

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO

JOÃO PAULINO DA SILVA

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA:
Obstáculos para sua efetivação no processo penal brasileiro**

SÃO PAULO

2024

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO

JOÃO PAULINO DA SILVA

N° USP: 11884182

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA:
Obstáculos para sua efetivação no processo penal brasileiro**

Tese de Láurea apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como um dos requisitos para a obtenção do bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Titular Dr. Gustavo Henrique Righi
Ivahy Badaró

SÃO PAULO

2024

FOLHA DE AVALIAÇÃO

JOÃO PAULINO DA SILVA

N° USP: 11884182

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: Obstáculos para sua efetivação no processo penal brasileiro

Tese de Láurea apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como um dos requisitos para a obtenção do bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Titular Dr. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Data de avaliação: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

SÃO PAULO – SP

2024

AGRADECIMENTOS

Depois de um extenso trabalho de pesquisa, escrita e elaboração da tese, passo a escrever uma das partes mais difíceis do TCC. Não por falta de palavras ou dificuldade de se expressar, mas sim pela quantidade de pessoas que passaram pela minha vida durante esses cinco anos de graduação na Faculdade de Direito do Largo São Francisco.

Primeiramente, meu agradecimento ao Professor Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Um profissional e acadêmico de extrema excelência e que, humildemente, me aceitou como seu orientando durante todo esse ano. As aulas do professor foram as que me fizeram se apaixonar pelo processo penal, especialmente a aula do dia 22 de agosto de 2022, a qual o senhor lecionou sobre o tema da minha tese (não, minha memória não é incrível. Olhei a data no Moodle).

Aos meus companheiros de trabalho do CAZ Advogados, escritório que estagiava praticamente desde o início da minha graduação. Aqui, não posso deixar de agradecer, em especial, ao meu chefe, Daniel Zaclis, que, além de todo o auxílio dado na elaboração deste trabalho, me ensinou a ser um profissional e uma pessoa melhor. Destaco também a sua incrível capacidade de me aguentar durante todo esse período. Muito obrigado.

Aos meus amigos do “*Solidariedade*”, Alice, Ana, João, Maurício, Letícia, Lívia, Matheus (“Sadia”) e Eduardo, por tornarem esses cinco anos de faculdade menos sofríveis. Por todas as risadas, fofocas, conversas, “pizzadas” e listas assinadas. Vocês estarão para sempre guardados no meu coração.

Ao “*Xi em Campo*” e ao “*Futsal*” por todos os amigos que fiz durante os treinos madrugais de segunda e quarta. Uma modalidade que faço parte desde o início da minha graduação e que sempre me entreguei ao máximo. Agradeço, de coração, todos os momentos vividos, dos mais felizes aos mais tristes. Acredito em todos os integrantes do time e sei que, num futuro próximo, viveremos não só as glórias fora de quadra, mas também dentro.

À minha namorada, Laís Nogueira Shen, por sempre acreditar em mim e não deixar que eu desistisse pelos obstáculos da vida. A pessoa que me fez saber o que era amar e ser amado. Obrigado por ser o amor da minha vida, pelos carinhos, pelas gentilezas e por todas as felicidades que vivemos e ainda viveremos. Sei que o futuro será grandioso para nós e reconheço a sorte que tenho em estar ao seu lado, principalmente acompanhando todas as suas

conquistas. Você é um exemplo de acadêmica e de pessoa a ser seguida. Te amo, muito, para sempre.

Por fim, à pessoa que me fez ser quem eu sou hoje, minha mãe, Iracy Paulina da Silva. Agradeço pelos aprendizados e por ser alguém que não desiste nunca. Uma mulher que me ensinou principalmente por sua trajetória de vida. Nordestina, emigrante e alguém que sempre buscou realizar seus sonhos. Uma mãe que mostrou toda a sua força criando um filho sozinha. Se estou aqui, estudando na USP, foi por todas as suas batalhas travadas para garantir o melhor para mim. Obrigado por tudo.

RESUMO

PAULINO DA SILVA. João. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: Obstáculos para sua efetivação no processo penal brasileiro. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2024.

O presente Trabalho de Conclusão de Curso foi dividido em 03 (três) capítulos, visando entender os obstáculos envolvendo a Investigação Criminal Defensiva. Num primeiro momento, observou-se as noções gerais acerca do instituto defensivo, por meio de sua conceituação. Destacou-se, nesse sentido, que a investigação realizada pelo defensor está legitimada no ordenamento jurídico nacional a partir dos princípios da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, assegurados pelo sistema acusatório. Além disso, analisou-se a natureza jurídica da Investigação Criminal Defensiva, bem como suas características principais e mais relevantes para um entendimento geral do instituto defensivo. Apesar da presença desse tipo de investigação privada em provimentos da OAB, verificou-se que a efetivação da investigação defensiva no Brasil é obstaculizada por problemáticas doutrinárias e práticas. Das questões ideológicas, identificou-se que os entendimentos contrários à aplicação do instituto defensivo passavam por uma desnecessidade da atuação defensiva na fase preliminar da persecução penal, seja por relativizações dos procedimentos investigativos estatais, seja por concepções de imparcialidade dos órgãos públicos. Por outro lado, entendeu-se que a ausência de um regime legal específico da investigação defensiva ainda impede a implementação do instituto. Nessa toada, há obstáculos derivados dessa lacuna normativa que dificultam a atuação prática do advogado na condução dos autos defensivos.

Palavras-chave: Investigação Criminal Defensiva, princípios, investigações estatais, Inquérito Policial, obstáculos, sistema acusatório.

ABSTRACT

PAULINO DA SILVA. João. **DEFENSIVE CRIMINAL INVESTIGATION: Obstacles to its implementation in brazilian criminal procedure.** Undergraduate thesis (Bachelor of Laws). São Paulo: Law School of the University of São Paulo, 2024.

This Undergraduate's thesis was divided into 03 (three) chapters, aiming to understand the obstacles involving Defensive Criminal Investigation. Initially, the general notions about the defensive institution were observed through its conceptualization. It was highlighted, in this sense, that the investigation carried out by the defender is legitimized in the national legal system based on the principles of equality, adversarial process, and full defense, guaranteed by the accusatory system. In addition, the legal nature of Defensive Criminal Investigation was analyzed, as well as its main characteristics that are most relevant for a general understanding of the defensive institution. Despite the presence of this type of private investigation in standards from the Brazilian Bar Association, it was found that the implementation of defensive investigation in Brazil is hindered by doctrinal and practical issues. Regarding ideological issues, it was identified that opposition to the application of the defensive institute stemmed from a perceived lack of need for defensive action in the preliminary phase of criminal prosecution, either due to relativizations of state investigative procedures or conceptions of impartiality of public authorities. On the other hand, it was understood that the absence of a specific legal framework for defensive investigation still hinders the implementation of the institute. Thus, there are obstacles stemming from this normative gap that hinder the practical role of the lawyer in handling defensive proceedings.

Keywords: Defensive Criminal Investigation, principles, state investigations, Police Inquiry, obstacles, accusatory system.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. NOÇÕES GERAIS SOBRE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA.....	10
1.1. CONCEITO E FINALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA.....	13
1.2. LEGITIMAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA.....	15
1.2.1. O princípio da igualdade.....	18
1.2.2. O princípio do contraditório.....	20
1.2.3. O princípio da ampla defesa	24
1.3. NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO DEFENSIVO.....	27
2. OBSTÁCULOS DOUTRINÁRIOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA	32
2.1. A IMPARCIALIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL	34
2.2. MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CUSTOS LEGIS	37
2.3. O ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A SUPOSTA DESNECESSIDADE DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NA FASE PRELIMINAR.....	40
3. A LACUNA NORMATIVA E OS OBSTÁCULOS PRÁTICOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA.....	43
3.1. VALORAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA PELO JUÍZO E A PARCIALIDADE DO INSTITUTO	46
3.2. O PODER REQUISITÓRIO DO ADVOGADO NOS ATOS DA INVESTIGAÇÃO	49
3.3. O SIGILO E O COMPARTILHAMENTO DAS INFORMAÇÕES COLETADAS NA INVESTIGAÇÃO	52
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

A Investigação Criminal Defensiva é um tema de crescente interesse e relevância já reconhecida mundialmente. Este conceito desafia a tradicional concepção de que a investigação criminal deve ser exclusivamente conduzida pelo Estado, introduzindo a figura do defensor como agente ativo na coleta de dados e na condução de diligências em favor de seus clientes. Embora ainda seja uma temática em desenvolvimento, o instituto defensivo é pouco visado pela doutrina brasileira, o que ressalta a necessidade de uma análise mais aprofundada.

A maioria dos estudos sobre o referido assunto limita-se a conceituar o a investigação defensiva sem passar pelas problemáticas que envolvem sua implementação concreta. Nesse sentido, no contexto brasileiro, a efetivação da investigação realizada pelo defensor enfrenta obstáculos significativos, tanto de ordem doutrinária quanto prática.

Veja-se que mera a possibilidade de a defesa colher elementos informativos altera de forma demasiada o procedimento tradicional das averiguações realizadas no Brasil. Historicamente, o monopólio das investigações criminais era reservado às autoridades estatais. O defensor possuía um papel passivo na fase preliminar da persecução penal, apenas esperando uma eventual acusação formal com o consequente início do processo.

Sobre isso, ÉDSON BALDAN cita a mudança das responsabilidades do defensor com a inserção do instituto defensivo no processual penal¹:

Perceptível que o advogado, nessa inédita sistemática, detém a direção, o controle e responsabilidade da investigação defensiva e, portanto, "não é mais o espectador passivo do desenrolar processual, mas assume um papel dinâmico no processo. Isto comportará naturalmente tempos de empenho mais dilatados e uma profusão de energia maior. Desaparece a velha figura do defensor de gabinete, assim como visto pelo cidadão — e admitimos por todos nós — porquanto também este defensor deverá ser sujeito dinâmico do processo.

Por outro lado, o tema da investigação defensiva também se faz imprescindível em um sistema processual acusatório. Nesse diapasão, além da equidistância entre os polos, o processo penal deve visar a igualdade de oportunidades entre acusação e defesa. No modelo atual, contudo, a investigação estatal – inquisitoria e sem a participação defensiva – mostra-se como um instrumento que desequilibra a balança processual. O Ministério Público possui meios mais

¹ AZEVEDO, André Boiani e, BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004, p. 07.

eficientes para a construção da narrativa acusatória, enquanto a possibilidade concreta de a defesa produzir elementos probatórios limitasse, quase sempre, às fases instrutorias.

À vista disso, a presente Tese de Láurea se propõe a explorar e responder algumas questões fundamentais relacionadas à Investigação Criminal Defensiva e sua efetivação no Brasil.

Primeiramente, observar-se-á as noções gerais sobre a investigação defensiva, seus conceitos e finalidades. Posteriormente, investigar-se-á se o instituto da Investigação Criminal Defensiva está, de fato, legitimado no ordenamento jurídico nacional, à luz dos princípios constitucionais que regem o processo penal brasileiro. Neste momento, será verificada a relação entre a Investigação Criminal Defensiva e as investigações conduzidas pelo Estado, avaliando como o instituto defensivo pode ser uma ferramenta para adequar as investigações inquisitivas com o modelo acusatório assegurado pela Carta Magna.

Além disso, buscar-se-á compreender a natureza jurídica da Investigação Criminal Defensiva, analisando suas principais características expostas pelo Provimento 188/2018 da OAB e pelo Código Deontológico de Boas Práticas da Investigação Defensiva, elaborado pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM).

A partir disso, será identificada quais as principais problemáticas doutrinárias enfrentadas pelo instituto defensivo. Essas questões incluem desde resistências ideológicas quanto a necessidade da defesa na fase preliminar da persecução penal, até asserções sobre uma suposta imparcialidade na atuação da Autoridade Policial e do Ministério Público na condução das investigações. Dessa forma, verificar-se-á se, de fato, tais obstáculos justificam a ausência da investigação defensiva na etapa pré-processual.

Por fim, analisar-se-á a lacuna normativa existente à regulamentação da Investigação Criminal Defensiva. Tal obstáculo será explorado a partir dos desdobramentos práticos resultantes da ausência de um regime legal específico relacionado ao instituto defensivo. Dessa análise, procurará entender se a Investigação Criminal Defensiva possui meios suficientes e efetivos para a sua implementação no Brasil.

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

O processo penal, a partir da teoria do garantismo penal, deve ser entendido como um instrumento que limita o uso do poder estatal contra o cidadão alvo da persecução penal. Nesse sentido, sua instrumentalização deve passar por um sistema de garantias mínimas, à luz das normas constitucionais, que sirvam de barreira para um possível abuso da atuação estatal.

Esse entendimento, no Brasil, emerge com o advento da Constituição Federal de 1988. Nessa toada, a Carta Magna indicou que o processo penal deve ser entendido pela observância dos princípios constitucionais para legitimar a atuação estatal e uma possível limitação da liberdade individual. Além disso, ainda que não expressamente, houve a adoção de um sistema acusatório por meio da interpretação sistemática das normas constitucionais. Neste ponto, conforme leciona AURY LOPES²:

Inicialmente, não prevê nossa Constituição – expressamente – a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da “lei”, mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica. Para além disso, possui ainda nossa Constituição uma série de regras que desenha um modelo acusatório, como por exemplo: titularidade exclusiva da ação penal pública por parte do Ministério Público (art. 129, I); contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); devido processo legal (art. 5º, LIV); presunção de inocência (art. 5º, LVII); exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX).

Dessa forma, tendo o projeto democrático e constitucional como base do processo penal, garantiu-se: (i) a separação total entre as funções de acusar, julgar e defender; (ii) a igualdade de posições entre acusação e defesa; (iii) a efetivação do processo penal a partir do contraditório; e (iv) o acusado como sujeito de direito em todas as fases da persecução penal, tendo sido assegurada a ampla defesa e o direito de produzir provas.

No entanto, a prática e a teoria dessas asserções são completamente distintas, especialmente no que concerne à fase preliminar do processo penal. Não há como analisar as normas processuais que regem o sistema brasileiro sem citar a genealogia autoritária do Código

² JR., Aury L. Direito processual penal. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 29 jan. 2024. 41 p

de Processo Penal de 1941 e, consequentemente, sua influência na forma como as investigações são realizadas atualmente, apesar das mudanças constitucionais supracitadas. Nesse sentido, as investigações criminais - tanto o Inquérito Policial, quanto o Procedimento Investigatório Criminal (PIC) - e o modelo utilizado na fase preliminar da persecução penal são verdadeiros empecilhos para a efetivação dos princípios constitucionalmente garantidos pela Carta Magna.

O Inquérito Policial, estruturado pelo Código de Processo Penal de 1941, não possui como finalidade apenas a apuração de elementos de autoria e materialidade para viabilizar o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Segundo Gabriel Bulhões, conforme o entendimento de RICARDO JACOBSEN GLOECKNER³:

Ainda que a função declarada do inquérito policial seja majoritariamente a apuração de elementos de autoria e materialidade para que o órgão acusador possa exercer a opinio delicti, a estruturação dada ao Código de Processo Penal de 1941 se estabeleceu em torno de diretrizes que ampliavam essa abrangência. Essas seriam as funções não declaradas do inquérito policial, as quais podem ser construídas por intermédio do significante que organiza as relações entre prova e decisão, ou seja, servir a apuração preliminar como fonte de informações que influenciam na convicção e auxiliam o magistrado a proferir a sua decisão, muitas das vezes estabelecida em torno de elementos não submetidos ao contraditório efetivo e produto de juízos formulados com base em elementos informativos[27]. Gloeckner conclui que esses efeitos probatórios decorrentes da manutenção dos atos praticados durante o inquérito policial no processo penal produzem “abalos indestrutíveis à presunção de inocência”, pois o que se está produzindo são elementos decisivos em plena investigação preliminar.

