

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO
ITAJAÍ – UNIDAVI**

DÉBORA NATASCHA SCHMÖLLER

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E A POSSIBILIDADE DA SUA
UTILIZAÇÃO NO BRASIL: um estudo à luz do Garantismo Jurídico**

**Rio do Sul
2021**

DÉBORA NATASCHA SCHMÖLLER

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E A POSSIBILIDADE DA SUA
UTILIZAÇÃO NO BRASIL: um estudo à luz do Garantismo Jurídico**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito, pelo
Centro Universitário para o Desenvolvimento do
Alto Vale do Itajaí - UNIDAVI

Orientador(a): Prof. Dr. Pablo Franciano Steffen.

Rio do Sul

2021

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO
ITAJAÍ – UNIDAVI**

A monografia intitulada “**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E A
POSSIBILIDADE DA SUA UTILIZAÇÃO NO BRASIL**: um estudo à luz do
Garantismo Jurídico”, elaborada pelo(a) acadêmico(a) DÉBORA NATASCHA
SCHMÖLLER, foi considerada

APROVADA

REPROVADA

por todos os membros da banca examinadora para a obtenção do título de
BACHAREL EM DIREITO, merecendo nota _____.

_____, _____ de _____ de _____.

Prof. M.e. Mickhael Erik Alexander Bachmann
Coordenador do Curso de Direito

Apresentação realizada na presença dos seguintes membros da banca:

Presidente: _____

Membro: _____

Membro: _____

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Rio do Sul, 21 de maio de 2021.

Débora Natascha Schmöller
Acadêmica

AGRADECIMENTOS

A Deus, por estar sempre do meu lado e me guiar para os melhores caminhos.

A minha amada família, pelo amor e orgulho que me trazem.

A todos os professores do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí, que fizeram parte da minha jornada até aqui.

À Coordenação do Curso de Direito, à Banca Examinadora e ao meu Orientador, Pablo Franciano Steffen, pela atenção dispensada.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a Investigação Criminal Defensiva e a possibilidade da sua utilização no Brasil, a partir de um estudo à luz do Garantismo Jurídico. O Método de Abordagem utilizado na elaboração desse trabalho de curso foi o indutivo. O Método de Procedimento foi o monográfico. O levantamento de dados foi através da técnica da pesquisa bibliográfica. A partir disso, analisou-se os aspectos conceituais do termo “Investigação Criminal”, transcorrendo-se, em seguida, com o Sistema Processual Penal adotado no Brasil, qual seja, o acusatório puro. Adiante, pontuou-se um breve retrospecto histórico do Inquérito Policial no plano nacional, o qual fora marcado pelo Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1871, bem como a atual estrutura policial e a atuação do Ministério Público no referido procedimento investigatório. Em seguida, trouxe-se um conceito de Investigação Criminal Defensiva, seus aspectos e a sua comunicação com o Garantismo Jurídico, sendo que este último não visa apenas garantir os direitos fundamentais, mas, também, limitar, de forma positiva, os poderes do Estado, tal como lutar pelo Estado de Direito. Ainda, demonstrou-se o atual entendimento sobre direito à prova e à investigação do crime, tal qual os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Por fim, mencionou-se o Provimento n. 188, de 31 de dezembro de 2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, como formas de inserção da Investigação Criminal Defensiva no plano nacional. Nessa linha, trouxe-se, também, um panorama da sua aplicação em outros países, os fundamentos constitucionais para sua implementação no Brasil, tal qual se a paridade de armas estaria garantida. Ainda, apresentou-se os limites da Investigação Criminal Defensiva e de quem é ônus da prova no Processo Penal pátrio, com base no direito fundamental a uma defesa técnica efetiva. Após a interpelação dos pontos supracitados, as considerações finais trazem elementos essenciais sobre o tema, asseverando se a hipótese apresentada na introdução se comprovou.

Palavras-chave: Brasil. Garantismo Jurídico. Investigação Criminal Defensiva.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the Defense Criminal Investigative Service and the possibility of its use in Brazil, from a study of the Guarantee Jurisdiction. The Approach Method used in the elaboration of this undergraduate project is inductive. The Procedure Method is monographic. The collection of data is through the bibliographic search technique. From this, the conceptual aspects of the term "Criminal Investigation" were analyzed and, after that, with the Criminal Procedure System adopted in Brazil, which is, the pure accusatory system. Ahead, a brief historical retrospect of the Police Inquiry in the national plan was punctuated, which was marked by Decree n. 4.824, November 22nd, 1871, as well as the current police structure and the action of the Public Ministry in the referred investigative procedure. After that, a concept of Defensive Criminal Investigation was brought to discussion, with its aspects and its communication with the Guarantee Jurisdiction, once the last one doesn't aim not only to guarantee fundamental rights, but, also, limit, in a positive way, the power of the Estate, such as fight for the Rule of Law. Also, it was demonstrated the current understanding about law in proof and in crime investigation, which the constitutional principles of broad defense and of contradictory. At the end, it was mentioned the Provision n. 188, December 31st, 2018, of the Federal Council of the Brazilian Lawyer Order and the Senate Bill n. 156, of 2009, as insertion ways of Defensive Criminal Investigation in the national plan. In this thought, it was also brought a panorama of its application in other countries, the constitutional fundaments for its implementation in Brazil, and if the weapon parity would be guaranteed. Also, it was showed the limits of Defensive Criminal Investigation and of those who are onus of the proof of the homeland criminal proceedings, based on the fundamental right of an effective defense technique. After the interpellation of the aforementioned points, the final considerations bring essential elements about the subject, asserting if the showed hypothesis introduced in the introduction was proven.

Key words: Brazil. Guarantee Jurisdiction. Defensive Criminal Investigation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	14
2.1 CONCEITO.....	14
2.2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	18
2.3 O INQUÉRITO POLICIAL	21
2.3.1 HISTÓRICO DO INQUÉRITO POLICIAL NO BRASIL	22
2.3.2 CONCEITO	23
2.3.3 ESTRUTURA POLICIAL	26
2.3.4 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A SUA ATUAÇÃO NO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO	28
2.3.5 O VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL	30
2.4 OUTRAS FORMAS DE INVESTIGAÇÃO DO ESTADO.....	33
3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA	38
3.1 CONCEITO E ABRANGÊNCIA	38
3.2 O GARANTISMO JURÍDICO	43
3.3 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E O GARANTISMO JURÍDICO.....	47
3.4 O DIREITO À PROVA E À INVESTIGAÇÃO DO CRIME	51
3.5 OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	56
4 DA POSSIBILIDADE DE SE EMPREENDER A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO BRASIL	62
4.1 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROVIMENTO N. 188, DE 31 DE DEZEMBRO DE 2018, DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL	62
4.2 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROJETO DE LEI DO SENADO N. 156, DE 2009.....	67
4.3 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA EM OUTROS PAÍSES	70
4.4 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E A LEGALIDADE DA INVESTIGAÇÃO REALIZADA PELA DEFESA.....	74

4.5 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO MEIO DE GARANTIR A PARIDADE DE ARMAS	76
4.6 LIMITES DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA.....	79
4.7 ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL PÁTRIO E O DIREITO FUNDAMENTAL A UMA DEFESA TÉCNICA EFETIVA.....	81
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	85
REFERÊNCIAS.....	89

1 INTRODUÇÃO

Primeiramente, pontua-se que a sociedade está muito diligente quanto à justiça social, notadamente quanto à busca pela liberdade fundamental, à igualdade de possibilidades/oportunidades e ao amparo as desigualdades.

Pontua-se, ainda, que na atual sistemática processual penal brasileira, o sistema de justiça criminal está estruturalmente esculpido para acusar, julgar e defender, tudo isso por meio de sujeitos processuais diferentes, as quais são dados para cada um poderes especiais para desempenhar os seus respectivos trabalhos – poderes estes que não são iguais.

A partir disso, quando o corpo social depara-se com uma Investigação Criminal em que não há igualdade de condições entre a defesa e a acusação do Ministério Público – ditos sujeitos processuais – especialmente por este possuir mecanismos próprios de investigação e o Inquérito Policial ser destinado ao titular da ação penal, surgem estudos acerca da possibilidade do imputado efetuar a investigação do crime de forma privada, por meio de seu advogado, a fim de obter subsídios úteis à sua defesa.

Referida temática está sendo de grande interesse social, uma vez que tem como intuito ser inserida e utilizada formalmente no plano nacional, posto que retrata um progresso ao direito de uma defesa técnica efetiva ao imputado, ao passo que equilibraria uma atual disparidade de armas que rodeia a Investigação Criminal.

Assim, frente à um sistema criminal onde a acusação detém poderes investigativos incomparáveis com os da defesa, nasce a importância da implementação da Investigação Criminal Defensiva no Brasil, a qual será melhor esclarecida durante o decorrer deste trabalho.

Dito isso, tem-se que o objeto do presente Trabalho de Curso é a Investigação Criminal Defensiva e a possibilidade da sua utilização no Brasil: um estudo à luz do Garantismo Jurídico.

O seu objetivo institucional é a produção do Trabalho de Curso como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI.

O objetivo geral deste Trabalho de Curso é investigar se, no Brasil, o imputado, como autor de um delito, pode efetuar a investigação do crime de forma privada, por meio da Investigação Criminal Defensiva, a fim de obter subsídios úteis à sua defesa.

Os objetivos específicos são: a) analisar a atual investigação criminal no Brasil e as principais formas de investigação previstas no plano nacional; b) abordar aspectos do Garantismo Jurídico e de alguns princípios constitucionais; c) averiguar a inserção da Investigação Criminal Defensiva no Brasil por meio de provimento e projeto de lei já previstos no plano nacional; d) verificar a possibilidade de utilização da Investigação Criminal Defensiva no Brasil.

Na delimitação do tema levanta-se o seguinte problema: no Brasil, pode o imputado, como autor de um delito, efetuar a investigação do crime de forma privada, por meio da Investigação Criminal Defensiva, a fim de obter subsídios úteis à sua defesa?

Para o equacionamento do problema levanta-se a seguinte hipótese: supõe-se que no Brasil o imputado, como autor de um delito, possa efetuar a investigação do crime de forma privada, por meio da Investigação Criminal Defensiva, a fim de obter subsídios úteis à sua defesa.

O Método de Abordagem a ser utilizado na elaboração desse Trabalho de Curso será o indutivo; o Método de Procedimento será o monográfico; e o levantamento de dados será através da técnica da pesquisa bibliográfica.

O tema fora escolhido em razão de causar impactos jurídicos, principalmente para a área do Direito Penal que trata sobre a Investigação Criminal e, também, a defesa do imputado. A temática traz também impactos sociais, por trazer à sociedade formas mais justas e igualitárias para se proceder a Investigação Criminal; e, ainda, traz relevantes aspectos acadêmicos, pois é necessário demonstrar o ambiente complexo que rodeia a defesa do imputado para a Universidade e os estudantes.

Ao passo disso, principia-se, no Capítulo inicial, com os aspectos conceituais do termo “Investigação Criminal”, transcorrendo-se, em seguida, com o Sistema Processual Penal adotado no Brasil, qual seja, o acusatório puro.

Adiante, pontuar-se-á um breve retrospecto histórico do Inquérito Policial no plano nacional, o qual fora marcado pelo Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1871, bem como a atual estrutura policial e atuação do Ministério Público no referido procedimento investigatório.

Colher-se-á, ainda, o conceito de Inquérito Policial como um procedimento investigativo pré-processual, com escopo em investigar o suposto delito, bem como encontrar vestígios de autoria – *fumus commissi delicti* – utilizando-se da estrutura

policial, para que o titular da ação penal, que pode ser tanto o Ministério Público, como a própria vítima em si, proceda a devida Denúncia ou a Queixa Crime.

Por fim, trar-se-á que o valor probatório do Inquérito Policial é relativo, haja vista as circunstâncias da investigação criminal não estarem em decoro com o previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 para os processos judiciais, ou melhor dizendo, para o acusado; e se aludirá ainda as outras formas de investigação do Estado, como, por exemplo, as Comissões Parlamentares de Inquérito, Conselhos de Controle de Atividades Financeiras, o Inquérito Policial Militar, a Investigação Direta pelo Ministério Público e o Termo Circunstanciado.

Já o Capítulo seguinte, tratará diretamente sobre a Investigação Criminal Defensiva, seus conceitos e abrangência, trazendo-se, como amparo ao tema, o Provimento n. 188, de 31 de dezembro de 2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ainda, trar-se-á aspectos entre a Investigação Criminal e o Garantismo Jurídico, sendo que este último não visa apenas garantir os direitos fundamentais, mas, também, limitar, de forma positiva, os poderes do Estado, tal como lutar pelo Estado de Direito.

Para finalizar esse capítulo, será demonstrado o direito à prova e à investigação do crime, bem como os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o qual fazem raso ao referido instituto.

O Capítulo final, dedicar-se-á, primeiramente, ao supracitado Provimento n. 188, de 31 de dezembro de 2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, como formas de inserção da Investigação Criminal Defensiva já previstas no plano nacional.

Já no plano internacional, trar-se-á um breve panorama da Investigação Criminal Defensiva nos Estados Unidos da América e na Itália, haja vista já terem implantado o instituto há algum tempo nos seus ordenamentos.

Dito isso, faz-se necessário analisar se há fundamentos constitucionais para sua implementação no Brasil, tal qual se a paridade de armas estaria garantida. Assim, apresentar-se-á os limites da Investigação Criminal Defensiva e de quem é ônus da prova no Processo Penal pátrio, com base no direito fundamental a uma defesa técnica efetiva.

Finalmente, o presente Trabalho de Curso encerrar-se-á com as Considerações Finais nas quais serão apresentados pontos destacados dos estudos

e das reflexões realizadas sobre a Investigação Criminal Defensiva e a possibilidade da sua utilização no Brasil.

2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

No presente capítulo, iniciar-se-á com os aspectos conceituais do termo “Investigação Criminal”, transcorrendo-se, em seguida, com o Sistema Processual Penal adotado no Brasil, qual seja, o acusatório puro.

Adiante, pontuar-se-á um breve retrospecto histórico do Inquérito Policial no plano nacional, o qual fora marcado pelo Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1871, bem como a atual estrutura policial e atuação do Ministério Público no referido procedimento investigatório.

Por fim, trar-se-á que o valor probatório do Inquérito Policial é relativo, haja vista as circunstâncias da investigação criminal não estarem em decoro com o previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 para os processos judiciais, ou melhor dizendo, para o acusado; e as outras formas de investigação do Estado, como, por exemplo, as Comissões Parlamentares de Inquérito, Conselhos de Controle de Atividades Financeiras, o Inquérito Policial Militar, a Investigação Direta pelo Ministério Público e o Termo Circunstanciado.

2.1 CONCEITO

O termo “Persecução Criminal”, ou *persecutio criminis* – perseguição do crime, traduz-se, no sistema processual brasileiro, como uma forma do Estado investigar e punir infrações penais, a partir do seu poder-dever, cujo qual se divide em duas etapas: (a) fase pré-processual; e, (b) fase processual.¹

Segundo Nestor Távora e Fábio Roque Araújo, a “Fase pré-processual (informativa, preliminar e inquisitiva): é a fase de Investigação Criminal, que antecede a instauração do processo.”², e está “[...] destinada à coleta de elementos relativos à materialidade (existência do crime) e autoria ou participação na infração penal.”³

¹ TÁVORA, Nestor. ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para Concursos**. 7.ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 26. Ebook.

² TÁVORA, Nestor. ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para Concursos**. 7.ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 26. Ebook.

³ TÁVORA, Nestor. ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para Concursos**. 7.ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 26. Ebook.

