

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS” - FADIR
GRADUAÇÃO EM DIREITO

JORGE MORAIS REGO NETO

**A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR DEFENSIVA COMO PRESSUPOSTO DA
INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA
AMPLA DEFESA**

UBERLÂNDIA

2023

JORGE MORAIS REGO NETO

**A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR DEFENSIVA COMO PRESSUPOSTO DA
INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA
AMPLA DEFESA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao componente TCC2 à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – UFU, como requisito básico para a conclusão do Curso de Direito.

Orientador: Professor Dr. Karlos Barbosa Alves.

UBERLÂNDIA

2023

A Investigação Criminal Defensiva como pressuposto da instrumentalização dos princípios do contraditório e da ampla defesa

Trabalho de conclusão de curso orientado pela Prof. Dr. Karlos Barbosa Alves, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia-UFU, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, aprovado pela banca examinadora formada por:

Prof. Dr. Karlos Barbosa Alves

Orientador - Professor Doutor na Universidade Federal de Uberlândia

Prof^a. Dr^a Simone Silva Prudêncio

Uberlândia, 13 de outubro de 2023.

RESUMO

O presente estudo busca potencializar a investigação criminal defensiva como um mecanismo hábil a garantir o contraditório e a ampla defesa do acusado já nos primeiros momentos da persecução penal. A partir de um contexto histórico, delineado pela análise do sistema processual brasileiro e o modelo investigatório utilizado no fulcro do inquérito policial, o trabalho pontua a necessidade de implementação do instituto no Brasil. Além disso, um estudo comparativo com as experiências estrangeiras na aplicação da investigação pela defesa demonstra a clara aplicabilidade do instituto, que deve ser adaptado às especificidades do Direito brasileiro, contando a futura elaboração de diplomas legais, a partir do caminho pavimentado pelo Projeto de Lei nº 8.045/2010 e pelo Provimento nº 188/2018 da CFOAB. Assim, será possível legitimar a investigação defensiva como importante pressuposto da linha defensiva do acusado, garantindo-lhe maior participação na colheita de provas e, por conseguinte, a oportunidade de fortalecer as estratégias defensivas.

Palavras-chave: investigação criminal defensiva; sistemas processuais penais; inquérito policial; contraditório; ampla defesa; Provimento nº 188/2018 da OAB; Projeto de Lei nº 8.045/2010; investigação defensiva.

ABSTRACT

The present study aims to enhance defensive criminal investigation as a proficient mechanism to ensure the right to adversarial proceedings and the accused's full defense right from the initial stages of criminal prosecution. Drawing from a historical context, outlined through an analysis of the Brazilian procedural system and the investigative model used at the core of police inquiries, this work highlights the necessity of implementing this institution in Brazil. Furthermore, a comparative study with foreign experiences in the application of defense-driven investigation demonstrates the clear applicability of this institution, which should be tailored to the specifics of Brazilian law, with the future creation of legal frameworks following the path paved by Project Bill No. 8,045/2010 and CFOAB Provision No. 188/2018. Thus, it will be possible to legitimize defensive investigation as an important presupposition of the accused's defense line, providing them with greater participation in the gathering of evidence and, consequently, the opportunity to strengthen their defense strategies.

Keywords: defensive criminal investigation; criminal procedural systems; police inquiry; contradictory; legal defense; OAB's Provision nº 188/2018; Project Bill nº 8.045/2010; defensive investigation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	8
2.1 Conceito e natureza jurídica	8
2.2 Relação com os sistemas processuais penais.....	9
2.3 Sistema processual penal brasileiro	12
3 MODELO INVESTIGATÓRIO BRASILEIRO	13
3.1 Inquérito policial: características e aspectos gerais	13
3.2 Contraditório e ampla defesa no inquérito policial	16
4 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR DEFENSIVA.....	18
4.1 Conceito e abrangência.....	18
4.2 Direito comparado: experiências italiana e estadunidense	20
4.3 Legislação do tema no direito brasileiro.....	22
5 CONCLUSÃO.....	24
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	25

1 INTRODUÇÃO

A investigação criminal defensiva surge em um contexto de ampliação e efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos acusados, sobretudo no contexto do Direito penal e processual penal brasileiro. Trata-se, pois, de uma ferramenta hábil a instrumentalizar os princípios do contraditório e da ampla defesa, direitos básicos de qualquer parte de um processo, já no início da persecução penal. Apesar disso, o tema é pouco debatido e ainda se encontra longe de uma efetiva absorção pelo ordenamento jurídico pátrio.

Moldado em bases inquisitoriais, o sistema processual brasileiro, sobretudo na fase pré-processual, apresenta características próprias que afastam da pessoa do acusado garantias fundamentais. Assim, ao concentrar os poderes investigatórios nas mãos das autoridades públicas, o acusado encontra-se delimitado pelos rumos dados à investigação pela autoridade policial, que conta com amplo arsenal para diligências investigativas, objetivando a colheita de elementos informativos para desencadear a propositura da ação penal. Enquanto isso, o acusado se vê de “mãos atadas”, apenas aguardando o desfecho das investigações.

A partir disso, a investigação defensiva, liderada pelo advogado de defesa, deve ser interpretada como um pressuposto básico à efetivação de direitos que, embora garantidos constitucionalmente, não são vislumbrados na fase investigatória da persecução penal. Apesar de serem preceitos insculpidos no texto constitucional, o contraditório e a ampla defesa são plenamente afastados da fase pré-processual, e apenas presentes após a propositura da ação penal.

Além do mais, apesar do pouco espaço que ainda possui no Direito pátrio, a investigação defensiva é essencial para a criação de um modelo processual garantista de preceitos básicos e fundamentais dos acusados, além de conferir maior participação do acusado na produção de provas e colheita de elementos informativos na fase investigativa. Para além disso, o instituto visa conferir maior equidade no trâmite processual, conferindo tratamento igualitário entre as partes, além das mesmas oportunidades.

Ao produzir provas já na fase pré-processual, ao investigado é garantida a possibilidade de corroborar sua tese defensiva, quebrando com a limitação imposta pelos elementos colhidos unilateralmente pelas autoridades policiais. Mais uma vez, vê-se como possível a ruptura com um processo majoritariamente inquisitivo, que concentra nas mãos do julgador a gestão probatória, negligenciando a participação do acusado.