Ou seja, a investigação realizada pela Autoridade Policial era - e ainda é - o momento que irá verdadeiramente ditar o curso das fases subsequentes do processo. Os elementos de informação colhidos no Inquérito Policial - inquisitivo, sem contraditório e a efetiva participação da defesa - influenciam o magistrado sentenciante, o qual, a partir do artigo 155 do Código de Processo Penal, pode analisar os atos realizados durante a investigação para formar o seu convencimento, ainda que sua fundamentação esteja limitada na impossibilidade de usar os elementos informativos de forma exclusiva⁴.

Portanto, evidencia-se que, na prática, a diferenciação entre atos de investigação - sem o contraditório - e atos de prova para a valoração do juízo não é eficaz para evitar sentenças baseadas em dados colhidos no inquérito, conforme se verá com mais detalhes posteriormente. O que se tem é um processo - aparentemente acusatório, mas contaminado por uma fase inquisitorial - como mera reafirmação dos elementos produzidos na investigação sem a

³ Bulhões, Gabriel. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira (Portuguese Edition) (p. 39). Edição do Kindle.

⁴ Bulhões, Gabriel. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira (Portuguese Edition) (p. 40). Edição do Kindle.

participação da defesa. Nessa toada, conforme BULHÕES, toda essa estrutura de persecução penal está⁵:

[...] comprometida com matrizes inquisitoriais inviabiliza o exercício do contraditório como estabelecido no marco constitucional. Ao contrário, ela rompe com qualquer possibilidade de paridade de forças, inverte e mescla funções, põe o Estado-Jurisdição a serviço do Estado-Acusação e chancela de forma imodificável os elementos produzidos muitas vezes produzidos por meio de práticas não discursivas.

Ademais, a ampliação dos poderes acusatórios do Ministério Público com a possibilidade de realizar uma investigação própria agrava ainda mais esse panorama de disparidade de armas entre os polos ativo e passivo. Veja-se que esse movimento provoca um desnívelamento extremo entre as posições do processo. De um lado, um órgão acusatório - intrinsecamente parcial, detentor de todo um aparato investigatório presente em suas diversas unidades ministeriais especializadas e interligadas em outros entes estatais de inteligência - e de outro, um indivíduo muitas vezes vulnerável socioeconomicamente, tratado como objeto durante toda a investigação preliminar e sem possibilidade concreta de defesa na construção da narrativa que irá ditar os rumos da ação penal.

E, apesar de ser impessoal, conforme leciona ANTONIO SCARANCE FERNANDES, a prática demonstrou que o *Parquet*⁶:

[...] quando encarregado de dirigir ou supervisionar a investigação, foca sua atenção na obtenção de elementos que possam sustentar a sua futura acusação o que acaba prejudicando a pessoa suspeita, tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para a sua defesa e demonstração de sua inocência.

E mais: a partir dos ensinamentos de EDSON BALDAN, entende-se que esse cenário acaba sendo mais danoso ao investigado do que o próprio Inquérito Policial e suas bases autoritárias⁷:

Entregar ao Ministério Público atribuições investigatórias totais sem, em contrapartida, conferir similares poderes à defesa, sob o pueril argumento do fortalecimento de um pretenso sistema acusatório, implica, em verdade, sedimentação de um explícito modelo inquisitorial pior que qualquer outro porque sob gestão, agora, não de um Magistrado, imparcial por vocação, mas sim de uma única parte do processo – o Ministério Público – que, doravante, administraria a “inquisição ministerial”, com sua inexorável e notória vinculação psicológica com o desate condenatório. Mais funestos que os efeitos de uma confusão das tarefas judicantes e investigatórias são, sem dúvida, as consequências de uma concentração, em mesmo subsistema, das missões de investigar e acusar.

⁵ Bulhões, Gabriel. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira (Portuguese Edition) (p. 42). Edição do Kindle.

⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. Rumos da investigação no direito brasileiro. In Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, Ano V, n. 21, ju/set., 2002. p. 13

⁷ BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR, Salah Hassan. (Org.). Sistema penal e poder punitivo, estudos em homenagem ao Professor Aury Lopes Jr. 1ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2014, v. 1, p. 156-184, p. 06-7.

Isto é, ainda que se tenha adotado o modelo acusatório para estruturar o sistema processual penal brasileiro, o que se encontra na prática são modelos inquisitórios na fase preliminar do processo que esvaziam as garantias constitucionais asseguradas, em tese, em toda a persecução penal.

Neste ponto, como forma de mitigar os problemas elencados, especialmente a disparidade de armas entre acusação e defesa, entende-se a Investigação Criminal Defensiva como instituto essencial para efetivar o modelo acusatório e seus respectivos princípios.

1.1. CONCEITO E FINALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

A Investigação Criminal Defensiva caracteriza-se pela possibilidade de a defesa (advogado ou defensor público) de um indivíduo colher elementos de informação em seu favor. Não há, nesse sentido, a necessidade de uma imputação formal, podendo o instituto defensivo ser levado a efeito antes mesmo da instauração de algum procedimento apuratório. Trata-se, portanto, de uma forma mais ampla da atuação da defesa, não sendo necessariamente vinculada a uma investigação realizada pelo Estado.

É o contraponto da mera participação protocolar da defesa na fase preliminar do Inquérito Policial. Dessa forma, a finalidade do conceito não se confunde com o acompanhamento do investigado pelo seu defensor durante a fase preliminar ou com o requerimento de diligências à Autoridade Policial, conforme disposto no artigo 14 do Código de Processo Penal⁸. Trata-se de uma busca autônoma de dados e elementos para a construção das teses defensivas, podendo até ser uma antítese da investigação realizada pela polícia ou pelo Ministério Público.

Apesar de ser um conceito pouco estudado e de difícil compreensão ante a falta de regulamentação sobre o seu funcionamento - conforme será abordado - a Ordem dos Advogados do Brasil emitiu o Provimento n. 188/2018 visando regulamentar o exercício das atividades

⁸ O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

investigatórias realizadas pelo advogado como prerrogativa profissional. De acordo com o artigo 1º desta norma:

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

Nesse mesmo sentido, GABRIEL BULHÕES descreve a Investigação Criminal Defensiva como⁹:

[...] um conjunto de diligências e técnicas de apuração da verdade, com a consequente produção e catalogação de provas, as quais podem estar encadeadas documentalmente em um instrumento único, ou não, em ordem lógica e/ou cronológica, visando resguardar a tutela judicial dos interesses do cidadão, seja na condição de acusado ou de vítima de crimes; incluindo nessa perspectiva as pessoas jurídicas.

A partir desses conceitos, é possível identificar algumas finalidades do instituto defensivo. A primeira é a constituição de um acervo probatório lícito para a tutela e resguardo dos direitos do interessado/constituente. Neste ponto, entende-se como a garantia do direito que o investigado possui em provar e, consequentemente, investigar durante todas as fases da persecução penal.

Especificamente no que concerne à fase preliminar, a investigação criminal defensiva busca a efetivação do contraditório e da ampla defesa, impedindo, por exemplo, que o juiz receba uma denúncia sem antes analisar eventuais elementos de informação e fontes de prova produzidas pela defesa. Ainda neste ponto, a elaboração de uma apuração pelo defensor também assegura uma preparação mais eficaz do investigado em responder uma acusação¹⁰, podendo, até, impedir a instauração de uma ação penal em seu desfavor.

Nesse sentido, a investigação criminal defensiva durante a fase apuratória possui uma importância similar às investigações estatais para os respectivos polos do processo. Ou seja, assim como o Inquérito Policial e o Procedimento Investigatório Criminal auxiliam na construção e direcionamento da narrativa acusatória durante a fase judicial, o instituto defensivo também delimita a atuação do defensor, na medida em que urge a possibilidade de busca por

⁹ Bulhões, Gabriel. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira (Portuguese Edition) (p. 644). Edição do Kindle.

¹⁰ A defesa possui um tempo maior para a elaboração das teses e juntada de documentos corroborativos, em contraposição ao curto prazo de 10 dias para responder à acusação, estabelecido pelo artigo 396 do Código de Processo Penal.

fontes de provas e elementos de informação para determinar a estratégia defensiva que poderá ser utilizada durante o processo.

Sobre isso, RENATO STANZIOLA VIEIRA afirma que¹¹:

E, mais do que isso, a atividade desenvolvida como investigação defensiva antecede, muitas vezes, delimitações específicas de regras probatórias, pois tende a possibilitar maior campo de atuação do defensor, notadamente porque, além da introjeção dos elementos de informação na investigação preliminar, deve estabelecer possibilidade de procura deles. Assim, as atividades inerentes à investigação defensiva acabam funcionando até mesmo como um filtro estratégico da defesa, no sentido de depurar, dentre os elementos informativos aos quais teve acesso, quais apresentará na instrução preliminar.

Além disso, a finalidade da investigação criminal defensiva pode variar dependendo do interesse do seu constituinte. Isto é, caso o interessado seja o investigado de alguma apuração, o instituto defensivo será orientado para a busca de elementos informativos que atestem a sua desvinculação ao fato investigado. No entanto, na hipótese de o constituinte ser a vítima do feito, a investigação será determinada para elencar dados que comprovem a materialidade e autoria do crime, sendo semelhante aos objetivos do inquérito policial.

A partir dessas análises, há de se identificar que o instituto defensivo também possui uma finalidade intrínseca e já ressaltada no capítulo anterior. A mera existência da possibilidade de a defesa buscar elementos de informação durante a fase preliminar assegura direitos fundamentais incompatíveis com os modelos inquisitórios supracitados. E é por tal garantia que a Investigação Criminal Defensiva se legitima no ordenamento jurídico nacional.

1.2. LEGITIMAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

A Investigação Criminal Defensiva é um instituto já estudado em diversos sistemas processuais ao redor do mundo. Seu conceito, apesar de não estar explicitamente definido internacionalmente, está presente em garantias ao acusado já reconhecidas por convenções internacionais. A título de exemplo, há de se mencionar o artigo 8.2, c, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o qual versa sobre o tempo e os meios adequados para a preparação da defesa como garantia judicial mínima:

¹¹ VIEIRA, Renato Stanziola. Investigação defensiva: diagnóstico e possibilidades no processo penal brasileiro. (p. 5)

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

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

Além disso, observando o Direito Comparado, há dois grandes exemplos de países que utilizam o instituto defensivo nos seus respectivos sistemas processuais: os Estados Unidos e a Itália.

O modelo norte-americano - caracterizado por um sistema adversarial e acusatório puro - delimita o papel entre as partes processuais e a produção da prova, inclusive na fase preliminar. Nessa toada, as atividades investigativas realizadas pelo advogado visando a defesa do acusado são consideradas como um dever inerente ao defensor.

A título exemplificativo, há de se citar as instruções normativas estabelecidas pela *American Bar Association* (ABA) relativas à atuação da defesa durante a persecução penal (*Criminal Justice Standards for the Defense Function*). Nesse ponto, a recomendação disposta pelo Standard 4-4.1 versa sobre o dever do advogado de investigar e verificar se o substrato factual é apto para formalizar uma acusação¹².

Trata-se, portanto, de uma tradição cultural dos advogados estadunidenses, além das normas estabelecidas para o exercício da Investigação Criminal Defensiva. Conforme BULHÕES¹³:

É, pois, uma tradição cultural dos advogados estadunidenses essa atuação proativa, já fazendo parte inerente da dinâmica dos advogados e bancas de advocacia, sendo muito comum observar nas representações audiovisuais de filmes e séries a figura do “detetive” como parte integrante de tais quadros profissionais.

Por sua vez, o modelo italiano, ainda que divirja do sistema de *common law* adotado no direito norte-americano, também regulamentou a investigação criminal defensiva. Neste caso, a possibilidade de a defesa realizar uma investigação foi normatizada pelo Código de Processo Penal italiano de 1988, absorvendo uma série de institutos jurídicos estadunidenses, como a produção de provas por iniciativa das partes processuais.

A necessidade pela participação mais ativa da defesa decorreu, de forma empírica, dos reflexos causados pela *Operazione Mani Pulite* (Operação Mão Limpas), ao final da década

¹² Standard 4-4.1 Duty to Investigate and Engage Investigators (a) Defense counsel has a duty to investigate in all cases, and to determine whether there is a sufficient factual basis for criminal charges.

¹³ Bulhões, Gabriel. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira (Portuguese Edition) (p. 61). Edição do Kindle.

de 1990. A partir da análise de GABRIEL BULHÕES, identificou-se que a referida operação - realizada para combater a corrupção política e administrativa na Itália - se valeu de inúmeras irregularidades durante as fases investigativas e judiciais desses processos, fato que ocasionou “vários casos comprovados de erros judiciais, condenações injustas, as quais resultaram inclusive em suicídios”¹⁴.

A partir disso, entendeu-se que, para não ser mais “refém da produção probatória estatal”¹⁵, era preciso o desenvolvimento de instrumentos para a realização de investigações por meio de uma defesa plena e proativa. Para isso, evidenciou-se que era necessária a superação total do modelo inquisitivo para o acusatório, bem como a regulamentação da Investigação Defensiva no ordenamento interno.

Sobre isso, EDSON BALDAN descreve a emancipação do instituto defensivo no direito italiano a partir da promulgação de leis que definiram o conceito da “investigação do defensor” e delimitaram a atuação do advogado¹⁶:

Após a superação do modelo inquisitivo e a implantação do sistema acusatório no estatuto Rocco, assistiu o processo penal italiano à introdução da expressão “investigação do defensor”, pela primeira vez, com a alcunhada “Lei Carotti” (Lei nº 479, de 16-12-1999, em vigor desde 03-01-2000), a qual, embora com o mérito de conferir dignidade codificada à investigação defensiva, apresentou deficiente disciplina para pleno exercício dessa faculdade. Finalmente a Lei nº 397, de 07-12-2000, alterando os artigos 327 e 391 do código de ritos italiano, introduziu disposições específicas em matéria de investigação da defesa, atribuindo ao advogado o direito-dever de, coadjuvado ou não por peritos técnicos e investigadores privados, empreender inúmeras ações tendentes à produção de evidências probatórias favoráveis a seu assistido [...]

Dessa forma, é notório dizer que a Investigação Criminal Defensiva, ao menos num plano externo, está legitimada nas normas internacionais que conferem garantias mínimas ao acusado, bem como nos sistemas processuais utilizados por países que adotam o modelo acusatório como base do processo penal.

E, pode-se afirmar que, no Brasil, levando em conta o sistema processual penal adotado pela Constituição Federal de 1988, o instituto defensivo também está legitimado no ordenamento jurídico pátrio. Identifica-se, dessa forma, que a Investigação Criminal Defensiva

¹⁴ Bulhões, Gabriel. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira (Portuguese Edition) (p. 64). Edição do Kindle.

¹⁵ Bulhões, Gabriel. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira (Portuguese Edition) (p. 61). Edição do Kindle.

¹⁶ AZEVEDO, André Boiani e, BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004. p. 06-7.

está nas bases teóricas do modelo acusatório implementado pela Carta Magna. Consequentemente, a possibilidade de a defesa buscar elementos de informação em favor do investigado está intrinsecamente fundamentada nos princípios constitucionais: (i) da igualdade, (ii) do contraditório; e (iii) da ampla defesa.