Em complemento, os supracitados autores informam que a “Fase processual: é o momento da persecução criminal em juízo, a ação penal.”.⁴

Acerca da primeira fase, Eugênio Pacelli também escreveu sobre o tema, veja-se:

A fase de investigação, portanto, em regra promovida pela polícia judiciária, tem natureza administrativa, sendo realizada anteriormente à provocação da jurisdição penal. Exatamente por isso se fala em fase pré-processual, tratando-se de procedimento tendente ao cabal e completo esclarecimento do caso penal, destinado, pois, à formação do convencimento (*opinio delicti*) do responsável pela acusação.⁵

No mesmo sentido, assim apresentou Renato Brasileiro de Lima:

A finalidade de toda e qualquer investigação preliminar, seja ela um inquérito policial, seja ela um procedimento investigatório criminal, é, num primeiro momento, a identificação de fontes de prova da autoria e materialidade, e, na sequência, a colheita desses elementos informativos, de modo a auxiliar na formação da *opinio delicti* do titular da ação penal.⁶

Em destaque, é possível notar que ambos os autores citados referenciam à Investigação Criminal, notadamente na fase inicial, como uma investigação destinada à informação, ou seja, sem a instrução processual presente na ação penal – segunda fase, que nada mais é que um arcabouço judicial criado para garantir o contraditório e a ampla defesa ao acusado.⁷

Assim sendo, “[...] esses elementos de informação são colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes, ou seja, sem a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, [...]”.⁸

Portanto, o entendimento foi/é – no mínimo até a entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019 – que os dados colhidos na primeira fase da Investigação Criminal não possuem o escopo de fundamentar à condenação do acusado, haja vista poderem incidir em violação direta ao artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República

⁴ TÁVORA, Nestor. ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para Concursos**. 7.ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 26. Ebook.

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 90. Ebook. Itálico no original.

⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 159. Ebook.

⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 90. Ebook. Itálico no original.

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 159. Ebook.

Federativa do Brasil de 1988⁹, o qual assegura de forma expressa e direta o contraditório e a ampla defesa aos acusados, com os meios e recursos a ela inerentes.¹⁰

Mas, ditos dados

[...] poderiam ser usados de maneira *subsidiária*, complementando a prova produzida em juízo sob o crivo do contraditório. Como já se manifestou o Supremo, ‘os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo’.¹¹

Adiante, para o Dicionário Jurídico, o termo “Investigação Criminal” corresponde a “Diligência procedida pela autoridade policial para elucidação de um delito. Cognatos, n. acep.: investigado (adj. e s. m.), pessoa submetida a investigação; suspeito de ato ilícito; investigador (s. m.), agente de polícia. Cf. inquérito policial.”.¹²

Para André Augusto Mendes Machado, este termo “[...] possui natureza complexa, pois é composta por atos administrativos, judiciais e até jurisdicionais. Dessarte, a natureza jurídica de determinada modalidade de investigação criminal depende da natureza jurídica dos atos predominantes” (sic).¹³

Já para Valter Foletto Santin:

A atividade de investigação criminal destina-se ao fornecimento de elementos mínimos sobre a autoria e a materialidade do delito, para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público, o desencadeamento ou não da ação penal pública e o embasamento para o recebimento da denúncia e concessão de medidas cautelares pelo juiz. Também serve para embasar a queixa-crime da vítima nos crimes de ação privada ou ação penal subsidiária. A atribuição para a realização de investigação criminal é das polícias, especialmente a Polícia Federal, as Polícias Cíveis e as Polícias Militares, por crimes federais, estaduais e militares, respectivamente.¹⁴

⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 160. Ebook.

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 160. Ebook. Itálico no original.

¹² SIDOU, José Maria Othon. **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 567. Ebook.

¹³ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 7.

¹⁴ SANTIN, Valter Foletto. A Investigação Criminal e o Acesso à Justiça. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 792, pp. 464-476, out. 2001. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37190>. Acesso em: 09 jan. 2021. Itálico no original.

No mais, acerca do poder-dever do Estado para presidir a Investigação Criminal, tem-se que ao ser perpetrada uma infração penal “[...] cumpre também a ele, [...], a apuração e o esclarecimento dos fatos e de todas as suas circunstâncias. Não por outra razão [...] prevê a Lei no 12.830/13 que a função de investigação é essencial e privativa do Estado (art. 2º).”¹⁵

Em síntese, não há um conceito juridicamente legal, isto é, expresso na norma brasileira para a Investigação Criminal, sendo a doutrina o meio alternativo mais eficaz para compreender tal instituto, porém, tal fato dá ensejo a várias interpretações e compreensões.

Deste modo, tem-se que a Investigação Criminal é um modo utilizado no ordenamento jurídico brasileiro – mesmo que não conceituado expressamente – tanto de forma administrativa como judicial, o qual tende a depender do órgão por quem é presidido e conduzido, antes ou durante a fase processual, para o colhimento de elementos mínimos de convicção (1ª fase) e, posteriormente, dar ensejo, ou não, ao desencadeamento de uma ação penal (2ª fase).¹⁶

Mas, insta ressaltar que a Investigação Criminal está diretamente ligada ao Sistema Processual Penal utilizado em cada Estado, sendo que no Brasil, atualmente, utiliza-se o Sistema Processual Penal Acusatório Puro – a partir da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019 – e que, a pouco tempo atrás, era utilizado o Sistema Processual Penal Acusatório não puro ou misto (“uma vez que, apesar da regra ser a de que as partes devam produzir suas provas, admitem-se [admitiam-se] exceções em que o próprio juiz pode determinar, de ofício, sua produção de forma suplementar.”¹⁷) que deu base a criação, aplicação e conceituação para a Investigação Criminal pátria conhecida nos dias de hoje, conforme se verá no tópico a seguir.

¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 90. Ebook.

¹⁶ TÁVORA, Nestor. ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para Concursos**. 7.ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 26. Ebook.

¹⁷ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 33.

2.2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Como parte histórica e essencial da Investigação Criminal, diversos sistemas processuais penais estiveram presentes no Brasil e no mundo, os quais foram fatores predominantes para organizar os poderes e deveres do imputado, tudo com o objetivo de arrecadar vestígios/elementos de materialidade e autoria de eventual infração penal.¹⁸

Dentre os sistemas processuais penais existentes, tem-se o Inquisitório, o Acusatório e o Misto.¹⁹

Primeiramente, o Sistema Processual Penal Inquisitório, ou Inquisitivo,

[...] é caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa.²⁰

Já o Sistema Processual Penal Acusatório diverge do primeiro, especialmente pelo desmembramento do órgão acusador e do órgão julgador, sendo, portanto, figuras distintas²¹. Há, também, nesse sistema, “liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; [...]”²², bem como “vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra.”²³

¹⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 18.

¹⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 18.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 99. Ebook.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 99. Ebook.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 99. Ebook.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 99. Ebook.

É curial esclarecer, ainda, que no Sistema Processual Penal Acusatório:

É preciso recordar que um processo penal verdadeiramente acusatório assegura a radical separação das funções de acusar e julgar, mantendo a gestão e iniciativa probatória nas mãos das partes (e não do juiz). A observância do *ne procedat iudex ex officio*, marca indelével de um processo acusatório, que mantenha um Juiz-espectador e não juiz-ator, e que, assim, crie as condições de possibilidade para termos um “juiz imparcial”.²⁴

De modo que “é preciso que cada um ocupe o seu ‘lugar constitucionalmente demarcado’ [...], com o MP acusando e provando (a carga da prova é dele), a defesa trazendo seus argumentos (sem carga probatória) e o juiz, julgando.”.²⁵

Demais apontamentos práticos do Sistema Processual Penal Acusatório serão apresentados logo a seguir.

Em contrapartida, tem-se um “meio termo”, o Sistema Processual Penal Misto, o qual possui como maior característica a união entre os dois primeiros sistemas, mas que, ao mesmo tempo, possui duas grandes fases.²⁶

A primeira fase, destinada à instrução preliminar, possui os elementos do sistema inquisitivo, como um “procedimento secreto, escrito e sem contraditório [...]”²⁷. A segunda fase – fase do julgamento, tem, de forma predominante, o sistema acusatório, onde “presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas”.²⁸

Sendo assim, no tocante ao sistema processual penal utilizado atualmente no Brasil, Aury Lopes Junior enfatiza que “[...] a **Constituição de 1988 define um processo penal acusatório**, fundando no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal.”.²⁹

²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 66. Ebook. Itálico no original.

²⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 66. Ebook.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 99. Ebook.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 100. Ebook.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 100. Ebook.

²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 65. Ebook. Grifos no original.

E que “Nosso sistema era ‘inquisitivo garantista’, enfim, misto.”³⁰. Contudo, a partir da vigência da Lei 13.964/2019 houve uma mudança substancial no Sistema Penal, uma vez que fora criado o juiz das garantias³¹, onde foram tomadas medidas legalísticas de grande importância, dentre elas a adoção do Sistema Processual Penal Acusatório puro³², consoante bem disciplina o art. 3º-A do Código de Processo Penal.³³

Desta forma, em razão da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, três grandes alterações no Sistema Processual Penal aconteceram, quais sejam:

a) declara-se em lei que o sistema processual terá estrutura acusatória; b) estabelece-se o juiz das garantias, com inúmeras atribuições, para fiscalizar a atividade investigatória e proferir decisões jurisdicionais necessárias (prisão cautelar, sequestro de bens, quebra de sigilo etc.), mas este magistrado não poderá determinar a produção de nenhuma prova e somente receberá, se houver justa causa, a peça acusatória; outro juiz ficará encarregado da instrução; c) veda-se a juntada dos autos da investigação no processo que se instaura contra o réu; [...].³⁴

Acerca do Sistema Processual Penal Acusatório, assim escreveu André Augusto Mendes Machado: “Todavia, a maioria dos Estados modernos democráticos almejam, ao menos em tese, um sistema predominantemente acusatório, devidos as suas inúmeras vantagens em comparação ao sistema inquisitório.”.³⁵

³⁰ “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.”. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

³¹ Esclarece-se, por oportuno, que em decisão cautelar proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 6298, 6299, 6300 e 6305, o Supremo Tribunal Federal suspendeu, por tempo indeterminado, a eficácia de algumas regras previstas na Lei n. 13.964/2019, dentre elas a figura do juiz das garantias. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado. In: **Portal STF**. Publicado em: 01/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>. Acesso em: 25 jan. 2021.

³² “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.”. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

³³ “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.”. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. pp. 101-102. Ebook.

³⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em:

Deste modo, é necessário, para o deslinde do Sistema Processual Penal Acusatório, a observância do tripé sistemático, qual seja: acusatório, contraditório e imparcialidade, haja vista que as funções de julgar e acusar devem ser separadas, o qual afasta uma atividade instrutória do juiz, dando, assim, seguimento e respeito ao princípio da imparcialidade.³⁶

Por fim, tem-se que o sistema processual brasileiro é, atualmente, por força do art. 3º-A do Código de Processo Penal, o acusatório puro, o qual deve, com base no seu caráter separatista na acusação e no julgamento, bem como pela predominância da liberdade de defesa, fluir, em tese, isonomia entre as partes no processo – antes ou depois da ação judicial, se assim o tiver.

Logo, como meio de auxiliar a Investigação Criminal no Brasil e colaborar com o Sistema Processual Penal, o diploma normativo pátrio – Código de Processo Penal, regulamentou o Inquérito Policial, que é um procedimento administrativo investigativo pré-processual de grande importância nacional para a averiguação de possíveis infrações penais, conforme se verá em seguida.

2.3 O INQUÉRITO POLICIAL

Como uma das formas mais usuais utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro para investigar fatos que seriam, em tese, ilícitos penais, assim como os possíveis vestígios de sua autoria, tem-se o Inquérito Policial.

Para melhor esclarecer o tema, primeiro explicar-se-á, de forma sumária, a história do Inquérito Policial no Brasil, que se iniciou em 1871; após, o mesmo será conceituado e esclarecido, notadamente passando pela sua estrutura policial, pela participação do Ministério Público na sua investigação e, por fim, pelo seu valor probatório.

https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 23.

³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. pp. 70-71. Ebook.

2.3.1 Histórico do Inquérito Policial no Brasil

De forma breve e sistemática, o Inquérito Policial surgiu no Brasil em 1871, com a edição da Lei n. 2.033/1871, regulamentada pelo Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1871.³⁷

Naquele momento histórico, o Inquérito Policial estava previsto no art. 42 do supramencionado decreto³⁸ e possuía “a seguinte definição: ‘O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito’”.³⁹

Mas, como bem enfatiza Guilherme de Souza Nucci, “Apesar de seu nome ter sido mencionado pela primeira vez na referida Lei 2.033, suas funções, que são da natureza do processo criminal, existem de longa data e tornaram-se especializadas com a aplicação efetiva [...] da separação da polícia e da judicatura.”⁴⁰, e, apoiado nisso, passou-se a ser função da Polícia Judiciária conduzir tal modalidade de investigação, colhendo provas e formando o devido processo investigatório.⁴¹

Outrossim, já no Código de Processo Penal de 1941, o referido procedimento investigatório fora mantido em razão do “ponderado exame da realidade brasileira”⁴², que, muito embora não era a realidade fática do resto do mundo naquela época⁴³, mantinha-se como meio investigativo mais adequado para garantir aos cidadãos brasileiros dignidade processual, isto é, ter o direito de ser investigado

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 45. Ebook.

³⁸ MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 79. Ebook.

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 45. Ebook.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 45. Ebook.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 45. Ebook.

⁴² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 136. Ebook.

⁴³ Aury Lopes Júnior esclarece que “Naquele momento histórico, o sistema de juiz de instrução era amplamente adotado, principalmente na Europa, onde vivia momentos de glória em países como Espanha, França, Itália e Alemanha. O Brasil, ao contrário, seguia com a superada investigação preliminar policial.”. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 136. Ebook.

adequadamente antes de uma acusação judicial – política esta adotada em 1988 com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴⁴.

Assim sendo, apesar de quase um século e meio ter se passado desde o surgimento do Inquérito Policial no Brasil, é notório que tal instituto se encontra fortemente presente nos dias atuais, dando base para muitas ações judiciais penais, o que, de veras, explanar-se-á nos próximos tópicos.

2.3.2 Conceito

Primeiramente, em uma análise mais técnica do Inquérito Policial, tem-se que:

Na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, item IV, menciona Francisco Campos que o inquérito é um ‘processo preliminar ou preparatório da ação penal’, que visa a evitar “apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas”.⁴⁵

Porém, de forma mais doutrinária, o Inquérito Policial pode ser conceituado como:

[...] um procedimento administrativo preliminar, presidido pela autoridade policial, que tem por objetivo a apuração da autoria, da materialidade (existência) da infração e das circunstâncias da infração (art. 2º, § 1º da Lei no 12.830/013), e a sua finalidade é contribuir na formação do convencimento (opinião delitiva) do titular da ação penal, que em regra é o Ministério Público, e excepcionalmente, a vítima (querelante).⁴⁶

No mesmo sentido, expressam Norberto Avena e Guilherme de Souza Nucci, respectivamente, *in verbis*:

Por inquérito policial compreende-se o conjunto de diligências realizadas pela autoridade policial para obtenção de elementos que apontem a autoria e comprovem a materialidade das infrações penais investigadas, permitindo ao Ministério Público (nos crimes de ação penal pública) e ao ofendido (nos

⁴⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 46. Ebook.

⁴⁶ TÁVORA, Nestor. ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para Concursos**. 7.ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 26. Ebook.

crimes de ação penal privada) o oferecimento da denúncia e da queixa-crime.⁴⁷

[...] trata-se de um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípua é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime, bem como a composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação privada.⁴⁸

Já Renato Marcão, em seu livro “Código de Processo Penal Comentado”, em 2016, preferiu conceituar o termo “Inquérito Policial” de forma mais jurisprudencial, veja-se:

Entende-se por inquérito policial o procedimento administrativo (STJ, HC 83.020/RS, 6a T., rel. Min. Og Fernandes, j. 18-12-2008, DJe de 2-3-2009) de natureza investigatória, instaurado e presidido pela polícia judiciária com a finalidade de apurar a ocorrência de determinado fato apontado como ilícito penal, sua autoria e eventual materialidade, com todas as suas circunstâncias.⁴⁹

Ainda no panorama jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal também conceituou o supracitado termo como um “[...] procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público [...]”.⁵⁰

Para os autores Eugênio Pacelli e Aury Lopes Júnior, o Inquérito Policial está extremamente vinculado aos órgãos da Polícia Judiciária, pois, para o primeiro, “O inquérito policial, atividade específica da polícia denominada judiciária, isto é, a Polícia Civil, no âmbito da Justiça Estadual, e a Polícia Federal, no caso da Justiça Federal, tem por objetivo a apuração das infrações penais e de sua autoria (art. 4º, CPP).”⁵¹,

⁴⁷ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. p. 164. Ebook.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 96. Ebook.

