como o de instruir o feito, inquirindo testemunhas, consultando peritos e até mesmo determinando o que será objeto de indagação” (ZILLI, 2002). A Autoridade Judiciária, para não comprometer a sua imparcialidade, deve-se manter inerte com relação à atividade probatória. (MACHADO, 2009)

Ademais, o Poder Judiciário norte-americano divide-se nos âmbitos federal e estadual, sendo que os Estados-membros desfrutam de total liberdade para estruturar os seus sistemas judiciários, conforme as suas respectivas Constituições. A maioria dos Estados segue, em linhas gerais, o modelo federal. (DAVID, 1998)

Por fim, embora não exista uma norma legal declarada, é evidente que a investigação defensiva é totalmente admissível nos Estados Unidos da América, uma vez que as partes têm a iniciativa investigativa e probatória, ao obedecer aos amplos princípios estabelecidos no texto constitucional americano e às diretrizes emanadas dos Tribunais.

3.5.2 Itália

A Lei 397, de 7 de dezembro de 2000 passou a regular a investigação defensiva na parte do Código destinada à fase pré-processual na Itália. Essa lei destaca um título específico para a chamada *Investigazioni Difensive* (Investigações Defensivas). Assim que editado o diploma, houve um intenso movimento de recepção das novas disposições, especialmente sob a perspectiva do processo justo. (SILVA, 2019)

O propósito da investigação defensiva foi o de tornar a atuação defensiva mais dinâmica, deixando a defesa de desempenhar um papel de mera resistência, passando a incorporar um perfil de atuação proativo a partir da atividade desempenhada por toda a equipe defensiva. (SILVA, 2019)

O perfil dinâmico que se esperava da defesa no exercício de uma atividade de investigação nada mais era do que o desdobramento das normas convencionais que asseguravam ao imputado o direito a uma defesa técnica e à produção probatória. (SILVA, 2019)

Pela leitura do art. 327-*bis* do CPP italiano, o defensor está autorizado a buscar elementos em favor do seu defendido, em qualquer grau ou fase do processo, para eventual revisão criminal ou até mesmo na seara da execução penal. (SILVA, 2019).

Havia uma premente exigência de adaptação do recente Código de Processo Penal italiano, buscando estabelecer um equilíbrio entre a acusação e a defesa, além do enfrentamento relativo à problemática dos atos unilateralmente colhidos pelo Ministério Público e pela Polícia Judiciária. (SILVA, 2019)

Era claro o propósito de romper o monopólio da atividade investigativa concentrado nas mãos do Ministério Público, especialmente quando considerado o fato de que a inatividade do órgão acusatório na busca de elementos favoráveis ao imputado não acarretava nulidade do procedimento, visto que a defesa poderia exercer a sua própria investigação. No entanto, veremos que o intento não foi levado a cabo, havendo, em alguns pontos, uma intromissão do MP na atividade investigatória defensiva. (SILVA, 2019)

A ideia de investigação criminal não poderia ficar concentrada apenas nas mãos do Ministério Público e da Polícia Judiciária, mas deveria também ser compartilhada com os demais atores da justiça criminal. E nessa vertente é que se desenvolve o estímulo à investigação defensiva. (SILVA, 2019)

O vínculo entre o interessado em desenvolver uma investigação defensiva e o profissional defensor tem início a partir do ato de investidura do encargo, normalmente oficializado pela nomeação por meio de instrumento escrito, por exemplo, tal como autoriza o art. 327-*bis* do CPP italiano. (SILVA, 2019)

Essa formalização autoriza o defensor a realizar atos de investigação para pesquisar e individualizar elementos de prova a favor do próprio constituinte, em qualquer estado do processo e grau do procedimento, na forma do *comma 2* do art. 327-*bis*. (SILVA, 2019)

No momento da formalização do vínculo, espera-se do interessado uma postura de transparência, em que lhe caiba expor os fatos com exatidão, ainda que, em juízo, ele espontaneamente opte pelo silêncio. (SILVA, 2019)

O defensor contratado, a depender da complexidade da investigação, pode contar com um defensor substituto, no caso de suas faltas e impedimentos, além de uma equipe de apoio composta por um investigador privado (*investigatore privato*) e um assistente técnico (*consulente técnico*), cujo encargo de atuação deve ser singularmente informado ao órgão judiciário, na forma do art. 391-*nonies, comma 3*, do CPP. (SILVA, 2019)

O investigador privado do sistema jurídico italiano corresponde a um sujeito autorizado pela Prefeitura para realizar atividades de natureza investigativa em virtude de uma específica experiência profissional, enquanto que o assistente técnico é um profissional chamado a auxiliar a defesa sempre que houver a necessidade de interveniência de um saber técnico, científico ou artístico. (SILVA, 2019)

Percebe-se, então, que a atividade de investigação defensiva envolve um defensor encarregado da competência técnica e jurídica, aliado a um assistente técnico com aptidão em outras áreas do saber e um investigador privado habilitado para colher e buscar elementos de convicção. (SILVA, 2019)

A realização da investigação defensiva pelo advogado e seus auxiliares é encarada como uma atividade de natureza privada, considerando a ausência de um órgão público que a desempenhe e a ausência de poderes coercitivos para realizar os atos de investigação defensiva. (SILVA, 2019)

Uma vez instaurado o inquérito defensivo e depositado no órgão jurisdicional em conjunto com a investigação criminal realizada pelo Ministério Público e pelos

órgãos de Polícia Judiciária, afigura-se possível definir uma eficácia probante, ainda que mínima, ao seu conteúdo.(SILVA, 2019)

É por isso que a investigação defensiva pode se desenvolver de duas maneiras: 1 – de modo prospectivo, mediante apresentação dos elementos colhidos pela defesa por ocasião da prolação de uma decisão que dependa da interveniência das partes; 2 – de modo preventivo, cabendo à defesa formar os autos da investigação e depositá-los em juízo.(SILVA, 2019)

Esse caráter preventivo da atividade investigativa permite que um indivíduo possa contratar um defensor para realizar a investigação antes mesmo de o Ministério Público e a Polícia Judiciária receberem a comunicação da ocorrência do delito, cujos atos, entretanto, ficarão restritos às hipóteses em que o CPP não exige autorização judicial, considerando a inexistência de um procedimento e de um órgão competente.(SILVA, 2019)

Isso significa que o defensor tem plena liberdade para selecionar quais elementos de sua atividade investigatória serão carregados aos autos do inquérito já distribuído em juízo. O CPP italiano estabelece regra excepcional que obriga a apresentação de certos tipos de informação, especialmente aquelas relacionadas com atos probantes irrepetíveis (acesso ao local do crime). (SILVA, 2019)

Sob o aspecto prático, a doutrina italiana aponta que a distribuição prefacial da investigação defensiva ao juízo cria um problema de prevenção, especialmente quando o órgão jurisdicional não tem conhecimento da investigação acusatória, mas é obrigado a autuar e arquivar o inquérito defensivo, sob pena de tornar nulos todos os atos procedimentais subsequentes, caso a defesa atuante não seja instada a se manifestar.(SILVA, 2019)

Do mesmo modo, o defensor deve ter muita segurança ao apresentar em juízo os elementos colhidos em sua investigação, considerando que a inserção dos documentos os torna comuns a todas as partes, não podendo ser subtraídos posteriormente.(SILVA, 2019)

Nota-se que a amplitude da redação do art. 391-*octies* do CPP permite que a defesa possa apresentar os elementos de prova a “cada” juiz que venha decidir qualquer aspecto do procedimento. Isso significa que, em grau recursal, a defesa

possa crescer elementos inéditos para formação do convencimento da instância revisora (*giudice del riesame*), considerando que o sistema processual italiano admite que as partes possam aduzir novas provas durante o percurso recursal. (SILVA, 2019)

O depósito preventivo dos autos da investigação perante o juiz não é acessível ao Ministério Público, salvo se houver autorização judicial nesse sentido (*decisione su richiestadelle altre parti o con loro intervento*). A lei italiana deixa, no entanto, uma dúvida, se o sigilo imposto à investigação defensiva se aplica apenas ao Ministério Público ou também aos coinvestigados e à vítima, sendo respondido pela doutrina que, se a razão do sigilo decorre da posição antagônica entre Ministério Público e defesa, igual razão se aplica a outros sujeitos processuais que possam veicular interesses conflituosos. (SILVA, 2019)

Enquanto não alcançada a fase de unificação entre os inquéritos do Ministério Público e o inquérito defensivo, as demais partes não terão acesso ao seu conteúdo, criando-se um tratamento isonômico entre acusação, defesa(s) e demais sujeitos processuais parciais. (SILVA, 2019)

Como forma de preservar o sigilo da investigação acusatória, o *comma 4* do art. 391-*bis* veda que as pessoas inquiridas pela defesa possam revelar as perguntas e respostas dadas à Polícia Judiciária e ao Ministério Público. (SILVA, 2019)

Além disso, a reforma do Código de Processo Penal italiano, em matéria de investigação defensiva, também atingiu o campo do direito material quando tornou crime a conduta de prestar declarações falsas ao defensor (art. 371-*ter*), de modo a permitir que as informações colhidas tenham fidedignidade bastante. (SILVA, 2019).