O instituto tem ganhado espaço nos últimos anos, ainda que de maneira tímida. Nesse sentido, o legislativo brasileiro já se movimentou na tentativa de reformar o Código de Processo Penal vigente, através do Projeto de Lei nº 8.045 de 2010, trazendo em seu arcabouço esboços iniciais sobre a investigação defensiva. Já de maneira mais bem elaborada, mas ainda distante

do necessário, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil elaborou o Provimento nº 188/2018, assegurando à prática advocatícia criminal a prerrogativa de desencadear atos privados de investigação para instruir os procedimentos administrativos e judiciais.

Nesse sentido, o presente trabalho vislumbra a possibilidade de conferir à investigação defensiva o *status* de mecanismo capaz de efetivar e instrumentalizar os preceitos constitucionais fundamentais de todos acusados: contraditório, ampla defesa e paridade de armas. A partir da investigação encabeçada pela própria defesa, o acusado terá a garantia de usufruir de direitos até então mitigados neste momento, auxiliando no deslinde da investigação com participação mais efetiva e presente.

Com isso, o estudo é iniciado por uma análise do modelo processual brasileiro, com apontamentos sobre os tipos de sistemas processuais penais reconhecidos pela doutrina e a natureza jurídica da investigação criminal. Destaque, aqui, para o modelo investigatório adotado pelo Direito brasileiro, sobretudo nos moldes do inquérito policial, e como o contraditório e a ampla defesa (não) aparecem neste momento. Essa análise sumária é de suma importância para criar campo fértil à idealização da investigação defensiva no Brasil, em atenção às peculiaridades apresentadas pelo sistema processual pátrio.

Por conseguinte, o estudo destrincha os aspectos básicos que abrangem a investigação defensiva, com atenção à ocorrência do instituto no Direito estrangeiro. Busca-se extrair das experiências estadunidense e italiano as melhores técnicas investigativas, além de se precaver de erros cometidos nas experiências estrangeiras e como o instituto poderia ser aqui instituído. Por fim, será apresentado como o tema é tratado no Brasil, evidenciando a escassez de normativas sobre a investigação criminal defensiva.

2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

2.1 Conceito e natureza jurídica

A persecução penal é compreendida como o exercício do poder punitivo do Estado que, por meio de um procedimento estruturado em atos determinados, busca aferir elementos suficientes para imputar a determinado agente o cometimento de fato delituoso eventualmente ocorrido, e, ao final, aplicar-lhe sanção ou medida de segurança cabível. A persecução criminal é dividida em duas fases: um momento pré-processual, chamada de investigação criminal (ou investigação preliminar), e a fase processual, compreendendo a ação penal.

Grosso modo, é na fase pré-processual que a atividade estatal objetiva identificar e colher elementos de informação quanto à autoria e a materialidade da infração penal potencialmente cometida, fornecendo subsídio para posterior ajuizamento da ação penal. É nesse sentido que Renato Brasileiro de Lima¹ discorre ter a fase de investigação preliminar uma natureza instrumental, já que se destina a esclarecer os fatos delituosos relatados à autoridade policial. A partir dessa premissa, o autor conclui que a investigação criminal apresenta dupla função: preservadora, evitando a instauração de processos penais infundados ou temerários, e preparatória, fornecendo elementos para o exercício do direito de ação no âmbito penal².

Por sua vez, José Frederico Marques³ destaca o caráter informativo da investigação, pontuando ser este um fator determinante para a diferenciação do procedimento investigativo da fase pré-processual para a instrução da fase processual penal. Segundo as ideias do estudioso, enquanto a investigação criminal busca colher elementos de informação para fundamentar e viabilizar a propositura da ação penal, a fase instrutória presente no processo penal objetiva reunir provas para demonstrar o direito da defesa ou a legitimidade da pretensão punitiva⁴.

Assim, nesta conjectura de ideais, podemos tratar a investigação preliminar como sendo o conjunto de atividades desenvolvidas por determinado órgão estatal visando reunir elementos de convicção acerca de suposta infração penal, justificando a propositura de posterior ação penal.

2.2 Relação com os sistemas processuais penais

A investigação criminal passou por diversas transformações ao longo dos séculos, sendo fortemente influenciada pelo contexto histórico-cultural ao qual estava sujeita, desenvolvendo-se conforme o direito e os costumes da época. Com os diferentes regimes governamentais e as várias mudanças sociais com o decorrer da história humana, o instituto esteve sempre alinhado com o sistema processual penal vigente nos variados momentos históricos.

Por sistema processual penal, devemos entender o conjunto de regras e princípios que regem o Direito Processual Penal de determinada localidade, em determinado período. A doutrina aponta a existência de três sistemas processuais penais: inquisitório, acusatório e misto.

¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima - 11. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022., p. 157.

² *Ibid.*, p. 157.

³ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I., p. 139.

⁴ *Ibid.*, p. 139.

O sistema inquisitório surgiu a partir do século XII e se propagou por toda a Europa, até meados do século XVIII. Através deste modelo, o personagem central do processo era o juiz, conhecido como juiz inquisidor, figura na qual se concentravam as funções de acusar, defender e julgar o acusado⁵. Com essa reunião de atividades, o juiz gozava de ampla e plena liberdade para gerir as provas do fato ocorrido, determinando, de ofício, a oitiva de testemunhas e produção de outros elementos probatórios que julgar conveniente. Além do mais, todo o procedimento era sigiloso, sem qualquer tipo de publicidade dos atos.

Todo o aparato processual do sistema inquisitivo colocava o acusado como mero objeto do processo. Inclusive, era comum a prática de tortura para extrair do acusado uma confissão forçada, além de prisões preventivas e a incomunicabilidade do indiciado⁶. Em suma, percebe-se um sistema pautado na restrição de direitos do acusado, não havendo o que se falar em contraditório e ampla defesa, sobretudo em razão da ausência da dialética processual formada pela contraposição entre acusação e defesa.

Vemos, aqui, um sistema rigoroso e secreto que afasta o acusado da condição de sujeito de direitos. As principais características do modelo inquisitivo muito se aproximam dos aspectos gerais dos sistemas absolutistas que vigoraram no mesmo período histórico, já que, da mesma forma que o juiz inquisidor concentra os poderes de acusar, defender e julgar, os governadores de regimes absolutistas reuniam as funções de administrar, legislar e julgar⁷.