⁴⁹ MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 79. Ebook.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 94173 BH – Bahia**. Inteiro Teor do Acórdão. p. 1. Versão Digital. Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 27 de outubro de 2009, Publicação: 27 de novembro de 2009, Órgão julgador: Segunda Turma. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur170061/false>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 94. Ebook.

e para o segundo, é um “**modelo de investigação preliminar policial, de modo que a polícia judiciária leva a cabo o inquérito policial com autonomia e controle. Contudo, depende da intervenção judicial para a adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais.**”⁵²

Em complemento ao último conceito apresentado, tem-se, nas palavras de Aury Lopes Júnior, que a natureza jurídica do Inquérito Policial “[...] vem determinada pelo sujeito e pela natureza dos atos realizados, de modo que deve ser considerado como um procedimento administrativo pré-processual.”⁵³. E, “A atividade carece do mando de uma autoridade com potestade jurisdicional e por isso não pode ser considerada como atividade judicial e tampouco processual, até porque não possui a estrutura dialética do processo.”⁵⁴

Por fim, para Renato Brasileiro de Lima, o Inquérito Policial é um:

Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pelo Delegado de Polícia, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.⁵⁵

E continua: “Trata-se de um procedimento de natureza instrumental, porquanto se destina a esclarecer os fatos delituosos relatados na notícia de crime, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou o arquivamento da persecução penal.”⁵⁶

Portanto, um Inquérito Policial tem como escopo investigar suposto delito, bem como encontrar vestígios de autoria – *fumus commissi delicti*, isto tudo de forma pré-processual, utilizando-se da estrutura policial – vide próximo item – para que, então, o titular da ação penal, que pode ser tanto o Ministério Público, como a própria vítima em si, proceda a devida Denúncia ou Queixa Crime.

⁵² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 139. Ebook. Grifos no original.

⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 137. Ebook.

⁵⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 139. Ebook.

⁵⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 173. Ebook.

⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 173. Ebook.

2.3.3 Estrutura Policial

Primeiramente, conforme o art. 144 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁵⁷, a segurança pública é um dever do Estado, cabendo a ele, por meio da polícia, a preservação da Ordem Pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, sendo como órgãos policiais: a Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal, a Polícia Ferroviária Federal, a Polícia Civil, a Polícia Militar, o Corpo de Bombeiros⁵⁸ e as Polícias Penais.

Porém, para conduzir o Inquérito Policial, o Código de Processo Penal, notadamente em seu artigo 4º, delimitou que a Polícia Judiciária exerceria tal papel, onde “foi [...] a opção mantida pelo legislador de 1941, justificada na Exposição de Motivos como o modelo mais adequado à realidade social e jurídica daquele momento.”.⁵⁹

De acordo com Aury Lopes Júnior, a escolha pela Polícia Judiciária foi

[...] segundo o pensamento da época, necessária, atendendo às grandes dimensões territoriais e às dificuldades de transporte. Foi rechaçado o sistema de instrução preliminar judicial, ante a impossibilidade de que o juiz instrutor pudesse atuar de forma rápida nos mais remotos povoados, a grandes distâncias dos centros urbanos, e que às vezes exigiam vários dias de viagem.⁶⁰

Para esclarecer melhor o termo “Polícia Judiciária”, “O § 4º do art. 144, da CF, diz que incumbem às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”⁶¹

Assim, segundo Renato Marcão:

Denomina-se polícia judiciária a atividade de polícia assim considerada, em razão de suas funções se encontrarem voltadas ao fornecimento de informações e à realização de diligências diretamente ligadas à atividade

⁵⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 105. Ebook.

⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 138. Ebook.

⁶⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 138. Ebook.

⁶¹ “STF, ADI 3.916/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 3-2-2010, DJe 86, de 14-5-2010”. MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 67. Ebook.

judiciária criminal, além da apuração de fatos dotados de aparente feição delitiva.⁶²

Ressalta-se, por oportuno, que “a polícia brasileira desempenha dois papéis (nem sempre) distintos: a polícia judiciária e a polícia preventiva.”⁶³, estando a Polícia Judiciária com a atribuição de “investigação preliminar, sendo desempenhada nos estados pela Polícia Civil e, no âmbito federal, pela Polícia Federal.”⁶⁴. Porém, diferentemente da primeira, a Polícia Preventiva/Ostensiva “[...] é levado a cabo pelas Polícias Militares dos estados, que não possuem atribuição (como regra) para realizar a investigação preliminar.”⁶⁵

Adiante, outro aspecto importante sobre a Polícia Judiciária no que se refere ao Inquérito Policial é a sua atribuição destinada ao Delegado de Polícia, isto é, à autoridade pública legalmente investida.⁶⁶

Nesse seguimento, o artigo 2º da Lei n. 12.830/2013 previu que “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.”⁶⁷, ou seja, cabendo fundamentação específica para que uma investigação seja avocada do Delegado de Polícia pelos órgãos superiores da instituição.⁶⁸

Outro aspecto de importância sobre o tema, é o dever de ofício do Delegado de Polícia (estadual ou federal), uma vez que ele, se deparando com um fato que, em tese, compete uma ação penal pública, deverá monopolizar tal situação e instaurar o devido procedimento investigatório; que, na maioria das vezes, é um Inquérito Policial.⁶⁹

⁶² MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 67. Ebook.

⁶³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 139. Ebook.

⁶⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 139. Ebook.

⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 139. Ebook.

⁶⁶ MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 68. Ebook.

⁶⁷ BRASIL. **Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 12 jan. 2021.

⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 94. Ebook.

⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 94. Ebook.

Como diz Aury Lopes Júnior, “A própria autoridade policial, em cuja jurisdição territorial ocorreu o delito que lhe compete averiguar em razão da matéria, tem o dever de agir de ofício, instaurando o inquérito policial. É uma verdadeira *inquisiti ex officio*.”⁷⁰

Certamente, em caso de notícia do crime, ou *notitia criminis*, esse dever de ofício da autoridade policial fica “dividido”, ficando a cargo, também, de qualquer pessoa do povo delatar os fatos supostamente criminosos para a instituição policial.⁷¹

Assim sendo, o procedimento investigatório criminal – Inquérito Policial, tutelado pela autoridade policial da Polícia Judiciária estadual ou federal – Delegado de Polícia, ou melhor dizendo, pelo Estado, exerce à averiguação das possíveis infrações criminosas com autonomia e controle⁷², tendo como um dos objetivos principais a colheita de provas pré-constituídas, para, no futuro, servir de base para uma ação penal, isto é, ao Ministério Público ou à vítima⁷³, conforme tópico a seguir.

2.3.4 O Ministério Público e a sua atuação no procedimento investigativo

Muito embora a Investigação Criminal seja exercida diretamente pela Polícia Judiciária, estadual ou federal, é certo dizer que o Ministério Público possui atribuição significativa neste procedimento.

Portanto, havendo a possibilidade do Ministério Público atuar no respectivo procedimento criminal pré-processual, ele pode, como titular da Ação Penal Pública, instaurar o Inquérito Policial, acompanha-lo e, até, arquivá-lo, porém, agindo de forma secundária, acessória e contingente, uma vez que o encarregado de presidir tal procedimento é o Delegado de Polícia.⁷⁴

Nesse sentido, como um dos exemplos previstos no próprio Código de Processo Penal, “O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a

⁷⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 150. Ebook. Itálico no original.

⁷¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 94. Ebook.

⁷² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 219. Ebook.

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 106. Ebook.

⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 140. Ebook.

representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.”⁷⁵ – transcrição do artigo 39, §5º – isto é, o Órgão Ministerial possui autonomia para ofertar, ou não, uma denúncia – Poder Discricionário do Promotor de Justiça.

Assim, o Supremo Tribunal Federal já afirmou que “[...] nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória é do Ministério Público que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a “informatio delicti””.⁷⁶

Porém, é válido lembrar que

O inquérito policial, atividade específica da polícia denominada judiciária, isto é, a Polícia Civil, no âmbito da Justiça Estadual, e a Polícia Federal, no caso da Justiça Federal, tem por objetivo a apuração das infrações penais e de sua autoria (art. 4º, CPP). A denominação de polícia judiciária somente se explica em um universo em que não há a direção da investigação pelo Ministério Público, como é o brasileiro. Quem preside e conduz o inquérito policial é o Delegado de Polícia ou o Delegado de Polícia Federal. Apenas eles, como se sabe e vem garantido em Lei (12.830/13 – art. 2º, § 1º).⁷⁷

Em síntese, no tocante aos poderes investigatórios do *parquet*, “[...] a questão ainda é bastante discutida, não havendo paz conceitual sobre sua constitucionalidade [...]”⁷⁸. Mas o Supremo Tribunal Federal já decidiu algumas vezes sobre o tema e sinaliza no sentido de sua possibilidade.⁷⁹

Diante do exposto, é possível afirmar, apenas, que Órgão Ministerial pode requer a abertura de um Inquérito Policial, assisti-lo, arquivá-lo e, também, realizar o controle externo da atividade policial, isto é, exercer uma pretensão acusatória – *ius ut procedatur*, em cima de uma suposta infração penal.⁸⁰

⁷⁵ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 94173 BH – Bahia**. Inteiro Teor do Acórdão. p. 1. Versão Digital. Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 27 de outubro de 2009, Publicação: 27 de novembro de 2009, Órgão julgador: Segunda Turma. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur170061/false>. Acesso em: 11 jan. 2021.

⁷⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 94. Ebook.

⁷⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 140. Ebook.

⁷⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF fixa requisitos para atuação do Ministério Público em investigações penais. In: **Notícias STF**. Publicado em: 05/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>. Acesso em: 26 jan. 2021.

⁸⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 73. Ebook.

2.3.5 O valor probatório do Inquérito Policial

Como dito anteriormente, o Inquérito Policial pode ser dispensado caso o Ministério Público entenda que a notícia do crime esteja acompanhada de elementos suficientes para a propositura da ação penal.

Porém, nem sempre isso acontece. Na maioria das vezes, quando a notícia uma infração penal chega à autoridade policial, ocorre a instauração de um Inquérito Policial.

Mas o quanto este Inquérito Policial possui de valor probatório no processo judicial? Muitos doutrinadores afirmam que o respectivo procedimento investigatório tem valor relativo, isto é, não pode, com fundamento no artigo 155, *caput*, 1ª Parte, do Código de Processo Penal⁸¹, o juiz formar sua convicção exclusivamente em prova produzida na investigação.⁸²

Nesse sentido, anuncia Renato Brasileiro de Lima:

Se esses elementos de informação são colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes, ou seja, sem a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, questiona-se acerca da possibilidade de sua utilização para formar a convicção do juiz em sede processual.⁸³

Tal argumento possui base em diversos elementos, como por exemplo, a carência de contraditório e da ampla defesa, bem como ter um caráter de “ato de investigação” e não “ato de prova”⁸⁴, explica-se:

Primeiramente, um ato de investigação tem escopo em uma hipótese, isto é, formar um juízo de probabilidade e não de certeza, com uma atribuição destinada à fase investigativa e não judicial, ao qual servem para a formação *opinio delicti* do Ministério Público acusador.⁸⁵

⁸¹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁸² AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. p. 165. Ebook.

⁸³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 159. Ebook.

⁸⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 221. Ebook.

⁸⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. pp. 187-188. Ebook.

Diferentemente do ato de investigação, o ato de prova é destinado a convencer o juiz, servindo à sentença, ou seja, ele pode servir como fundamentação de uma condenação, haja vista possuir, em tese, o contraditório e a ampla defesa.⁸⁶

Insta ressaltar que o contraditório e a ampla defesa são princípios basilares de um processo judicial, tendo em conta estarem previstos na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁸⁷ (artigo 5º, inciso LV), mas, infelizmente, não estão presentes, via de regra, no Inquérito Policial, conforme Nestor Távora afirma: “O inquérito, já sabemos, objetiva angariar subsídios para contribuir na formação da opinião delitiva do titular da ação penal, não havendo, nessa fase, contraditório ou ampla defesa.”⁸⁸

Sendo assim, o Inquérito Policial perde parte do seu valor probatório.

Mas, muito embora este tipo de procedimento careça dos respectivos princípios, ele pode, sim, servir como mais um elemento, utilizado pelo juiz, para condenar o acusado⁸⁹, gerando, assim, seu valor relativo.

Acerca do seu valor relativo, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar explicam que:

A relatividade do valor dos elementos de informação do inquérito policial se deve a mais de um motivo: (1) os elementos colhidos não são submetidos à formação contraditória; (2) o juiz não poderá tomar decisões fundadas apenas nos elementos de informação, ressalvadas as provas cautelares, antecipadas e irrepetíveis, valendo notar que o inquérito não é excluído fisicamente do processo, conquanto não seja idôneo para justificar isoladamente um decreto condenatório; (3) os elementos de informação devem ser interpretados em conjunto com as provas carreadas em juízo, sendo relativos justamente porque são vistos conjuntamente com vistas à compatibilidade com a prova constituída durante o trâmite do processo penal, sob o crivo do contraditório.⁹⁰

Ademais, evidencia-se que os atos de investigação realizados durante o Inquérito Policial geralmente são repetidos na fase processual penal, excetuados as provas não repetíveis, o exame de corpo de delito e quando realizado a produção

⁸⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. pp. 187-188. Ebook.

⁸⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁸⁸ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodovm, 2016. p. 160. Ebook.

⁸⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 160. Ebook.

⁹⁰ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodovm, 2016. p. 161. Ebook.

antecipada de provas, auxiliando desta maneira a convicção do juiz⁹¹ – artigo 3º-C, parágrafo 3º, do Código de Processo Penal.⁹²

Porém, com o advento da Lei n. 13.964/19, o referido argumento possui uma ressalva quanto ao apensamento do Inquérito Policial aos autos do processo enviado ao juiz da instrução e julgamento, haja vista que, em um primeiro momento, o dito juiz não deveria ter contato com as peças que fundamentaram a denúncia ou a queixa, ou seja, não deveria se “contaminar” com aquelas informações e ser totalmente imparcial no processamento da ação.⁹³

Para que se dê cumprimento a isso, a supracitada lei deu voz ao Juízo das Garantias, como um organismo do direito processual penal destinado a atuar na fase pré-processual até o recebimento da denúncia ou da queixa, onde manterá consigo as peças que fundamentaram a ação penal (Inquérito Policial), e encaminhará, em seguida, ao juiz da instrução e julgamento apenas a denúncia ou a queixa.⁹⁴

Entretanto, a Lei n. 13.964/19 não revogou e nem alterou o artigo 231 do Código de Processo Penal⁹⁵, possibilitando que as partes do processo penal juntem aos autos presididos, naquele momento, pelo juiz da instrução e julgamento, documentos pertencentes a fase pré-processual, o qual, em tese, são deferidos sob o argumento de prova relevante com valor relativo – atos de investigação.⁹⁶

Mas, é válido ressaltar ainda que a Lei n. 13.964/19 encontra-se com eficácia suspensa, por tempo indeterminado, em algumas regras previstas na referida lei, dentre elas a figura do Juiz das Garantias, em razão da decisão cautelar proferida nas

⁹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 191. Ebook.

⁹² BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁹³ BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 22 abr. 2021.

⁹⁴ COUTO, Ana Paula. COUTO, Marco. O pacote anticrime: os “misteriosos” autos do juízo das garantias. In: **Empório do Direito**. Publicado em: 01/2020. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-pacote-anticrime-os-misteriosos-autos-do-juizo-das-garantias>. Acesso em: 26 jan. 2021.