O tipo penal de falsas declarações representa a aplicação da sanção penal àqueles que, assumindo a condição de declarantes, prestam informações falsas ao defensor, enquanto no exercício das atividades de investigação defensiva. (SILVA, 2019)

Trata-se de crime contra a administração da justiça, sendo irrelevante a ausência de qualidade de testemunha. A pessoa que se dispõe a prestar declarações no curso da investigação defensiva, ainda que sob a forma de

entrevista não documentada, tem o dever de falar a verdade, sob pena da sanção penal de reclusão, cuja pena pode alcançar até quatro anos.(SILVA, 2019)

A legislação italiana, entre avanços, retrocessos e pontos omissos, é capaz de minorar o desnivelamento entre a atividade acusatória e defensiva no processo penal. No entanto, na prática, a investigação criminal regulada pelo Código ainda não saiu do papel e isso se confirma pela pouca jurisprudência que gravita em torno do tema.(SILVA, 2019)

Há uma profunda desconfiança da magistratura nos elementos constantes do inquérito defensivo, principalmente por serem produzidos por um sujeito privado da relação processual. Essa realidade, por vezes, é um banho de água fria nos próprios advogados que acabam por não se dedicar a essa atividade preventiva, temendo uma possível inutilidade.(SILVA, 2019)

A descrença dos juízes gira em torno do fato de que não há como garantir que aquelas informações sejam fidedignas. Neste ponto, inclusive, há a responsabilização do próprio advogado por eventuais fraudes praticadas na sua investigação.(SILVA, 2019)

Acrescente-se, ainda, em relação à atividade de requisição, que muitas das vezes os advogados não logram êxito em obter as informações da administração pública, tendo que postular a realização de diligência junto ao Ministério Público. (SILVA, 2019)

Da experiência advinda da pesquisa no sistema jurídico italiano se percebe que o problema da investigação defensiva reside, em grande parte, na falta de estímulo dos advogados em conduzir atividade de identificação de fontes de prova. (SILVA, 2019)

4 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA O QUE PODE SER FEITO E O QUE DEPENDE DE ADAPTAÇÃO NORMATIVA

Embora não haja atualmente base legal ou constitucional para a investigação da defesa criminal no Brasil, ainda há muitas razões para pensar na viabilidade dessa linha de ação (TALON, 2020)

Deve-se considerar inicialmente a ausência de quaisquer restrições à tentativa do advogado de conduzir uma investigação além das investigações oficiais (como as conduzidas pela polícia , sindicato , comissão parlamentar de inquérito etc.) (TALON ,2020).

Ao reconhecer a investigação conduzida pela acusação, a busca da defesa também deve ser reconhecida sob pena de violação inquestionável da distribuição equitativa de armas. Em contrapartida, o Ministério Público exerce o controle externo da atividade policial e tem o poder de fazer demandas, proporcionando vantagens estratégicas no que diz respeito à defesa.

4.1 Fundamentos constitucionais da investigação criminal defensiva

O art. 5º, LV, da Constituição Federal, prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Ainda que não mencione expressamente, trata-se de um importante fundamento da investigação criminal defensiva. (Talon ,2020)

Ademais, o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, traz um dos trechos mais importantes para o processo penal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A melhor maneira de fortalecer o processo legal adequado e evitar que alguém seja privado ilegalmente de sua liberdade é dar ao principal interessado – o réu – os meios para participar ativamente do processo e da decisão futura. (TALON ,2020).

Ainda no art. 5º da Constituição Federal, o inciso LXXV destaca que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Uma das principais razões pelas quais o advogado inicia e conduz uma investigação criminal defensiva , buscando provas e desafiando as autoridades judiciais, ministeriais e policiais , é evitar o erro judicial (TALON ,2020).

Se for imposta uma pena que desrespeite as provas que poderiam ter sido fornecidas pela defesa, será o condenado quem irá sofrer os efeitos da pena privativa de liberdade. Por outro lado, o que sofreu o erro seria severamente punido e o acusador e o julgador jamais ofereceriam desculpas à vítima do erro. É a

liberdade do acusado que permanece em jogo diante da possibilidade de erro judiciário (TALON ,2020).

A presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal) também é um fundamento da atuação defensiva. Ora, existindo a presunção de inocência, deve-se permitir ao titular desse direito a possibilidade de participar ativamente para que a presunção seja mantida (TALON ,2020).

Ademais, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), tão invocada genericamente para solucionar todos os problemas, deveria ser observada no processo penal (TALON ,2020).

Além de ampliar o direito de defesa, a súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal ressalta o papel da defesa técnica, sobretudo na investigação policial, ao afirmar que é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa (TALON ,2020).

Para defender adequadamente, é necessário conhecer o que existe contra quem é defendido. Dessa forma, é de extrema importância possibilitar que o Advogado conheça os elementos contra o seu constituinte.

Por fim, há inúmeros fundamentos constitucionais que amparam o direito de defesa e, portanto, a utilização da investigação criminal defensiva: contraditório e a ampla defesa, principalmente por meio de uma defesa efetiva, e não meramente formal; o devido processo legal; permitir que o maior interessado no caso contribua para evitar o erro judiciário; a dignidade da pessoa humana, para que, de fato, o acusado seja visto como um ser humano real, de carne e osso, cuja vida está em julgamento; a súmula vinculante nº 14 do STF, que reitera o direito de ter ciência do teor da investigação, o que, em última análise, destina-se a possibilitar uma reação adequada (TALON ,2020).

4.2 O Código de Processo Penal

O Código de Processo Penal contém vários dispositivos importantes para a atuação da defesa técnica no que concerne à produção de provas, como exemplo tem-se o art. 231 do CPP que dispõe: “Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.”, ou seja, este

artigo tem grande relevância para o exercício da ampla defesa e, especialmente, para a juntada dos resultados da investigação criminal defensiva.

Essa previsão legal de que as partes juntem documentos em qualquer fase do processo é de crucial para definir o amplo leque de possibilidades quanto ao momento de juntada das conclusões da investigação criminal defensiva. Além disso, o texto legal segue a mesma direção do Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB, que prevê a utilização da investigação criminal defensiva inclusive na fase recursal. Assim vejamos:

"Art. 2º A investigação defensiva pode ser desenvolvida na etapa da investigação preliminar, no decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer." (BRASIL, 2018)

Também deve-se considerar que o art. 396-A do CPP prevê que, na resposta à acusação, podem ser oferecidos documentos. Nada impede que a defesa, nessa fase, junte os resultados da investigação criminal defensiva.

Destaca-se, ainda, a regulamentação legal da cadeia de custódia, por meio da Lei n. 13.964/2019 (Lei Anticrime), que incluiu no CPP, entre outros, os arts. 158-A, 158-B, 158-C, 158-D, 158-E e 158-F.

O conceito de cadeia de custódia está previsto no art. 158-A do CPP: Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte (TALON ,2020).

Esse conceito legal, anteriormente de origem apenas doutrinária, demonstra a preocupação atual de incentivar as provas técnicas e questionar o rastreamento dos vestígios nas etapas da cadeia de custódia, algo importantíssimo para a defesa (TALON ,2020).

Segundo Prado (2014, p. 80), a cadeia de custódia representa justamente o importante “dispositivo que pretende assegurar a integridade dos elementos probatórios”.

Por sua vez, Bernacchi e Rodrigues (2018, p. 23) analisam: A cadeia de custódia tem o seu início na preservação do ambiente do crime, passando pela coleta das evidências e percorrendo as demais fases, desde o momento do

acontecimento do fato que deixou vestígios até a apresentação em juízo das provas produzidas com base nesses vestígios. A principal função da cadeia de custódia é garantir a integridade da prova material, seja para preservação das suas características e a sua rastreabilidade, além da garantia de que os objetos apreendidos e examinados pela perícia sejam exatamente os materiais coletados no local do crime, e que o manuseio tenha sido realizado pelos profissionais habilitados (TALON ,2020).