Dessa forma, a investigação criminal no âmbito do sistema inquisitório é pautada pela concentração das atividades investigativas em uma única pessoa (o juiz), que dispunha de total autonomia para determinar a produção de provas e outros elementos informativos, em detrimento dos direitos e garantias individuais do acusado, sobretudo à ampla defesa e ao contraditório.

Em contrapartida, o sistema acusatório foi o modelo utilizado na Antiguidade Clássica, em especial no Direito Romano. Trata-se de modelo caracterizado pela separação das funções e construção de uma dialética processual bem definida, contrapondo acusação e defesa em partes separadas, e mantendo-os em posições equidistantes ao juiz, assegurando a imparcialidade do julgador. À luz deste modelo, o início da persecução penal não mais compete ao juiz, partindo de órgão diverso do julgador. Nas palavras de Renato Brasileiro⁸, “chama-se

⁵ LIMA, *op. cit.*, p. 44.

⁶ *Ibidem*, p. 44.

⁷ *Ibidem*, p. 44.

⁸ LIMA, *op. cit.*, p. 45.

acusatório porque [...] ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio do qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias”.

Na fase investigatória do sistema acusatório, é função precípua das partes a produção probatória, sendo o juiz mero expectador deste momento pré-processual, convocado apenas se necessário ou provocado. Aqui, vigora a concepção de passividade do juízo frente à gestão das provas, como forma de garantir a imparcialidade da atividade jurisdicional. Nesse sentido, surge o brocardo latino *actum trium personarum*, isto é, cada ator do processo desempenha uma única função, sendo o processo integrado por partes imparciais⁹.

Conforme explica Aury Lopes Jr.¹⁰, é a separação de funções e gestão das provas pelas partes que possibilita a efetivação da imparcialidade do processo. Com a separação rígida de funções e paridade de tratamento entre as partes, o processo investigativo do modelo acusatório eleva o acusado à condição de sujeito de direitos, resguardados o contraditório, a ampla defesa e a paridade de armas.

Por último, a partir da decadência do modelo inquisitório e a ascensão napoleônica no século XIX, surge o sistema misto (ou francês), fruto da aglutinação das características dos dois sistemas anteriores. Este modelo apresenta duas fases bem distintas: a primeira fase, pré-processual, conta com fortes traços inquisitórios, sem contraditório e destituída de publicidade e ampla defesa, enquanto na segunda fase, processual, de caráter acusatório, vigora a isonomia entre as partes e defesa do contraditório e da ampla defesa do acusado¹¹.

Neste sistema misto, a fase de investigação preliminar segue os ditames do modelo inquisitório, pautando a atividade investigativa na ausência de contraditório e ampla defesa, além de inexistência da estrutura dialética presente na fase processual.

Grande parte da doutrina tece críticas a este modelo, a partir da ideia de que, na atualidade, todos os sistemas processuais penais seriam, de certo forma, mistos, não mais havendo sistemas processuais “puros”. Nesse sentido, Lopes Júnior aduz que a mera separação das funções de acusar e julgar não deve ser suficiente para caracterizar a separação plena dos modelos inquisitório e acusatório¹². Além do mais, buscar caracterizar um sistema processual única e exclusivamente pelo critério da gestão probatória¹³ também não seria suficiente para

⁹ *Ibidem*, p. 45.

¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury Direito processual penal / Aury Lopes Júnior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020., p. 58.

¹¹ LIMA, 2022, p. 46.

¹² LIMA, 2022, p. 61-62.

¹³ CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais da investigação criminal. *Lumen juris*: Rio de Janeiro, 2006. p. 127

determinar se o modelo processual é puramente inquisitório ou acusatório, justamente pela existência de momentos distintos dentro do processo penal, com características ora acusatórias, ora inquisitórias.

Nestes termos, o sistema misto é caracterizado por ser, na verdade, um sistema inquisitório ou acusatório, adotando elementos secundários do outro sistema. Apesar disso, as regras gerais do modelo devem estar em consonância com a garantia de direitos básicos dos indivíduos, mantendo a estrutura dialética do processo e a iniciativa probatória nas mãos das partes, como tentativa de assegurar a imparcialidade do juiz.

2.3 Sistema processual penal brasileiro

Muito se discute sobre qual o sistema processual penal foi adotado pelo Direito brasileiro. Ao tempo da edição do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689/1941), alguns autores apontavam para a prevalência do sistema misto, tendo em vista a inquisitorialidade da fase inicial (inquérito policial), e o modelo acusatório da fase processual propriamente dita, reconhecendo a adoção do modelo acusatório a partir da Constituição Federal de 1988. Esse é o posicionamento de Renato Brasileiro de Lima¹⁴. Por outro lado, Aury Lopes Júnior¹⁵ aduz que o sistema brasileiro sempre foi inquisitório, na medida que o princípio informador do processo penal era inquisitivo, em razão da concentração da gestão das provas nas mãos do juiz.

Além do mais, a interpretação de determinados dispositivos da Constituição Federal de 1988 nos possibilita afirmar que o modelo adotado pela Carta Magna é o sistema acusatório. Em primeiro, tal premissa parte da competência privativa conferida ao Ministério Público para a propositura da ação penal pública (art. 129, I, CF¹⁶). Adiante, o texto constitucional prevê, expressamente, a separação das funções de acusar, julgar e defender, assegurando os princípios do contraditório e da ampla defesa ao acusado (art. 5º, LV, CF¹⁷), e, ainda, o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII¹⁸, CF).

¹⁴ LIMA, *op. cit.*, p. 46-47.

¹⁵ JÚNIOR, 2020, p. 64-65.

¹⁶ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. (BRASIL, 1988)

¹⁷ “LV - 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.” (BRASIL, 1988)

¹⁸ “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1988)

Júnior¹⁹ ainda aponta para a existência de determinados dispositivos do Código de Processo Penal que possuem denotação inquisitória, como os artigos 156²⁰ e 385²¹. Nesse sentido, tais disposições seriam “substancialmente inconstitucionais”, por serem incompatíveis com o princípio acusatório estampado na Constituição²².