Nessa toada, DANIEL ZACLIS é assertivo quanto à constitucionalidade da Investigação Criminal Defensiva, ainda que tal instituto não esteja expressamente disposto em normas processuais, fato que será abordado nos tópicos subsequentes¹⁷:

A investigação defensiva encontra fundamento nos direitos constitucionais da igualdade, ampla defesa e contraditório. A própria estrutura acusatória, prevista pela ordenamento jurídico (a partir de 1988), somente possui efetividade na medida em que forem assegurados às partes direitos igualitários de investigação. No contexto de um processo penal justo, franqueiam-se direitos iguais à acusação e à defesa para desenvolverem eficazmente as suas teses. Negar uma investigação autônoma para a defesa seria, necessariamente, desequilibrar a balança para o lado acusador. Nesse sentido, Gustavo Badaró sustenta que impedir a investigação defensiva significa “defender uma inadmissível iniquidade, violadora da paridade de armas”

Veja-se que a legitimidade da Investigação Criminal Defensiva está na sua necessidade de implementação para efetivar de fato o sistema acusatório. Posto isto, passará a uma análise de cada um dos princípios elencados, em que medida estão sendo desrespeitados pelo modelo atual da fase investigatória e como o instituto defensivo pode ser realizado para mitigar essas contrariedades.

1.2.1. O princípio da igualdade

O conceito de igualdade jurídica concedido pela Constituição Federal de 1988¹⁸ possui vários significados a depender da perspectiva utilizada. Nesse sentido, focar-se-á na igualdade entre acusação e defesa, princípio este integralmente relacionado à paridade de armas.

¹⁷ ZACLIS, Daniel. *Investigação Interna Corporativa: Reflexos no Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.p. 111-112

¹⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]

ANTONIO SCARANCE FERNANDES define essa igualização das partes tanto no tratamento dado a elas - reconhecendo a possibilidade de um tratamento especial para o polo mais fraco - quanto na disponibilização de oportunidades para cada polo¹⁹:

Autor e réu deverão ter os mesmo direitos, mesmos ônus e mesmos deveres. “Dentro das necessidades técnicas do processo, deve dar a ambas as partes análogas possibilidades de alegação e prova.” Insere-se aí a garantia de paridade de armas no processo penal, igualando acusação e defesa.

Quando se afirma que as duas partes devem ter tratamento paritário, isso não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, dar-se à uma delas tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprindo-se o desnível da parte inferiorizada a fim de, justamente, resguardar a paridade de armas.

Inclusive, são nessas desigualdades que alguns princípios em favor do acusado não ferem a isonomia processual. Ao evidenciar que a balança entre as partes do processo é desnivelada por natureza, com uma acusação forte, atrelada ao Estado, e um acusado *“com as suas próprias forças e o auxílio do advogado”*, urge essa necessidade de um tratamento desigual para alcançar a equidade entre os polos.

No entanto, conforme amplamente citado, ainda que haja um aparente nivelamento entre a acusação e a defesa na fase judicial, as investigações estatais e inquisitoriais acabam agravando essas desigualdades entre as partes, especialmente pela ausência da defesa na fase preliminar da persecução penal. O que há, neste ponto, é uma disparidade de armas, na medida em que o polo ativo possui diversos meios para angariar elementos de informação e fontes de prova visando a construção da narrativa acusatória - sendo que a defesa, nos moldes atuais, apenas terá essa oportunidade quando a ação já estiver instaurada.

Veja-se que tais fatores implicam diretamente um incremento do desequilíbrio das forças durante toda a persecução penal, evidenciando a influência que a estrutura inquisitorial tem com o restante do sistema acusatório. Diante disso, EVINIS TALON, ao analisar essa disparidade das “armas” oferecidas às partes durante todo o processo penal, afirma que²⁰:

De certa forma, todos estão contra o acu(s)ado: Polícia Militar, Polícia Civil, Ministério Público, assistente da acusação e, não raramente, um juiz que tem um perfil acusador. Do outro lado, apenas o investigado/réu e seu Advogado ou Defensor Público. Na fase preliminar, admite-se a investigação da Polícia (controlada externamente pelo MP) e do Ministério Público (futura parte do processo), não havendo previsão legal ou posicionamento jurisprudencial consolidado quanto à investigação feita pelos outros participantes da investigação, quais sejam, o investigado/indiciado e seu Advogado. Trata-se de uma indevida tentativa de exclusão da defesa, dando-lhe um papel meramente protocolar e tratando o investigado como

¹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 6^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 48

²⁰ TALON, Evinis. Investigação Criminal Defensiva. 2^a ed. Lumen Juris Direito. 18 de Abril de 2021.

objeto da investigação, com poucos resquícios do seu tratamento como sujeito de direitos, quase sempre violados (vide tópico anterior).

No mesmo sentido, AURY LOPES JR²¹:

É inegável a disparidade de armas entre acusação e defesa, não só pela estrutura e cultura inquisitória do processo penal brasileiro, mas também porque, além da polícia, pode o MP investigar diretamente (STF). Sem esquecer que na matriz inquisitória brasileira até o juiz pode determinar a prática de produção antecipada de provas no inquérito (artigo 156, I, do CPP)! Então, não existe disparidade de armas? Não há necessidade de fortalecimento da defesa nesta fase?

Observa-se que a implementação da Investigação Criminal Defensiva se relaciona diretamente com os questionamentos do autor. Ou seja, o instituto defensivo, retomando sua ideia de legitimidade e garantia do modelo acusatório, surge para fortalecer a defesa na fase preliminar e assegurar que o acusado terá as mesmas oportunidades que a acusação para colher elementos informativos e dados que corroborem com suas respectivas teses. A possibilidade de a defesa realizar atos investigatórios constitui uma alternativa para retomar o equilíbrio da balança processual.

1.2.2. O princípio do contraditório

Não há como analisar o contraditório no processo penal sem partir da definição clássica de JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA: “*A ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los.*”²².

A partir dessa conceituação, identifica-se dois elementos essenciais para a caracterização do contraditório: a informação e a reação. Nesse sentido, GUSTAVO BADARÓ, ao esmiuçar esses aspectos, observa como a forma desses elementos devem ser inseridos no modelo acusatório.

Em primeiro, não há contraditório sem a ciência da outra parte acerca de um ato praticado pelo polo contrário. Trata-se, portanto, de uma relação de necessidade ou obrigatoriedade da informação. Além disso, o contraditório também se configura a partir da possibilidade de reação para combater a informação recebida. Dessa forma, deve ser garantido

²¹ JR., Aury L. Direito processual penal. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#books/9786553626355/>. Acesso em: 29 jan. 2024. 88 p.

²² ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. A contrariedade na instrução criminal. p. 110

os meios para a realização da ação, não sendo exigido para assegurar o contraditório a reação em si.

No entanto, levando em consideração a igualdade substancial discutida no tópico anterior, BADARÓ alerta sobre os reflexos desse princípio no contraditório, não bastando a mera possibilidade de participação dos desiguais²³:

Houve uma dupla mudança, subjetiva e objetiva. Quanto ao seu objeto, deixou de ser o contraditório uma mera possibilidade de participação dos desiguais, passando a se estimular a participação dos sujeitos em condições de desigualdade. Subjetivamente, porque a missão de igualar os desiguais é atribuída ao juiz e, assim, o contraditório não só permite a atuação das partes, como impõe a participação do julgador.

É desse incentivo que BADARÓ define o contraditório efetivo e equilibrado, partindo da necessidade de “*estimular e buscar a realização da reação para que a estrutura dialética do processo se aperfeiçoe por meio de tese e antítese com conteúdos e intensidades equivalentes, atingindo uma síntese que, apoiada em premissas simétricas, seja mais justa*”²⁴.

Veja-se que o contraditório levado à exaustão também possui um valor epistêmico, haja vista que seu resultado será uma maior aproximação da busca pela verdade material. ROGÉRIO LAURIA TUCCI entende que é dessa efetivação real do contraditório que a liberdade jurídica do acusado estará assegurada durante a persecução penal²⁵.

Contudo, é certo que a hipótese contrária também é verdadeira. Na medida em que o contraditório efetivo não é garantido ao longo de toda persecução penal, ou, ainda que haja a mera possibilidade de participação da defesa, só que com conteúdo e intensidades diferentes às da acusação, a síntese do processo torna-se distante da verdade real.

É nesse cenário que se encontra a problemática envolvendo os modelos das investigações estatais, a qual se estende ao longo de toda fase processual. A análise acerca do contraditório nas fases preliminares, nesse sentido, não será feita a partir de contestações sobre a ausência desse princípio nas investigações, sejam elas da polícia, do Ministério Público ou da própria defesa. As atividades de busca de elementos informativos não se desenvolvem pelo contraditório no seu sentido estrito²⁶.

²³ BADARÓ, Gustavo. Processo penal. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 61.

²⁴ BADARÓ, Gustavo. Processo penal. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 62.

²⁵ TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 211

²⁶ Cumpre mencionar, a partir dos ensinamentos de Aury Lopes, que o contraditório, a partir da sua relação com o direito de defesa, “*se manifesta - não na sua plenitude - no inquérito policial através da garantia do “acesso*

O ponto a ser levantado, o qual, no fim, legitima a investigação defensiva a partir do contraditório, é de que as investigações estatais, levadas a efeito muitas vezes sem a participação da defesa, tornam-se a base de toda a acusação e formulação da denúncia. Ou seja, durante a instrução probatória, é indubitável que o Ministério Público - agente controlador externo ou o próprio titular de toda a investigação, podendo requisitar diligências a serem feitas pela Autoridade Policial - está mais preparado para a produção das provas do que a defesa do denunciado. Dessa forma, o polo acusatório, antes mesmo da instauração da ação penal, já buscou todas as fontes de provas para serem utilizadas durante a fase judicial.

E mais: além de ser elaborada, via de regra, apenas por elementos informativos colhidos na fase preliminar, a acusação, nas fases processuais, muitas vezes se limita a reiterar o conteúdo juntado pelo Inquérito Policial. Em outros termos, além da desigualdade de oportunidades entre as partes, a investigação preliminar impede a efetivação do contraditório, na medida em que a colhida dessas informações - as quais, na instrução processual, serão apenas reafirmadas em juízo - não decorrem da participação efetiva do investigado/indiciado²⁷.

Evidente, portanto, a lacuna existente no modelo preliminar inquisitório/processual acusatório. A acusação, retomando o conceito de disparidade de armas, possui mais oportunidades e está mais preparada que a defesa para a produção de provas na instrução processual. O acusado, apesar de possuir a mera possibilidade de contraditar as provas produzidas em juízo, não terá uma reação efetiva por conta dessa diferença entre os conteúdos colhidos na fase preliminar.

São nessas circunstâncias que a Investigação Criminal Defensiva se torna uma ferramenta para assegurar o contraditório efetivo e equilibrado defendido por Badaró. Ao permitir que a defesa colha fontes de prova durante a fase preliminar, a reação defensiva, em um futuro processo, será mais assertiva e fundada contra as alegações acusatórias baseadas em elementos de investigação.

Ademais, para a concretização dessa garantia, é certo que o instituto defensivo não deve ser considerado apenas como uma mera colheita de elementos informativos pela defesa. A Investigação Criminal Defensiva deve possuir o mesmo valor e ser equivalente às investigações estatais no procedimento de formação da culpa - em termos práticos, deve possuir a mesma

aos autos do inquérito e à luz do binômio publicidade-segredo". Ou seja, é a partir do direito de informação que a defesa é exercida na fase preliminar.

²⁷ Aqui, cabe destacar que esses elementos informativos tratam-se de documentos já juntados nos autos do Inquérito Policial, desconsiderando diligências em andamento

relevância para influenciar na decisão do promotor/juiz em arquivar a investigação ou oferecer uma denúncia.

Nessa toada, é possível identificar uma espécie de contraditório prévio ao processo. Veja-se que a defesa, a partir do instituto defensivo, tem a oportunidade de combater os elementos trazidos por uma investigação e evitar a instauração de uma eventual ação penal por meio da apresentação dos dados colhidos antes do recebimento da denúncia²⁸.

ANDRÉ AUGUSTO MENDES MACHADO destaca a decisão de denunciar ou não o autor a partir de um embasamento por duas versões apresentadas, tanto pela Autoridade Policial, como pela defesa²⁹:

De fato, consoante o princípio da isonomia, as partes devem ter paridade de armas, ou seja, os mesmos direitos, ônus e deveres, em cada grau e estado do procedimento. Assim, se, de um lado, existe a investigação pública cujo objetivo precípua é reunir material probatório para amparar a opinião delicti do Ministério Público ou da acusação privada; de outro, deve-se permitir que o imputado, por meio de seu defensor, efetue atividade investigatória para suportar as suas teses de defesa.

Por fim, cumpre destacar que essa garantia do contraditório pela implementação da Investigação Criminal Defensiva parte também do pressuposto de que o instituto defensivo, conforme o artigo 2º do Provimento n. 188/2018, pode ser desenvolvido em qualquer etapa da persecução penal:

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.

Inclusive, GABRIEL BULHÕES menciona a possibilidade de realização da investigação defensiva antes mesmo do surgimento de uma acusação oficial, marcada pela instauração de um inquérito policial ou pelo próprio indiciamento de um indivíduo³⁰.

Observa-se, à vista disso, que a possibilidade de a defesa colher elementos de informação aproxima a síntese da verdade material, visto que o contraditório é levado à

²⁸ Sobre isso, cumpre destacar que para uma melhor efetividade da Investigação Criminal Defensiva e de seus respectivos princípios constitucionais, seria fundamental a realização da persecução penal a partir de um procedimento trifásico: uma fase de investigação; uma fase preliminar de juízo de admissibilidade de acusação; e uma fase de instrução e julgamento. É nessa fase de admissibilidade, conforme se verá em capítulos subsequentes, que ocorreria o oferecimento da denúncia com base no Inquérito Policial e a juntada dos elementos colhidos pela investigação defensiva, sendo clara a relação de tese; antítese; e síntese.

²⁹ MENDES MACHADO, André Augusto. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 94

³⁰ Bulhões, Gabriel. *Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira* (Portuguese Edition) (p. 33). Edição do Kindle.

exaustão, dado o esgotamento de todos os meios de produção de provas por ambas as partes do processo. O instituto defensivo, além de assegurar o contraditório efetivo e equilibrado a partir da sua realização na fase preliminar, também contribuiu para a manutenção da garantia nas etapas subsequentes - e até anteriores - da persecução penal.

1.2.3. O princípio da ampla defesa

Assim como o princípio do contraditório, a ampla defesa está constitucionalmente garantida a partir do artigo 5º, LV, na medida em 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;*”

Veja-se que a presença da ampla defesa e do contraditório na mesma redação normativa não é por acaso. Os dois princípios estão intrinsecamente conectados, sendo que para a garantia de um, é necessário o exercício do outro e vice-versa. Esse é o entendimento majoritário da doutrina: é por meio da informação, elemento essencial do contraditório, que surge a atuação do direito de defesa, sendo que é por este que se garante a efetividade daquele por meio da reação.

Sobre isso, GRINOVER explica que³¹:

[...] defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, por quanto é o contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta - como poder correlato ao de ação - que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por esta se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.

E é dessa ação que a ampla defesa se divide em (i) direito à autodefesa; e (ii) direito à defesa técnica. O primeiro se relaciona com o exercício do direito de defesa pessoalmente pelo acusado, ou seja, atos da persecução penal que o indivíduo possui a capacidade de atuar sem a necessidade explícita de uma defesa técnica. A título de exemplo, pode-se citar o direito de ser ouvido pela autoridade judiciária, o direito ao silêncio e, até, o interrogatório realizado no Inquérito Policial³².