A cadeia de custódia adquire especial relevância para a defesa, sobretudo na investigação criminal defensiva, por se tratar de um caminho para impugnação dos elementos obtidos na investigação oficial(TALON ,2020).

Em outros trechos do Código de Processo Penal, observamos que há várias referências ao direito de defesa, seja pela defesa técnica, seja como autodefesa.

No art. 187, §2º, VIII, do CPP, por exemplo, há previsão de que, ao final do interrogatório, o acusado seja indagado se tem algo mais a alegar em sua defesa. Logo, poderá acrescentar informações que não foram objeto de perguntas anteriores (TALON ,2020).

Por sua vez, o art. 240, §1º, “e”, in fine, do CPP, prevê a possibilidade de busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para descobrir objetos necessários à defesa do réu.

Aliás, como regra, a defesa deve ser ouvida antes da decretação de uma medida cautelar, como a prisão preventiva. Nos termos do art. 282, §3º, do CPP, salvo nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o Juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 dias. Para afirmar que se trata de caso urgente ou que tenha perigo de ineficácia – que dispensa a intimação da defesa –, o Magistrado deverá fundamentar com base em elementos do caso concreto (TALON ,2020).

Os dispositivos anteriormente citados são apenas alguns exemplos da necessidade de respeitar o direito de defesa, por meio da autodefesa ou da defesa técnica. Justifica-se, assim, uma atuação ampla e intensa da defesa técnica, inclusive por meio de um instrumento próprio – que não dependa da vontade das autoridades – de produção de elementos que fundamentam suas manifestações, teses e versões: a investigação criminal defensiva (TALON, 2020).

4.3 O art. 156 do CPP: quem deve provar?

Um dos pontos nevrálgicos da investigação defensiva consiste em estabelecer o que deve ser provado pela defesa. Para tanto, exige-se indagar quem deve provar, isto é, a quem incumbe o ônus da prova, de acordo com uma análise constitucional do art. 156 do CPP (TALON, 2020).

Na prática forense, observamos, por exemplo, muitas sentenças condenatórias fundamentadas no fato de que o réu não se desincumbiu do seu ônus de provar a excludente de ilicitude alegada. Normalmente, essas decisões deixam em segundo plano o ponto relevante para a condenação: a presença dos elementos do crime, quais sejam, fato típico, ilicitude e culpabilidade (TALON, 2020).

Noutros termos, os julgadores desconsideram a necessidade de avaliar a presença da ilicitude, ônus da acusação, optando por atribuir um onírico e equivocado ônus à defesa, consistente na necessidade de provar a excludente de ilicitude alegada (TALON, 2020).

Entrementes, no Brasil, vigora o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal), razão pela qual essa pretensão de distribuir o ônus probatório entre as partes deve ser analisada de acordo com esse relevante princípio constitucional (TALON, 2020).

A Constituição Federal não possui previsão específica relacionada ao ônus probatório, limitando-se a prever o devido processo legal (art. 5º, LIV), o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV) e a inadmissibilidade de provas ilícitas (art. 5º, LVI). O Código de Processo Penal, por outro lado, prevê, na parte inicial do art. 156, que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Dessa forma, surgem algumas indagações no que concerne à compreensão do ônus da prova, especialmente quando se aborda a previsão do Código de Processo Penal sem antes observar o que dispõe a Constituição Federal (TALON, 2020).

Apontando esse equívoco da preponderância do Código de Processo Penal em detrimento da Constituição Federal, Rangel (2011, p. 498) destaca: A doutrina, em maioria, ao estudar a divisão do ônus probatório, sustenta que a divisão do ônus é baseada no interesse da própria afirmação, ou seja, o ônus compete a quem alega o fato. Trata-se de uma visão exclusiva e isolada do art. 156 do CPP, com redação da Lei 11.690/08, em desconformidade com a Carta Política do País, pois há que se fazer, hodiernamente, uma interpretação conforme a Constituição (TALON 2020).

Em outras palavras, é imprescindível que se observe a norma processual (art. 156 do CPP) tendo como parâmetro a Constituição Federal em sua integralidade – e não o contrário –, haja vista a evidente posição de supremacia do texto constitucional em relação ao ordenamento jurídico infraconstitucional (TALON 2020).

Destarte, entende-se que o princípio da presunção de inocência produz impacto diretamente no ônus probatório, e não o contrário. Não deve ser o princípio constitucional afetado por uma previsão infraconstitucional de distribuição do ônus, mas sim esta deve ser relida de acordo com aquele princípio constitucional (TALON 2020).

Contudo, há uma tentativa de inserir no processo penal a lógica probatória do Processo Civil (art. 373 do CPC), o que decorre da habitual adoção de uma teoria geral do processo. Nesse caso, a cada polo da relação processual caberia o ônus de demonstrar suas alegações, esquecendo-se de que, no Processo Penal, as partes não são totalmente iguais, porquanto a liberdade de uma (acusado) está em evidência, enquanto a outra parte (acusação) não terá nenhuma consequência negativa caso não confirme suas alegações, nem mesmo um prejuízo de ordem financeira, como normalmente ocorre no Processo Civil (TALON 2020).

Como exemplo da incorreta distribuição do ônus probatório, cita-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que atribui à defesa o ônus de provar a tese de excludente de ilicitude:

(...) 3. De igual modo, cabe à defesa a provar sua tese de excludente de ilicitude e/ou de culpabilidade. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 871.739/PE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18/11/2008, DJe 09/12/2008)

Como se observa na decisão do STJ – e em muitas outras pelo Brasil –, os Juízes e Tribunais normalmente consideram que as excludentes de ilicitude devem ser provadas pela defesa. Em outras palavras, não seria incumbência do Ministério Público provar que o acusado não agiu amparado por uma excludente de ilicitude, mas sim da defesa provar que, no caso concreto, estava presente uma excludente e, por consequência, não se concretizou a presença de todos os elementos da infração penal (TALON 2020).

Esse entendimento merece inúmeras críticas. Não é possível, a partir do princípio da presunção de inocência, distribuir o ônus probatório, como se a

acusação tivesse a incumbência de provar a ilicitude e à defesa coubesse provar a excludente. Mais perigoso ainda seria inverter o ônus, desconsiderando que o MP precisa provar a ilicitude e pressupondo apenas que a defesa deve provar a excludente, como na sobredita decisão (TALON 2020).

No âmbito do processo penal não cabe ao réu a prova de sua inocência, mas sim ao Ministério Público provar a acusação, em todos os seus termos, já que é o titular da ação penal pública e possui esta prerrogativa/atribuição. Nesse prisma, a defesa tem a possibilidade ou faculdade de se manifestar como forma de fortalecer a presunção já existente em favor do acusado, mas nunca terá o ônus ou o dever processual de fazê-lo, ainda que sua alegação diga respeito a eventual excludente (TALON 2020).

Nesse ponto, tem razão Guarnieri (1952, p. 305) ao afirmar que “incumbe a la acusación la prueba positiva, no sólo de los hechos que constituyan el delito, sino también de la inexistencia de los que le excluyan.”

A questão é muito simples: não é possível que o Ministério Público prove a ilicitude sem demonstrar, simultaneamente, que não se aplica ao caso nenhuma das excludentes de ilicitude. Caso não prove isto, não estará provado aquilo. Algo não pode ser (ilicitude) se algo o impede de ser (excludente) (TALON 2020).

Trata-se de uma questão não apenas jurídica, mas também lógica, considerando que, para que a acusação prove que o fato é típico, ilícito e culpável, deve demonstrar que não há uma excludente que afaste algum dos elementos da infração penal (TALON 2020).

Há um equívoco ao se afirmar que a acusação não tem a atribuição de provar a inocorrência da excludente de ilicitude. Ora, sendo ônus da acusação provar que estão presentes todos os elementos da infração penal, deve provar também que não há nada que desconstitui o crime, como uma excludente de ilicitude (TALON 2020).

A única consequência da inércia da defesa é a perda de uma circunstância favorável, qual seja, o fortalecimento da alegação de uma excludente de ilicitude e uma maior possibilidade de absolvição. Em sentido idêntico, Aroca (1997, p. 153) entende que “el acusado no necesita probar nada, siendo toda la prueba de cuenta de los acusadores, de modo que si falta la misma ha de dictarse sentencia absolutoria.”