Isto posto, em uma análise puramente constitucional, é possível despontar como sendo o modelo acusatório o adotado pelo Direito processual penal brasileiro. Por outro lado, é inegável a presença de resquícios de inquisitividade no modelo brasileiro, característicos da fase preliminar investigativa e presente em disposições infraconstitucionais que permitem eventuais interpretações tendentes à classificação do sistema processual penal brasileiro como misto.

3 MODELO INVESTIGATÓRIO BRASILEIRO

3.1 Inquérito policial: características e aspectos gerais

A investigação criminal presente na fase pré-processual é gênero, pelo qual temos como espécies o inquérito policial, as comissões parlamentares de inquérito, sindicâncias e outros meios²³. Ainda assim, o ordenamento jurídico brasileiro pontua o inquérito policial como principal meio investigatório, com regulamentação pelos arts. 4º a 23, do Código de Processo Penal.

Segundo Renato Brasileiro²⁴, inquérito policial nada mais é que um procedimento de natureza administrativa, inquisitório e preparatório, presidido pelo Delegado de Polícia, desencadeado por uma série de atos e diligências destinadas à colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal. Não há, neste momento, exercício da pretensão acusatória do Estado, além de não incorrer, ao final do procedimento, na aplicação de sanções ao indiciado. Dessa forma, o inquérito policial é interpretado como uma

¹⁹ JÚNIOR, 2020, p. 65.

²⁰ “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. (BRASIL, 1941)

²¹ “Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”. (BRASIL, 1941)

²² LOPES JÚNIOR, 2020, p. 65.

²³ *Ibidem*, p. 181.

²⁴ LIMA, 2022, *op. cit.*, p. 157.

peça informativa, servindo de substrato para viabilizar posterior ação penal com base em lastro probatório mínimo apontando para a ocorrência de uma infração penal.

O ordenamento brasileiro não delimita uma ordem rígida de atos bem definidos para determinar a sequência dos atos no inquérito policial. Nesse sentido, o procedimento investigativo é flexível e conduzido com base na discricionariedade da autoridade policial, competente para ditar e requerer as diligências que reputar necessárias, de acordo com o caso concreto²⁵. Ainda assim, não deixa de apresentar uma sequência lógica e conclusiva dos fatos descobertos e elementos informativos colhidos durante todo o procedimento, sendo os atos devidamente documentados e reunidos em peça única (art. 9º, CPP²⁶).

Outro ponto de destaque do inquérito policial é seu caráter sigiloso. Aqui, o trabalho do polícia investigativa deve se pautar no resguardo do sigilo necessário à elucidação dos fatos, ou que seja imprescindível para o interesse da sociedade²⁷. Essa característica conflita com o direito do advogado em examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir as investigações, os autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, conforme ditames do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7º, XIV²⁸, da Lei nº 8.906, de 1994).

Apesar disso, o entendimento que tem prevalecido é de que o advogado apenas poderá ter acesso às diligências já documentadas no procedimento investigatório. Não há, pois, acesso do defensor às diligências em curso, sob risco de perecimento da eficácia da investigação, vez que o sigilo é inerente à atividade investigatória²⁹. Foi neste sentido que o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 14³⁰, garantindo o acesso do defensor aos atos já documentos que digam respeito ao exercício de defesa do acusado.

Face à não contribuição das partes na colheita de elementos informativos, a investigação desenvolvida no âmbito do inquérito policial não se sujeita ao contraditório e à ampla defesa.

²⁵ LIMA, 2022, p. 157.

²⁶ “Art. 9º. Todas as peças do inquérito policial serão num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”. (BRASIL, 1941)

²⁷ LIMA, *op. cit.*, p. 167.

²⁸ “Art. 7º. São direitos do advogado: XIV - 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”. (BRASIL, 1994)

²⁹ LIMA, 2022, p. 167.

³⁰ “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”. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=sumulas&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=S%C3%BAmula%20Vinculante%20n%2014&sort=_score&sortBy=desc.

Em razão disso, muito se discute acerca da valoração dos elementos de informação colhidos neste momento pré-processual, e se poderiam ser admitidos para a convicção do juiz na fase processual³¹. O art. 155, caput, do CPP, com redação alterada pela Lei nº 11.690/08, aduz:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941)

A partir do dispositivo normativo, resta claro que o CPP diferencia os elementos informativos de provas. Enquanto o primeiro termo se refere às informações obtidas no decorrer da investigação criminal, sem participação das partes, e, por conseguinte, com inobservância ao contraditório e à ampla defesa, a prova remete aos elementos de convicção produzidos no curso da instrução processual, sendo respeitado o contraditório e a ampla defesa, face à concorrência das partes na produção³².

Ademais, o termo “exclusivamente” contido na normativa abre brechas para que o juiz utilize, subsidiariamente, os elementos informativos do inquérito policial para formação de sua convicção. Assim já decidiu o STF³³, admitindo que os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz, quando complementam outros indícios e provas que foram submetidas ao contraditório e à ampla defesa.

Renato Brasileiro de Lima³⁴ já asseverava que o juiz da fase processual não deveria ter acesso aos elementos informativos da fase investigatória, de forma que o juiz da instrução deveria ter acesso apenas ao sumário da primeira fase pré-processual, sob pena de violação grave ao contraditório das partes. O autor, ainda, diz que os elementos colhidos no primeiro momento devem ter como objetivo apenas formular a convicção do titular da ação penal, e não podendo se admitir que o juiz da instrução os utilize para seu convencimento.

Na mesma linha de raciocínio, Aury Lopes Júnior³⁵ aponta o risco de contaminação do juiz pelos elementos colhidos na investigação preliminar. Nas palavras do autor, à fase pré-processual não é conferido poder de aquisição de prova, razão pela qual os elementos

³¹ LIMA, 2022, p. 147.

³² *Ibidem*, p. 158.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 425.734/MG. Ofensa ao art. 5º, incisos LIV e LV.. Inviabilidade do reexame de fatos e provas. Súmula STF nº 279. Ofensa indireta à Constituição Federal. Inquérito. Confirmação e juízo dos testemunhos prestados na fase inquisitorial. Agravantes: Antônio Lutervado de Brito e Wallace da Silva Araújo. Agravado: Ministério Público Estado de Minas Gerais. Relatora Ministra Ellen Grace, DJ 28/10/2005 p. 57.