⁹⁵ “Art. 231. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.”. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁹⁶ COUTO, Ana Paula. COUTO, Marco. O pacote anticrime: os “misteriosos” autos do juízo das garantias. In: **Empório do Direito**. Publicado em: 01/2020. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-pacote-anticrime-os-misteriosos-autos-do-juizo-das-garantias>. Acesso em: 26 jan. 2021.

Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 6298, 6299, 6300 e 6305, pelo Supremo Tribunal Federal.⁹⁷

Dito isso, em suma, o procedimento investigatório criminal pré-processual – Inquérito Policial – é considerado, para a doutrina, um instrumento gerador de atos de investigação, isto é, com eficácia probatória restrita/limitada, cujo qual serve para fundamentar a propositura de uma ação penal, notadamente a convicção do Órgão Ministerial, para que, então, na fase processual, possa-se utilizar tal investigação como base para a produção de atos de prova, ou seja, para repetir tais operações sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Sendo assim, o Inquérito Policial possui, atualmente, valor relativo, haja vista as circunstâncias da Investigação Criminal não estarem em decoro com o previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁹⁸ para os processos judiciais, ou melhor dizendo, para o acusado.

Porém, diga-se de passagem, o Inquérito Policial não é o único procedimento investigativo existente, isto é, pode o Estado averiguar supostas infrações criminosas por meio de outros tipos de procedimentos investigativos, consoante se verá a seguir.

2.4 OUTRAS FORMAS DE INVESTIGAÇÃO DO ESTADO

Dando continuidade ao estudo, é certo dizer que o Inquérito Policial não é o único meio utilizado para investigar uma infração penal, pois, a depender do tipo ou da natureza da ilegalidade, esta pode ser investigada de outras formas, meios e autoridades competentes diferentes e, até, simultaneamente.⁹⁹

Pode-se se citar, como outras formas de investigação do Estado, as Comissões Parlamentares de Inquérito, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), o Inquérito Policial Militar, a Investigação Direta pelo Ministério Público, o Termo Circunstanciado, dentre outras.

⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado. In: **Portal STF**. Publicado em: 01/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁹⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁹⁹ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 39. Ebook.

Sublinha-se, por oportuno, que o presente trabalho tem como escopo informar e apresentar, de forma sintética, algumas das outras formas – diversas do Inquérito Policial – de investigação do Estado.

Pois bem.

Como uma das formas de investigação anteriormente citadas, tem-se as Comissões Parlamentares de Inquérito, as quais estão previstas constitucionalmente. Explica-se:

De acordo com o artigo 58, parágrafo 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.¹⁰⁰

Em suma, as Comissões Parlamentares de Inquérito são órgãos administrativos que instauram procedimentos, também administrativos, de feição política, com poderes gerais de investigação, como por exemplo, ouvir testemunhas, ouvir investigados ou indicados, etc. e tem o objetivo de apurar possíveis irregularidades denunciadas, sendo que, caso suas conclusões apontarem positivas para a existência de tais irregularidades, o procedimento deverá ser encaminhado ao Ministério Público.¹⁰¹

Adiante, os Conselhos de Controle de Atividades Financeiras (COAF), surgiram com a Lei n. 9.613/98¹⁰² e estão vinculados, de forma administrativa, com o Branco Central do Brasil. Assim, os referidos conselhos possuem a competência de “produzir e gerir informações de inteligência financeira para a prevenção e o combate à lavagem

¹⁰⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹⁰¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 258. Ebook.

¹⁰² BRASIL. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

de dinheiro, [...]”¹⁰³, bem como “[...] promover a interlocução institucional com órgãos e entidades nacionais, estrangeiros e internacionais que tenham conexão com suas atividades.”¹⁰⁴

Diferentemente das anteriores, a investigação realizada diretamente pelo Ministério Público tem a finalidade de investigar, sem a utilização do Inquérito Policial – mas com a fiscalização do Poder Judiciário¹⁰⁵, supostas infrações penais e, até, civis.¹⁰⁶

Tal situação é possível porque o Órgão Ministerial tem o poder de instaurar inquéritos civis, onde, ali, é admissível expedir notificações e requisitar informações e documentos para aqueles que o próprio membro do Ministério Público entender pertinente para o deslinde da investigação¹⁰⁷, “desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, [...]”¹⁰⁸, conforme afirmou o ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello.

Acerca da regulamentação deste tipo de investigação, Guilherme Madeira anuncia que não há uma lei específica no Brasil que normatize a investigação direta pelo Ministério Público¹⁰⁹, mas, consoante exemplo do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, há leis orgânicas estaduais que servem de arcabouço legal para regulamentar à instituição – *vide* Lei Complementar n. 738, de 23 de janeiro de 2019.¹¹⁰

Ademais, como dito anteriormente, no que se refere aos poderes investigatórios do Ministério Público, “[...] a questão ainda é bastante discutida, não havendo paz

¹⁰³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 260. Ebook.

¹⁰⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 260. Ebook.

¹⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 113. Ebook.

¹⁰⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 40. Ebook.

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 111. Ebook.

¹⁰⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF fixa requisitos para atuação do Ministério Público em investigações penais. In: **Notícias STF**. Publicado em: 05/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>. Acesso em: 26 jan. 2021.

¹⁰⁹ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 40. Ebook.

¹¹⁰ ESTADO DE SANTA CATARINA. **Lei Complementar n. 738, de 23 de janeiro de 2019**. Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, SC: Governador do Estado de Santa Catarina, [2019]. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2019/738_2019_lei_complementar.html. Acesso em: 14 jan. 2021.

conceitual sobre sua constitucionalidade [...].”¹¹¹. Mas o Supremo Tribunal Federal já decidiu algumas vezes sobre o tema e sinaliza no sentido de sua possibilidade.¹¹²

Em contrapartida, o Inquérito Policial Militar se constitui em um procedimento administrativo investigativo para apurar possíveis crimes militares, que, semelhantemente ao Inquérito Policial comum, visa colher elementos mínimos suficientes para a propositura de uma ação judicial.¹¹³

O que se destaca neste tipo de inquérito é que a própria Polícia Militar terá a função de Polícia Judiciária, por meio do seu próprio setor de inteligência, visando, assim, apurar possíveis crimes militares previstos no Código Penal Militar – Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969.¹¹⁴

Por fim, o Termo Circunstanciado é um dos grandes suplentes do Inquérito Policial, pois ele é utilizado para infrações de menor potencial ofensivo, como os crimes com pena máxima não superior a dois anos (cumulada ou não com multa) e para contravenções penais.

Desta forma, tendo a autoridade policial conhecimento destas infrações, realizará um termo contendo todas as informações necessárias para individualizar a ocorrência e o seu autor, o qual, assim, o remeterá para o Juizado Especial Criminal, sem maiores complexidades¹¹⁵, nos termos do artigo 69 da Lei n. 9.099/95.¹¹⁶

Sendo assim, é possível notar que o Inquérito Policial não é um único meio investigativo do Estado, ao contrário, há no ordenamento jurídico brasileiro diversas formas de apurar uma infração penal de forma administrativa, porém, nem uma delas possui o escopo de auxiliar a angariação de provas em favor do acusado, haja vista que a maioria destas investigações são para convencer o titular da ação penal, que via de regra é o Ministério Público, a denunciar e a requerer à acusação.

¹¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 140. Ebook.

¹¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF fixa requisitos para atuação do Ministério Público em investigações penais. In: **Notícias STF**. Publicado em: 05/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>. Acesso em: 26 jan. 2021.

¹¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 261. Ebook.

¹¹⁴ BRASIL. **Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Brasília, DF: Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.

¹¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 368. Ebook.

¹¹⁶ BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1995]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 26 jan. 2021.

A partir disso, no próximo capítulo, entrar-se-á no mérito da Investigação Criminal Defensiva, que tem como objetivo principal garantir ao acusado o contraditório e a ampla defesa, isto é, permitir que o próprio investigado faça parte da Investigação Criminal de maneira ativa, requerendo, também, diligências.

3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Dando continuidade ao presente Trabalho de Curso, neste capítulo tratar-se-á diretamente sobre a Investigação Criminal Defensiva, seus conceitos e abrangência, trazendo-se, como amparo ao tema, o Provimento n. 188, de 31 de dezembro de 2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ainda, trar-se-á aspectos entre a Investigação Criminal e o Garantismo Jurídico, sendo que este último não visa apenas garantir os direitos fundamentais, mas, também, limitar, de forma positiva, os poderes do Estado, tal como lutar pelo Estado de Direito.

Para finalizar esse capítulo, será demonstrado o direito à prova e à investigação do crime, bem como os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o qual fazem raso ao instituto supracitado.

3.1 CONCEITO E ABRANGÊNCIA

Preliminarmente, é relevante esclarecer que no ordenamento jurídico brasileiro não há, por ora, uma legislação federal que preveja a aplicabilidade da Investigação Criminal Defensiva no Brasil, com exceção do Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018¹¹⁷, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que será explanado no próximo capítulo.

Sendo assim, tem-se, apenas, de forma legal (no que se refere à forma), a Investigação Criminal atribuída à Polícia Judiciária, nos termos do artigo 144 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹¹⁸, mas que não se confunde com a Investigação Criminal Defensiva.

¹¹⁷ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Conselho Pleno, [2018]. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 01 fev. 2021.

¹¹⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

Ademais, é válido lembrar, ainda, que a investigação realizada diretamente pelo Ministério Público não possui uma regulamentação legal, mas é aceita e utilizada em razão do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal.¹¹⁹

Pois bem.

No tocante ao conceito de Investigação Criminal Defensiva, Édson Luís Baldan o ilustra como um complexo de atividades destinadas a colheita de elementos objetivos, subjetivos e documentais por meio de advogado, sem auxílio de serventuários da justiça, para garantir ao imputado ou, também, à vítima, os princípios da ampla defesa e do contraditório.¹²⁰

No mesmo sentido, André Augusto Mendes Machado defende que a Investigação Criminal Defensiva é meio investigativo estratégico, sem vinculação com as autoridades públicas, que deva garantir os princípios legais e constitucionais para a colheita de provas.¹²¹

Em complemento aos supracitados conceitos, Franklyn Roger Alves Silva defende que a Investigação Criminal Defensiva deve ser utilizada, também, em favor de outros sujeitos processuais, como por exemplo, a vítima.¹²²

Já para o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a Investigação Criminal Defensiva é, semelhantemente ao conceito anteriormente apresentado por Édson Luís Baldan, um “complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição”¹²³, o qual objetiva obter “elementos de prova

¹¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF fixa requisitos para atuação do Ministério Público em investigações penais. In: **Notícias STF**. Publicado em: 05/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>. Acesso em: 26 jan. 2021.

¹²⁰ BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. In: **Boletim**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ed. 322, ano 27, pp. 7-9, set. 2019. Disponível em: <http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim322.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2021. p. 8.

¹²¹ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 32.

¹²² SILVA, Franklyn Roger Alves. A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6. n. 1, pp. 41-80, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.308>. Acesso em: 01 fev. 2021. p. 64.

¹²³ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Conselho Pleno, [2018]. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 01 fev. 2021.

destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.”.¹²⁴

Sendo assim, a Investigação Criminal Defensiva nada mais é que um procedimento investigativo que tem como titular o advogado e que possui como escopo angariar informações e documentos, de forma lícita, para garantir ao imputado os princípios da ampla defesa e do contraditório, em qualquer momento da persecução penal.¹²⁵

Tal procedimento investigativo requer, em poucas palavras, que o imputado não fique à mercê de uma investigação criminal destinada, exclusivamente, a colheita de provas para convencer o membro do Ministério Público a oferecer, ou não, a denúncia. Mas, sim, a se desvincular às autoridades públicas e a desenvolver, de maneira independente, uma estratégia investigativa.¹²⁶

Outrossim, inúmeras serão as vantagens alcançadas pela defesa, haja vista que utilizarão de forma mais exitosa o tempo, podendo, desde a data do fato até o trânsito em julgado, trabalhar com o desenvolvendo de meios lícitos para alcançar a verdade e defender o imputado.¹²⁷

Acentua-se que o termo “trabalhar” supracitado pode significar praticar atos de investigação, com ou sem auxílio dos serventuários da justiça, durante toda a persecução criminal, sem ligação com o Inquérito Policial, mas com o intuito de juntar elementos de convicção para a defesa por meio de estratégias lícitas.¹²⁸

Em continuidade, a Investigação Criminal Defensiva pode ser amplamente abrangida no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em conta que há muitos

¹²⁴ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Conselho Pleno, [2018]. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 01 fev. 2021.

¹²⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 33.

¹²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 268. Ebook.

¹²⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6. n. 1, pp. 41-80, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.308>. Acesso em: 01 fev. 2021. p. 66.

¹²⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 33.

doutrinadores e juristas que defendem a implementação e a regulamentação em lei federal de tal instituto, mesmo que durante muito tempo a mesma fora negada nas investigações oficiais.¹²⁹

Sendo assim, para assegurar a paridade de armas, tem-se, como exemplo, o Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018¹³⁰ do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o qual trouxe mais visibilidade (popularidade) sobre o tema, bem como um meio de enxergar a Investigação Criminal Defensiva de forma prática e efetiva no Brasil.

Em análise aos artigos 2º e 3º do supramencionado Provimento, é possível confirmar os conceitos anteriormente citados, no que tange à aplicabilidade da Investigação Criminal Defensiva durante toda a persecução penal, seja no “I – pedido de instauração ou trancamento de inquérito;”¹³¹ ou, até, na “VII – revisão criminal”.¹³²

Logo, tal instituto dará o direito ao advogado de “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”¹³³, tal como “determinar a elaboração de laudos e

¹²⁹ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Investigação preliminar: desafios e perspectivas. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, pp. 29-40, jan./abr. 2020. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/340267877_Editorial_do_dossie_Reformas_da_investigacao_preliminar_e_a_investigacao_defensiva_no_processo_penal_-_Investigacao_preliminar_desafios_e_perspectivas. Acesso em: 03 fev. 2020. p. 37.

¹³⁰ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Conselho Pleno, [2018]. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 01 fev. 2021.

¹³¹ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Conselho Pleno, [2018]. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 01 fev. 2021.

¹³² BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Conselho Pleno, [2018]. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 01 fev. 2021.

¹³³ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Conselho Pleno, [2018]. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 01 fev. 2021.

exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição.”.¹³⁴

Sendo assim, colhe-se da Investigação Criminal Defensiva alguns objetivos principais, como, por exemplo, apresentar elementos de inocência do imputado e/ou comprovar um possível álibi; provar, se for o caso, a incidência da “desresponsabilização” em razão da ação de terceiros; explorar a ocorrência de absolvição do acusado, nos termos do artigo 397 do Código de Processo Penal¹³⁵; examinar o local do crime e fazer a sua reconstituição; contradizer, de forma técnica ou material, as investigações públicas, bem como eliminar supostos erros que podem incidir na condenação do imputado; e, por fim, buscar por peritos e testemunhas para auxílio da defesa.¹³⁶

Deste modo, e nos termos de Guilherme de Souza Nucci, haveria “três níveis de provas pré-processo: a) investigação policial; b) investigação ministerial; c) investigação defensiva.”.¹³⁷

A partir disso, as provas oriundas das polícias, do Ministério Público e do advogado do imputado teriam, em tese, a mesma validade e seriam, supostamente, legítimas, sendo que apenas perderiam sua validade com a aparição de alguma prova (lícita) em contrário.¹³⁸

Por fim, muito embora seja estudo dos próximos itens e do próximo capítulo, é de ressaltar, neste momento, que a Investigação Criminal Defensiva abrangeria e defenderia a paridade de armas, e faria jus aos princípios da ampla defesa e do contraditório¹³⁹, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República

¹³⁴ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Conselho Pleno, [2018]. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 01 fev. 2021.

¹³⁵ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹³⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2020. pp. 268-269. Ebook.

¹³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 331. Ebook.

¹³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 331. Ebook.

¹³⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico>. Acesso em: 03 fev. 2021.

Federativa do Brasil de 1988¹⁴⁰, isto é, se escoaria no Garantismo Jurídico, conforme explicar-se-á no item seguinte.

3.2 O GARANTISMO JURÍDICO

Como um dos pontos de grande importância e que deve ser analisado com acuidade no presente trabalho é o Garantismo Jurídico, haja vista estar diretamente interligado com os direitos fundamentais previstos e garantidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.¹⁴¹

Pois bem!