Aliás, nem mesmo o caráter indiciário da ilicitude é suficiente para atribuir ao acusado o ônus de provar sua inocência. Se a acusação consegue provar que o fato

é típico e, portanto, indiciário de ilicitude, ao réu continua atribuída uma presunção de inocência, que não é desfeita apenas por indícios de que a conduta também é ilícita. Com efeito, indícios de ilicitude não afastam a presunção de inocência, tampouco são sinônimo de prova da ilicitude em sua integralidade (positiva e negativamente), ou seja, presença de ilicitude e ausência de excludentes (TALON, 2020).

Em suma, cabe exclusivamente à acusação provar que o fato é típico, ilícito e culpável, bem como a ausência de excludentes de ilicitude (TALON, 2020).

Atribuindo o ônus da prova exclusivamente à acusação, deve-se concluir que a defesa pode permanecer inerte e deixar de produzir provas? Não! O debate sobre o ônus da prova não pode legitimar uma defesa fraca e desinteressada (TALON, 2020).

Conforme ressalta Oliveira: (...) será à Defesa Criminal que incumbe a tarefa de promover o descondicionamento do processo penal, logo nas suas fases preliminares. Porquanto, interessa à Defesa que as entidades judiciárias se debrucem – investigando e analisando – sobre os factos e as circunstâncias que mais favorecem o ponto de vista do arguido. (TALON, 2020)

Ainda que se entenda, como proposto aqui, que o ônus da prova é exclusivo da acusação, o Advogado ou Defensor Público deverá atuar como se precisasse provar a inocência, buscando provas que justifiquem suas alegações e contrariam a versão acusatória. Afinal, é provável que o Juiz ou Tribunal adote o entendimento de que a prova da acusação incumbe a quem a fizer, conforme o art. 156 do CPP (TALON, 2020).

4.4 A investigação direta pelo Ministério Público

Admitir que a parte acusadora (Ministério Público) investigue os fatos é um fator determinante para, da mesma forma, aceitar que a defesa realize a sua própria investigação. Noutros termos, com a aceitação da investigação direta pelo Ministério Público, deve-se aceitar também a investigação instaurada e conduzida pela defesa (TALON, 2020).

Sobre o Ministério Público, o STF, no RE 593.727, decidiu o seguinte:

(...) 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Maioria. (...) (RE 593727, Relator: CEZAR PELUSO, Relator p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015)

Na tese fixada, observa-se que:

- o Ministério Público pode promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal;
- a investigação deve ter duração razoável;
- exige-se o respeito aos direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado;
- devem ser observadas as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição;
- exige-se o respeito às prerrogativas profissionais dos Advogados;
- é possível o permanente controle jurisdicional dos atos.

Entende-se pertinente a utilização dessas características e limitações da investigação direta pelo MP como parâmetro para a investigação criminal defensiva, ainda que com algumas adequações (TALON 2020).

Da mesma forma que o MP pode promover as investigações, o Advogado e o Defensor Público também devem ter o poder de instaurar e conduzir uma investigação em favor do constituinte ou assistido (TALON 2020).

No que concerne ao prazo, por não se tratar de instrumento para submissão de alguém a um processo criminal – mas sim para sua defesa –, devemos entender que a investigação defensiva não deve ter um prazo fixo, podendo durar enquanto permanecer a sua utilidade/necessidade (TALON 2020).

Sobre o respeito aos direitos e garantias, trata-se de uma exigência imposta a todo e qualquer procedimento. Deve-se ter cuidado, especialmente, quanto à

privacidade, ao patrimônio e ao direito ao silêncio, sobretudo, neste caso, quando se trata de testemunha que tem o risco de se autoincriminar (TALON 2020).

A reserva constitucional de jurisdição, exigência de ordem judicial para determinadas medidas, é um limite imposto também ao Advogado, que não poderá praticar atos que a Constituição determina que dependem de prévia decisão judicial. Excepcionalmente, caso exista o consentimento do titular do direito, será possível a prática do ato (ex.: ingresso em residência) (TALON 2020).

Em relação ao respeito às prerrogativas da Advocacia, deve-se destacar que a investigação criminal defensiva se trata de um procedimento instaurado e conduzido por um Advogado, isto é, pelo titular de tais prerrogativas. Ademais, há uma relação entre o cliente e o Advogado, exigindo-se o sigilo deste, que somente dará publicidade aos resultados da investigação quando for expressamente autorizado por aquele (TALON 2020).

Por fim, a inafastabilidade da jurisdição também é aplicável aos atos da investigação criminal defensiva. O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Se, na condução da investigação, o Advogado praticar algum ato ilícito, a pessoa prejudicada poderá provocar o Judiciário na seara cível ou criminal (ação penal privada) ou comunicar o fato à autoridade policial ou ao Ministério Público para que, se for o caso, seja oferecida denúncia relativa a eventual crime (ameaça, por exemplo) (TALON 2020).

A Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, trata das regras da investigação direta, que é instrumentalizada no procedimento investigatório criminal (PIC). Trata-se de mais um parâmetro para a investigação criminal defensiva (TALON 2020).

Por meio do amparo jurisprudencial e do CNMP, a investigação direta pelo Ministério Público se desenvolveu rapidamente. Conforme Bulhões (2019, p. 78-79): Proliferaram-se os chamados Procedimentos (ou ‘peças’) Internas de Investigação Criminal (PIIC’s), bem como se treinou e qualificou o quadro de membros e servidores com o uso de técnicas especiais e tecnologias avançadas, notadamente por meio do incremento dos GAECO’s e CAOP’s, e da utilização de agentes e recursos de outras forças de segurança pública.

Evidentemente, a atuação do Ministério Público na condução de uma investigação exige ou deveria exigir – a observância de rigores ainda maiores que a

investigação conduzida por um Advogado. Afinal, como explica Lyra (2009, p. 13) ao abordar a atuação dos Juízes, a “responsabilidade de quem responsabiliza seus semelhantes deve ser a mais rigorosa, a mais efetiva, a mais constante.”

4.5 A Lei do Detetive Particular

A Lei n. 13.432, de 11 de abril de 2017, trata do exercício da profissão de detetive particular, dispondo sobre limites, proibições, deveres, direitos e outros pontos. Uma análise aprofundada desta Lei fugiria dos objetivos da presente obra, que tem como tema a investigação criminal defensiva. Destarte, será analisado apenas alguns pontos que podem contribuir para a compreensão acerca da investigação realizada pela defesa. (TALON, 2020)

O art. 2º da referida Lei afirma que:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se detetive particular o profissional que, habitualmente, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeje e execute coleta de dados e informações de natureza não criminal, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante.

No que tange à seara criminal, o art. 5º disciplina o seguinte:

Art. 5º O detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante. Parágrafo único. O aceite da colaboração ficará a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo.

De início, observa-se que o detetive particular precisa de expressa autorização do contratante para colaborar com a investigação policial. A Lei não aborda a questão sobre a investigação criminal defensiva, mas podemos pressupor que seria admissível a sua colaboração, especialmente porque o contratante provavelmente utilizará os serviços do Advogado – presidente da investigação defensiva – e do detetive. (TALON, 2020)

Da mesma forma que o art. 14 do CPP concede discricionariedade ao Delegado para realizar ou não as diligências requeridas, a colaboração do detetive particular também ficará a critério da referida autoridade policial. (TALON, 2020)

Por sua vez, o art. 7º afirma que o detetive particular é obrigado a registrar em instrumento escrito a prestação de seus serviços. Sugerimos que a mesma providência seja tomada pelos Advogados, por meio de contrato de prestação de

serviços advocatícios que tenha, na cláusula do objeto, a menção à investigação criminal defensiva. (TALON, 2020)

É sabido que a atividade do detetive particular não será sempre segura. Por esse motivo, o art. 8º, parágrafo único, prevê que é facultada às partes a estipulação de seguro de vida em favor do detetive particular, que indicará os beneficiários, quando a atividade envolver risco de morte. (TALON, 2020)

O art. 9º afirma que, ao final do prazo para a execução dos serviços profissionais, o detetive particular entregará ao contratante ou a seu representante legal, mediante recibo, relatório circunstanciado sobre os fatos e informações coletadas. O relatório deverá conter os procedimentos técnicos adotados, a conclusão em face do resultado dos trabalhos executados e, se for o caso, a indicação das providências legais a adotar, assim como a data, identificação completa do detetive particular e sua assinatura. (TALON, 2020)

Apesar da ausência de previsão legal sobre a elaboração de relatório em que o Advogado detalha sua atuação para o cliente, é possível aderir a essa prática na investigação defensiva, entregando ao constituinte o relatório de conclusão da investigação ou um relatório específico que tenha o objetivo único de detalhar, em linguagem simples – porque destinada ao cliente –, os atos praticados no procedimento. (TALON, 2020)