³¹ PELLEGRINI GRINOVER et al. *As nulidades no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 1992. p.63

³² BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 64.

Por outro lado, o direito à defesa técnica passa, novamente, pela necessidade de se equalizar as partes do processo. É a garantia de que o acusado terá um profissional “*habilitado, com capacidade postulatória e conhecimentos técnicos, assegurando assim a paridade de armas entre acusação e defesa.*”³³.

Além disso, há de se evidenciar a abrangência da ampla defesa na persecução penal. Nessa toada, conforme supracitado, a Constituição Federal de 1988 assegurou o direito de defesa “*em processo judicial ou administrativo*” e “*aos acusados em geral*”. Observa-se, nesse sentido, uma dúvida sobre o alcance da ampla defesa no que concerne à fase de inquérito policial, sendo um procedimento administrativo - não um processo - e não havendo, em tese, um acusado formal.

Tais obstáculos, segundo AURY LOPES, não são suficientes para restringir o direito de defesa na fase preliminar. Ao tratar da impossibilidade de se interpretar, de maneira restritiva, o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, o autor menciona que³⁴:

A postura do legislador foi claramente *protetora*, e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial, até porque o próprio legislador ordinário cometeu o mesmo erro ao tratar como “Do Processo Comum”, “Do Processo Sumário” etc., quando na verdade queria dizer “procedimento”. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados, e não indiciados, seja um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar. Sucedeu que a expressão empregada não foi só acusados, mas sim acusados em geral, devendo nela ser compreendidos também o indiciamento e qualquer imputação determinada [...]

Isto é, há uma clara tentativa do legislador, ao citar “*acusados em geral*”, em também proteger indivíduos alvos de investigações criminais. Essa expressão, inclusive, determina a forma como a referida norma será interpretada, na medida em que o princípio constitucional deve ser assegurado de forma ampla e não apenas a partir de uma acusação formal.

É através dessa garantia abrangente do direito de defesa que as investigações estatais se tornam verdadeiros obstáculos para a efetividade da ampla defesa visada pela Carta Magna. Nesse sentido, o que há no Inquérito Policial - que se estende nas outras investigações criminais realizadas pelo Estado - é uma mera atuação protocolar por parte da defesa na fase investigativa. Um procedimento extremamente sigiloso e de difícil acesso, em que todos os atos do acusado, por meio de seu advogado, estão condicionados à vontade da Autoridade Policial para serem ou não deferidos.

³³ PELLEGRINI GRINOVER et al. *As nulidades no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 1992. p.63

³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 185

Neste ponto, DANIEL ZACLIS é assertivo ao afirmar que o artigo 14 do Código de Processo Penal, não constitui ou assegura, de forma plena, a ampla defesa, haja vista que sua realização será determinada, “*ou não, a juízo da autoridade*”³⁵:

Ademais, nem se pode falar que a defesa sempre pôde realizar atos de investigação, nos termos do artigo 14 do Código de Processo Penal. Com efeito, a possibilidade de requerer à autoridade policial a realização de diligências de interesse à defesa não se confunde com investigação defensiva. A investigação privada é aquela empreendida diretamente pelo particular, sem a necessidade de uma autoridade referendar previamente as diligências requeridas.

Mais uma vez a Investigação Criminal Defensiva se mostra necessária para a efetivação do princípio constitucional, sendo legitimada por tal. Veja-se que a defesa do acusado - a partir da prerrogativa de colher elementos de informação para se defender de uma investigação policial - estará mais ativa, atuante e preparada tanto na fase preliminar, quanto na fase judicial.

Sobre isso, ANDRÉ AUGUSTO MENDES MACHADO preceitua acerca da correlação entre direito à prova e investigação defensiva³⁶:

Já o direito de defesa, que se desdobra nos direito à prova e à investigação, preceitua a possibilidade de reagir aos atos da parte contrária com os meios de prova admitidos em Direito. Especificamente no tocante ao direito à prova, esclarece Rogério Lauria Tucci que se expressa “na concessão aos sujeitos parciais (no processo penal, da persecutio criminis), de idênticas possibilidades de oferecer e materializar, nos autos, todos os elementos de convicção demonstrativos da veracidade dos fatos alegados, bem como de participar de todos os atos probatórios e manifestar-se sobre os seus respectivos conteúdos”. Ora, de nada adiantaria garantir ao imputado direito à prova, em sede judicial, sem lhe dar oportunidade de buscar previamente as fontes de prova, o que ocorre por meio da atividade investigatória. Ademais, por meio da investigação defensiva, faculta-se ao imputado exercerativamente o seu direito de defesa, desde a fase preliminar, recolhendo os dados indispensáveis à comprovação de seus argumentos e que podem evitar o advento de ação penal. Diante disso, um verdadeiro e justo processo penal acusatório deve assegurar que acusação e defesa tenham oportunidades equânimes para sustentar as suas teses, inclusive durante a instrução preliminar. Até porque, nesta fase, já existe imputação em sentido amplo e, por conseguinte, o inegável interesse do imputado em demonstrar a sua inocência. Logo, se um ordenamento jurídico prevê procedimento investigatório público, de cunho nitidamente acusatório, é imprescindível que admita também a investigação autônoma do crime pela defesa.

Outrossim, é dessa relação entre o direito de buscar fontes de prova - sendo uma das vias do direito de defesa - e a Investigação Criminal Defensiva que o instituto defensivo também é legitimado. Note-se que o direito da defesa em colher elementos de informação - e, neste caso,

³⁵ ZACLIS, Daniel. *Investigação Interna Corporativa: Reflexos no Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.p. 113-114

³⁶ MENDES MACHADO, André Augusto. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 95

fontes de provas a serem utilizadas no processo - parte da premissa, de acordo com BADARÓ, de um direito à investigação pressuposto ao direito à prova.³⁷

No mesmo sentido, VANESSA MORAIS KISS também conceitua esse direito à prova como a possibilidade de colher elementos de informação defensivos, visando influenciar um futuro juízo de admissibilidade da acusação³⁸:

Conforme já se abordou em tópico anterior, o direito fundamental à ampla defesa tem como um de seus consectários lógicos o direito à prova defensiva, que não se resume à possibilidade de influenciar a avaliação judicial da prova pela via argumentativa, mas compreende também a prerrogativa de trazer aos autos material apto a corroborar com as manifestações defensivas. Esse direito, conforme a posição aqui esposada, não se restringe à fase judicial da persecução penal, estendendo-se também à investigação preliminar, momento em que o imputado tem legítimo interesse em apresentar elementos informativos que lhe sejam favoráveis – seja a fim de influenciar o juízo de admissibilidade da acusação, seja para, futuramente, contribuir para o convencimento do magistrado sentenciante

Diante do que fora exposto, evidente que a investigação defensiva surge como uma possibilidade de mitigar os problemas trazidos pela estrutura inquisitorial das investigações estatais. A partir do momento em que a defesa de um investigado/indiciado possui como prerrogativa colher elementos de informação para se defender de uma investigação policial em andamento, é evidente que a persecução penal se torna mais igualitária. Nesse caso, a defesa do imputado teria uma participação ativa na fase preliminar do processo penal - garantindo os princípios da ampla defesa e do contraditório - bem como teria oportunidades similares³⁹ às da acusação para colher dados investigativos e elaborar teses defensivas.

1.3. NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO DEFENSIVO

A Investigação Criminal Defensiva é caracterizada como uma espécie de investigação preliminar privada. Por conseguinte, para entender a natureza jurídica do instituto defensivo, é

³⁷ BADARÓ, Gustavo. Processo penal. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 155.

³⁸ KISS, Vanessa Morais. A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. p. 137

³⁹ Diz-se similares, haja vista a Investigação Criminal Defensiva apenas contribuir para a mitigação da problemática relacionada à paridade de armas. Ainda que existisse uma participação ativa da defesa na fase preliminar, a acusação permaneceria com prerrogativas e vantagens extraídas pela investigação realizada por todo aparato estatal.

necessário analisar o conceito mais amplo das investigações realizadas por particulares e como elas são abarcadas pelo processo penal brasileiro.

Nesse sentido, BULHÕES define esse instituto como uma⁴⁰:

[...] sequência de diligências e técnicas de apuração realizadas por particulares visando resguardar a tutela judicial dos interesses de pessoas físicas ou jurídicas, que possibilitam a produção direta ou indireta de atos de investigação latu sensu sobre elementos que envolvem a apuração de um fato, favoráveis ou não aos interesses do investigante, por intermédio de agente constituído para este fim e para a catalogação dos elementos de informação obtidos.

Note-se que a característica comum de todas essas investigações é, por óbvio, a sua realização por particulares. E é o entendimento desse ponto que o sistema processual penal brasileiro diverge de outros modelos comparados que possuem investigações privadas mais desenvolvidas no ordenamento, como nos Estados Unidos com seu paradigma adversarial.

A partir dos ensinamentos de ZACLIS, é possível verificar, no Brasil, a concepção tradicional de que todos os atos realizados por entes públicos revestem de “*maior isenção e credibilidade*”, ao passo que os particulares teriam “*interesses próprios, muitas vezes desvinculados de uma apuração isenta dos fatos*.”. E é por isso que o modelo de investigação brasileiro foi concentrado na figura da Polícia Judiciária por meio do inquérito policial.⁴¹

Nessa toada, é de se evidenciar que o Código de Processo Penal de 1941 reservou um capítulo inteiro para legislar sobre o referido procedimento de apuração. No entanto, no que concerne à busca de elementos informativos por particulares, o ordenamento se manteve omissivo quanto a sua validade e natureza. O que há, de acordo com BULHÕES⁴², é a mera atribuição das investigações privadas como “*peças de informação*”, a partir dos artigos 28, 46, §1º e 67, I, do CPP⁴³:

Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei

⁴⁰ Bulhões, Gabriel. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira (Portuguese Edition) (pp. 49-50). Edição do Kindle.

⁴¹ ZACLIS, Daniel. Investigação Interna Corporativa: Reflexos no Processo Penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 106

⁴² Bulhões, Gabriel. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira (Portuguese Edition) (pp. 50). Edição do Kindle.

⁴³ Neste ponto, cumpre destacar que sequer há uma menção direta à investigação privada. O que se entende pela interpretação das normas é de que tudo aquilo que for colhido na fase preliminar da persecução penal e não for abarcado pelo inquérito policial é considerado como peças de informação.

Art. 46. § 1º Quando o Ministério P\xfublico dispensar o inqu\xe9rito policial, o prazo para o oferecimento da den\xf3ncia contar-se-\x96 da data em que tiver recebido as peças de informa\xe7ões ou a representação

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

Ou seja, trazendo a análise do gênero para espécie, o processo penal brasileiro entende a natureza jurídica da Investigação Criminal Defensiva como elementos de informação coletados por particulares, neste caso, por advogados ou assistentes técnicos.

Além disso, o Código Deontológico de Boas Práticas da Investigação Defensiva, elaborado pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM) a partir do Provimento 188/2018 da OAB, definiu uma série de balizas e requisitos gerais no que se refere às características das apurações realizadas pelo defensor.

A partir do artigo 2º do referido diploma, o instituto defensivo envolve (i) um complexo de atividades investigativas; (ii) tendo o advogado como figura central da apuração; (iii) com ou sem assistente técnico qualificado para especializar as buscas de elementos de informação. A finalidade, conforme apontada no capítulo anterior, é a “*constituição de acervo probatório e instrutório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte*”⁴⁴.

Ademais, a Investigação Criminal Defensiva não é desempenhada a partir do poder público. Isto é, trata-se de uma apuração autônoma do advogado, sem a necessidade de autorização legal, por exemplo, da Autoridade Policial que preside o inquérito. Tal lógica, além de passar pelas atribuições inerentes da profissão, também garante o exercício do direito de defesa pleno e incondicionado à vontade do titular da narrativa acusatória⁴⁵.

O Código Deontológico também difere o instituto defensivo da mera participação do defensor na fase preliminar. O artigo 6º entende que a busca por fontes de provas e elementos informativos deve ser realizada de forma estruturada e planejada. Para isso, é incentivado o uso

⁴⁴ Art. 2º – Investigação defensiva é o procedimento que envolve o complexo de atividades de natureza investigatória, realizado por advogado(a), com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, ou mesmo antes da formal instauração de procedimento criminal ou após o seu trânsito em julgado, visando a obtenção de elementos de informação destinados à constituição de acervo probatório e instrutório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte

⁴⁵ Art. 2º, §3º As atividades desempenhadas no desenvolvimento da investigação defensiva não se confundem com qualquer atividade pública, não havendo necessidade de autorização legal expressa para o seu exercício, tendo em vista que se insere na lógica do desempenho profissional e na busca pelo resguardo de interesses privados

de todos os recursos e meios lícitos disponíveis, inclusive tecnológicos, para o esclarecimento dos fatos e um melhor desenvolvimento do acervo probatório⁴⁶.

Sobre o produto dessas investigações, o ponto cerne é a utilização desse arcabouço instrutório condicionada a melhor forma de tutelar os interesses do constituinte, bem como se é da vontade deste. Veja-se que, consoante os artigos 7º, §6º⁴⁷, e 9º⁴⁸, a Investigação Criminal Defensiva: (i) pode ser realizada a qualquer tempo, inclusive de forma preventiva - antes da persecução penal; (ii) não possui prazo máximo de duração; e (iii) seu resultado pode instruir diversas ações de impugnação, como habeas corpus, acordos de colaboração premiada, revisões criminais, dentre outros.

Outrossim, cumpre destacar que o advogado condutor da investigação defensiva, trazendo a finalidade de tutelar os direitos do constituinte, possui uma série de deveres relacionados às informações colhidas durante a apuração, conforme o artigo 11 do supracitado diploma:

Art. 11 – São deveres do(a) advogado(a) condutor(a) da investigação defensiva: i – preservar o sigilo das fontes de informação; ii – respeitar o direito à intimidade, à privacidade, à honra, à imagem e os demais direitos e garantias das pessoas em geral, em especial das envolvidas na investigação defensiva; iii – exercer a atividade com zelo e probidade; iv – defender, com isenção, os direitos e as prerrogativas profissionais, resguardando a própria reputação e a da classe; v – zelar pela conservação e pela proteção de documentos, objetos, dados ou informações que lhe forem confiados pelo(a) constituinte ou em defesa dos seus interesses; vi – restituir, íntegro, ao(à) constituinte, findo o contrato ou a pedido, documento ou objeto que lhe tenha sido confiado; vii – sempre atuar com expressa ciência e autorização, bem como prestar contas ao(à) constituinte; e viii – documentar todos os atos e diligências praticadas durante a investigação defensiva.

Outro fator importante é o entendimento que o Código Deontológico de Boas Práticas da Investigação Defensiva traz a respeito da responsabilidade do advogado quanto à realização do instituto defensivo. O artigo 5º do texto legal considera a apuração de elementos defensivos

⁴⁶ Art. 6º – A investigação defensiva envolve a busca de fontes de prova e a coleta de dados, informações e vestígios de forma estruturada e planejada, com conhecimento técnico e uso de meios e recursos permitidos, inclusive tecnológicos, visando ao esclarecimento de fatos e assuntos de interesse do(a) constituinte e formação de acervo probatório e instrutório lícito.

⁴⁷ Art. 7º – A investigação defensiva pode ser realizada a qualquer tempo, desde que autorizada pelo constituinte, mediante outorga de procuração.