Primeiramente, é certo dizer que por muito tempo o Brasil passou por um estado “hostil”, notadamente durante o regime ditatorial, de afronta aos direitos e garantias fundamentais, atingindo pontualmente a vida privada dos cidadãos brasileiros.¹⁴²

A partir disso, “é preciso compreender que os direitos fundamentais sancionados nas constituições do segundo pós-guerra [...] exercem a função tanto de fontes de deslegitimação e invalidação quanto de fontes de legitimação ou validação”.¹⁴³

Isto é, muito embora os direitos fundamentais estavam, naquela época, sendo declarados e reconhecidos na Constituição brasileira, eles eram insuficientes para garantir os direitos sociais básicos, sendo necessário, para tanto, “juridicizar” um Estado Social.¹⁴⁴

¹⁴⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹⁴¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹⁴² FREITAS, Maiaja Franken de. **O Garantismo penal entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência**. Monografia (3º Nível do Curso de Preparação a Magistratura) – Ajuris, Escola Superior da Magistratura. Por Alegre, 2006. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/phl8/arquivos/TC000012.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2021. pp. 14-15.

¹⁴³ TRINDADE, André Karam. Revisando o Garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. In: **Revista Jurídica**, Faculdade de Direito de Franca, v. 5. n. 1., pp. 1-21, 2012. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/156>. Acesso 10 fev. 2021. p. 17.

¹⁴⁴ NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. **Os Direitos fundamentais e os mecanismos de concentração**: o Garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011. p. 113.

Segundo Maiaja Franken de Freitas, “por volta de 1980 inicia no ‘Poder’ uma certa oposição, que, pouco depois, ensejaria a queda definitiva do então regime ditatorial existente em nosso país.”¹⁴⁵

Assim sendo, o Brasil inicia uma nova era, fornecendo aos cidadãos direitos e garantias, e limitando à atividade estatal – tanto para limitar o poder de legislar do Estado, quanto para limitar a sua intervenção na vida privada – tudo isso por meio de imperiosa observância aos princípios e garantias fundamentais.¹⁴⁶

Em contrapartida, Luigi Ferrajoli desenvolve, na Itália, a obra “*Diritto e Ragione*”, publicada em 1989, o qual dedica dois capítulos sobre a “teoria geral do Garantismo”, trazendo três aspectos importantes sobre as crises do Direito na atualidade.¹⁴⁷

A primeira crise está relacionada com a legalidade, isto é, com a ineficácia dos instrumentos normativos; a segunda, é a estrutura do Estado de Direito, haja vista existir uma dificuldade em se consolidar um sistema de garantias eficiente; e, por fim, a terceira crise, a qual está ligada ao “debilitamento” do Estado.¹⁴⁸

Vale ressaltar que o “Estado de Direito”, em uma óptica do direito criminal, possui dois paradigmas, sendo um como “o poder judicial de apurar e punir crimes”¹⁴⁹, que está, nas palavras de Luigi Ferrajoli, de forma *sub lege* ao poder legislativo, uma vez que quem define, ou melhor dizendo, legisla o que é crime é o poder legislativo – *per leges*, enquanto o outro é o poder legislativo que está, também, *sub leges*, mas agora da lei e dos preceitos constitucionais que reservam o Garantismo Jurídico.¹⁵⁰

¹⁴⁵ FREITAS, Maiaja Franken de. **O Garantismo penal entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência**. Monografia (3º Nível do Curso de Preparação a Magistratura) – Ajuris, Escola Superior da Magistratura. Por Alegre, 2006. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/phl8/arquivos/TC000012.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2021. p. 18.

¹⁴⁶ FREITAS, Maiaja Franken de. **O Garantismo penal entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência**. Monografia (3º Nível do Curso de Preparação a Magistratura) – Ajuris, Escola Superior da Magistratura. Por Alegre, 2006. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/phl8/arquivos/TC000012.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2021. p. 19.

¹⁴⁷ NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. **Os Direitos fundamentais e os mecanismos de concentração**: o Garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011. p. 114.

¹⁴⁸ NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. **Os Direitos fundamentais e os mecanismos de concentração**: o Garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011. p. 114.

¹⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 687.

¹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 687.

Adiante, acerca do termo “Garantismo”, Dario Ippolito o apresenta como “uma teoria do direito penal compreendido como instrumento de proteção dos direitos fundamentais tanto dos delitos quanto das penas arbitrárias [...]”¹⁵¹, isto é, “como sistema de garantias idôneo a minimizar a violência na sociedade: a criminal, dos indivíduos singulares, e a institucional, dos aparatos repressivos.”¹⁵²

Pode-se compreender, também, como um modelo normativo de Direito, cuja técnica busca minimizar a violência e maximizar a liberdade, nos lençóis políticos, e potencializar os vínculos punitivos do Estado em garantia aos direitos fundamentais, no viés jurídico.¹⁵³

Já nas palavras de Maiaja Franken, o Garantismo se refere a uma “[...] interpretação da norma penal em face da Carta Constitucional Brasileira não só quando há criminalização de determinadas condutas, mas também quando há descriminalização em virtude da dupla operabilidade dos direitos fundamentais [...]”.¹⁵⁴

Para Marisa Schmitt Siqueira Mendes, a Teoria do Garantismo está

[...] preocupada em definir a validade da norma com base nos aspectos formais e substanciais do direito, e essa junção de aspectos formais e substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de se garantir [...] todos os direitos fundamentais existentes.¹⁵⁵

Assim, segundo Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho, a Teoria do Garantismo Penal visa garantir que a premissa “defesa social” não se sobreponha aos

¹⁵¹ IPPOLITO, Dario. O Garantismo de Luigi Ferrajoli. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Roma, v. 3, n. 1, pp. 34-41, jan-jun. 2011. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733#:~:text=O%20garantismo%20penal%2C%20germinado%20na,diversas%20dimens%C3%B5es%20da%20democracia%20constitucional..> Acesso em: 15 fev. 2021. p. 36.

¹⁵² IPPOLITO, Dario. O Garantismo de Luigi Ferrajoli. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Roma, v. 3, n. 1, pp. 34-41, jan-jun. 2011. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733#:~:text=O%20garantismo%20penal%2C%20germinado%20na,diversas%20dimens%C3%B5es%20da%20democracia%20constitucional..> Acesso em: 15 fev. 2021. p. 36.

¹⁵³ CRUZ, Sérgio Ricardo de Freitas. Ferrajoli. Luigi – Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal. In: **Boletim**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ed. 305, ano 26, pp. 16-18, abr. 2018. Disponível em: <https://www.filosofiaedireito.com.br/wp-content/uploads/2019/04/IBCCRIM.pdf>. Acesso em: 05 fev. de 2021. p. 17.

¹⁵⁴ FREITAS, Maiaja Franken de. **O Garantismo penal entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência**. Monografia (3º Nível do Curso de Preparação a Magistratura) – Ajuris, Escola Superior da Magistratura. Por Alegre, 2006. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/phl8/arquivos/TC000012.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2021. p. 62.

¹⁵⁵ MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. **O princípio da propriedade na constituição da república federativa do Brasil em 1988: uma análise dos direitos fundamentais em Luigi Ferrajoli e Gregório Paces-Barba**. Dissertação (Mestrado em Produção do Direito Positivo) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2010. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/handle/repositorio/1548>. Acesso em: 19 fev. 2021. p. 69.

direitos e garantias fundamentais, propondo limites, de forma racional e civilizada, à intervenção penal.¹⁵⁶

Destaca-se aqui, ainda, que dentre os elementos da Teoria Geral do Garantismo, consta-se:

[...] o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irreduzível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes.¹⁵⁷

Tem-se, portanto, que o Garantismo é o nome dado a teoria liberal do direito penal ou, em outras palavras, do “direito penal mínimo”¹⁵⁸, que tem como intuito limitar às leis que condicionam as formas e os conteúdos que vão em direção oposta ao Estado de Direito, isto é, ao Garantismo¹⁵⁹, bem como perseverar pelos direitos fundamentais.

Segundo Luigi Ferrajoli, os direitos fundamentais são uma conjuntura de figuras operantes em defesa à igualdade e aos valores da pessoa, o qual consagram o direito à vida, à liberdade pessoal, à inviolabilidade do domicílio, tal como os direitos políticos, civis (desde a capacidade jurídica até a capacidade de agir) e sociais, individuais ou coletivos.¹⁶⁰

Outrossim, os ditos direitos fundamentais – ou direitos humanos constitucionais – possuem um estado de intangibilidade, caracterizados pelo caráter “não-decidível”/não negociável, que vinculam a sua observância, não podendo, nem por

¹⁵⁶ CARVALHO, Salo de. CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 19.

¹⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 686.

¹⁵⁸ IPPOLITO, Dario. O Garantismo de Luigi Ferrajoli. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Roma, v. 3, n. 1, pp. 34-41, jan-jun. 2011. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733#:~:text=O%20garantismo%20penal%2C%20germinado%20na,diversas%20dimens%C3%B5es%20da%20democracia%20constitucional..> Acesso em: 15 fev. 2021. p. 36.

¹⁵⁹ BORBA, Andréa Zimmermann de. A função social do direito penal no Estado Democrático de Direito e Garantismo Jurídico. In: **Revista Eletrônica e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica na UNIVALI, Itajaí, v. 3, n. 3, pp. 1-23, set./dez. 2008. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7302>. Acesso em: 09 fev. 2021. p. 8.

¹⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 733.

unanimidade, a sociedade decidir pela afronta a esses direitos – como, por exemplo, no Brasil, requerendo a condenação por morte de um homem.¹⁶¹

É válido lembrar que os supracitados direitos fundamentais estão fortemente previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁶², notadamente nos (sub)princípios do artigo 5º¹⁶³, estando, assim, vigorosamente ligados ao Garantismo Jurídico, haja vista imporem limites à atuação do Estado e tutelarem o Estado de Direito.¹⁶⁴

Desta forma, entende-se que o Garantismo Jurídico não é apenas garantir os direitos fundamentais, mas, também, limitar, de forma positiva, os poderes do Estado, tal como lutar pelo Estado de Direito; e é com base nesse paradigma que empregarse-á o Garantismo Jurídico na Investigação Criminal no tópico a seguir.

3.3 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E O GARANTISMO JURÍDICO

Pois bem, traçados os conceitos e um breve retrospecto histórico do Garantismo Jurídico, partir-se-á, neste momento, para a abrangência de tal instituto na própria Investigação Criminal, notadamente nos fundamentos da Investigação Criminal Defensiva.

Inicialmente, destaca-se que Luigi Ferrajoli apresentou no seu livro “*Diritto e Ragione*” vários axiomas que servem como mandados para efetivar o “sistema garantista penal”¹⁶⁵.

Explica-se:

¹⁶¹ CARVALHO, Salo de. CARVALHO. Amilton Bueno de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. pp. 19-20.

¹⁶² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹⁶³ CARVALHO, Salo de. CARVALHO. Amilton Bueno de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 17.

¹⁶⁴ FREITAS, Maiaja Franken de. **O Garantismo penal entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência**. Monografia (3º Nível do Curso de Preparação a Magistratura) – Ajuris, Escola Superior da Magistratura. Por Alegre, 2006. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/phl8/arquivos/TC000012.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2021. pp. 62-63.

¹⁶⁵ SOUZA, Felipe. O sistema garantista penal e seus axiomas, conforme Ferrajoli. In: **Canal Ciências Criminais**. Publicado em: 07/2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-sistema-garantista-penal-e-seus-axiomas-conforme-ferrajoli/>. Acesso em: 15 fev. 2021.

Os axiomas de Luigi Ferrajoli são “[...] premissas, pontos de partida que orientam todo o conjunto de argumentos e conclusões da teoria”¹⁶⁶ garantista, isto é, são os princípios que rodeiam o alicerce fundamental da luta pelo Estado do Direito e das garantias individuais; sendo eles: (A1) *Nulla poena sine crimine*; (A2) *Nullum crimen sine lege*; (A3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; (A4) *Nulla necessitas sine injuria*; (A5) *Nulla injuria sine actione*; (A6) *Nulla actio sine culpa*; (A7) *Nulla culpa sine iudicio*; (A8) *Nullum iudicium sine accusatione*; (A9) *Nulla accusatio sine probatione*; e, (A10) *Nulla probatio sine defensione*.¹⁶⁷

Por derradeiro, destaca-se que o referido autor apresenta os axiomas em um esquema quiásmico, trazendo à tona o termo final de cada axioma para a parte inicial do próximo, vinculado a sua interpretação ao axioma antecessor.¹⁶⁸

Logo, os referidos axiomas não devem ser interpretados separadamente, mas, sim, em conjunto, analisando-se tanto as premissas materiais – Direito Penal – A1 a A6, quanto as processuais – Direito Processual Penal – A7 a A10.

Adiante, sem desmerecimento dos demais, foi-se elencado como os principais axiomas para o presente estudo, especialmente no tocante à Investigação Criminal Defensiva, o *Nulla probatio sine defensione*; o *Nulla accusatio sine probatione*; o *Nulla culpa sine iudicio*; e o *Nulla actio sine culpa*, o qual explicar-se-á a seguir:

Começando de trás para frente, o primeiro axioma a ser abordado é o *Nulla actio sine culpa*, ou o Princípio da Culpabilidade ou da Responsabilidade Pessoal, onde se emprega um sentido mais “subjetivo/psicológico” ao delito, ou seja, tem-se uma intenção de compreender a consciência e o “animus” do agente, para que este somente seja punido quando exposta a sua intenção.¹⁶⁹

A partir disso, o Poder Judiciário, notadamente o juiz, não deve partir de uma possibilidade de certeza de culpabilidade, mas, sim, de uma análise à infinidade de fatos pesquisados e apresentados pelas partes – provas, nos quais devem

¹⁶⁶ GARCIA, Rafael de Deus. Os 10 axiomas do garantismo penal. In: **Deus Garcia**. Disponível em: <https://deusgarcia.wordpress.com/2019/04/15/os-10-axiomas-do-garantismo-penal/>. Acesso em: 15 fev. 2021.

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 74-75.

¹⁶⁸ GARCIA, Rafael de Deus. Os 10 axiomas do garantismo penal. In: **Deus Garcia**. Disponível em: <https://deusgarcia.wordpress.com/2019/04/15/os-10-axiomas-do-garantismo-penal/>. Acesso em: 15 fev. 2021.

¹⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 390.

transcender conhecimento aos olhos da autoridade judicial, para que, então, produza-se uma certeza judicial – sentença.¹⁷⁰

Deste modo, para se apresentar uma infinidade de fatos (provas), é necessário que as partes, por meio de sua defesa técnica (advogados/defensores públicos), diligencie e instaure procedimentos com o intuito de angariar tais informações.

Para que, então, isso seja possível, um dos caminhos é a aplicabilidade da Investigação Criminal Defensiva, que, como já dito anteriormente, possui como escopo praticar atos de investigação, com ou sem auxílio dos serventuários da justiça, durante toda a persecução criminal, sem ligação com o Inquérito Policial, mas com o intuito de juntar elementos de convicção para a defesa, por meio de estratégias lícitas.¹⁷¹

Sendo assim, com o objetivo de não se instaurar um procedimento sem culpa, isto é, para que se aplique o referido axioma garantista, deve-se disponibilizar a defesa, como parte integrante de uma relação processual, todos os meios (legais) de se obter uma prova, o qual podem ser alcançados a partir de uma Investigação Criminal Defensiva.

Em complemento ao axioma *Nulla actio sine culpa*, tem-se o *Nulla culpa sine iudicio* que se submete ao Princípio da Inocência do acusado, e pode ser considerado uma “norma de organização da não derrogação do juízo quando este é ativado por uma ação acusatória que postula a existência de um crime e requer a imposição de uma pena.”.¹⁷²

Noutras palavras, além de não haver, apenas, a imputação de culpa ao acusado demonstrado no axioma 6, é necessário que o mesmo seja submetido a um julgamento justo e com interesse processual¹⁷³, haja vista que o axioma *Nulla culpa*

¹⁷⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. O processo penal como dialética da incerteza. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, pp. 67-75, jul./set. 2009. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/183/ril_v46_n183_p67.pdf. Acesso em: 19 fev. 2021. pp. 73-74.