No art. 10, a Lei prevê algumas vedações ao detetive particular, como, por exemplo, a proibição de aceitar ou captar serviço que configure ou contribua para a prática de infração penal ou tenha caráter discriminatório. Também é vedado, entre outras coisas, participar diretamente de diligências policiais e de divulgar os meios e os resultados de coleta de dados e informações a que tiver acesso no exercício da profissão, salvo em defesa própria. Como veremos, a investigação defensiva também tem algumas limitações, incluindo o sigilo. (TALON, 2020)

Os deveres do detetive particular estão previstos no art. 11 da referida Lei, chamando a atenção a preservação do sigilo das fontes de informação, o respeito aos direitos das pessoas (intimidade, privacidade, honra e imagem), a necessidade de prestar contas ao cliente e a restituição ao contratante, findo o contrato ou a pedido, de documento ou objeto que lhe tenha sido confiado. (TALON, 2020)

No que concerne aos direitos do detetive particular, o art. 12 aborda, entre outros, a possibilidade de recusar serviço que considere imoral, discriminatório ou

ilícito e renunciar ao serviço contratado, caso gere risco à sua integridade física ou moral. (TALON, 2020)

Como veremos adiante, inúmeras questões da regulamentação da atividade do detetive particular são semelhantes à regulamentação presente no Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB, especialmente quanto aos deveres. (TALON, 2020)

Na condução da investigação criminal defensiva, o Advogado também deverá estar atento, da mesma forma que o detetive particular, para não praticar condutas que configurem ou contribuam para a prática de infrações penais. (TALON, 2020)

Sobre a participação direta em diligências policiais, antes de se debater a (im)possibilidade, urge ressaltar uma provável indisposição da autoridade policial para aceitá-la. Na prática, as chances de aceitação da participação do Advogado em diligências policiais são mínimas. Em algumas diligências, como a lavratura de prisão em flagrante, a presença do Advogado será crucial para a legalidade do ato. Em outras situações, como busca e apreensão na residência do investigado, o Advogado será, no máximo, tolerado. (TALON, 2020)

De qualquer sorte, a participação do Advogado nas diligências policiais consiste em uma aferição da sua legalidade, podendo requerer diligências e questionar atos, inclusive judicialmente. (TALON, 2020)

Observa-se, por fim, que a atuação do detetive particular não reflete a totalidade das possibilidades de uma investigação defensiva. Com razão, Bulhões (2019, p. 55) alerta que “a investigação defensiva deve ser sempre parte de uma estratégia maior de defesa, não se confundindo com a atividade desempenhada nos termos da Lei Federal n.º 13.432/2017.” (TALON, 2020)

Destarte, a contratação de um detetive particular pode ser relevante para determinada diligência, mas a investigação defensiva abrange muitas outras possibilidades, como a oitiva de testemunhas e a realização de perícias. (TALON, 2020)

Moraes e Pimentel Júnior (TALON, 2020) trazem uma importante observação sobre a participação de detetives, especificamente sobre o custo: De fato, em que pese haver uma impressão inicial de que a contratação de um detetive privado estará restrita àquelas pessoas físicas ou jurídicas que possam arcar com tais serviços, ao menos em um plano teórico, instituições incumbidas da tutela jurídica a necessitados como a Defensoria Pública poderão, por intermédio de seus servidores

de apoio como oficiais e agentes de Defensoria, desempenhar atividades similares às de detetive quando necessário nos casos concretos em que o órgão estiver funcionando. (TALON, 2020)

Ainda que não se trate exatamente do exercício pleno da atividade de detetive particular, é inquestionável que alguns atos podem ser praticados por servidores da Defensoria Pública ou, quanto à defesa privada, pelo próprio Advogado ou seus colaboradores. (TALON, 2020)

A pesquisa de informações e documentos, inclusive em sites ou repartições públicas, não exige habilitação especial. Limitar a prática desses atos a detetives particulares constituiria violação à isonomia e a ampla defesa, porque possibilitaria a instrução/fundamentação das alegações apenas para quem tivesse disponibilidade financeira para contratar os referidos profissionais. (TALON, 2020)

4.6 O Estatuto da OAB

O Estatuto da OAB e da Advocacia (Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994) dispõe sobre inúmeras prerrogativas do Advogado que fundamentam uma atuação artesanal e efetiva na área criminal.

O art. 7º, XIII, dispõe que é direito do Advogado examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estiverem sujeitos a sigilo ou segredo de justiça, assegurada a obtenção de cópias, com possibilidade de tomar apontamentos. Na mesma linha, o inciso XIV prevê como direito examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

O inciso XIV do art. 7º deve ser complementado pelos §§ 11 e 12 do mesmo dispositivo legal: § 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências. § 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças

já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.

Observa-se, portanto, uma possibilidade de delimitação do acesso em caso de diligências em andamento, havendo, no parágrafo seguinte, uma repressão ao fornecimento incompleto de autos e ao fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo (TALON 2020).

Para exercer efetivamente o direito de defesa, o Advogado deverá ter conhecimento das imputações, dos elementos informativos e das provas que integram os autos oficiais. É impossível se defender do que é desconhecido. Por isso, a regra é a possibilidade de amplo acesso aos autos, com a excepcionalíssima hipótese de restrição em caso de diligências em andamento e ainda não documentadas (TALON 2020).

Pelo mesmo motivo, também é prevista a prerrogativa de ter vista dos processos e retirá-los do cartório ou da repartição, conforme os incisos XV ("ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais") e XVI ("retirar autos de processos findos, mesmo sem procuração, pelo prazo de dez dias") (TALON 2020).

O art. 7º, XIX, do Estatuto da OAB, prevê o direito de o Advogado recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi Advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional.

O sigilo é inerente à investigação criminal defensiva, que exige várias cautelas para a condução dos trabalhos, a obtenção de resultados e a publicidade do seu teor (TALON 2020).

As supracitadas prerrogativas da advocacia, conquanto não fundamentam direta e especificamente a investigação criminal defensiva, instituem meios para o seu desenvolvimento efetivo, mormente quanto ao acesso aos autos oficiais (inquérito e processo) e à possibilidade de o Advogado se recusar a depor como testemunha (TALON 2020).

4.7 O Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB

O Provimento n. 188/2018 da OAB foi aprovado pelo Conselho Federal em 11/12/2018 e publicado no Diário Eletrônico da OAB no dia 31/12/2018. Ele regulamenta a investigação realizada por advogados.

Atualmente, a única regulamentação sobre a investigação criminal defensiva no Brasil é o Provimento n. 188/2018 da OAB. No entanto, por não se tratar de legislação, não vincula juízes, delegados e membros do Ministério Público, mas apenas os advogados.

O Provimento é um ato da OAB, não tendo sido editado por um Poder da República. Não tem, portanto, a força normativa da Constituição (ou de suas emendas), das leis (complementares ou ordinárias), das medidas provisórias ou de qualquer outro ato que integre o processo legislativo (art. 59 da Constituição Federal) (TALON 2020).

Portanto, o Provimento vincula somente os Advogados, abordando, basicamente, a relação destes com os clientes em caso de investigação criminal defensiva e como o profissional poderá conduzir o procedimento. Noutros termos, concede um poder – que poderia ser presumido a partir do princípio da ampla defesa – e disciplina os aspectos jurídicos e éticos, mas não impõe a sua observância às autoridades públicas (TALON 2020).

Por mais elogiável que seja a aprovação do Provimento, há o risco de que, fora da Advocacia, não se respeite o poder de investigar atribuído aos Advogados, fazendo com que a regulamentação seja mais utilizada no aspecto disciplinar pela OAB (para punir o Advogado que a descumprir) do que como constrangimento das autoridades que atuam na persecução penal. Cita-se, por exemplo, eventual reclamação formulada pelo cliente à OAB, argumentando que o seu Advogado juntou aos autos de um processo documentos de que não tinha conhecimento e que são relativos à questões íntimas ou privadas. (TALON, 2020)

Por esses motivos, é fundamental que a regulamentação seja feita não apenas por normas internas da OAB, mas, principalmente, por alterações legislativas que devem ser observadas e respeitadas pelas autoridades (TALON 2020).

Esse também é o entendimento de Bulhões (2019, p. 73), que afirma que “precisa ser promulgado um marco legal, que traga segurança jurídica definitiva,

bem como possa cogitar do alargamento das prerrogativas da advocacia, no sentido melhor exercer a sua função investigativa.”