³⁴ LIMA, 2022, p. 147-150.

³⁵ JÚNIOR, 2020, p. 211.

informativos não devem fundamentar a sentença proferida na ação penal, certo de que a valoração probatória deve recair sobre os atos praticados no momento processual oportuno.

3.2 Contraditório e ampla defesa no inquérito policial

Os aspectos gerais e característicos do inquérito policial nos demonstram um procedimento pautado em traços inquisitivos. Ocorre que, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a discussão tomou novos rumos. Isso porque o texto constitucional assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 5º, inciso LV. A partir desta premissa, as discussões recaíram sobre a abrangência dos termos contidos no inciso supracitado, para fins de enquadrar a possibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa ainda na fase pré-processual investigativa, sob pena de violação à Carta Magna.

Não suficiente, a Lei nº 13.245/16³⁶ introduziu novo dispositivo ao Estatuto da OAB (Lei nº 8.906, de 1994³⁷), e alinhou novas perspectivas sobre a atuação do advogado, garantindo-lhe o direito a assistir seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta de todos os atos investigativos subsequentes (art. 7º, XXI³⁸). Mais uma vez, o legislador ampliou o rol de direitos e garantias do profissional e do próprio acusado, ao passo que abriu lacunas para a discussão da natureza do inquérito policial e das investigações preliminares como um todo. Duas correntes foram discutidas.

A priori, parte da doutrina defende que a investigação preliminar contempla o contraditório e a ampla defesa, contudo, com alcance limitado. Os defensores dessa posição ressaltam a necessidade de ser feita interpretação extensiva dos dispositivos constitucionais, para interpretar a investigação criminal como um procedimento de natureza administrativa, e que, portanto, deve se encaixar no termo procedimento administrativo, da mesma forma que o investigado pelo inquérito policial deve ser interpretado como acusado, encaixando-os nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição. Por esta vertente ideológica, busca-se extrair

³⁶ Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). (BRASIL, 2016)

³⁷ Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). (BRASIL, 1994)

³⁸ “XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração [...]”. (BRASIL, 1994)

máxima eficácia do texto normativo, efetivando os valores fundamentais basilares do texto constitucional.

Nesse sentido, Fauzi Hassan Choukr³⁹ aduz que a investigação criminal nada mais é que um procedimento administrativo preparatório para a ação penal e, por haver conflito de interesses, existe litígio e litigantes, atraindo a incidência art. 5º, LV. Na mesma ideia, Aury Lopes Júnior⁴⁰ dispõe que o preceito constitucional não deve ser interpretado restritivamente, de forma que eventual confusão terminológica não pode servir de obstáculo para a aplicação do contraditório e da ampla defesa já no inquérito policial.

Por outro lado, ainda é forte a ideia de que a investigação preliminar é mero procedimento de natureza administrativa, desencadeado apenas para fornecer elementos para formar a convicção do titular da ação penal. E, por ser apenas um procedimento, pelo que não haverá aplicação de sanção no momento de sua conclusão, não haveriam razões para a observância do contraditório e da ampla defesa neste momento⁴¹. Ainda assim, esta corrente não afasta os direitos de defesa do acusado, que apenas são vislumbrados de maneira distinta, como pelo direito à informação e de intervenção aos atos que lhe digam respeito a direitos e garantias fundamentais.

Consoante o posicionamento de Renato Brasileiro⁴², o caráter inquisitivo garante maior celeridade às investigações, otimizando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos informativos. Neste ínterim, a natureza inquisitorial das investigações busca maximizar a eficácia das diligências policiais, não sendo cabível o exercício do contraditório das partes neste primeiro momento.

Ainda no mesmo sentido, Antônio Scarance Fernandes⁴³ diz que, na fase pré-processual, ainda não há procedimento, mas apenas atos de investigação, dos quais alguns requerem sigilo, como a busca e apreensão ou a interceptação telefônica. Ademais, o autor verbera que o sucesso da realização das diligências depende da surpresa de sua realização, concluindo que não seria viável antecipar a defesa plena à fase pré-processual⁴⁴.

³⁹ CHOUKR, 2006, p. 126.

⁴⁰ JÚNIOR, 2020, p. 294-295 .

⁴¹ LIMA, 2022, p. 157.

⁴² *Ibidem*, p. 171.

⁴³ FERNANDES, Antônio Scarance. A reação defensiva à imputação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 120.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 120.

Não obstante, ainda se faz necessária a defesa de garantias fundamentais básicas dos acusados já neste primeiro momento, o que se dá, ainda que de forma tímida, pelo direito à informação, espectro do contraditório presente no momento processual.

4 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR DEFENSIVA

4.1 Conceito e abrangência

Nas palavras de Édson Luís Baldan⁴⁵, a investigação defensiva compreende

o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na ante judicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial.

Na mesma linha, o Provimento nº 188 de 2018 da OAB, que será melhor apresentado em tópico próprio, conceitua, em seu art. 1º, a investigação defensiva como

o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

A partir destes conceitos, podemos interpretar a investigação defensiva como o procedimento desencadeado pela defesa, na pessoa do procurador, tendo por objetivo a reunião de elementos probatórios capazes de influir na decisão da autoridade policial e fortificar o repertório defensivo do acusado.

Ressalta-se que o instituto ora em apreço destoa da participação do procurador do acusado no decurso do inquérito policial. Apesar de ambas situações serem concretizadoras de direitos de defesa do acusado, a investigação defensiva garante ao defensor maior autonomia e independência para atuação própria, conferindo-lhe controle e liberdade na busca por elementos informativos e probatórios na linha investigativa. Por outro lado, a simples participação nos autos da investigação preliminar vincula o defensor às autoridades públicas, de forma que o procurador fica delimitado pelos rumos investigativos tomados pela autoridade policial⁴⁶.

⁴⁵ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 64. p. 253-273. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2007., p. 9-10.

⁴⁶ LIMA, 2022, p. 239.