¹⁷¹ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 33.

¹⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 450.

¹⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 74-75.

sine iudicio visa defender um processo íntegro e justo, tal como ponderar o que vale, ou não, a intervenção e o congestionamento da Justiça Penal.¹⁷⁴

Logo, tal triagem pode ser realizada por meio da Investigação Criminal Defensiva, que irradia desde cedo maneiras de se conhecer os fatos atribuídos como criminosos¹⁷⁵ e se prevenir ações penais sem fundamentos e carentes de ampla defesa.

Porém, com um outro ponto, o axioma A10 (*Nulla probatio sine defensione*) é uma das premissas garantistas mais violadas ou, até, inobservadas no Brasil, haja vista a deficiência de defesa técnica oferecida pelos advogados e/ou defensores públicos.¹⁷⁶

Ressalta-se, não se quer dizer que os advogados e defensores públicos não sejam aptos a exercer seus serviços, ao contrário, o que lhes falta é um ordenamento jurídico que preveja mais meios legais de articular e apresentar uma defesa ao acusado¹⁷⁷, tal como se garante, em tese, no Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.

Por oportuno, esclarece-se que o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, ligado diretamente ao Axioma 10, significa dizer que nula será a prova apresentada sem defesa, isto é, emergir-se-á garantia para a defesa, sob um prisma fundamental, no exercício jurídico quando articulado meios legais de oportunidade e eficiência àqueles que se dispõem a alcançar o direito de requerer a validade, legitimidade e produção de prova.¹⁷⁸

¹⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 451.

¹⁷⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 33.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Daniel Bruno Caetano. **A importância da Defensoria Pública para a efetivação do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Monografia – Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais, na modalidade Formação para o Magistério Superior, Universidade do Sul de Santa Catarina. Vitória, 2008. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4984/MONOGRAFIA_FINAL_Ciencias_PENAIIS_DANIEL_BRUNO_CAETANO_OLIVEIRA_4_1_.pdf. Acesso em: 18 fev. 2021. p. 14.

¹⁷⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 774. Ebook.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Daniel Bruno Caetano. **A importância da Defensoria Pública para a efetivação do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Monografia – Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais, na modalidade Formação para o Magistério Superior, Universidade do Sul de Santa Catarina. Vitória, 2008. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4984/MONOGRAFIA_FINAL_Ciencias_PENAIIS_DANIEL_BRUNO_CAETANO_OLIVEIRA_4_1_.pdf. Acesso em: 18 fev. 2021. p. 14.

Sendo assim, a “ausência de defesa técnica resulta na inobservância do décimo axioma Garantista de Luigi Ferrajoli, e, conseqüentemente, se desencadeia o ‘efeito dominó’ acima mencionado, onde todas as demais peças, diga-se axiomas, serão ‘derrubadas’.” (sic).¹⁷⁹

A partir disso, novamente funda-se que a Investigação Criminal Defensiva é um meio apto para garantir uma boa e próspera defesa técnica, tendo em conta que, atualmente, a mesma é carente de recursos.

Por fim, o outro pilar do Garantismo Penal acima mencionado é o *Nulla accusatio sine probatione*, ou o Princípio do Ônus da Prova, que prevê que a acusação deve estar embasada em elementos de convicção palpáveis, com o desiderato de ligar a autoria do delito e sua conseqüente culpabilidade.¹⁸⁰

Isto é, há uma necessidade de se provar a materialidade delitiva e de se evidenciar indícios razoáveis de autoria, já no oferecimento da denúncia ou da queixa¹⁸¹, para que o acusado não seja injustamente denunciado, sendo então constrangido a uma ação penal que carece de justa causa.¹⁸²

Deste modo, percebe-se que a Investigação Criminal Defensiva está fortemente ligada aos axiomas garantistas, ao julgar que estes se submetem a defesa de um processo íntegro e justo, sendo desde a análise de culpabilidade do acusado até o direito a prova e a ampla defesa, que serão explicados nos próximos tópicos.

3.4 O DIREITO À PROVA E À INVESTIGAÇÃO DO CRIME

Primeiramente, prova é dado, elemento “[...] ou conjunto de informações trazidas aos autos em que materializada a persecução penal com a finalidade de [...]

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Daniel Bruno Caetano. **A importância da Defensoria Pública para a efetivação do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Monografia – Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais, na modalidade Formação para o Magistério Superior, Universidade do Sul de Santa Catarina. Vitória, 2008. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4984/MONOGRRAFIA_FINAL_Ciencias_PENAIIS_DANIEL_BRUNO_CAETANO_OLIVEIRA_4_1_.pdf. Acesso em: 18 fev. 2021. p. 14.

¹⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 74-75.

¹⁸¹ SOUZA, Felipe. O sistema garantista penal e seus axiomas, conforme Ferrajoli. In: **Canal Ciências Criminais**. Publicado em: 07/2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-sistema-garantista-penal-e-seus-axiomas-conforme-ferrajoli/>. Acesso em: 15 fev. 2021.

¹⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 451.

reconstruir a dinâmica fática, formando o convencimento do magistrado acerca dos fatos em julgamento, já que o juiz é o seu destinatário final.”.¹⁸³

Com base nisso, ressalta-se que são titulares do direito de produzir provas as partes – muito embora o material probatório se destine ao magistrado – sendo que elas, as partes, deverão ter a prerrogativa de estar e praticar, ativamente, em quaisquer procedimentos destinados a sua constituição.¹⁸⁴

Assim, conforme expõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual garante a ampla defesa e o contraditório¹⁸⁵ (item que será esclarecido no tópico a seguir), as partes têm direito de pedir, produzir e de valorar – judicialmente – as provas.

Acerca do termo “pedir prova”, esclarece-se que esse se refere ao momento da sua proposição, enquanto o direito de “produzir prova” se relaciona ao deferimento do magistrado quanto a sua introdução no processo criminal, e direito a “valorar prova” se trata da sua análise/apreciação, oriunda do poder discricionário do juiz.¹⁸⁶

A partir disso, sublinha-se que o diploma processualista penal elucida que “o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.” (Artigo 14 do Código de Processo Penal)¹⁸⁷.

Referida norma legal faz menção direta ao direito à prova e à investigação do crime – notadamente ao direito de defesa – já no inquérito policial, dando ao indiciado

¹⁸³ OCAMPOS, Lorena. FREITAS JÚNIOR, João Carlos de. **Direito Processual Penal**. 1. ed. Brasília: CP Iuris, 2020. p. 316

¹⁸⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 89.

¹⁸⁵ PADILHA, Letícia Marques. O direito à prova como um direito fundamental: sua aplicabilidade no âmbito processual civil e trabalhista. In: **Páginas de Direito**. Publicado em: 06/2016. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/332-artigos-jun-2016/7634-o-direito-a-prova-como-um-direito-fundamental-sua-aplicabilidade-no-ambito-processual-civil-e-trabalhista>. Acesso em: 06 abr. 2021.

¹⁸⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. pp. 89-90.

¹⁸⁷ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

e ao ofendido a prerrogativa de solicitar a realização de provas/diligências à autoridade policial.¹⁸⁸

De acordo com Marta Cury:

[...] o indiciado, e também o ofendido, ou seu representante legal, podem requerer a realização de perícias e formular quesitos, pedir esclarecimentos ou complementação de laudos já apresentados, podem arrolar testemunhas e contestar todas as ouvidas, requerer a juntada de documentos e papéis, bem como impugnar a autenticidade de documentos já juntados aos autos.¹⁸⁹

Nesse mesmo sentido, outros dispositivos processuais penais proporcionam aos interessados – partes, uma iniciativa probatória, tais como, por exemplo, os artigos 41, 396-A, 400 e 402 do Código de Processo Penal.¹⁹⁰

Contudo, como dito anteriormente, as referidas provas devem passar pelo crivo da autoridade policial, no caso de investigação realizada no inquérito policial, ou pela autoridade judiciária, quando se tratar de processo judicial, sendo que nem todas serão deferidas, pois, diga-se de passagem, somente serão atendidos os pedidos de provas quando estas forem relevantes e apropriadas ao caso, tornando-se vedada provas protelatórias.¹⁹¹

Pois, “[...] a autoridade apenas pode deixar de atender os pedidos se a diligência não for realizável, for inócua ou prejudicial à apuração dos fatos. Em recusando o pedido de diligências, tal ato deve ser devidamente motivado.”¹⁹²

Assim, “afirma a doutrina que os pedidos formulados pelo suspeito, indiciado ou pela vítima, ficam, contudo, sujeitos à discricionariedade da autoridade policial, exceção feita ao exame de corpo de delito.”¹⁹³. Referido entendimento pode ser aplicado aos processos judiciais.

¹⁸⁸ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa no Inquérito Policial. In: **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, ano 2. n. 4, pp. 59-83. jul-dez. 2018. p. 77.

¹⁸⁹ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa no Inquérito Policial. In: **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, ano 2. n. 4, pp. 59-83. jul-dez. 2018. p. 78.

¹⁹⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 90.

¹⁹¹ ANDRADE, Ivan Lima. Investigação Criminal Defensiva: princípio de contraditório e os limites legais para a produção de prova. In: **Jus.com.br**. Publicado em: 03/2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/80694/investigacao-criminal-defensiva-principio-do-contraditorio-e-os-limites-legais-para-a-producao-de-prova>. Acesso em: 06 abr. 2021.

¹⁹² GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa no Inquérito Policial. In: **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, ano 2. n. 4, pp. 59-83. jul-dez. 2018. p. 78.

¹⁹³ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa no Inquérito Policial. In: **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, ano 2. n. 4, pp. 59-83. jul-dez. 2018. p. 78.

Ainda sobre o direito à prova, ressalta-se que um dos marcos sobre o tema, notadamente quanto a sua consagração no Brasil, tem-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual prevê que:

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; [...] f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos. (Artigo 8º).¹⁹⁴

Referida norma traz algumas garantias judiciais mínimas ao acusado, as quais atestam o direito à prova (ou à atividade probatória), especialmente por garantirem, pelo menos em tese, “[...] defesa técnica, o tempo e os meios necessários para preparação da defesa. Consequentemente, alberga-se também a investigação direta pela defesa.”.¹⁹⁵

Logo, requerer a produção de prova é um direito subjetivo das partes, haja vista que o direito à defesa possui garantia constitucional, da convenção internacional e, também, dos diplomas infraconstitucionais pátrios¹⁹⁶. Assim, não se pode negar tal prerrogativa quanto esta for imbuída de pertinência e, ao mesmo tempo, for viável.

Dando continuidade, o direito à investigação muito se relaciona ao direito à prova, uma vez que este pode acontecer, como dito anteriormente, durante uma investigação extrajudicial (como, por exemplo, no inquérito policial), ou durante a ação judicial, por meio da investigação forense.

¹⁹⁴ BRASIL. **Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 07 abr. 2021.

¹⁹⁵ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico>. Acesso em: 03 fev. 2021.

¹⁹⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico>. Acesso em: 03 fev. 2021.

Assim, como forma de obter provas, seja para pedir, produzir ou valora-la, tem-se o direito à investigação, o qual possui fundamento, também, no supracitado artigo 14 do Código de Processo Penal.¹⁹⁷

Ademais, o direito à investigação criminal manifesta-se como um preceito indispensável ao sistema criminal, ao julgar pela sua busca a verdade real dos fatos e sobre as maneiras legais para prova-la em juízo.¹⁹⁸

A partir disso, acentua-se que o direito à investigação e o direito à prova não são equivalentes/iguais à Investigação Criminal Defensiva, uma vez que aqueles são oriundas de uma investigação pública, vinda do Estado, tendo uma atuação ampla do caso a ser investigado, enquanto a última busca individualizar a investigação do acusado, por exemplo, bem como é dirigida pelo defensor e não pela autoridade policial ou judicial¹⁹⁹, assegurando, assim, uma proteção aos direitos humanos.²⁰⁰

Quanto à Investigação Criminal Defensiva no direito à prova e à investigação, pondera-se que não é apenas o acusado que poderá exercer a atividade probatória, mas, também, a vítima, tanto como querelante, quanto como assistente de acusação.²⁰¹

Deste modo, tem-se que o direito à prova e à investigação são oriundos de um processo de partes, ao julgar que representam um mecanismo para assegurar

¹⁹⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 91.

¹⁹⁸ GARCEZ, William. Investigação criminal constitucional: conceito, classificação e sua tríplice função. In: **Jus.com.br**. Publicado em: 07/2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58958/investigacao-criminal-constitucional-cogarnceito-classificacao-e-sua-triplice-funcao#:~:text=No%20direito%20criminal%2C%20entretanto%2C%20muito,a%20satisfa%C3%A7%C3%A3o%20do%20interesse%20p%C3%BAblico>. Acesso em: 06 abr. 2021.

¹⁹⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. pp. 92-93.

²⁰⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico>. Acesso em: 03 fev. 2021.

²⁰¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico>. Acesso em: 03 fev. 2021.

garantias judiciais mínimas ao acusado e/ou à vítima, dando-lhes prerrogativas constitucionais, como a igualdade e a defesa.²⁰²

3.5 OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Preliminarmente, esclarece-se que os princípios do contraditório e da ampla defesa, como integrantes do direito de defesa, já possuíam previsão – mesmo que não de forma expressa – na Constituição pátria de 1946 (artigo 141, parágrafo 25)²⁰³. Porém, foi a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, notadamente em seu artigo 5º, inciso LV²⁰⁴, que se assegurou, pelo menos em tese, de forma saliente referidos princípios aos acusados em geral, tanto em processo administrativo, quanto em judicial.²⁰⁵

Contudo, alguns doutrinadores têm o entendimento de que é realmente possível e, até mesmo, aplicado os princípios do contraditório e da ampla defesa durante a fase administrativa – como, por exemplo, no inquérito policial, em razão do supracitado artigo 14 de Código de Processo Penal e pela sua previsão expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.²⁰⁶

Há, também, doutrinadores contra esse entendimento²⁰⁷. Estes últimos possuem o entendimento de que não há uma relação jurídica-processual e que,

²⁰² MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. pp. 92-93.

²⁰³ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa no Inquérito Policial. In: **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, ano 2. n. 4, pp. 59-83. jul-dez. 2018. pp. 64-65.

²⁰⁴ “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, nos termos seguintes: [...]. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

²⁰⁵ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa no Inquérito Policial. In: **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, ano 2. n. 4, pp. 59-83. jul-dez. 2018. pp. 64-65.

²⁰⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. pp. 85-86.

²⁰⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em:

conquanto previsto constitucionalmente, essa interpretação não deve ocorrer²⁰⁸, posto que o termo “acusados em geral” dá anseio apenas a quem for acusado, isto é, esteja em um processo judicial, pontando, exclui-se o inquérito policial, bem como por este tipo de procedimento não ser caracterizado como “processo administrativo”.²⁰⁹

Todavia, a primeira corrente interpreta que o supracitado termo alcança todos os tipos de acusado, “em juízo ou fora dele, abrangendo, então, o indiciado, o acusado e o condenado, em seus diferentes graus de incriminação, reconhecidos pelos doutrinadores.”²¹⁰. Sendo, então, que “acusados em geral” segue o pensamento amplo e não restrito, reconhecendo todas as formas de acusar (formais e informais).²¹¹

Para fins do presente trabalho, entender-se-á que, apesar de os princípios da ampla defesa e do contraditório estarem previstos constitucionalmente, o inquérito policial não é abraçado, na prática, pelos supracitados princípios, notadamente pelo Código de Processo Penal assegurar o sigilo do procedimento, conforme seu artigo 20; pelo Delegado de Polícia não estar obrigado a empreender as diligências investigativas propostas pela defesa técnica do acusado; e, também, pelo fato de que a defesa técnica não tem direito de eventualmente fazer perguntas as testemunhas inquiridas na fase policial.²¹²

Nesse sentido, consoante apresentado no primeiro capítulo deste trabalho, o sistema processual brasileiro é, atualmente, por força do art. 3º-A do Código de Processo Penal, o acusatório puro, porém, ele deve, mesmo assim, com base no seu caráter separatista na acusação e no julgamento, bem como pela predominância da liberdade de defesa, fluir, em tese, isonomia entre as partes no processo – antes ou depois da ação judicial, se assim o tiver.

https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. pp. 85-86.