De qualquer forma, o Provimento é um importante parâmetro para a atuação do Advogado, devendo ser utilizado como base da sua atuação na investigação criminal defensiva. Afinal, esse poder decorreria diretamente da Constituição, mormente dos princípios do contraditório e da ampla defesa, assim como do Código de Processo Penal, sobretudo da permissão para juntar documentos nos autos, considerando que os resultados da investigação (depoimentos, perícias, imagens etc.) constituirão documentos que, se obtidos por meios lícitos, podem e devem ser admitidos no processo penal (TALON, 2020).

4.8 O projeto do Novo Código de Processo Penal

Atualmente, tramitam no Congresso Nacional projetos de lei que instituem e disciplinam – ainda que resumidamente – a investigação criminal defensiva.

No dia 22 de abril de 2009, o Senador José Sarney (PMDB/AP) apresentou o Projeto de Lei do Senado n. 156/2009, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal. A sua aprovação em Plenário ocorreu em dezembro de 2010, sendo posteriormente remetido à Câmara dos Deputados, tornando-se o PL n. 8.045/2010. (TALON, 2020)

O texto original do PLS n. 156/2009 abordava a investigação criminal defensiva no art. 14, facultando ao investigado, por meio de seu Advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Também disciplinava que as entrevistas deveriam ser precedidas de esclarecimento sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas. (TALON, 2020)

No dia 7 de dezembro de 2010, o Deputado Federal Miro Teixeira, do PDT/RJ, apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei que “Institui o Código de Processo Penal”, o qual recebeu a numeração 7987/2010. Esse projeto foi apensado ao PL n. 8045/2010, da mesma forma que mais de 300 outros projetos. (TALON, 2020)

No PL n. 8045/2010, a regulamentação da investigação criminal defensiva é feita nos seguintes termos:

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

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

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

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

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

§ 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. § 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.

De início, observa-se que foi adicionado o Defensor Público ao lado do Advogado e de outros mandatários com poderes expressos. Concorda-se com essa alteração, haja vista que deve ser plenamente admitida – e até incentivada – a instauração e condução de uma investigação defensiva por membro da Defensoria Pública. (TALON, 2020)

A utilização do referido procedimento pela Defensoria Pública é crucial para consolidar a ampla defesa, porquanto se trata de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados (art. 134 da Constituição Federal). Se não fosse possível que a Defensoria investigasse em favor dos seus assistidos, haveria desigualdade entre os poderes das defesas realizadas por Advogado e Defensor Público, prejudicando, portanto, os investigados e réus. Por esse motivo, defende-se não apenas a permissão, mas também o incentivo a essa forma de atuação. (TALON, 2020)

O §2º apresenta uma limitação, que consiste na impossibilidade de interpelar a vítima na investigação criminal defensiva, salvo se tiver autorização judicial e o seu consentimento. Na autorização, o Juiz poderá fixar condições para a entrevista (§3º). (TALON, 2020)

De fato, a inserção da vítima na investigação criminal defensiva gera muitos receios e necessita de alguns cuidados que reduzam os riscos de que o convite para a sua oitiva pareça ser uma tentativa de intimidação. Acredita-se, contudo, que é uma limitação que prejudica o principal objetivo da investigação defensiva: a

efetivação da ampla defesa. Para não prejudicar a defesa, é imperativo que o Advogado participe do depoimento da vítima no inquérito policial, com possibilidade de formular as perguntas que entender pertinentes. (TALON, 2020)

O §4º apresenta algumas condições para o pedido de entrevista, quais sejam, discricção, reserva e apenas em dias úteis, com observância do horário comercial. Consideramos que esse parágrafo, apesar de integrar um projeto de lei, deve ser considerado como parâmetro de atuação para os Advogados desde já. Evidentemente, por não se tratar de legislação em vigor, trata-se, ainda, de mera recomendação, servindo como um possível parâmetro que pode evitar riscos desnecessários. (TALON, 2020)

O §5º representa um retrocesso, por considerar que o material produzido poderá ser juntado, a critério da autoridade. Mantém-se, portanto, a discricionariedade que já existe quanto aos requerimentos de diligências (art. 14 do CPP), o que em nada contribui para a efetivação da ampla defesa. (TALON, 2020)

Entende-se que seria muito importante a previsão da discricionariedade do advogado quanto a juntar ou não o material produzido. Afinal, por respeito ao direito de não se autoincriminar, não existe o dever de juntar provas contrárias ao investigado ou réu. Infelizmente, o projeto trata da (perigosa) discricionariedade da autoridade policial, mas desconsidera a discricionariedade da defesa técnica. (TALON, 2020)

Por fim, o §6º prevê a responsabilização civil, criminal e disciplinar pelos excessos cometidos na condução da investigação defensiva. (TALON, 2020)

Ainda que o projeto seja tímido e não contemple toda a complexidade inerente à investigação criminal defensiva, deve-se reconhecer que sua aprovação seria um avanço para o exercício da ampla defesa, em que pese a previsão da discricionariedade da autoridade policial – o que permite ocultar do inquérito policial elementos favoráveis à defesa – e a falta de regulamentação dos outros meios que podem ser empregados na investigação. (TALON, 2020)

4.9 A Ordem dos Advogados do Brasil e a Defensoria Pública como órgãos de fomento e regulação da atividade investigativa defensiva: edição das normas administrativas pertinentes

Nosso atual sistema processual é pautado por uma enorme restrição à intervenção da defesa, já que apenas o Ministério Público e a Polícia Judiciária é que tomam iniciativas oficiais tendentes à elucidação do fato criminoso. Salvo raras exceções, especialmente quando o indiciado se encontra solto e possui condições de custear as diligências da defesa desde a fase do inquérito policial, a maioria dos acusados presos não têm atuação defensiva alguma durante o inquérito policial.

Se tomado o exemplo da Defensoria Pública, a instituição ainda não dispõe de bastante aparato para acompanhar investigações policiais e prestar assistência jurídica aos indiciados, em razão da ausência de pessoal e de estrutura física para tal. A única atuação efetiva da Defensoria Pública restringe-se a sua participação na audiência de custódia e no recebimento dos comunicados de prisão, oportunidade em que a instituição se empenha em arrecadar elementos com o único propósito de restabelecer a liberdade do preso, sem qualquer contribuição para a sua defesa no processo que está prestes a ser iniciado.

Permitir a realização de uma investigação criminal defensiva não tem o propósito de estabelecer uma dialética probatória na fase de investigação. Pelo contrário, o profissional encarregado da defesa realiza atos investigatórios de modo a preparar o material probatório no interesse da defesa. Essa atividade de documentação e pesquisa guarda relação direta com o tempo, já que, quanto mais cedo ocorrer a intervenção da defesa na construção da linha a ser adotada no processo, maiores serão as chances de o acusado se submeter a um julgamento que se adeque ao fato por ele praticado.

O Código de Processo Penal já deu um passo importante no caminho de adequar o rito processual penal prestigiando o contraditório prévio, ao instituir a figura do juiz das garantias, cuja responsabilidade recai sobre o controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, na forma do art. 3-B, incluído pela Lei n. 13.964/2019.

O propósito do legislador partiu da reflexão sobre o acerto ou não da judicialização da fase investigatória e se haveria outra alternativa que pudesse aprimorar a atividade dos sujeitos do processo penal em respeito ao primado do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Ao lado da intervenção do juiz na fase de investigação e nos limites do art. 3-B do CPP, somente com a incorporação de novas normas acerca da disciplina probatória defensiva e a própria formação dos advogados e membros da Defensoria

Pública para o desempenho dessa atividade, mediante cursos a serem ministrados no âmbito das instituições e a inserção de outros personagens no cenário processual penal para conferir maior suporte ao profissional encarregado da defesa é que alcançaremos um modelo de efetiva paridade de armas.

4.10 A figura do Juiz das garantias introduzida pelo Pacote Anticrime (Lei n.º 13.964/19)

O Juiz das garantias foi introduzido pelo Pacote Anticrime (Lei n.º 13.964/19), e é parte da estrutura acusatória do processo penal brasileiro, tal como disposto no artigo 3º-A do CPP. Sua competência abrange todas as infrações penais, exceto aquelas cujas quais são de menor potencial ofensivo. Na dicção do art. 3º-B, caput, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/19, o Juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário. Consiste, na outorga exclusiva, a um determinado órgão jurisdicional, na competência para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase investigatória da persecução penal, o qual ficará, na sequência, impedido de funcionar no processo judicial desse mesmo caso penal.