A partir do pleno controle da linha investigatória, ao advogado é garantida uma vasta gama de técnicas investigativas⁴⁷ capazes de angariar elementos de prova a fim de reforçar as teses defensivas do acusado, tais como: (i) busca e pesquisas na rede mundial de computadores, através de sítios virtuais e perfis públicos nas redes sociais, com registro em ata notarial das informações obtidas, garantindo maior credibilidade; (ii) acesso a informações cartorárias e registros públicos, por meio do exercício do direito de petição e de certidão (art. 5º, XXXIV, *a* e *b*, CF⁴⁸), além da solicitação de informações públicas, garantidas pela Lei nº 12.527, de 2011 (Lei de Acesso à Informação)⁴⁹; (iii) inquirição de testemunhas, que deverão consentir com o ato e prestar o depoimento por livre e espontânea manifestação de vontade, além do registro do ato em mídia audiovisual, como forma de conferir maior autenticidade ao conteúdo ali gravado; (iv) envio de notificações extrajudiciais, sejam elas públicas, por cartório e cumprida por oficial de notas, ou privadas; (v) utilização de imagens colhidas por câmeras de segurança; (vi) requerimento de expedição de mandados de busca e apreensão, nos moldes do artigo 242 do Código de Processo Penal⁵⁰; (vii) realização de perícias, vistorias ou inspeções diversas, por meio de profissionais capacitados e em lugares públicos ou de acesso consentido, com a elaboração de relatório técnico-profissional; e (viii) contratação de detetives particulares, nos termos da Lei nº 13.432, de 2017⁵¹.

O rol de atividades e técnicas investigativas não é exaustivo, de forma que, a partir da criatividade, discricionariedade e orçamento disponível do advogado defensor, é possível a realização de inúmeras outras diligências que o procurador entender como aptas a reunir elementos de provas hábeis à defesa do acusado. Todavia, apesar do amplo arsenal de técnicas de investigação, o advogado encontra-se limitado por questões de ordens normativas ou materiais.

A atuação do procurador do acusado, no contexto da investigação defensiva, é delimitada pelas inviolabilidades constitucionais, sobretudo sigilo telefônico, fiscal, bancário e a inviolabilidade domiciliar, preceitos insculpidos no art. 5º da Constituição Federal, além da

⁴⁷ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Manual de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. Florianópolis: EMais, 2019.

⁴⁸ “XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”. (BRASIL, 1988)

⁴⁹ “Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.”

⁵⁰ “Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”. (BRASIL, 1941)

⁵¹ Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular.

impossibilidade de utilização de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CF⁵²). Além disso, no âmbito administrativo, o advogado esbarra nas limitações conferidas pelas normativas gerais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e suas respectivas seccionais, que contam com estatutos, portarias, resoluções e demais instrumentos que ordenam a atuação advocatícia, porquanto, na seara cível, as limitações permeiam as possibilidades de violação a direitos de terceiros através do cometimento de atos ilícitos (artigos 186⁵³ e 187⁵⁴ do Código Civil)⁵⁵.

Isto posto, percebe-se que a investigação defensiva demonstra ser meio hábil e eficaz na concretização de direitos básicos do acusado, sobretudo na aplicação do direito ao contraditório e à ampla defesa ainda na fase investigatória. Através deste instituto, busca-se dar efetividade ao princípio da paridade de armas, numa tentativa de garantir ao acusado instrumentos hábeis de defesa já na fase pré-processual, frente à concentração de poderes investigatórios da autoridade policial.

4.2 Direito comparado: experiências italiana e estadunidense

Embora seja tema ainda pouco difundido no Direito brasileiro, a investigação preliminar defensiva não é novidade ao redor do mundo. A partir disso, notório é o destaque dos sistemas jurídicos italiano e estadunidense, que implementaram a investigação defensiva em seus respectivos ordenamentos normativos, consolidando-se como modelos tomados como referência para a aplicação da temática no ordenamento pátrio⁵⁶.

Em decorrência da mesma matriz romano-germânica e filiação à *civil law*, o sistema jurídico italiano muito se aproxima do brasileiro, razão pela qual a investigação defensiva do país europeu serve de principal exemplo para a adoção do instituto no Brasil. Além disso, não percamos de vista o fato de ter sido o Código de Processo Penal brasileiro, editado em 1941, fortemente inspirado pelo Código de Processo Penal italiano, conhecido como *Codice Rocco*, decretado no governo fascista de Benito Mussolini, em 1930⁵⁷.

⁵² “LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. (BRASIL, 1988)

⁵³ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002)

⁵⁴ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. (BRASIL, 2002)

⁵⁵ DIAS, 2019, p. 93-98.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 25.

⁵⁷ DIAS, 2019, p. 26-27.

A investigação defensiva na Itália surge a partir do contexto histórico desencadeado em torno da Operação *Mani Pulite* (“Operação Mãos Limpas”), responsável por deflagrar o escândalo de corrupção que permeava a política italiana, e que acarretou a condenação de mais de 1.300 figuras públicas envolvidas nos esquemas de corrupção⁵⁸. Diante todo o cenário de instabilidade e descrença no poder Judiciário, a advocacia italiana vislumbrou a necessidade de resguardar os acusados dos métodos investigativos abusivos utilizados pelos magistrados. Assim, surgiu a ideia de conferir prerrogativas e ferramentas adequadas à defesa técnica dos acusados, para que estes pudessem se defender provando⁵⁹.

Respaladas pela reforma do Código de Processo Penal ocorrida em 1988, novas inovações legislativas surgiram idealizando a possibilidade de a defesa intervir no procedimento criminal, para evitar maiores transgressões de direitos. Assim, a partir do final da década de 1990 e início dos anos 2000, o Direito italiano assistiu a uma série de edições legislativas direcionadas à possibilidade de expandir a participação do advogado de defesa nas investigações criminais.

Em primeiro, a Lei nº 332, de 1995, garantiu ao defensor o direito de encaminhar ao juiz as provas obtidas através de investigação própria. No mesmo ano, a Lei nº 479 conferiu ao Ministério Público o dever de constar, no aviso de conclusão da *indagini preliminari*, etapa investigatória pré-processual dirigida pelo Ministério Público, a possibilidade do sujeito passivo acostar toda a documentação obtida na investigação defensiva⁶⁰.