²⁰⁸ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa no Inquérito Policial. In: **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, ano 2. n. 4, pp. 59-83. jul-dez. 2018. p. 67.

²⁰⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 86.

²¹⁰ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa no Inquérito Policial. In: **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, ano 2. n. 4, pp. 59-83. jul-dez. 2018. p. 66.

²¹¹ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa no Inquérito Policial. In: **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, ano 2. n. 4, pp. 59-83. jul-dez. 2018. p. 67.

²¹² BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

Mas, muito embora haja essa divergência, destaca-se que ambas as correntes possuem o entendimento de que é permitido o direito de defesa (*vide* tópico anterior) tanto na fase judicial – com a devida acusação – quanto no inquérito policial, onde ainda não há uma relação processual.²¹³

Com base nisso, apresenta-se o que disse Marta Cristina Cury Saad Gimenes: “[...] no processo penal, não há litigantes, mas sim acusador e acusado, no inquérito policial, procedimento administrativo com fins judiciais, não há possibilidade de se estabelecer contraditório, mas sim exercício do direito de defesa.”²¹⁴

Assim, como o acusado é um sujeito de direitos e não se confunde com o “produto/objeto” da investigação, é permitido a ele o direito de defesa, tendo, a partir disso, direito à ampla defesa e, mesmo que mitigado, ao contraditório, tal como à prova e à investigação.²¹⁵

Esclarecido, mesmo que pontualmente, tais entendimentos, passa-se, neste momento, ao que se compreende por “contraditório”.

Primeiramente, contraditório, etimologicamente falando, significa que “[...] a parte contrária também deve ser ouvida [...]”²¹⁶, contudo, atualmente, referido princípio possui um significado muito mais abrangente, pois precisa ser observado em outros aspectos processuais, como, por exemplo, na citação, notificação e intimação das partes²¹⁷, bem como sobre a prerrogativa de ouvir o outro acerca das provas e dos fatos juntadas aos autos.²¹⁸

²¹³ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 86.

²¹⁴ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa no Inquérito Policial. In: **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, ano 2. n. 4, pp. 59-83. jul-dez. 2018. p. 68.

²¹⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. pp. 86-87.

²¹⁶ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Processo Penal**: curso completo. Barueri: Manole, 2010. p. 65. Ebook.

²¹⁷ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Processo Penal**: curso completo. Barueri: Manole, 2010. p. 66. Ebook.

²¹⁸ OCAMPOS, Lorena. FREITAS JÚNIOR, João Carlos de. **Direito Processual Penal**. 1. ed. Brasília: CP Iuris, 2020. p. 55.

Ademais, o princípio do contraditório “[...] implica ainda na possibilidade de efetiva participação de tais atos, podendo neles influir, como ocorre na produção das provas. As partes no processo devem atuar em igualdade de condições.”²¹⁹

Isto é, para que se haja um equilíbrio dentro da relação processual, é prudente que, nos termos do princípio em tela, tanto os fatos apresentados, quanto às provas desenvolvidas por uma das partes, garanta a outra (ou as outras) a “honraria” de se pronunciar sobre eles (fatos e provas, por exemplo).²²⁰

Tal premissa é tão importante pois, como se sabe, o juiz somente poderá julgar com base nas provas produzidas pelas partes e por ele mesmo (de ofício), assim, uma vez que se tem o direito de se manifestar sobre elas, ou melhor dizendo, de ser ouvido, poderá o acusado se defender – formando, deste modo, uma relação processual jurídica.²²¹

Destaca-se que, conforme esclarece Eugênio Pacelli, a não observância do contraditório durante o processo penal, e que gerar algum tipo de perda, prejuízo à parte, pode, até, causar nulidade absoluta do mesmo; sendo, a partir disso, um dos princípios mais “caros” atualmente.²²²

Nesse sentido, o dito princípio “[...] é o direito de participação, estando apto a reagir, ou seja, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos do processo.”²²³, isto é, têm-se, em suma, um direito de participação, de reação e de informação no processo.²²⁴

Por fim, destaca-se que o contraditório é, então, conjuntamente ao princípio da ampla defesa, que se apresentará a seguir, um dos alicerces processuais penais, ao julgar pelo seu caráter garantista.²²⁵

Dando continuidade, o princípio da ampla defesa garante aos sujeitos do processo à disposição de quaisquer meios de prova lícitas, isto é, todas as

²¹⁹ OCAMPOS, Lorena. FREITAS JÚNIOR, João Carlos de. **Direito Processual Penal**. 1. ed. Brasília: CP Iuris, 2020. p. 55.

²²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 156. Ebook.

²²¹ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Processo Penal: curso completo**. Barueri: Manole, 2010. pp. 65-66. Ebook.

²²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 75. Ebook.

²²³ OCAMPOS, Lorena. FREITAS JÚNIOR, João Carlos de. **Direito Processual Penal**. 1. ed. Brasília: CP Iuris, 2020. p. 55.

²²⁴ OCAMPOS, Lorena. FREITAS JÚNIOR, João Carlos de. **Direito Processual Penal**. 1. ed. Brasília: CP Iuris, 2020. p. 55.

²²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 76. Ebook.

oportunidades de defesa durante o processo, para defender e garantir os seus direitos.²²⁶

Para Guilherme de Souza Nucci, o referido princípio possui fundamento em razão da hipossuficiência do réu, ao julgar pela força do Estado, que age “[...] por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, [...]”²²⁷. Assim, “[...] merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a *ampla* possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal.”²²⁸

Ressalta-se que ambos os princípios estão associados ao devido processo legal²²⁹, todavia, “[...] o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a *realização efetiva* dessa participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado.”²³⁰

A partir disso, tem-se que o princípio da ampla defesa busca, além de uma defesa satisfatória, uma plenitude, isto é, uma alcançabilidade completa de todas as maneiras de se produzir prova lícitas perante o diploma pátrio²³¹, em conformidade com a sua hipossuficiência probatória.

Assim, quanto ao objeto do presente trabalho, ressalta-se que os princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como o direito à prova e à investigação do crime possuem papel fundamental à Investigação Criminal Defensiva, uma vez que o direito de defesa deve ser exercido desde o início do inquérito policial, sendo, assim, eficiente e oportuno, para que se possa dar uma defesa completa, constante e *sui generis*.²³²

Deste modo, tais prerrogativas supramencionadas, com base em seus caracteres constitucionais, simbolizam um mecanismo fundamental para sustentar a

²²⁶ OCAMPOS, Lorena. FREITAS JÚNIOR, João Carlos de. **Direito Processual Penal**. 1. ed. Brasília: CP Iuris, 2020. p. 51.

²²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 154. Ebook.

²²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 154. Ebook. Itálico no original.

²²⁹ OCAMPOS, Lorena. FREITAS JÚNIOR, João Carlos de. **Direito Processual Penal**. 1. ed. Brasília: CP Iuris, 2020. p. 55.

²³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 78. Ebook. Itálico no original.

²³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 80. Ebook.

²³² GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa no Inquérito Policial. In: **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, ano 2. n. 4, pp. 59-83. jul-dez. 2018. p. 70.

investigação criminal defensiva no atual sistema jurídico brasileiro²³³, conforme ver-se-á no próximo capítulo.

²³³ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico>. Acesso em: 03 fev. 2021.

4 DA POSSIBILIDADE DE SE EMPREENDER A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO BRASIL

Neste capítulo, dedicar-se-á, primeiramente, ao Provimento n. 188, de 31 de dezembro de 2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e ao Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, como formas de inserção da Investigação Criminal Defensiva já previstas no plano nacional.

Já no plano internacional, trar-se-á um breve panorama da Investigação Criminal Defensiva no Estados Unidos da América e na Itália, haja vista já terem implantado o instituo há algum tempo nos seus ordenamentos.

Dito isso, far-se-á necessário analisar se há fundamentos constitucionais para sua implementação no Brasil, tal qual se a paridade de armas estaria garantida. A partir disso, apresentar-se-á os limites da Investigação Criminal Defensiva e de quem é ônus da prova no Processo Penal pátrio, com base no direito fundamental a uma defesa técnica efetiva.

4.1 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROVIMENTO N. 188, DE 31 DE DEZEMBRO DE 2018, DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Preliminarmente, como dito anteriormente, em 31 de dezembro de 2018, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aprovou o Provimento que regulamenta o “[...] o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.”.²³⁴

²³⁴ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Conselho Pleno, [2018]. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 01 fev. 2021.

A referida regulamentação administrativa da Investigação Defensiva foi auto titulada como “Provimento n. 188, de 31 de dezembro de 2018”, ou apenas “Provimento 188/2018 da CFOAB”²³⁵, o qual fora precursora do tema no Brasil.²³⁶

Dito isso, esclarece-se que o supracitado Provimento teve o cuidado em não inovar na ordem jurídica²³⁷, tal qual não “[...] veicula qualquer dispositivo que tenha o potencial de restringir ou privar o exercício de quaisquer dos direitos individuais consagrados em sede constitucional, mesmo aqueles não sujeitos à reserva de jurisdição.”²³⁸. Pelo contrário, pois teve como escopo regulamentar, de fato, a temática, haja vista ser oriunda de um direito do advogado em defender seu cliente, e não privar a atuação estatal.²³⁹

A partir disso, a Investigação Defensiva é considerada, aos olhos do Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, como um:

[...] complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.²⁴⁰

²³⁵ BULHÕES, Gabriel. ROSA, Alexandre Morais da. LOPES JÚNIOR, Aury. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em: 20 abr. 2021.

²³⁶ BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. In: **Boletim**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ed. 322, ano 27, pp. 7-9, set. 2019. Disponível em: <http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim322.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2021. p. 8.

²³⁷ BULHÕES, Gabriel. ROSA, Alexandre Morais da. LOPES JÚNIOR, Aury. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em: 20 abr. 2021.

²³⁸ BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. In: **Boletim**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ed. 322, ano 27, pp. 7-9, set. 2019. Disponível em: <http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim322.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2021. p. 8.

²³⁹ BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. In: **Boletim**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ed. 322, ano 27, pp. 7-9, set. 2019. Disponível em: <http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim322.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2021. p. 8.

²⁴⁰ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Conselho Pleno, [2018]. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 01 fev. 2021.

Acerca da expressão “em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição” apresentado na citação anterior, destaca-se que o dito Provimento descreveu expressamente onde pode ser desenvolvida a Investigação Defensiva, qual seja, na “[...] 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.” (sic).²⁴¹

Para Augusto Eduardo de Souza Rossini e Spencer Toth Sydow, com a aprovação do Provimento n. 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados Brasil, criou-se um utensílio/dispositivo legal que apoia a procura da verdade real e objetiva caçar argumentos tanto para o órgão responsável, como, por exemplo, o advogado, quanto para o *dominus litis* da persecução penal.²⁴²

Dando continuidade, a Investigação Defensiva para o referido provimento têm, dentre outras, a finalidade de produzir provas para o emprego em:

Art. 3º. [...]

I – pedido de instauração ou trancamento de inquérito;

II – rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa;

III – resposta a acusação;

IV – pedido de medidas cautelares;

V – defesa em ação penal pública ou privada;

VI – razões de recurso;

VII – revisão criminal;

VIII – habeas corpus;

IX – proposta de acordo de colaboração premiada;

X – proposta de acordo de leniência;

XI – outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

Parágrafo único. A atividade de investigação defensiva do advogado inclui a realização de diligências investigatórias visando à obtenção de elementos destinados à produção de prova para o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária.²⁴³

²⁴¹ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Conselho Pleno, [2018]. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 01 fev. 2021.

²⁴² ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. SYDOW, Spencer Toth. O Provimento n. 188/2018 e a Investigação Defensiva: uma nova frente de atuação da advocacia no Direito Penal Informático. In: **Meu Site Jurídico**. Publicado em: 06/2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/20/o-provimento-n-1882018-e-investigacao-defensiva-uma-nova-frente-de-atuacao-da-advocacia-no-direito-penal-informatico/>. Acesso em: 20 abr. 2021.

²⁴³ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Conselho Pleno, [2018]. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 01 fev. 2021.

O advogado também pode, nos termos do artigo 4º do Provimento n. 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados Brasil²⁴⁴, associar-se ou pedir auxílio a profissionais de áreas diversas, como, por exemplo, peritos e detetives particulares, a fim de que essa ajuda técnica colabore com os procedimentos extrajudiciais realizados – por ele – para defender os interesses do seus clientes, sejam eles (interesses) judiciais ou não.²⁴⁵

Quanto ao sigilo das informações, Gabriel Bulhões, Alexandre Moraes da Rosa e Aury Lopes Júnior afirmam que o Provimento em tela, notadamente o seu artigo 6º, explicitamente sugere que o advogado não tem o dever de prestar informações à autoridade competente²⁴⁶. Muito pelo contrário, pois ocasional comunicação e/ou publicidade deverá ter expressa autorização do constituinte.²⁴⁷

Referido entendimento possui anseio, também, no artigo 5º do Provimento n. 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados Brasil, uma vez que prevê, como norma principiológica, o dever do advogado em “[...] preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas.”²⁴⁸. Tal qual na Constituição da

²⁴⁴ “Art. 4º Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição. Parágrafo único. Na realização da investigação defensiva, o advogado poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo.”. BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Conselho Pleno, [2018]. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 01 fev. 2021.

²⁴⁵ ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. SYDOW, Spencer Toth. O Provimento n. 188/2018 e a Investigação Defensiva: uma nova frente de atuação da advocacia no Direito Penal Informático. In: **Meu Site Jurídico**. Publicado em: 06/2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/20/o-provimento-n-1882018-e-investigacao-defensiva-uma-nova-frente-de-atuacao-da-advocacia-no-direito-penal-informatico/>. Acesso em: 20 abr. 2021.

²⁴⁶ BULHÕES, Gabriel. ROSA, Alexandre Moraes da. LOPES JÚNIOR, Aury. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em: 20 abr. 2021.

²⁴⁷ BULHÕES, Gabriel. ROSA, Alexandre Moraes da. LOPES JÚNIOR, Aury. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em: 20 abr. 2021.

²⁴⁸ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF:

República Federativa do Brasil de 1988, ao julgar que o advogado, independente de exercer múnus público, é uma instituição privada – artigo 5º, incisos II e XII, da referida norma constitucional²⁴⁹ – não se socorrendo aos ditames de um órgão público ou a uma instituição que exerça função pública em um sentido estrito.²⁵⁰

Ainda, destaca-se que “as atividades descritas neste Provimento são privativas da advocacia, compreendendo-se como ato legítimo de exercício profissional, não podendo receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades.”.²⁵¹

Dito isso, pondera-se que a Investigação Defensiva prevista no referido Provimento não tem o condão de querer “defender” apenas o acusado ou a vítima, mas, também, de ser meio efetivo para auxiliar os advogados na sua vida profissional.

Nesse mesmo sentido, o Provimento n. 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pleiteia uma operacionalidade ética na procura de uma “eficiência punitivista”, oriunda dos anseios do Garantismo Penal, no sistema da justiça criminal brasileira.²⁵²

Quanto à legalidade do Provimento, o Ministério Público (e outros doutrinadores) entende ser inconstitucional e ilegal a proposta apresentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, uma vez que a autarquia não possui aptidão para regulamentar sobre essa matéria.²⁵³

Conselho Pleno, [2018]. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 01 fev. 2021.

²⁴⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

²⁵⁰ BULHÕES, Gabriel. ROSA, Alexandre Morais da. LOPES JÚNIOR, Aury. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em: 20 abr. 2021.

²⁵¹ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Conselho Pleno, [2018]. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 01 fev. 2021.