§6º O produto da investigação defensiva pode instruir ações de impugnação, como habeas corpus, mandado de segurança e revisão criminal, execução penal, acordos de não persecução cível e penal, acordo de colaboração premiada e acordo de leniência, dentre outros procedimentos, no interesse do(a) constituinte.

⁴⁸ Art. 9º – Não há prazo máximo de duração da investigação defensiva, devendo perdurar enquanto houver necessidade de busca de fontes de prova e coleta de informações e de vestígios para o resguardo dos interesses legais e/ou processuais do(a) constituinte.

como um “*imperativo ético*”, sempre que possível e adequada a sua realização⁴⁹. Tal perspectiva é de extrema importância no contexto das investigações preliminares.

Para garantia dos princípios constitucionais elencados anteriormente, ficou demonstrada a necessidade da realização da investigação defensiva na fase preliminar da persecução penal para mitigar os problemas causados pelo modelo inquisitório das investigações estatais. Nesse sentido, mostra-se fundamental a participação ativa do advogado nesse processo. Como, inclusive, descrito pelo referido artigo, o dever ético do defensor perpassa o “*valor dos bens jurídicos tutelados nas persecuções penais*”.

Sobre tal tema, oportuno destacar a relação que RENATO STANZIOLA VIEIRA faz entre o dever ético dos advogados na investigação defensiva e o direito probatório:⁵⁰

Esse é o ponto fundamental: a investigação defensiva não é tomada como uma faculdade mas como um dever, um imperativo para aqueles que, ou por nomeação ou por contrato, defendem os interesses de alguém na primeira fase da persecução penal. Por essa perspectiva não se nega que a investigação defensiva tenha uma natural ligação ao direito probatório, pois afinal com ela o que se propõe é que alguém se defenda “provando”, isto é, traga aos autos elementos que possam, na melhor maneira possível, favorecer os interesses do investigado. Não se nega a ligação com o direito probatório. Ao contrário: justamente por tal ligação é que o enfoque ao direito da defesa avulta em importância, pois não é de “qualquer” produção de elementos de informação que se cuida, mas de elementos que possam mitigar ou excluir a possibilidade da continuação da persecução penal.

Ou seja, o referido imperativo da profissão, além de passar pela necessidade de assegurar os preceitos constitucionais na fase preliminar do processo penal, é identificado pela simples necessidade de realizar a defesa do constituinte da melhor forma possível, sendo, consoante Diogo Malan, um “*dever ético inherente ao múnus advocatício criminal*”⁵¹.

Nesse diapasão, identifica-se uma mudança da cultura tradicional da atuação do advogado criminalista nas investigações. Surge, neste momento, uma maneira de advogar ativa, dinâmica e estruturada nas fases que antecedem o processo. A figura do defensor com a possibilidade de dirigir a investigação e buscar elementos informativos em contraposição à

⁴⁹ Art. 5º – A investigação defensiva pode ser realizada em qualquer âmbito da advocacia. Parágrafo Único. Em razão do valor dos bens jurídicos tutelados nas persecuções penais, entende-se a investigação defensiva, para além de uma possibilidade, como um imperativo ético, sempre que possível e adequado ao caso concreto, fazendo com que seja fundamental para o bom desempenho do mister profissional do(a) Defensor(a) e do(a) Assistente de Acusação.

⁵⁰ VIEIRA, Renato Stanziola. Investigação defensiva: diagnóstico e possibilidades no processo penal brasileiro. (p. 5)

⁵¹ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 20, v. 96, maio/jun. 2012, p. 02

figura do advogado de gabinete, definido por ÉDSON BALDAN como “*o espectador passivo do desenrolar processual*”⁵².

Passada a análise do instituto da Investigação Criminal Defensiva, esmiuçar-se-á os obstáculos doutrinários e práticos que impedem a aplicabilidade efetiva do instituto defensivo no ordenamento jurídico nacional.

2. OBSTÁCULOS DOUTRINÁRIOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

A Investigação Criminal Defensiva é um instituto necessário para a preservação dos valores constitucionalmente dispostos, sendo uma forma de adequar a fase preliminar e as investigações estatais inquisitórias com o sistema acusatório previsto na Constituição Federal de 1988.

No entanto, a aplicação desse instituto, no Brasil, enfrenta diversos obstáculos para a sua efetivação. Haja vista ser um instrumento - sem um regime legal específico - que altera todo o funcionamento do processo penal, trazendo a defesa para dentro da fase preliminar da persecução, tais problemáticas que norteiam a Investigação Defensiva são tanto de ordem doutrinária como de ordem prática.

Neste momento, analisar-se-á os obstáculos doutrinários que o instituto defensivo enfrenta, bem como se tais entendimentos são aptos para impossibilitar a busca por elementos informativos defensivos, de forma estruturada e planejada, no contexto brasileiro.

A fase preliminar da persecução penal, atualmente, não é tão almejada como objeto de pesquisa entre os operadores do direito. Das poucas manifestações existentes sobre o tema, há uma linha ideológica em defesa do Inquérito Policial, escorada pela “*busca imparcial da verdade*”, perpetrada pela Autoridade Policial, e pela desnecessidade da defesa e do contraditório nessas fases. Inclusive, tais entendimentos consideram que a participação do acusado apenas atrapalharia as investigações e a consequente elucidação dos fatos.

⁵²AZEVEDO, André Boiani e, BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva p. 07.

Nesse sentido, há de se citar FRANCISCO CAMPOS, Ministro da Justiça responsável pela elaboração do Código de Processo Penal de 1941, que, a partir do conceito da “*busca ilimitada da verdade*”, entendia o acusado com garantias excessivas, chegando até ser consideradas “*favores*”⁵³:

De par com a necessidade de coordenação das regras do processo penal num código único para todo o Brasil, impunha-se o affeçoamento ao objectivo de maior facilidade e energia da accão repressiva do Estado. As nossas leis vigentes de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidéncia das prova, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão terá de ser deficiente, decorrendo dahi um indirecto estímulo à criminalidade. Urgia abolir semelhante critério de primado do interesse do indivíduo sobre o da tutela social

Na mesma toada, tem-se JOSÉ FREDERICO MARQUES, um dos maiores defensores do Inquérito Policial sem a participação da defesa. O jurista considerava o investigado como um mero objeto da investigação, dando mais importância, portanto, à imparcialidade dos atos investigativos ante a ausência de versões contrárias às da Autoridade Policial⁵⁴:

Ao contrário do que pensam alguns, não se deve tolerar um inquérito contraditório, sob pena de fracassarem as investigações policiais, sempre que surja um caso de difícil elucidação(...) Nesse ponto, foi sábio o Código, deixando à discrição da autoridade que preside o inquérito admitir os depoimentos das testemunhas do réu ou do ofendido. A investigação policial não pode ser tumultuada com a intromissão do indiciado. Somente quando o caso a averiguar é duvidoso, deve a polícia atender aos pedidos de prova formulados pelo réu ou pelo ofendido. A necessidade, porém, de praticar tais atos instrutórios, fica entregue à apreciação discricionária da autoridade policial.

Veja-se, nesse sentido, que tais linhas ideológicas buscam dar menos importância à atuação da defesa na fase preliminar. Neste ponto, conforme se verá a seguir, os obstáculos doutrinários para a efetivação da Investigação Criminal Defensiva seguem as seguintes premissas: (i) O Inquérito Policial é conduzido de forma imparcial pela Autoridade Policial; (ii) a existência do Ministério Público como *custos legis*, parte imparcial do processo; e (iii) a desnecessidade da ampla defesa e do contraditório nas investigações estatais, haja vista o Inquérito Policial ser um procedimento administrativo e sua valoração pelo juízo ser limitada por meio do artigo 155 do Código de Processo Penal.

⁵³ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro. v.18, n.67. Rio de Janeiro: R.EMERG, p.270. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_264.pdf>. Acesso em: 29 jan 2024. 6 p.

⁵⁴ MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000 p. 170.

2.1. A IMPARCIALIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL

Conforme o art. 1º, *caput* e parágrafo 1º, da Lei n. 12.830/2013, cabe à Autoridade Policial a apuração de infrações penais, seja por meio do inquérito policial ou por outro procedimento previsto em lei:

Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado. § 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

Ademais, a partir do advento da Lei n. 14.735, de 23 de novembro de 2023, que institui a Lei Orgânica Nacional das Polícias Civis, foi estabelecido uma série de diretrizes e normas de funcionamento do referido órgão público. Dentre elas, o cerne da primeira premissa - a imparcialidade do Inquérito Policial - foi normatizado pelo texto legal.

Nesse sentido, segundo o artigo 4º do referido diploma:

Art. 4º São princípios institucionais básicos a serem observados pela polícia civil, além de outros previstos em legislação ou regulamentos: I - proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais no âmbito da investigação criminal; II - descrição e preservação do sigilo necessário à efetividade da investigação e à salvaguarda da intimidade das pessoas; VII - busca da verdade real; XI - continuidade investigativa criminal; XII - atuação imparcial na condução da atividade investigativa e de polícia judiciária; XV - autonomia, imparcialidade, tecnicidade e científicidade investigativa, indiciatória, inquisitória, notarial e pericial; XVI - essencialidade da investigação policial para a persecução penal; XVII - natureza técnica e imparcial das funções de polícia judiciária civil e de apuração de infrações penais, sob a presidência e mediante análise técnico-jurídica do delegado de polícia;

Note-se que tanto a busca da verdade real como o conceito da imparcialidade foram estabelecidos como princípios institucionais da Polícia Civil. Na mesma toada, os artigos 26⁵⁵ e 29⁵⁶ do supracitado diploma também determinaram a necessidade de uma atuação imparcial dos integrantes da instituição pública como deveres a serem cumpridos.

São a partir desses conceitos que há argumentos contrários à realização da Investigação Criminal Defensiva na fase preliminar da persecução penal. Nesse diapasão, em tese, ao se

⁵⁵ Art. 26. O delegado de polícia, além do que dispõem as normas constitucionais e legais, detém a prerrogativa de direção das atividades da polícia civil, bem como a presidência, a determinação legal, o comando e o controle de apurações, de procedimentos e de atividades de investigação. Parágrafo único. Cabe ao delegado de polícia presidir o inquérito policial, no qual deve atuar com isenção, com autonomia funcional e no interesse da efetividade da tutela penal, respeitados os direitos e as garantias fundamentais e assegurada a análise técnico-jurídica do fato.

⁵⁶ Art. 29. Todos os ocupantes de cargos efetivos da polícia civil, nos limites de suas atribuições legais e respeitada a hierarquia e a disciplina, devem atuar com imparcialidade, objetividade, técnica e científicidade.

buscar a verdade, ela constituiria uma realidade “neutra”, não privilegiando uma ou outra parte no processo. A Autoridade Policial apenas seria um veículo para atingir tal “verdade”, ao conduzir diligências para o descobrimento dos fatos, o que, por conseguinte, resultaria numa colhida de elementos que poderiam tanto incriminar como inocentar o investigado.

DIOGO MALAN, ao analisar a justificação de tal premissa, afirma que, tendo em conta a imparcialidade do Ministério Público e da Polícia Judiciária, todos os elementos probatórios e informativos favoráveis ou desfavoráveis ao acusado seriam obtidos com o mesmo grau de probabilidade⁵⁷. Mostra-se, portanto, uma suposta desnecessidade da participação defensiva ancorada na matriz da investigação preliminar.

No entanto, chega a ser ingênuo a arguição de uma suposta imparcialidade da Autoridade Policial na condução do Inquérito Policial. Trata-se de uma premissa, no mundo das ideias, correta, mas que se distancia ao analisar a prática das investigações criminais no Brasil. Como já fora citado no presente trabalho, o Inquérito Policial possui um viés inquisitório e estruturado pelo fascismo italiano, sendo usado como um “*braço operacional e de controle do Estado*”⁵⁸.

Há, nesse sentido, uma ligação direta entre o poder punitivo estatal e os órgãos de investigações que inviabiliza a imparcialidade. AURY LOPES, nessa toada, preceitua que⁵⁹:

[...] a Polícia Civil e a Federal atuam em perspectivas inquisitoriais e dedicadas à acusação, sendo raro se observar qualquer movimento tendente ao reforço de teses defendidas por suspeitos/indiciados. E a exceção, por óbvio, vem para reforçar a regra geral. Qualquer divergência somente poderia se escorar em uma análise contrafactual, sendo de uma inocência angelical o entendimento de que a polícia judiciária, braço operacional e de controle do Estado, se veste da imparcialidade pura que permite uma igualdade de possibilidades às teses acusatórias e defensivas. Até porque, imparcialidade é uma construção técnica artificial do processo, como atributo exclusivo do “juiz”, não da polícia e tampouco do MP no processo penal (outra confusão ou distorção bastante comum). Portanto, falar em imparcialidade da polícia ou do MP no processo penal é um grave equívoco conceitual.

O que se encontra é a utilização da investigação preliminar estatal como base de toda a acusação da persecução penal. Muitas vezes, não há essa busca pela verdade real. E nem se poderia dizer que a atividade policial é inherentemente tendenciosa por motivos espúrios. Na

⁵⁷ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 96, mai./jun. 2012, p. 20.

⁵⁸Investigação defensiva: poder da advocacia e direito da cidadania. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania/>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

⁵⁹Investigação defensiva: poder da advocacia e direito da cidadania. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania/>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

realidade, como sói acontecer, a investigação se inicia com uma hipótese de fato típico. A atividade investigativa tentará colher elementos de informação que possam concretizar essa narrativa e, muitas vezes, até inconscientemente, omitirá elementos que poderiam enfraquecer a hipótese inicial.

Mais uma vez, DIOGO MALAN associa tanto a experiência prático-profissional quanto a Psicologia para explicar esse levantamento de uma hipótese inicial e a consequente busca de elementos informativos que a validem⁶⁰:

Quanto ao primeiro argumento acima, a Psicologia e a experiência prático-profissional ensinam que quem investiga determinados fatos precisa previamente formular determinada hipótese acerca desses fatos, que a subsequente investigação confirmará ou não. Ocorre que tal hipótese tende a condicionar o próprio desfecho das investigações, tornando o investigado (de forma consciente ou não) receptivo àqueles elementos informativos que corroboram sua própria hipótese inicial, e hostil com relação aos demais (que a desmentem)

Na mesma esteira, GUSTAVO BADARÓ também evidencia a propensão da Autoridade Policial em buscar fontes de prova acusatórias, deixando a defesa à mercê⁶¹:

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

Veja-se que a busca por elementos que possam inocentar o investigado, no modelo atual, depende da boa-fé da Autoridade Policial em conduzir devidamente o Inquérito Policial. Ou seja, tal argumento da imparcialidade, além de não possuir validade nas experiências empíricas das investigações estatais, ressalta ainda mais a necessidade da implementação da Investigação Criminal Defensiva no ordenamento pátrio. Um instituto que, além de autônomo, não está condicionado à vontade dos órgãos investigativos.

⁶⁰ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 96, mai./jun. 2012, p. 20.

⁶¹ BADARÓ, Gustavo. Processo penal. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 155.

2.2. MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CUSTOS LEGIS

As funções do Ministério Público no processo penal estão delimitadas a partir do artigo 257 do Código de Processo Penal⁶². Além do papel já conhecido do *parquet* em promover a ação penal pública (inciso I), também é atribuída à parte acusatória a função de “*fiscalizar a execução da lei*” (inciso II). A responsabilidade de *custos legis* impõe, nesse sentido, a necessidade do Ministério Público ser um “guardião da lei” durante toda a persecução penal.