Ademais, foi com a edição da Lei nº 397, de 2000, que a investigação defensiva passou a ser melhor regulamentada, tornando possível ao advogado: (i) entrevistar pessoal e potenciais testemunhas; (ii) requerer laudos periciais ou, então, produzi-los por meio de assistentes técnicos; (iii) efetuar vistorias ou inspecionar lugares, públicos ou privados; e (iv) extrair cópia de documentos em poder da Administração Pública⁶¹. Nesse panorama, o advogado passou a ser mais participativo na fase investigatória dos processos criminais, em busca de elementos relevantes para a estruturação da tese de defesa do acusado e resguardando o investigado de possíveis violações de direitos pela corte julgadora.

Por sua vez, a cultura jurídica estadunidense é calcada em um modelo adversarial, no qual a gestão probatória é incumbência precípua das partes, responsáveis pela marcha

⁵⁸ GIORGI, Maria Fernanda Bernardo. Lava Jato e Mãos Limpas: semelhanças que assustam. 2019. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/justica/lava-jato-e-maos-limpas-semelhancas-que-assustam-por-maria-fernanda-giorgi/>. Acesso em: 16 out. 2023.

⁵⁹ DIAS, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁰ GIORGI, *op. cit.*, p. 29-30.

⁶¹ BALDAN, 2007, p. 10-11.

processual e detentoras do poder de investigação dos fatos, instruindo o feito, inquirindo testemunhas, consultando peritos e determinando o que será objeto de indagação⁶².

Além disso, o direito norte-americano conta com o livro *Standards for The Administration of Criminal Justice* (Padrões para a administração da justiça penal, em tradução livre), que, para além de outras disposições, trata do *duty of investigate* (dever de investigação criminal), devendo o advogado de defesa, independentemente da confissão do acusado, conduzir imediata investigação defensiva para apuração das circunstâncias do fato, explorando todas as vias disponíveis que conduzam a fatos relevantes para o julgamento da causa e a aplicação da pena⁶³.

Para além de outros instrumentos normativos que orientam a advocacia criminal, toda a premissa da investigação defensiva garantida ao acusado encontra substrato fundamental na VI Emenda à Constituição dos EUA. Pelo dispositivo legal, o *duty of investigate* não é só interpretado como um poder-dever do advogado, mas também um direito para o cidadão americano⁶⁴.

Isto posto, a partir do desenvolvimento da temática no direito estrangeiro, contando com uma análise minuciosa e sistemática das melhores técnicas empregadas na investigação defensiva dos modelos apresentados, o professor Gabriel Bulhões⁶⁵ discorre que o que se busca é uma otimização da formação teórica e profissional da advocacia criminal brasileira, abrindo portas para a implementação do instituto no Direito Pátrio, consoante as características próprias aqui apresentadas.

4.3 Legislação do tema no direito brasileiro

O legislador brasileiro ainda se mostra tímido no que tange à temática que orbita a investigação defensiva, haja vista a ausência de normativas legais nesse sentido. Assim, a advocacia criminal brasileira assiste um caminhar a passos lentos sobre uma eventual, mas ainda distante, regulamentação específica da investigação defensiva no ordenamento jurídico. Apesar disso, é possível apontar dois diplomas que, ainda que não representem uma

⁶² ZILLI apud MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁶³ DIAS, 2019, p. 35-36.

⁶⁴ ZILLI apud MACHADO, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁵ DIAS, *op. cit.*, p. 73.

regulamentação ordenada e detalhada do tema, buscam veicular a possibilidade de implementação do instituto no Direito brasileiro.

A primeira tentativa de consolidação da matéria no ordenamento jurídico pátrio deu-se com o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 156, de 2009, na chamada Reforma do Código de Processo Penal, que passou a ser intitulado como Projeto de Lei (PL) nº 8.045/2010. Pela redação original, a investigação defensiva veio entabulada no art. 13, *caput*⁶⁶, possibilitando ao acusado, na figura de seu procurador representante, buscar por fontes de provas e entrevistar pessoas. Ocorre que, ainda que disponha sobre a possibilidade de realização da investigação defensiva, o legislador deu mais atenção às circunstâncias em torno da intimação e oitiva de testemunhas (§ 1^o⁶⁷), além de vedar o depoimento de vítimas, salvo se autorizado pelo juiz das Garantias e mediante próprio consentimento (§ 2^o⁶⁸).

Ponto de maior discussão do projeto, o § 5^o⁶⁹ foi alvo de severas críticas. Isso porque, ao sujeitar a juntada do material colhido nas investigações privadas à discricionariedade da autoridade policial, o dispositivo legal caracterizaria um esvaziamento do instituto⁷⁰. Nesse sentido, não seriam nada proveitosas as diligências empregadas pela defesa, caso o delegado de polícia impedisse a juntada dos documentos probatórios colhidos aos autos do inquérito.

Conforme se vê, ainda que fosse aprovado, o PL 8.045/2010 era insuficiente para conferir a estabilidade necessária à advocacia criminal para a utilização da investigação defensiva no trâmite da persecução penal. A partir disso, em 2018, foi aprovado o Provimento nº 188⁷¹, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, instrumento que representa a única norma existente no Direito brasileiro e que trata, especificamente, da regulamentação do exercício profissional da advocacia na realização de diligências investigatórias apartadas das autoridades públicas.

⁶⁶ “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”.

⁶⁷ “§ 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”. (BRASIL, 2010)

⁶⁸ “§ 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”. (BRASIL, 2010)

⁶⁹ “§ 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial”. (BRASIL, 2010)

⁷⁰ DIAS, 2019, p. 68-69.

⁷¹ “Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais”. (BRASIL, 2018)

Buscando pavimentar a possibilidade de inserção da investigação defensiva no ordenamento brasileiro, o Provimento foi editado com fundamento no art. 54, V⁷², do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/1994), sendo uma criação do órgão nacional para detalhar parâmetros iniciais da atuação advocatícia criminal. Nas palavras de Gabriel Bulhões⁷³,

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

Assim, o Provimento 188/2018 garantiu ao advogado a possibilidade de promover diligências investigativas próprias e necessárias à elucidação dos fatos, a partir de colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de informações em repartições públicas e elaboração de laudos e exames periciais (art. 4º, *caput*⁷⁴). Além disso, responsabiliza o advogado pela preservação do sigilo das informações obtidas durante a investigação, em defesa da dignidade, privacidade e intimidade dos envolvidos (art. 5º⁷⁵).