Sendo assim, todas as normas regentes dessa figura são de natureza intrinsecamente processual, implicando consequências processuais, pois regras de atuação do magistrado, seus impedimentos e sua competência primária não podem ser entendidos como organização judiciária.

Dessa forma, a criação do Juiz das garantias é importante sobretudo por garantir a imparcialidade do Juiz que encarregado do processo, aumentando, assim, direitos fundamentais do réu na fase inquisitorial: O Direito fundamental ao devido processo legal.

Nesse sentido, um avanço recente foi que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, em 23/08/2023, que a alteração no Código de Processo Penal (CPP) que instituiu o juiz das garantias é constitucional. Ficou estabelecido que a regra é de aplicação obrigatória, mas cabe aos estados, o Distrito Federal e a União definir o formato em suas respectivas esferas. De acordo com as novas regras, o juiz das garantias deverá atuar apenas na fase do inquérito policial e será responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos

individuais dos investigados. A partir do oferecimento da denúncia, a competência passa a ser do juiz da instrução. (BRASIL, 2023)

O ministro Luís Roberto Barroso afirmou que a opção pelo juiz das garantias foi uma decisão legítima do Congresso Nacional e destacou a necessidade de que o país tenha um direito penal sério e moderado. Segundo o ministro, o sistema atual é duríssimo com os pobres e “extremamente manso com a criminalidade dos ricos, do colarinho branco, inclusive com a apropriação privada do Estado”. Para o ministro Gilmar Mendes, a criação do juiz das garantias foi uma das manifestações da classe política em defesa da democracia brasileira, ao assegurar mecanismos de imparcialidade do magistrado criminal e favorecer a paridade de armas, a presunção de inocência e o controle da legalidade dos atos investigativos invasivos. Ele entende que essa sistemática contribui para maior integridade do sistema de justiça. (BRASIL, 2023)

Também foi mantida a regra que proíbe as autoridades penais de fazer acordos com órgãos de imprensa para divulgar operações. Nesse ponto, o colegiado considerou que a divulgação de informações sobre prisões e sobre a identidade do preso pelas autoridades policiais, pelo Ministério Público e pelo Judiciário deve seguir as normas constitucionais para assegurar a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa. (BRASIL, 2023)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na perspectiva de demonstrar por meio dos assuntos apresentados a importância da investigação criminal defensiva ao cumprimento dos preceitos fundamentais, dentre eles os princípios constitucionais de equilíbrio entre as partes através do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e o da não culpabilidade, ao se determinar a privação da liberdade de um cidadão, há de se ter profunda certeza sobre os fatos elencados sobre o início e decorrer do processo, não podendo subsistir quaisquer dúvidas quanto a materialidade dos fatos e sua autoria, garantir a segurança jurídica e aplicabilidade correta da lei, unificar de maneira embasada e ponderada, o definido no código de processo penal.

A hipótese abordada neste trabalho teve o interesse de lançar um olhar sobre as prisões que poderiam ser evitadas se houvesse a investigação criminal defensiva que cumpre com os caminhos ideais para a realização da persecução penal, ainda é possível enxergar uma série de procedimentos que vão em desencontro ao diploma legal, infelizmente não se tratando mais de casos isolados, mas sim difundidos e tornando-se comum em todo o território nacional fruto de um modelo adquirido durante a intervenção militar e que perdura e muito nos dias atuais.

Nosso atual sistema processual é pautado por uma enorme restrição à intervenção da defesa, já que apenas o Ministério Público e a Polícia Judiciária é que tomam iniciativas oficiais tendentes à elucidação do fato criminoso. Salvo raras exceções, especialmente quando o indiciado se encontra solto e possui condições de custear as diligências da defesa desde a fase do inquérito policial, a maioria dos acusados presos não têm atuação defensiva alguma durante o inquérito policial

A participação do contraditório e da ampla defesa no Inquérito Policial poderia resultar no não oferecimento de diversas ações penais, uma vez que aqueles princípios devem ser respeitados em todos os processos judiciais e administrativos por estarem assegurados na Constituição Federal. Suas respectivas ausências no procedimento preliminar implicam na classificação dessa fase como inquisitiva, ou seja, sua publicidade se torna restrita e suas atividades persecutórias avaliadas sob o olhar de uma única autoridade, não havendo oportunidade da aplicação da defesa.

Nesse contexto, deve-se compreender o papel da defesa durante o inquérito e as desvantagens que se apresentam quando comparada à imputação de uma

infração penal contra o investigado. Sem a investigação criminal defensiva, o Advogado dependeria apenas da concordância da autoridade policial para realizar as diligências no Inquérito Policial, conforme a parte final do artigo 14 do Código de Processo Penal, que se refere à realização de tais diligências, ou não, a juízo da autoridade.

A possibilidade de uma investigação privada patrocinada pelo defensor do investigado tem como sua base justamente a ideia de haver paridade de armas entre investigado e Ministério Público, a fim de equilibrar as pretensões acusatórias e defensivas, assim como permitir à defesa a análise dos indícios de forma autônoma, à procura das suas próprias fontes de prova.

Nesse âmbito, considerando a ausência de leis sobre a investigação defensiva e o projeto do Novo Código de Processo Penal que ainda tramita no Congresso Nacional, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil tratou de editar o Provimento no 188/2018 para regular administrativamente as bases para o profissional da advocacia fazer investigação e presidir inquéritos defensivos, dando aos profissionais da advocacia mais uma prerrogativa para o exercício de suas funções, além de fornecer-lhes maiores orientações de como conduzir o procedimento.

A sociedade como um todo é penalizada, pois, por uma parte os marginalizados, discriminados e interpretados como cidadãos de má índole e conduta, que são julgados e condenados antes de mesmo de se ter o fato criminoso devidamente investigado, de outros cidadãos que buscam a justiça e pedem a proteção dela para garantir também seus direitos e garantias fundamentais, o seu bem estar e a proteção aos seus maiores bens tutelados o da vida e da liberdade.

Ao se trazer em discussão os assuntos aqui apresentados proporcionou a sociedade que o processo jurídico seja de fato correto, digno e deveras justo, não permitindo que aconteçam injustiças tão descabidas quanto as que se tem notícia pelos meios de comunicação, onde inocentes tem seu direito à liberdade caçados, por inquéritos pífios, ineptos, por um *Parquet* desatento e esmorecido em sua função precípua que é a salvaguarda da lei e um judiciário que parece não ler os processos que recebe, uma vez que tais aberrações sejam corrigidas de forma abrangente para a sociedade, e seja possível o resgate da dignidade do marginalizado, e proporcionar de fato que o mal feito seja investigado e o seu executor seja punido.

A aplicabilidade da lei penal e processual penal, quanto a investigação criminal, deve estar em concordância com os preceitos ricos e valoráveis contidos na constituição federal brasileira, o operador do direito ao utilizar das ferramentas contidas nas normas positivadas, também deve estar atento ao que será de maior valor a sociedade e a dignidade do indivíduo tão bem valorada na carta magna (BRASIL, 1988) e atendendo o que é descrito na Carta da República (BRASIL, 1988), em seu art. 5º incisos LIV, LV, LVII e LXI.

O que se infere, em suma, é que a investigação defensiva nada mais é do que o exercício da ampla defesa, direito fundamental consagrado pela Constituição Federal que engloba todos os meios e recursos a ela inerentes. A advocacia é essencial à administração da Justiça, e deve atuar sempre com respeito àquele que nela deposita a sua confiança e a função protetora de suas prerrogativas de cidadão.

Assim, o Inquérito Policial, por investigar o viés acusatório de investigação, não atende, em conteúdo, a necessidade da defesa de obter informes favoráveis ao investigado, sendo mister o desenvolvimento da investigação defensiva, devendo se instituir um procedimento detalhado, que estipule os principais aspectos formais e substanciais da atividade investigatória do defensor, conforme diretrizes constitucionais e os pressupostos da eficiência e do garantismo.

Nesse sentido, um avanço recente foi que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, em 23/08/2023, que a alteração no Código de Processo Penal (CPP) que instituiu o juiz das garantias é constitucional. Ficou estabelecido que a regra é de aplicação obrigatória, mas cabe aos estados, o Distrito Federal e a União definir o formato em suas respectivas esferas. De acordo com as novas regras, o juiz das garantias deverá atuar apenas na fase do inquérito policial e será responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais dos investigados. A partir do oferecimento da denúncia, a competência passa a ser do juiz da instrução. (STF [...], 2023)

Respondendo à pergunta, a investigação criminal defensiva é um elemento necessário de garantia de equilíbrio entre as partes, devendo se instituir um procedimento detalhado, que estipule os principais aspectos formais e substanciais da atividade investigatória do defensor, conforme diretrizes constitucionais e os pressupostos da eficiência e do garantismo para que o Inquérito Policial, por investigar o viés acusatório de investigação, seja mais justo ao investigado.