O principal fundamento desse entendimento está na natureza do órgão acusador em representar o interesse público. Ou seja, o Ministério Público não possui um interesse contrário ao do acusado. Seu objetivo principal - como um representante da sociedade - é a busca da verdade real.

BADARÓ, ao explicar esse entendimento de boa parte da doutrina, afirma que o “*Ministério Público, enquanto órgão público, teria um interesse coligado com a função institucional que representa, e que não se reduz apenas à tutela do interesse de punir do Estado, mas principalmente à correta aplicação da lei no caso concreto*”⁶³. Ainda, BENTO DE FARIA destaca a ligação do Ministério Público com a efetividade da lei penal e seu papel de *custos legis*, na medida em que este deve “*procurar a verdade e a justiça, sem obsequiar a ideia preconcebida da acusação.*”⁶⁴.

E, como forma de justificar a imparcialidade do polo ativo, o próprio Código de Processo Penal, por meio do artigo 258, estabelece hipóteses de impedimento e suspeição de membros do Ministério Público⁶⁵. Além disso, cumpre destacar que o *Parquet* não está condicionado a sempre pedir a condenação do acusado ao final da fase instrutória, podendo se manifestar em favor da absolvição do réu.

Tais entendimentos também são transpostos para a fase preliminar da persecução penal. Nessa toada, é atribuída, ao Ministério Público, a função de órgão controlador neutro das investigações estatais. Dessa forma, seria papel do *Parquet* a fiscalização das diligências

⁶²Art. 257. Ao Ministério Público cabe: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). II - fiscalizar a execução da lei. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

⁶³ BADARÓ, Gustavo. Processo penal. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 296.

⁶⁴ FARIA, Bento. Código de Processo Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Record. v 2. p. 11

⁶⁵ Art. 258. Os órgãos do Ministério Público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, e a eles se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes.

realizadas pela Autoridade Policial, visando assegurar os direitos e as garantias do investigado durante a etapa pré-processual.

Ademais, assim como fora destacado no tópico anterior, o Ministério Público - sendo órgão externo da investigação ou o próprio titular do procedimento apuratório -, em tese, buscaria todos os elementos informativos, sejam eles favoráveis ou desfavoráveis ao acusado. Por conseguinte, tratando-se, por exemplo, de uma investigação sem indícios de autoria e materialidade delitivas, o *Parquet*, ainda, poderia promover o arquivamento dos autos, sem que o investigado seja processado injustamente.

Isto é, na medida em que a parte acusatória possui um papel de fiscalização da aplicação da lei penal durante toda a persecução, condicionada à imparcialidade e à busca da verdade real, desnecessária seria a atuação defensiva na fase preliminar do processo. O órgão acusador seria a garantia de que os direitos do investigado não seriam violados na etapa inquisitiva.

No entanto, há de se notar que tal linha ideológica também não se sustenta. A concepção do Ministério Público como parte imparcial, sendo, inclusive, utilizada para deslegitimar a defesa na fase investigativa, encontra diversas incongruências, tanto de ordem doutrinária quanto de ordem prática.

Inicialmente, cumpre destacar que a hipotética imparcialidade do *Parquet* é incompatível com o sistema acusatório previsto na Constituição Federal. Nesse sentido, como previamente citado, o processo penal brasileiro e a busca pela verdade real são desenvolvidos a partir do contraditório. Ou seja, a existência de uma estrutura dialética - tese e antítese -, que, quando levada à exaustão, se aproxima de um resultado mais próximo da realidade dos fatos (síntese).⁶⁶

A alusão de um Ministério Público imparcial dificulta a efetivação desse princípio. Veja-se que a imparcialidade denota uma ausência de interesse para ser contraposto pela parte contrária, o que, por conseguinte, obstaculiza uma decisão mais justa. Neste ponto, BADARÓ

⁶⁶Sobre isso, Badaró afirma que: O contraditório, possibilitando o funcionamento de uma estrutura dialética, que se manifesta na potencialidade do confronto entre tese e antítese, representa um mecanismo eficiente para a busca da verdade. Mais do que uma escolha de política processual, o método dialético é uma garantia epistemológica na pesquisa da verdade. As opiniões contrapostas dos litigantes ampliam os limites do conhecimento do juiz sobre os fatos relevantes para a decisão e diminuem a possibilidade de erros. No processo penal, necessariamente haverá o contraditório, em razão da importância dos bens em jogo. (BADARÓ, Gustavo. Processo penal. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 297.)

explica a imprescindibilidade do polo ativo como “parte parcial” para a efetivação do processo penal acusatório:

Contudo, para que a dialética do processo acusatório se desenvolva em toda a sua potencialidade, permitindo uma correta reconstrução dos fatos, é necessário que no processo atuem partes com interesses antagônicos ou contrapostos. Conceber o Ministério Público como parte imparcial significa inviabilizar a dialética de partes ou, ao menos, tornar a contraposição entre tese e antítese algo artificial ou meramente formal. No processo acusatório, em que se acentua a relação dialética entre as partes, o Ministério Público deve ser uma parte verdadeira, isto é, uma parte parcial.

Além disso, a prática da persecução penal, especialmente na fase preliminar, evidencia a inconciliabilidade do caráter imparcial com o Ministério Público. Nessa toada, a presente argumentação se aproxima do que já fora exposto no capítulo da imparcialidade da Autoridade Policial. O *Parquet*, sendo o responsável pela narrativa acusatória, possui uma tendência em buscar elementos informativos para corroborar e construir teses que favorecem a acusação.

Conforme a análise de ANDRÉ AUGUSTO MENDES MACHADO, é praticamente impossível, no cotidiano forense, “*vislumbrar o órgão ministerial agindo em prol do imputado - e nem seria natural que isso ocorresse -, pois, enquanto parte, o Ministério Público procura comprovar a existência dos elementos objetivos e subjetivos do crime.*”⁶⁷.

Tal cenário é ainda mais claro nas investigações realizadas pelo próprio órgão acusador. Observa-se que há inúmeras discussões acerca da junção das funções de investigar e acusar em um único subsistema. Inclusive, EDSON BALDAN problematiza a investigação realizada pelo polo ativo - denominada pelo autor de “*inquisição ministerial*” -, haja vista a “*inexorável e notória vinculação psicológica com o desate condenatório*”⁶⁸.

Dessa forma, tem-se que a concepção de imparcialidade do Ministério Público, assim como da Autoridade Policial, está desconexa do próprio modelo acusatório implementado constitucionalmente e da realidade judicial, especificamente no que concerne à fase apuratória. A Investigação Criminal Defensiva, além de não ser obstaculizada por esse entendimento, novamente mostra-se como um instituto essencial para a garantia do contraditório e, portanto, de uma decisão mais justa.

⁶⁷ MENDES MACHADO, André Augusto. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 55

⁶⁸ BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR, Salah Hassan. (Org.). Sistema penal e poder punitivo, estudos em homenagem ao Professor Aury Lopes Jr. 1ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2014, v. 1, p. 156-184, p. 06-7.

2.3. O ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A SUPosta DESNECESSIDADE DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NA FASE PRELIMINAR

A terceira barreira imaginária entende o Inquérito Policial como um mero procedimento administrativo e pré-processual de investigação e acautelamento de elementos de informação. A centralidade desse entendimento está na ausência de partes durante a fase preliminar, bem como não haver uma acusação formal contra um indivíduo.

Nesse diapasão, sendo um procedimento sem a produção de provas em juízo e sem a constituição de um acusado formal, dispensável, em tese, a participação da defesa. Essas manifestações indicam a inexistência do direito de defesa e do contraditório durante o Inquérito Policial, ou seja, os direitos garantidos ao réu durante a fase processual não são transpostos na fase preliminar da persecução penal.

Além disso, cumpre destacar que essa linha argumentativa ressalta o artigo 155 do Código de Processo Penal⁶⁹, na medida em que impede o juiz, em tese, de fundamentar a sentença condenatória exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase preliminar da persecução penal. Ou seja, os dados colhidos pela investigação estatal, isoladamente, não são aptos para o julgamento da causa⁷⁰.

Dessa maneira, haja vista que o direito da defesa em participar de forma ativa na produção das provas durante a instrução processual está assegurado, desnecessária seria a ampliação dessas garantias numa fase meramente administrativa e que não resulta na condenação do indivíduo.

Neste ponto, mais uma vez é evidente a desconexão do entendimento com a realidade investigativa no Brasil. Num primeiro momento, cumpre destacar que, ainda que não haja uma acusação formal na fase policial, contra o indivíduo investigado já recaem inúmeros fatos, seja na forma do indiciamento, seja na mera reunião de elementos informativos que indiquem o indivíduo ser suspeito da prática delituosa.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ BADARÓ, Gustavo. Processo penal. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 151.

Destaca-se que o investigado também pode sofrer diversas medidas que restringem suas liberdades, como pedidos de prisão preventiva, sequestro e arresto de bens, quebras de sigilo etc. Nessa toada⁷¹:

Dizer que na fase preliminar não há contraditório porque não há acusação formal é ignorar o fato, nem sempre divisado, de que existem inúmeros atos na investigação que, embora não possam ser considerados uma acusação formal, carregam em si a “imputação implícita” da autoria do delito, que se manifesta em atos como a prisão preventiva, o reconhecimento de pessoas, a busca e apreensão, a quebra de sigilo bancário, as medidas assecuratórias, etc. Carnelutti (2004, p. 183), ao se debruçar sobre esse problema, demonstrou que a suspeita que recai sobre uma pessoa implica “uma antecipação da posição de imputado sobre a imputação”, que ocorre justamente quando, antes do oferecimento da denúncia, são praticados atos contra o suspeito que o colocam como imputado.

Outrossim, conforme exaustivamente destacado no capítulo da legitimidade da Investigação Criminal Defensiva - relativamente ao princípio do contraditório -, apesar de existir a delimitação do artigo 155 do Código de Processo Penal, as investigações estatais possuem extrema influência nas fases subsequentes do processo. Inclusive, BULHÕES alerta que tal norma não impede que o juiz utilize os elementos informativos colhidos na fase preliminar para formar o seu convencimento. Pelo contrário, como exposto anteriormente, a análise dessas apurações pode fundamentar a sentença se vier acompanhada de provas produzidas durante a instrução processual⁷².

E a experiência empírica demonstra que, na maioria das vezes, as peças de informação produzidas na fase preliminar são simplesmente reiteradas no processo. Nesse sentido, o juiz irá apenas confirmar esses elementos informativos pré-processuais a partir das provas colhidas em contraditório. Surge a possibilidade de o magistrado, dessa forma, fundamentar o edital condenatório com base no Inquérito Policial - levado a efeito de forma inquisitorial e sem a participação da defesa - apenas tendo como necessidade arguir alguma prova que o corrobore.

Pelas lições de AURY LOPES, entende-se que há condenações disfarçadas, ou seja, baseadas no inquérito policial. O jurista afirma que tal possibilidade foi resultado da inserção da palavra “*exclusivamente*” no diploma legal⁷³:

[...] O grande erro da reforma pontual (Lei n. 11.690/2008) foi ter inserido a palavra “*exclusivamente*”. Perdeu-se uma grande oportunidade de acabar com as condenações disfarçadas, ou seja, baseadas no inquérito policial, instrumento inquisitório e que não pode ser utilizado na sentença. Quando o art. 155 afirma que o juiz não pode

⁷¹ MAZLOUM, Nadir. A Investigação Defensiva: Legitimidade e Fundamentos. IBCCRIM. Boletim n. 356. 30 Jun. 2022.

⁷² Bulhões, Gabriel. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira (Portuguese Edition) (p. 40). Edição do Kindle.

⁷³ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 172

fundamentar sua decisão “exclusivamente” com base no inquérito policial, está mantendo aberta a possibilidade (absurda) de os juízes seguirem utilizando o inquérito policial, desde que também invoquem algum elemento probatório do processo.

Ainda, o autor menciona casos em que os juízes não só confirmam os elementos informativos na fase processual, mas recorrem ao Inquérito Policial, ante a insuficiência probatória, para sustentar uma eventual condenação.

Para mitigar essa contaminação do convencimento do magistrado pelos dados colhidos na fase preliminar, há de se destacar o que fora proposto pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), visando a inserção da figura do Juiz de Garantias no processo penal brasileiro. Além de normatizar o modelo acusatório⁷⁴ e estabelecer um juiz apenas para a fase investigativa⁷⁵, o texto legal, a partir do seu art. 3º-B, §3º, também determinava a exclusão física dos autos do Inquérito Policial no processo:

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Tal medida, nas palavras de AURY LOPES, objetivava uma espécie de sentença limpa, com somente provas produzidas, na fase instrutória, valoradas⁷⁶:

O objetivo é a absoluta *originalità* do processo penal, de modo que na fase pré-processual não é atribuído o poder de aquisição da prova. A função do inquérito e de qualquer sistema de investigação preliminar é recolher elementos úteis à determinação do fato e da autoria, em grau de probabilidade, para justificar a ação penal. Com isso, evita-se a contaminação e garante-se que a valoração probatória recaia exclusivamente sobre aqueles atos praticados na fase processual e com todas as garantias.

No entanto, apesar de ser um dispositivo extremamente benéfico para a efetivação do sistema acusatório⁷⁷, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 6.298, declarou a constitucionalidade do referido parágrafo, mantendo a remessa dos autos da investigação preliminar ao magistrado que proferirá a sentença.

⁷⁴ Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

⁷⁵ Art. 3º-B. 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 [...]

⁷⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 128

⁷⁷ A exclusão dos autos do Inquérito Policial resultaria numa garantia de que o magistrado não formularia seu convencimento exclusivamente em elementos informativos colhidos sem o contraditório e a ampla defesa.

Por fim, evidencia-se que, apesar de ser um procedimento meramente administrativo, a finalidade do Inquérito Policial é a de buscar fontes de provas para a elaboração da narrativa acusatória. Ou seja, retomando-se o conceito de disparidade de armas, tem-se um polo ativo, na figura do Ministério Público, mais preparado e com mais oportunidades que a defesa ao longo de toda a persecução penal.

Indubitável, portanto, que há sim a necessidade da ampla defesa e do contraditório - a partir da Investigação Criminal Defensiva - na fase preliminar da persecução penal. Veja-se que tal argumento contrário não se sustenta: (i) mesmo se tratando de procedimento administrativo sem acusação formal, o investigado já é imputado preliminarmente durante o Inquérito Policial; e (ii) o artigo 155 do Código de Processo Penal não é suficiente para evitar sentenças baseadas nas investigações estatais inquisitoriais.

3. A LACUNA NORMATIVA E OS OBSTÁCULOS PRÁTICOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Como já foi demonstrado, a Investigação Criminal Defensiva possui sua legitimidade e constitucionalidade por meio dos princípios da igualdade, da ampla defesa e do contraditório. O instituto também é garantido pela própria implementação do sistema acusatório a partir da Constituição Federal de 1988. Contudo, conforme se verá a seguir, ainda que hajam leis que versem sobre a possibilidade do particular investigar fatos criminais e provimentos acerca do instituto defensivo, tais normas são insuficientes para normatizar e regulamentar a investigação realizada pelo defensor⁷⁸.

Nesse sentido, sobre tais investigações, ZACLIS menciona ocasiões em que o ordenamento jurídico nacional estimula a apuração por particulares. O autor destaca que “*há inúmeras evidências de que o Estado, na sua incapacidade de apurar todas as potenciais*

⁷⁸ A questão normativa também pode ser entendida como uma obstáculo doutrinário, na medida em que pode-se deslegitimar a Investigação Criminal Defensiva pela ausência de regulamentação legal. Contudo, entende-se que a análise deste obstáculo a partir do viés prático é mais relevante para a compreensão das problemáticas que derivam dessa barreira para a efetivação do instituto defensivo.