Todavia, as disposições da normativa em tela são limitadas e insuficientes para disciplinar a atividade investigativa defensiva. Diante deste cenário, imprescindível se faz a elaboração de dispositivo normativo próprio e apto a regulamentar o tema, tendo em vista a segurança jurídica e a defesa das prerrogativas da advocacia⁷⁶.

5 CONCLUSÃO

A partir do exposto, a investigação preliminar defensiva demonstra ser uma ferramenta capaz de aproximar as disposições processuais penais da matriz constitucional democrática. Delineia-se, pois, como ferramenta capaz de auxiliar na concretização dos direitos de defesa do acusado, garantindo-lhe mecanismos para igualar as condições de produção probatória e participação no caminhar das investigações policiais. Isto posto, poucas linhas bastam para se verificar a inquisitividade que permeia o inquérito policial. E é nesse contexto que a

⁷² “Art. 54. Compete ao Conselho Federal: [...] V - editar e alterar o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina, e os Provimentos que julgar necessários” (BRASIL, 1994).

⁷³ DIAS, 2019, p. 73.

⁷⁴ “Art. 4º Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição”. (BRASIL, 2018)

⁷⁵ “Art. 5º Durante a realização da investigação, o advogado deve preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas”. (BRASIL, 2018)

⁷⁶ DIAS, 2019, p. 73.

investigação defensiva aparece como um pressuposto da efetivação e instrumentalização de garantias básicas da defesa.

Pelo apresentado, percebe-se que a investigação defensiva alavanca as ferramentas de defesa do acusado, ao passo que o possibilita ser mais participativo na construção de teses defensivas já no momento pré-processual. Assim, preservaria o indiciado de ações criminais temerárias, pela sua função preservadora, além de preparar terreno para a apresentação de elementos de prova advindos da própria defesa.

Para tanto, indispensável se faz a edição de normativas e disposições legais que respaldam a atuação do advogado. Ainda que se interprete a investigação defensiva como possível no Direito brasileiro, a partir da premissa do “tudo o que não é proibido ao particular, é permitido”, a ausência normativa é evidente, deixando o instituto vago e sem a necessária segurança jurídica para sua aplicação.

As experiências estadunidense e italiano nos apresentam campo fértil para discutir a aplicabilidade da investigação defensiva em território brasileiro. A partir do desenvolvimento do instituto no Direito estrangeiro, a tarefa de apontar pontos favoráveis e desfavoráveis é facilitada, despontando as melhores técnicas e principais dificuldades de adaptação da sistemática no campo prático. A partir disso, torna-se plausível discutir o tema no campo jurídico brasileiro, ressalvadas, sempre, as peculiaridades do Direito pátrio.

Sendo assim, a fins de potencializar os direitos de defesa dos acusados, a participação efetiva do investigado na produção probatória das investigações policiais mostra-se benéfica à efetivação dos princípios garantistas do ordenamento jurídico. Para tanto, mister uma desconstrução dos traços inquisitivos ainda presentes na sistemática investigativa, colocando o acusado como figura capaz de contribuir com o deslinde do feito.

Essa mudança de postura, claro, não é automática, e requer estudos aprofundados, inicialmente pela comunidade acadêmica, para que o instituto da investigação defensiva seja aplicado em sua excelência. E é justamente pelo caminho pavimentado pelo Projeto de Lei nº 8.045 de 2010 e, mais ainda, pelo Provimento nº 188 de 2018, do CFOAB, que se abrem portas para discussões sobre a temática e preparam terreno para a edição de novas disposições hábeis a regular a atuação do advogado de defesa na realização de diligências próprias.

Ao buscarmos um modelo processual penal mais democrático e abrangente, devemos, necessariamente, tocar no tema da investigação defensiva. Ademais, para manter um processo penal justo e equânime, faz-se necessária a elaboração de medidas suficientes a resguardar direitos e equilibrar relações, características essas presentes no cunho do instituto ora apresentado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal / Gustavo Henrique Badaró, – 5 ed. rev., atual. e ampl.. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 64. p. 253-273. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2007.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 out. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 jul. 1994.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 425.734/MG. Ofensa ao art. 5º, incisos LIV e LV.. Inviabilidade do reexame de fatos e provas. Súmula STF nº 279. Ofensa indireta à Constituição Federal. Inquérito. Confirmação e juízo dos testemunhos prestados na fase inquisitorial. Agravantes: Antônio Lutervado de Brito e Wallace da Silva Araújo. Agravado: Ministério Público Estado de Minas Gerais. Relatora Ministra Ellen Grace, DJ 28/10/2005 p. 57.

BRASIL. Projeto de Lei 8.045, de 2010. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em 22 out. 2023.

BRASIL. Lei n.12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do & 3º do art. 37 e no & 2º do art.216 da Constituição Federal; altera a Lei n.8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a lei n.11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 19 nov. 2011.

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). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 jan. 2016.

BRASIL, Lei nº 13.432, de 11 de abril de 2017. Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 12 abr. 2017.

BRASIL. Conselho Federal da OAB. Provimento n. 188, de 2018. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Diário Eletrônico da OAB, Brasília, DF, 12 dez. 2018. Disponível em <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em 22 out. 2023.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais da investigação criminal. Lumen juris: Rio de Janeiro, 2006.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Manual de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. Florianópolis: EMais, 2019.

GIORGI, Maria Fernanda Bernardo. Lava Jato e Mãos Limpas: semelhanças que assustam. 2019. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/justica/lava-jato-e-maos-limpas-semelhancas-que-assustam-por-maria-fernanda-giorgi/>. Acesso em: 16 out. 2023.

JÚNIOR, Aury Lopes. Direito processual penal / Aury Lopes Júnior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. <https://doi.org/10.11606/d.2.2009.tde27082009-114835>.

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

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I.

MILANEZI, R. C. Investigação criminal defensiva. 20 nov. 2020. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/investigacao-criminal-defensiva>. Acesso em 20 out. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima - 11. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022.

RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado. In: TEMAS relevantes de direito penal e processual penal. Coordenação de Luiz RASCOVSKI. São Paulo: Saraiva, 2012.

VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação Criminal: o Projeto de Código de Processo Penal e Investigação Defensiva. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCRIM, São Paulo, v. 107, n. 22, p.309-335, mar./abr. 2014.