Nesse contexto, sabe-se que as investigações que desaguam no processo judicial em geral são desenvolvidas por outras instâncias, policiais ou administrativas e que, portanto, o acesso a elas pela defesa deve verificar-se antes mesmo da instauração da ação penal, porque acredita-se que o mero protagonismo entre a acusação e a defesa na fase judicial assegura um contraditório mais formal do que real. Assim, a maior participação da defesa na fase preliminar certamente permitirá uma valoração mais sensata do resultado do processo e, por conseguinte, a aceitação de institutos despenalizadores já existentes na Lei n. 9.099/95, nas demais normas e nos outros futuros diplomas que possam a vir ser implantados.

Além disso, a defesa necessita de uma maior previsibilidade das provas que disporá para a apresentação de suas teses para assumir um comportamento mais dinâmico na relação processual. O acesso pela defesa às fontes que municiam as instâncias preliminares é crucial não só para influenciá-las e ir em busca de provas, sejam elas incriminadoras ou exculpatórias, em relação ao sujeito ou indiciado, mas também para permitir que a sua defesa tenha acesso a essas fontes, e assim possa fazer a sua crítica e influenciar a sua atuação, inclusive apontando linhas investigativas. Esse novo paradigma proposto implicará necessariamente reformas legislativas e uma mudança cultural que desmascare a massacrante rotulagem do noticiário sensacionalista, respeitando acima de tudo a dignidade humana do imputado e assegurando a efetividade da plenitude de defesa constitucional.

Ademais, experiências de certos países, como as investigações defensivas na Itália e nos Estados Unidos, mostram as vantagens que um procedimento probatório preliminar equitativo pode apresentar como filtro para evitar demandas injustas e para propiciar acordos e até mesmo dispensar o ajuizamento ou a continuidade da demanda judicial. Dessa forma, acredita-se que o exercício da investigação defensiva provavelmente tem utilidade no campo de acordos processuais no Brasil.

Por fim, a investigação criminal defensiva é um importante instrumento de concretização da ampla defesa e de busca da implementação real da paridade de armas entre as partes do processo penal. Ainda que sua regulamentação específica esteja apenas no Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB, sua utilização é inerente a diversos direitos e princípios constitucionais, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência e a previsão de indenização por erro judiciário. Também encontra amparo na legislação infraconstitucional, mormente na permissão de juntada de documentos em qualquer fase do processo (art. 231 do CPP). Com a investigação criminal defensiva, pretende-se superar ou mitigar vários problemas que, infelizmente, integram a prática forense, sobretudo na fase inquisitorial e na produção de provas.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Osmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito processual penal**. 12. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Método, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus, 2012.

BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. **Seminário Internacional de Ciências Criminais**, 2019, v. 1, n. 322, p. 7-9, set./2019. Disponível em: <<http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim322.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. A prisão processual de flagrante é novidade no "pacote anticrime". **Revista eletrônica Consultor Jurídico. Conjur**. Rio de Janeiro. 2019.

BARROS, Marcos Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STF considera obrigatória implementação do juiz das garantias: tribunal fixou prazo de 12 meses, prorrogáveis por mais 12, para que os estados, o Distrito Federal e a União definam o formato em suas respectivas esferas. **STF**, 23 ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512751&ori=1>. Acesso em: 30 ago. 2023.

BESSIL, Frederico Haupt. O garantismo penal. **Jus**, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44503/o-garantismo-penal>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BIRCK, Alexandre de Azevedo. **O instituto despenalizador da transação penal previsto na lei 9.099/95: Uma análise sob o prisma dos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e presunção de inocência**. Faculdade de Direito de Vitória. Vitória. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 set. 2023.

BRASIL, Decreto Lei 2.848 de Dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL, Decreto Lei 3.689 de Março de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL, Lei 7.210 de Julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL, Lei 7.960 de 21 de dezembro de 1989. **Lei da Prisões temporárias**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 523**. No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prova de prejuízo ao réu. Brasília, DF: Superior Tribunal Federal, [1969]. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula523/false>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871**. Regula a execução da Lei n.º 2033 de 24 de Setembro do corrente ano, que alterou diferentes disposições da Legislação Judiciária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm> Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1832. **Código do Processo Criminal de primeira instância**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm> Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.245 de 12 de janeiro de 2016**. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm> Acesso em: 23 nov. 2021..

BRASIL. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm . Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. **Mensagem nº 10, de 12 de janeiro de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Msg/VEP-10.htm> Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm#. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

BRECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. Princípios Constitucionais do Processo Penal – Questões Polêmicas. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, vol. 17, n. 5. Brasília. 2005.

BRENTANO, Larissa Adriane. **Efetivação do sistema acusatório e o juiz das garantias no processo penal brasileiro**. 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/efetivacao-do-sistema-acusatorio-e-o-juiz-das-garantias-no-processo-penal/>. Acesso em: 20 out.2020.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONJUR. **Advogado não pode fazer investigação criminal defensiva**.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/academia-policia-advogado-nao-realizar-investigacao-criminal>. Acesso em 23 abr. 2020.

CONJUR. **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#author>. Acesso em: 23 nov. 2021.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 23 nov. 2021.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 357 e segs.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual Prático de Investigação Defensiva: Um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: EMais, 2019. p. 65.

FERNANDES, Patrícia Vieira dos Santos. A legitimidade das prisões cautelares à luz do princípio do estado de inocência. **Mestrado em Direito Público**. Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia. 2013.

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

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LEAL, Rodrigo Luiz Alves. **O inquérito policial e a investigação criminal defensiva no Brasil entronizada pelo provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande

do Sul, Porto Alegre, 2022. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/253070>. Acesso em: 25 fev. 2023.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury.; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 393-394.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. 2009. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 99.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Abuso das prisões cautelares e manutenção da desigualdade social. **Revista Consultor Jurídico**. Santa Catarina. 2016.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

MARTELETO FILHO, Wagner. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MAYA, Andre Machado. **Imparcialidade e Processo da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

MAYA, Andre Machado. **Imparcialidade e Processo da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 13. Ed. rev. e atual. até dezembro de 2001, São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme. **Curso de Direito processual penal**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013, São Paulo: Atlas, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

PINHEIRO, Guilherme César, JUNIOR e Waldir Miguel dos Santos. O Princípio Constitucional da Presunção de Inocência e o Projeto de Novo Código de Processo Penal. **Revista eletrônica de direito processual – REDP** vol. IV. Pernambuco, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. vol. 1: parte geral, arts.1º ao 120. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

RAVARA, Bruno Albino. Da aplicabilidade das prisões cautelares ante o princípio constitucional da presunção de inocência. **Revista Conteúdo Jurídico**. Ano X - São Paulo -SP, 2018.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. 2016. Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/7262>. Acesso em: 30 out.2021.

SILVA, Franklyn R. A. A investigação criminal direta pela defesa: instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 41-80, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.308>. Acesso em: 30 out. 2021.

SILVA, Franklyn R. A. **Produção probatória defensiva: a possibilidade de exercício da investigação criminal defensiva e a sua repercussão no campo da avaliação de standards no processo penal/ Carolina Alves Vestena**. - 2019. Disponível em: <https://www.btdt.uerj.br:8443/bitstream/1/9200/1/Franklyn%20Roger%20Alves%20Silva_total.pdf> Acesso em: 30 out.2022.

TALON, Evinis. **Investigação Criminal Defensiva**. 2020. Disponível em: <<https://amz.onl/0Q6TFBXx>> Acesso em: 30 out.2021.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. Ed. rev. E atual., Salvador: Ed Juspodivm, 2017.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev. Amp. e atual. Mato Grosso: Juspodivm, 2016.

TEIXEIRA, Luciana de Sousa. Audiência de custódia: eficaz para a redução da banalização das prisões cautelares? **54 f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília**, Brasília, 2015.

TEXEIRA, Priscila Flávia. **O advento da Lei nº 13.245/2016: mutação do procedimento inquisitorial ou ampliação dos direitos fundamentais do acusado?** 2016. 48f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal Fluminens, Rio de Janeiro.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho, **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**, Revista dos Tribunais; 1ª edição, 2003, p. 44.