*condutas lesivas, transfere para entes particulares a responsabilidade por certos atos na investigação de delitos”.*⁷⁹

O primeiro diploma legal se refere à Lei n. 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), a qual estabelece uma série de obrigações aos sujeitos descritos no artigo 9º da referida norma. O artigo 11, nessa toada, determina que tais particulares devem identificar operações financeiras que possam constituir indícios de crime e comunicar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras.⁸⁰ Apesar de não mencionar a realização de investigações por entes privados, é evidente que foi atribuído “*um ato investigatório - sancionado administrativamente em caso de descumprimento - com intuito de contribuir na detecção de condutas de lavagem de capitais*”.⁸¹

Para a Investigação Criminal Defensiva, o único fator a ser destacado da supracitada lei é a possibilidade de o ente privado investigar e analisar possíveis condutas delituosas. Veja-se que é apenas um ato investigatório - e não uma investigação ampla - condicionada a comunicação do COAF.

A outra norma que estimula a realização da investigação por particulares é a Lei n. 13.432, de 11 de abril de 2017, a qual legisla sobre o exercício da profissão de detetive particular. No entanto, o referido diploma também é insuficiente para a regulamentação do instituto defensivo, haja vista as limitações impostas pela lei.

O artigo 2º do texto legal considera 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.*”. Tem-se, portanto, a impossibilidade do particular de apurar fatos criminosos de forma autônoma.

⁷⁹ZACLIS, Daniel. Investigação Interna Corporativa: Reflexos no Processo Penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 108

⁸⁰ Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º: I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se; II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização:

⁸¹ZACLIS, Daniel. Investigação Interna Corporativa: Reflexos no Processo Penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 109

Por outro lado, a lei, por meio do artigo 5º, estabelece uma condição em que o detetive particular, ainda que vedado pelo artigo 2º, tem a oportunidade de colher elementos informativos de natureza criminal: “*O detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante.*”. Ademais, consoante o parágrafo único da mesma norma, essa colaboração estará condicionada ao aceite da Autoridade Policial, tendo esta a discricionariedade para aceitar ou rejeitar.⁸²

É de se notar, nesse diapasão, que essa regulamentação inviabiliza por completo a investigação defensiva. De início, cumpre destacar que o detetive particular não pode instaurar uma investigação criminal por si só. Sua atuação dependerá de uma “*investigação policial em curso*”. Outrossim, a juntada dos elementos colhidos pelo investigador privado no Inquérito Policial também estará à mercê da vontade do Delegado de Polícia. Ou seja, todos os requisitos necessários para caracterizar o instituto defensivo - dentre eles, uma defesa autônoma à investigação estatal - estarão comprometidos pelas disposições da Lei n. 13.432/2017.

Sobre tal panorama de insuficiência de normas de regulamentação da Investigação Criminal Defensiva, BADARÓ afirma que:⁸³

Enfim, nos termos do CPP e da Lei 13.432/2017, é praticamente nulo o regime legal de investigação defensiva no processo penal. A investigação particular dependerá do “aceite” do delegado de polícia. Por outro lado, na própria investigação policial, as diligências por ele requeridas, muitas vezes, são indeferidas também discricionariamente, para não se dizer arbitrariamente.

Nesse cenário, conforme já destacado anteriormente, na tentativa de sanar a ausência de leis que atestem o funcionamento e a legalidade do instituto defensivo, o Conselho Federal da OAB editou o Provimento 188/2018-CFOAB a fim de regulamentar administrativamente essa matéria.

Sobre tal norma, AURY LOPES explica que⁸⁴:

O Conselho Federal da OAB não criou qualquer prerrogativa legal para a advocacia por meio de provimento nem inovou sob qualquer aspecto a ordem jurídica. O que se fez, aclare-se, foi estabelecer conceitos, balizas e parâmetros para a advocacia exercer a sua função investigativa, vez que esta não se encontra proibida em qualquer norma brasileira (como dito, decorre da ampla defesa e contraditório previstos no artigo 5º, LV da CF). Disciplinar o que se pode fazer, a partir das ferramentas legais e previsões

⁸² 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.

⁸³ BADARÓ, Gustavo. Processo penal. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 156.

⁸⁴ Investigaçāo defensiva: poder da advocacia e direito da cidadania. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania/>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

constitucionais já postas, é exercício do poder regulamentador conferido no artigo 54, V, do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei Federal 8.906/1994).

No entanto, o entendimento é de que apenas esse provimento é insuficiente para a efetivação da Investigação Criminal Defensiva no Brasil. Não há, nesse sentido, uma delimitação exata do papel que a atividade investigativa realizada pela defesa pode desempenhar durante toda a persecução penal.

E são a partir dessas lacunas normativas que surgem outras problemáticas relativas à implementação da investigação realizada pelo defensor. Nesse diapasão, faz-se necessária a análise desses obstáculos derivados da ausência de normas atinentes à Investigação Criminal Defensiva, sendo eles: (i) a valoração do instituto defensivo pelo Juízo; (ii) o poder vinculante do advogado nos atos da investigação; e (iii) o sigilo das informações coletadas na investigação.

3.1. VALORAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA PELO JUÍZO E A PARCIALIDADE DO INSTITUTO

As informações coletadas durante a fase preliminar do processo, por meio de uma investigação estatal ou privada - sem o desenvolvimento do contraditório - possuem natureza de elementos informativos. A doutrina define tais dados a partir da sua provisoriação: trata-se de elementos preparatórios e demonstrativos dos atos da investigação, os quais serão sopesados por um juízo de admissibilidade de uma eventual acusação, ou, até, imposição de medidas cautelares.⁸⁵

E, para uma melhor compreensão do valor desses elementos no processo, há de se mencionar a diferenciação entre provas constituendas e provas pré-constituídas no âmbito das investigações.

BADARÓ define as provas constituendas como aquelas decorrentes de fontes de provas pessoais e que devem ser produzidas em contraditório de partes, como o depoimento de testemunhas ou da vítima.⁸⁶ Por conseguinte, as oitivas realizadas perante a Autoridade Policial, no Inquérito Policial, ou o advogado, na Investigação Criminal Defensiva, não poderão ser

⁸⁵ KISS, Vanessa Morais. A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. p. 46

⁸⁶ BADARÓ, Gustavo. Processo penal. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 408-409

valoradas pelo juiz na sentença. O que é permitido é a utilização desses elementos como uma forma de confrontar as declarações feitas em contraditório, a partir de divergências entre os depoimentos.

No que concerne às provas pré-constituídas, têm-se elementos probatórios derivados de fontes de conhecimento pré-existentes ao processo e que foram criadas por outros procedimentos “*extra-autos*”.⁸⁷ No caso das investigações, são elementos informativos colhidos de uma fonte real, ou seja, documentos aptos para comprovar um fato sem a necessidade do contraditório para a sua formação.⁸⁸

Sobre isso, BADARÓ destaca a possibilidade da utilização desses elementos de fontes reais, colhidos na investigação, exclusivamente, para a formação do convencimento judicial, a partir de uma outra interpretação do artigo 155 do Código de Processo Penal⁸⁹:

Essa distinção é fundamental para uma interpretação da regra geral da primeira parte art. 155, *caput*, do CPP, quando prevê: “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”. A toda evidência, *lex dixi plus quam voluit*. A restrição não dita pelo legislador, mas decorrente do regime de aplicação diferenciada do regime do contraditório em relação aos meios de prova hauridos de fontes reais é: “o juiz poderá formar sua convicção pela livre apreciação da prova pré-constituída colhida na investigação, desde que a submeta ao posterior contraditório judicial”

Nesse diapasão, num mundo ideal, para a garantia da paridade de armas, a valoração da investigação realizada pelo defensor deveria passar pelo mesmo crivo daquela realizada pela Autoridade Policial. Ou seja, elementos informativos que podem ser utilizados para o juízo de admissibilidade, ou, até provas pré-constituídas aptas para a comprovação de fatos. Contudo, é nesse ponto que a problemática se encontra, diante da ausência de leis que atestem essa apreciação valorativa, bem como de uma cultura de desconfiança dos atos praticados pelo defensor.

Em primeiro lugar, comparativamente ao Inquérito Policial, é evidente que a inexistência de um regime normativo específico da investigação defensiva dificulta a legalidade dos procedimentos e das diligências realizadas pelo advogado. Nesse sentido, o Código de Processo Penal descreve todo o procedimento da investigação policial - objetivos, diligências,

⁸⁷ BADARÓ, Gustavo. Processo penal. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 385-386

⁸⁸ Badaró ressalta que tais documentos, no entanto, devem ser submetidos ao contraditório no curso do processo penal (BADARÓ, Gustavo. Processo penal. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 409)

⁸⁹ BADARÓ, Gustavo. Processo penal. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 409

limites etc - ao passo que a Investigação Criminal Defensiva é regulamentada apenas pelo Provimento n. 188/2018 da OAB.

ANDRÉ AUGUSTO MENDES MACHADO destaca a importância de uma regulamentação legal para a equivalência dos elementos obtidos nas investigações defensiva e estatal⁹⁰:

Além disso, para garantir o mesmo grau de confiabilidade entre a investigação defensiva e a investigação pública, o legislador deve regular adequadamente os atos investigatórios do defensor, prescrevendo, no mínimo, os mesmos requisitos aos órgãos públicos. Assim, para retirar toda a carga de preconceito sobre a investigação defensiva e lhe atribuir o mesmo peso da investigação pública, deve haver previsão legal de procedimento para a realização da investigação defensiva, no qual se define, com base em critérios constitucionais e legais, a forma de execução e documentação dos atos investigatórios pelo defensor, punindo o seu exercício irregular ou abusivo.

Ademais, outro fator que prejudica a valoração dos elementos de informação colhidos pela defesa é a diferença subjetiva que promotores e magistrados fazem entre as investigações particulares e as estatais. Nessa toada, cumpre relembrar a cultura tradicional brasileira que considera as investigações públicas isentas e com uma presunção de credibilidade nos dados obtidos, na medida em que as investigações defensivas seriam parciais e desvinculadas da verdade real.⁹¹

Sobre isso, ANTONIO SCARANCE FERNANDES aduz que, além de não haver regra acerca da investigação defensiva e que, na maioria das vezes, o investigado não pode contar com a colaboração da polícia, “*eventuais elementos obtidos pela defesa são vistos com muita desconfiança pelos promotores e juízes e, em regra, pouco considerados.*”⁹².

No mesmo sentido, FRANKLY ROGER ALVES SILVA menciona a necessidade de se assegurar um valor equiparável entre as investigações. O autor defende que o valor probatório de um elemento informativo não deve ser sopesado a partir do sujeito que o produz, especialmente pela confiança dada nas investigações realizadas pelo Ministério Público, o qual também é parte no processo.⁹³

Para a solução de tal problemática, além da criação de lei que verse sobre os procedimentos da Investigação Criminal Defensiva, imperioso que o Brasil siga o caminho do

⁹⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 139.

⁹¹ ZACLIS, Daniel. Investigação Interna Corporativa: Reflexos no Processo Penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.p. 106

⁹² SCARANCE FERNANDES, Antonio. Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p. 99

⁹³ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação criminal direta pela defesa. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 269.

direito italiano, uma vez que “*a doutrina e a jurisprudência pacificaram entendimento no sentido de que o resultado da investigação defensiva é equivalente ao da investigação pública, com relação à força probatória e à utilização processual*”⁹⁴.

3.2. O PODER REQUISITÓRIO DO ADVOGADO NOS ATOS DA INVESTIGAÇÃO

O rol de diligências passíveis de serem realizadas pelo advogado na condução da investigação defensiva é extenso. O artigo 4º do Provimento 188/2018 da OAB exemplifica alguns desses atos, como: colher depoimentos, pesquisar dados em órgãos públicos e privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais e realizar reconstituições de fatos⁹⁵. Além disso, o parágrafo único ainda dispõe a possibilidade do advogado valer-se de colaboradores e terceiros para a efetivação dessas diligências⁹⁶.

No entanto, é praticamente impossível destacar todos os atos investigativos que o defensor poderá executar. Nesse sentido, a partir de uma perspectiva negativa, é evidente que o advogado poderá realizar todas as diligências necessárias para o esclarecimento do fato, sendo tal atuação delimitada por meio de proibições constitucionais, legais e administrativas.⁹⁷

BULHÕES destaca que⁹⁸:

[..] tudo aquilo que for proibido, seja no próprio texto constitucional, ou em qualquer lei, ou ainda nos atos normativos expedidos pela OAB, é a circunscrição negativa ao modelo de atuação da investigação defensiva passível de ser implementada no Brasil. Como exemplo das limitações constitucionais, podemos citar todos os sigilos telefônico, telemático, fiscal, bancário, de correspondência etc., ou ainda a inviolabilidade domiciliar (artigo 5º, XI, CF[308]).

⁹⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 139.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ Parágrafo único. Na realização da investigação defensiva, o advogado poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo.

⁹⁷ Bulhões, Gabriel. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira (Portuguese Edition) (p. 233). Edição do Kindle.

⁹⁸ Bulhões, Gabriel. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira (Portuguese Edition) (p. 234). Edição do Kindle.

No mesmo entendimento, FRANKLYN ROGER ALVES SILVA, a partir das palavras de GIUSEPPE LOCATELLI e GIULIO SARNO, cita a possibilidade de meios atípicos de coleta de informações no curso da investigação defensiva - não expressos nas normas do Código de Processo Penal - desde que moralmente legítimos⁹⁹.

Ou seja, num plano ideal, o advogado teria a mesma capacidade investigativa que a Autoridade Policial e o Ministério Público. Contudo, é certo que a ausência normativa da investigação privada impede a efetivação das possíveis diligências a serem realizadas pelo defensor.

Neste ponto, a partir das lições de BADARÓ, evidencia-se que “*sem um regime legal específico, que assegure, ao advogado do investigado, poderes para realizar, por si ou por intermédio de investigadores particulares, as atividades investigativas, sua eficácia será diminuta.*”¹⁰⁰. Isto é, o advogado condutor das investigações não possui nenhum poder normatizado para tornar suas diligências efetivas e vinculantes.

A título exemplificativo, tem-se que o advogado que “intimar” uma testemunha para prestar um depoimento dependerá exclusivamente da vontade do intimado em colaborar. Na mesma toada, questiona-se a efetividade de um requerimento do advogado para obter informações de um ente privado. Todos os atos investigativos seriam dependentes do interesse do particular em colaborar com as apurações.

A principal diferença entre as diligências realizadas pelo advogado e pelo órgão público, por conseguinte, está no poder coercitivo conferido aos entes estatais. Tal cenário, inclusive, além de prejudicar a efetividade da Investigação Criminal Defensiva, agrava a disparidade de armas entre acusação e defesa, na medida em que aquele possui meios mais efetivos para investigar.

ANDRÉ AUGUSTO MENDES MACHADO explica que esse reconhecimento do poder de polícia apenas para as apurações estatais está na diferença, em tese, dos interesses tutelados pelas investigações pública e defensiva. De um lado, a investigação estatal pautada no interesse

⁹⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. Produção probatória defensiva: a possibilidade de exercício da investigação criminal defensiva e a sua repercussão no campo da avaliação de standards no Processo Penal. Dissertação (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. p. 444

¹⁰⁰ BADARÓ, Gustavo. Processo penal. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 156.

público e na busca pela verdade; e de outro, a defensiva estruturada a partir do interesse privado, especificamente na liberdade e no anseio da absolvição do constituinte.¹⁰¹

Por outro lado, importante mencionar também sobre a validade de um requerimento defensivo para a determinação, pelo juízo, de medidas probatórias e constitutivas de direitos fundamentais. Exemplificando: o afastamento dos sigilos constitucionalmente assegurados pressupõe indícios de autoria e materialidade delitivas, bem como a imprescindibilidade da medida para as investigações criminais. Dessa forma, ante a ausência de regulamentação das diligências passíveis de serem realizadas pelo advogado, não há como saber se os atos investigativos perpetrados pelo defensor são aptos para embasar uma representação pela quebra de sigilo.

Veja-se que há uma necessidade de normatização dos atos investigativos defensivos. E não é só: para uma efetivação plena da Investigação Criminal Defensiva, também é essencial a equiparação dos poderes investigatórios dos advogados com os dos órgãos públicos.

Nesse diapasão, VANESSA MORAIS KISS, a partir dos ensinamentos de André Augusto Mendes Machado, ressalta a importância de se estabelecer as mesmas restrições das investigações estatais às investigações defensivas, além da equivalência entre os poderes¹⁰²:

Já André Augusto Mendes Machado defende que, em homenagem ao princípio da paridade de armas, o defensor deve possuir poderes investigatórios equivalentes aos dos órgãos públicos. No entanto, sobre ele também devem incidir os limites que recaem sobre a investigação pública, especialmente no que diz respeito à exigência de prévia autorização judicial para a adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais. Além destas, a investigação defensiva estaria sujeita às restrições decorrentes da ausência de poder de polícia de que gozam os órgãos oficiais, de modo que certas diligências só poderiam ser levadas a cabo com o consentimento do titular do direito. Em síntese, para o autor, no bojo da investigação defensiva, “deve ser permitida ao defensor a prática de qualquer atividade investigatória típica ou atípica, desde que não viole preceitos constitucionais e legais e exista a concordância do titular do direito”

¹⁰¹ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 136-137

¹⁰² KISS, Vanessa Morais. *A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. p. 158

3.3. O SIGILO E O COMPARTILHAMENTO DAS INFORMAÇÕES COLETADAS NA INVESTIGAÇÃO

O sigilo entre o advogado e seu cliente é, talvez, um dos deveres mais conhecidos do cognitivo popular. O artigo 25 do Código de Ética e Disciplina da OAB dispõe que o sigilo profissional é um aspecto inerente à profissão e deve ser respeitado, salvo algumas exceções previstas¹⁰³.

Por sua vez, o artigo 26 do mesmo texto legal¹⁰⁴, em consonância com o artigo 207 do Código de Processo Penal¹⁰⁵, preceitua que o advogado deverá guardar sigilo e não poderá depor como testemunha em processo que atue ou tenha atuado, bem como prestar depoimento judicial “*sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado*”.

Evidente que tais valores foram transpostos para o instituto da Investigação Criminal Defensiva. Nesse sentido, o artigo 5º do Provimento n. 188/2018 da OAB estabelece como deveres do advogado condutor das apurações e, consequentemente, dos outros profissionais envolvidos nas investigações, “*o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas.*”¹⁰⁶.

Além disso, o sigilo profissional foi estendido pelo artigo 6º da referida norma, na medida em que os elementos informativos colhidos durante a investigação defensiva não precisam ser informados à autoridade competente. Portanto, o compartilhamento dos resultados das apurações foi condicionado à vontade do constituinte, dado que eventual comunicação deve ser feita com sua expressa autorização¹⁰⁷.

¹⁰³ Art. 25. O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.

¹⁰⁴ Art. 26. O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.

¹⁰⁵ Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ Art. 6º O advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados. Parágrafo único. Eventual comunicação e publicidade do resultado da investigação exigirão expressa autorização do constituinte.

FRANKLYN ROGER ALVES SILVA ressalta a importância da manutenção do sigilo profissional nas investigações realizadas pelo defensor, uma vez que o compartilhamento de determinadas informações pode resultar, inclusive, na incriminação do constituinte¹⁰⁸:

Todo imputado deve ter a certeza de que as informações compartilhadas com o seu defensor estão acobertadas pelo sigilo profissional, tornando-se confidenciais os dados revelados, de modo que sua publicidade é sempre restrita, como um desdobramento da atividade defensiva. Essa proteção deriva não só do direito à defesa técnica no processo penal, mas também da garantia de não autoincriminação, já que a revelação de informações ao defensor é pressuposto para o exercício de uma defesa efetiva.

Aqui, há de se frisar algumas questões acerca da atuação e compartilhamento dos dados colhidos nas apurações pelo advogado. De início, insta salientar que o sigilo dos resultados das investigações não é absoluto. O entendimento é de que, no caso de elementos obtidos de forma a acusar um terceiro¹⁰⁹, este teria o direito de acessar todos os documentos apurados pela investigação defensiva e que foram utilizados para a construção da narrativa acusatória. Tal fato leva em consideração o que fora preceituado pela Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal¹¹⁰.

Ademais, note-se que a atuação do advogado na investigação, assim como fora descrito no tópico anterior, é limitada por proibições constitucionais, legais e administrativas. Por exemplo, há um impeditivo claro no que concerne à manipulação e obstrução de provas realizadas pelo defensor, haja vista que o Código Penal tipifica tais condutas e as considera como ilícitas.

O papel do advogado, conforme FRANKLYN ROGER ALVES SILVA, é “*arrecadar os elementos de formação do convencimento e avaliar a pertinência ou não de sua utilização no processo*”. O autor ainda cita que é de uma preparação ética do defensor que comportamentos de uma “*atividade destrutiva*” serão evitados na prática da persecução penal¹¹¹.

¹⁰⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. Produção probatória defensiva: a possibilidade de exercício da investigação criminal defensiva e a sua repercussão no campo da avaliação de standards no Processo Penal. Dissertação (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. p. 474

¹⁰⁹ Sobre isso, considera-se tanto a investigação realizada em favor da vítima quanto a investigação defensiva que, para defender o constituinte, aponta outro indivíduo como autor dos fatos.

¹¹⁰ 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

¹¹¹ “De igual modo, não é possível estabelecer a presunção de que toda defesa possa manipular o local do crime e que esse receio represente obstáculo à atividade investigativa defensiva no local do crime. Repita-se, o eventual problema, ou melhor, receio, se resolverá no campo da formação ética e na preparação profissional do indivíduo, incutindo em sua mente a importância do papel defensivo na intervenção transparente no local do crime.”(SILVA, Franklyn Roger Alves. Produção probatória defensiva... p. 476)

Contudo, apesar de haver questões claras sobre o compartilhamento dos resultados das investigações pelo advogado, a ausência de um regime legal específico para regulamentar a Investigação Criminal Defensiva acaba por criar uma insegurança jurídica de como essa publicidade deve ser feita no processo penal. Tal problemática pode resultar, até mesmo, numa eficácia diminuta do instituto defensivo.

Nesse sentido, a inexistência normativa pode abrir caminhos para limitações ao exercício da atividade defensiva e compartilhamentos indevidos. A título exemplificativo, é imperioso citar o que fora vivenciado pelo modelo italiano. A partir do entendimento da *Corte di Cassazione*, em 18 de agosto de 1992, a defesa “*tinha o encargo de compartilhar com o Ministério Público todos os dados derivados de suas pesquisas*”¹¹².

Considerou-se que o Ministério Público, na fase preliminar do processo, não era parte, e sim um órgão que iria absorver todos os elementos positivos e negativos para a formação da sua opinião. Esse procedimento era ancorado por meio da teoria da canalização: o órgão acusatório como receptor das informações colhidas nas investigações, tanto estatais como defensivas, sendo inválido qualquer dado submetido diretamente ao juízo.

No entanto, como previamente exposto, o *Parquet* é parte parcial durante toda a persecução penal, vinculado psicologicamente a um desfecho condenatório. Outrossim, há de se destacar que, para a garantia do sigilo profissional, a atuação da investigação defensiva deve ser feita de forma autônoma. Ou seja, é essencial haver a possibilidade de não divulgar elementos colhidos pela defesa que possam prejudicar o próprio acusado. Veja-se que o direito à não autoincriminação é incompatível com a necessidade de “*compartilhar com o Ministério Público todos os dados derivados de suas pesquisas*”. Evidente, por conseguinte, a inviabilidade da efetivação da Investigação Criminal Defensiva nesse modelo processual.

Dessa forma, tem-se que, para assegurar o sigilo entre advogado e constituinte, é imprescindível normatizar a inviolabilidade e o segredo da investigação defensiva - visando evitar acessos indevidos. Além disso, é necessário estabelecer um procedimento legal para que a juntada dos documentos colhidos na investigação realizada pelo defensor seja feita diretamente ao juiz que irá analisar a admissibilidade da acusação. Conforme o modelo atual italiano, tal solução deve vir acompanhada de uma mudança no sistema processual penal,

¹¹² SILVA, Franklyn Roger Alves. Produção probatória defensiva: a possibilidade de exercício da investigação criminal defensiva e a sua repercussão no campo da avaliação de standards no Processo Penal. Dissertação (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. p. 194

passando de um procedimento bifásico para um trifásico: uma fase de investigação; uma fase preliminar de juízo de admissibilidade de acusação; e uma fase de instrução e julgamento.

CONCLUSÃO

A presente Tese de Láurea teve como objetivo analisar os obstáculos para a efetivação da Investigação Criminal Defensiva no Brasil, instituto este identificado como forma de garantia da implementação do modelo acusatório e de seus princípios descritos pela Constituição Federal de 1988.

De início, conceitualizou-se a investigação defensiva como a possibilidade de a defesa de um indivíduo colher elementos de informação em seu favor, não havendo necessidade de uma imputação formal para ser instaurada. O instituto defensivo, no que concerne às fases investigativas da persecução penal, fora definido como a atuação ampla e ativa do defensor, visando a constituição de um acervo probatório lícito e a tutela dos direitos do constituente. Ressaltou-se, nessa toada, um contraponto da mera participação protocolar da defesa na fase preliminar do processo.

Nesse diapasão, fora verificada a legitimidade da Investigação Criminal Defensiva no ordenamento jurídico nacional a partir de duas perspectivas: (i) o reconhecimento do instituto defensivo, ainda que implicitamente, por normas internacionais, bem como por sua implementação a partir do Direito Comparado; e (ii) a fundamentação da investigação defensiva, no Brasil, atrelada as bases teóricas do modelo acusatório implementado pela Carta Magna e, especialmente, aos princípios constitucionais da igualdade, do contraditório e da ampla defesa.

Outrossim, tal legitimidade também fora demonstrada pela necessidade de implementação da Investigação Criminal Defensiva para efetivar, de fato, o sistema acusatório. Analisou-se cada um dos princípios supracitados, em que medida estão sendo desrespeitados pelo modelo atual e como o instituto defensivo surge como instrumento para mitigar essas violações decorrentes das investigações estatais inquisitoriais.

Por sua vez, esmiuçou-se a natureza jurídica da apuração defensiva e suas características. Nesse sentido, fora mencionado que a Investigação Criminal Defensiva é uma espécie de investigação preliminar privada, tendo o advogado como figura central da apuração. Trata-se de um procedimento autônomo de apuração; realizado de forma estruturada e planejada; visando a busca por elementos informativos e fontes de prova; com seu resultado

condicionado à vontade do constituinte. Além disso, constatou-se que a investigação defensiva constitui como um dever ético do advogado, não uma mera faculdade.

Por fim, tendo em conta a essencialidade da Investigação Criminal Defensiva para a preservação dos valores dispostos no sistema acusatório, analisou-se os obstáculos doutrinários e práticos enfrentados pelo instituto defensivo, bem como se impedem, de fato, sua implementação.

Dos obstáculos doutrinários, mencionou-se, principalmente, as linhas ideológicas que buscam dar menos importância à atuação defensiva na fase preliminar. Tais argumentos partiam da premissa de que os agentes estatais - Autoridade Policial e Ministério Público – atuariam de forma imparcial nas investigações. Em consequência, os princípios da ampla defesa e do contraditório seriam desnecessários em tais apurações, sendo procedimentos meramente administrativos e com uma valoração limitada pelo artigo 155 do Código de Processo Penal.

À vista disso, concluiu-se que esses entendimentos contrários à participação da defesa na fase preliminar da persecução penal são desconexos da experiência empírica das atividades investigativas realizadas pelo Estado e não impedem a efetivação do instituto defensivo.

Demonstrou-se que, na maioria dos casos, a apuração estatal, além de ser utilizada como base de toda a acusação, busca colher elementos de informação para concretizar uma hipótese previamente formulada sobre os fatos. Além disso, é justamente o artigo 155 do CPP que permite a construção do convencimento judicial a partir dos dados colhidos nas investigações, fato que evidencia condenações disfarçadas – baseadas no inquérito policial.

Por outro lado, entende-se que são as questões práticas relacionadas a ausência de um regime legal específico à Investigação Criminal Defensiva que dificultam sua implementação absoluta. Tem-se, nesse sentido, que o Provimento 188/2018-CFOAB é insuficiente para regulamentar o referido instituto, na medida em que não delimita o papel exato da atividade investigativa realizada pela defesa durante a persecução penal, tampouco possui força legal para normatizar a matéria no ordenamento jurídico.

Nessa toada, analisou-se três desdobramentos práticos que derivam dessa inexistência normativa e que exigem a criação de dispositivos legais: (i) a valoração dos resultados da investigação defensiva pelo juiz, atrelada a parcialidade atribuída aos atos defensivos; (ii) a fragilidade das diligências realizadas pela defesa ante a falta de um poder requisitório do

advogado; e (iii) a obscuridade quanto ao sigilo e ao compartilhamento dos resultados angariados pela investigação defensiva.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. A contrariedade na instrução criminal.
- AZEVEDO, André Boiani e, BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n.137
- BADARÓ, Gustavo. Processo penal. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023
- BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR, Salah Hassan. (Org.). Sistema penal e poder punitivo, estudos em homenagem ao Professor Aury Lopes Jr. 1ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2014, v. 1
- Bulhões, Gabriel. Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira (Portuguese Edition). Edição do Kindle.
- FARIA, Bento. Código de Processo Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Record. v 2.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 6^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010
- FERNANDES, Antonio Scarance. Rumos da investigação no direito brasileiro. In Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, Ano V, n. 21, ju/set., 2002
- Investigação defensiva: poder da advocacia e direito da cidadania. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania/>>.
- KISS, Vanessa Morais. A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.
- LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2023
- MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 20, v. 96, maio/jun. 2012
- MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000

MAZLOUM, Nadir. A Investigação Defensiva: Legitimidade e Fundamentos. IBCCRIM. Boletim n. 356. 30 Jun. 2022.

MENDES MACHADO, André Augusto. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

PELLEGRINI GRINOVER et al. As nulidades no Processo Penal. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 1992.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação criminal direta pela defesa. Salvador: Juspodivm, 2019

SILVA, Franklyn Roger Alves. Produção probatória defensiva: a possibilidade de exercício da investigação criminal defensiva e a sua repercussão no campo da avaliação de standards no Processo Penal. Dissertação (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro. v.18, n.67. Rio de Janeiro: R.EMERG.

TALON, Evinis. Investigação Criminal Defensiva. 2^a ed. Lumen Juris Direito. 18 de Abril de 2021.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2004

VIEIRA, Renato Stanziola. Investigação defensiva: diagnóstico e possibilidades no processo penal brasileiro.

ZACLIS, Daniel. Investigação Interna Corporativa: Reflexos no Processo Penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.