²⁵² BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. In: **Boletim**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ed. 322, ano 27, pp. 7-9, set. 2019. Disponível em: <http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim322.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2021. p. 8.

²⁵³ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico>. Acesso em: 03 fev. 2021.

Todavia, para alguns estudiosos do tema, como Gabriel Bulhões, Alexandre Morais da Rosa, Aury Lopes Júnior e Franklyn Roges Alves Silva²⁵⁴, ponderam que existe amparo legal para se normatizar o assunto, posto que não há norma no ordenamento jurídico brasileiro que impeça ou proíba a advocacia em exercer função investigativa – muito pelo contrário, é com base na norma constitucional (artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), especialmente pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, e pelo artigo 54, inciso V, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil²⁵⁵, que o referido instituto ganha força.²⁵⁶

Por fim, essa instrução normativa trouxe conceitos, limites e características para o exercício da Investigação Criminal Defensiva no Brasil, sendo, assim, de grande importância ao tema.²⁵⁷

4.2 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROJETO DE LEI DO SENADO N. 156, DE 2009

Adiante, como um projeto de norma um pouco mais antigo que o Provimento n. 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tem-se o Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, que, além de prever – de forma sucinta, em sua redação inicial – a Investigação Criminal Defensiva, tem como objetivo reformar integralmente o atual Código do Processo Penal.²⁵⁸

²⁵⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico>. Acesso em: 03 fev. 2021.

²⁵⁵ “Art. 54. Compete ao Conselho Federal: [...] V - editar e alterar o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina, e os Provimentos que julgar necessários.”. BRASIL. **Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República, [1994]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

²⁵⁶ BULHÕES, Gabriel. ROSA, Alexandre Morais da. LOPES JÚNIOR, Aury. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em: 20 abr. 2021.

²⁵⁷ BULHÕES, Gabriel. ROSA, Alexandre Morais da. LOPES JÚNIOR, Aury. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em: 20 abr. 2021.

²⁵⁸ FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação**: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em:

Acerca deste tópico, é de se ressaltar, preliminarmente, que o referido projeto foi escrito, editado e redigido anteriormente a Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, o qual aperfeiçoou a legislação penal e processual penal²⁵⁹, incluindo, assim, aspectos e termos que atualmente já são utilizados no Código de Processo Penal.

Dito isso, destaca-se, também, que o projeto em questão exibiu uma sistemática diferente ao processo penal, ao passo que ele busca garantir o direito do indiciado em se manifestar, com o fito de impedir que a instrução seja viciada por provas produzidas em condição de clara disparidade.²⁶⁰

Pois bem, à frente! No Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, o termo “Investigação Criminal Defensiva” não está expressamente escrito, contudo, é possível constata-lo pelos elementos do artigo 13 (dado pela redação final aprovada pelo Senado Federal), veja-se:

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

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

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

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

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

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

§ 6º As pessoas mencionadas no *caput* deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.²⁶¹

https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06062013-135223/publico/Dissertacao_Mestrado_Amanda_Palmieri_Fracaio.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 169.

²⁵⁹ BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 22 abr. 2021.

²⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 729-730.

²⁶¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009**. Institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Reda%C3%A7%C3%A3o-final-PLS-156-09PDF1.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021. Itálico no original.

De acordo com Amanda Palmieri Fração, a hipótese apresentada pelo legislador é, aparentemente, parecida com as regras estabelecidas no ordenamento jurídico italiano, uma vez que ela busca garantir um maior equilíbrio e igualdade entre as partes (defesa e acusação).²⁶²

Por outro lado, para Barbara Rodrigues Colares e Artur Alves Pinho Vieira, além do exposto pela autora supracitada, o legislador ainda se preocupou com a forma de como as intimações seriam realizadas, isto é, em como a vítima e as testemunhas seriam ouvidas, e em que dias e horários isso aconteceria – no caso, apenas os úteis e em horário comercial.²⁶³

Ainda, consoante Roberta Christina Vieira, acerca das provas colhidas durante esta Investigação Criminal Defensiva, o legislador definiu que “[...] o material coletado pela defesa será juntado aos autos sob o crivo da autoridade policial, contrariando a lógica de que as provas deveriam ser acostadas independentemente do aval de quaisquer autoridades.”.²⁶⁴

Muito embora haja essas ponderações, Franklyn Roger Alves Silva considera de grande importância o Projeto de Lei supracitado, porém, ele sozinho não é suficiente para regulamentar o tema.²⁶⁵

Por fim, esclarece-se que a versão final do referido Projeto de Lei aprovada pelo Senado Federal fora encaminhada para a Câmara dos Deputados, e a partir daí começou a tramitar como Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, sendo que está lá até a presente data.²⁶⁶

²⁶² FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação**: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06062013-135223/publico/Dissertacao_Mestrado_Amanda_Palmieri_Fracaio.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021. pp. 176-177.

²⁶³ COLARES, Barbara Rodrigues. VIEIRA, Artur Alves Pinho. A investigação criminal defensiva e seus reflexos no processo penal. In: **Revista das Faculdades Integrantes Vianna Júnior**, Juiz de Fora, v. 11, n. 2, pp. 389-417, jul-dez. 2020. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/695/376>. Acesso em 8 fev. 2021. p. 407.

²⁶⁴ VIEIRA, Roberta Christina. **Acesso à justiça penal acusatória**: a investigação defensiva como proposta de democratização do Inquérito Policial no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós Graduação Profissional em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/214747/PDPC-P0047-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 65.

²⁶⁵ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico>. Acesso em: 03 fev. 2021.

²⁶⁶ FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação**: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito Processual

4.3 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA EM OUTROS PAÍSES

Preliminarmente, como dito anteriormente, a Investigação Criminal Defensiva não está concretamente aplicada no Brasil, muito embora esteja em vigor o Provimento n. 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

A partir disso, é de grande importância analisar o direito oriundo de outros ordenamentos jurídicos internacionais, a fim de que seja assegurado, tanto para o presente trabalho, quanto para a legislação, uma maior abrangência sobre o tema no seu molde técnico e prático.²⁶⁷

Exposto isso, é importante ponderar que a Investigação Criminal Defensiva é utilizada por vezes em países com o sistema jurídico *Common Law* ou *Civil Law*²⁶⁸, sendo os exemplos dos ordenamentos jurídicos pátrios explicados no decorrer deste tópico os previstos nos Estados Unidos da América e na Itália.

Ademais, esclarece-se, ainda, que este trabalho não busca esgotar o assunto abrangido neste tópico, nem tampouco deslindar todos ordenamentos jurídicos, ao contrário, visa pontuar os principais aspectos do tema nos países supracitados.

Pois bem, explica-se!

Muito embora o sistema jurídico estadunidense seja diferentemente da do Brasil – *Common Law*, o qual está fundado, principalmente, nos usos, costumes, princípios e jurisprudências/precedentes, os Estados Unidos da América é um grande exemplo de aplicabilidade da Investigação Criminal Defensiva.²⁶⁹

Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06062013-135223/publico/Dissertacao_Mestrado_Amanda_Palmieri_Fracao.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021. pp. 173-174.

²⁶⁷ VIEIRA, Roberta Christina. **Acesso à justiça penal acusatória**: a investigação defensiva como proposta de democratização do Inquérito Policial no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós Graduação Profissional em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/214747/PDPC-P0047-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 23.

²⁶⁸ VIEIRA, Roberta Christina. **Acesso à justiça penal acusatória**: a investigação defensiva como proposta de democratização do Inquérito Policial no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós Graduação Profissional em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/214747/PDPC-P0047-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 23.

²⁶⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 89.

No referido país, a persecução penal está dividida em três fases, sendo elas: fase investigatória, fase adjudicatória e fase judicial²⁷⁰. Logo, a Investigação Criminal Defensiva é fortemente utilizada na fase investigatória, notadamente quando há uma quebra do sigilo da investigação realizada pela polícia ou pelo Ministério Público, que por ventura acontece, por exemplo, com a prisão ou outra medida cautelar do suspeito.²⁷¹

A partir daí, a defesa visa angariar esforços para conseguir encontrar e juntar elementos de prova que podem ser utilizados para a absolvição e/ou defesa do investigado. Nessa empreitada, a defesa têm a responsabilidade de manusear as provas – periciais e/ou testemunhais, por exemplo, tal qual de apresenta-las ao juízo para o seu convencimento.²⁷²

Ademais, destaca-se que os princípios da ampla defesa e do contraditório são fortemente utilizados durante o Inquérito Policial, sendo garantido ao investigado a assistência jurídica já neste momento²⁷³. Contudo, não há um rito formal pré-estipulado para a investigação, sendo que cada caso possui suas peculiaridades.²⁷⁴

Por fim, outro ponto norteador para a aplicação do dito instituo nos Estados Unidos da América é o grande custo financeiro para realizar as provas em juízo, tornando, assim, mais vantajoso as partes realizarem extrajudicialmente e introduzi-

²⁷⁰ FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação**: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06062013-135223/publico/Dissertacao_Mestrado_Amanda_Palmieri_Fracao.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 102.

²⁷¹ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 89.

²⁷² FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação**: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06062013-135223/publico/Dissertacao_Mestrado_Amanda_Palmieri_Fracao.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 102.

²⁷³ VIEIRA, Roberta Christina. **Acesso à justiça penal acusatória**: a investigação defensiva como proposta de democratização do Inquérito Policial no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós Graduação Profissional em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/214747/PDPC-P0047-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 28.

²⁷⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 99.

las posteriormente aos autos – por meio da Investigação Criminal Defensiva²⁷⁵, onde, na fase adjudicatória, serão avaliadas pelo juízo, a fim de que, na fase judicial, o juízo possa decidir sobre o caso.²⁷⁶

De outro norte, tem-se, também, o ordenamento jurídico italiano, pertencente à origem romano-germânico, cuja estrutura jurídica se assemelha a do Brasil, em virtude das fontes do direito aplicadas – leis.²⁷⁷

Neste país, a Investigação Criminal Defensiva foi prevista, primeiramente, a partir do Código de Processo Penal de 1988, onde fora acolhido o sistema processual penal acusatório e estipulado o juiz de garantias para garantir a imparcialidade do julgador durante o processo judicial.²⁷⁸

Além disso, criou-se uma nova forma de instrução preliminar, conhecida como “*indagini preliminari*”, a qual prevê que o Ministério Público conduzirá as investigações criminais com auxílio da polícia.²⁷⁹

A partir disso, como uma forma de buscar garantir a paridade de armas e igualar os poderes de acusação e defesa, o legislador fomentou a investigação realizada pela defesa, notadamente, a Investigação Criminal Defensiva, chamada de “*indagini difensive*”; que, ainda, tem fundamento na constituição do referido país.²⁸⁰

²⁷⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 100.

²⁷⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 100.

²⁷⁷ FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06062013-135223/publico/Dissertacao_Mestrado_Amanda_Palmieri_Fracao.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 106.

²⁷⁸ FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06062013-135223/publico/Dissertacao_Mestrado_Amanda_Palmieri_Fracao.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 106.

²⁷⁹ COLARES, Barbara Rodrigues. VIEIRA, Artur Alves Pinho. A investigação criminal defensiva e seus reflexos no processo penal. In: **Revista das Faculdades Integrantes Vianna Júnior**, Juiz de Fora, v. 11, n. 2, pp. 389-417, jul-dez. 2020. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/695/376>. Acesso em 8 fev. 2021. p. 409.

²⁸⁰ COLARES, Barbara Rodrigues. VIEIRA, Artur Alves Pinho. A investigação criminal defensiva e seus reflexos no processo penal. In: **Revista das Faculdades Integrantes Vianna Júnior**, Juiz de Fora, v. 11, n. 2, pp. 389-417, jul-dez. 2020. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/695/376>. Acesso em 8 fev. 2021. p. 409.

Por oportuno, destaca-se que na redação originária do Código de Processo Penal italiano de 1988, os atos de prova praticados pela defesa deveriam ser endereçados ao Ministério Público e não ao juiz, com o fim de que aquele os analisasse e realizasse o que entendesse por direito, gerando insegurança e, também, aumentando a disparidade de poderes entre a defesa e a acusação.²⁸¹

Contudo, com o advento da Lei n. 332, de 1995, modificou-se o ordenamento, notadamente o artigo 38 do Código de Processo Penal italiano, passando, a partir disso, que os elementos obtidos da investigação realizada pela defesa seriam encaminhados ao juiz, e não mais ao Promotor de Justiça.²⁸²

Ademais, em 07 de dezembro de 2000 publicou-se a Lei n. 397 que também alterou alguns artigos do supracitado Código de Processo Penal, onde, além de trazer de forma mais detalhada a investigação defensiva, “[...] objetivou reequilibrar a posição das partes na persecução prévia, atribuindo ao defensor poderes investigatórios já previstos para o Ministério Público e a Polícia Judiciária.”²⁸³

Ante o pequeno deslinde prático da Investigação Criminal Defensiva noutros países, já percebe-se o quão importante e significativo ele é, uma vez que o advogado possui o dever de investigar, recebendo para isso, inclusive, poderes investigatórios paralelos ao de um Promotor de Justiça ou de uma autoridade policial.

Deste modo, nas palavras de Barbara Rodrigues Colares e Artur Alves Pinho Vieira, “[...] o que se pretende em nosso país não é a utilização do instituto de forma sinônima a dos países citados, mas sim, que se possa extrair dados e técnicas de grande importância já utilizados no mundo para implementação no sistema brasileiro.”²⁸⁴

²⁸¹ FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação**: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06062013-135223/publico/Dissertacao_Mestrado_Amanda_Palmieri_Fraca.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021. pp. 108-109.

²⁸²FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação**: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06062013-135223/publico/Dissertacao_Mestrado_Amanda_Palmieri_Fraca.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021. pp. 108-109.

²⁸³ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 114.

²⁸⁴ COLARES, Barbara Rodrigues. VIEIRA, Artur Alves Pinho. A investigação criminal defensiva e seus reflexos no processo penal. In: **Revista das Faculdades Integrantes Vianna Júnior**, Juiz de Fora, v.

A partir disso, verificar-se-á no próximo tópico a legalidade da investigação realizada pela defesa no Brasil e se há fundamentos constitucionais.

4.4 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E A LEGALIDADE DA INVESTIGAÇÃO REALIZADA PELA DEFESA

Para se introduzir a Investigação Criminal Defensiva no Brasil é necessário, primeiramente, analisar se há fundamentos constitucionais para tanto e, conseqüentemente, se ela seria ou não legal.

Assim, o presente tópico visa justamente trazer os principais princípios e garantias previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que poderiam, pelo menos em tese, sustentar a referida legalidade.

Pois bem! Os primeiros dois princípios que devem ser destacados, são a ampla defesa e o contraditório, acautelados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ditos princípios já foram alvo do presente trabalho (Capítulo 2, tópico 3.5), todavia, é válido ressaltar que o princípio da ampla defesa busca, além de uma defesa satisfatória, uma plenitude, isto é, uma alcançabilidade completa de todas as maneiras de se produzir provas lícitas perante o diploma pátrio²⁸⁵, em conformidade com a sua hipossuficiência probatória. E já o princípio do contraditório “[...] implica ainda na possibilidade de efetiva participação de tais atos, podendo neles influir, como ocorre na produção das provas.”.²⁸⁶

Adiante, tem-se, também, a garantia da indispensabilidade do advogado perante à administração da justiça, o qual torna seus atos e manifestações – no exercício da profissão – invioláveis, nos termos do artigo 133 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para Barbara Rodrigues Colares e Artur Alves Pinho Vieira referida previsão constitucional é de extrema relevância para a análise constitucional da Investigação

11, n. 2, pp. 389-417, jul-dez. 2020. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/695/376>. Acesso em: 8 fev. 2021. p. 409.

²⁸⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 80. Ebook.

²⁸⁶ OCAMPOS, Lorena. FREITAS JÚNIOR, João Carlos de. **Direito Processual Penal**. 1. ed. Brasília: CP Iuris, 2020. p. 55.

Criminal Defensiva²⁸⁷. Nessa mesma linha de raciocínio, referidos autores mencionam, também, os princípios da legalidade e do devido processo legal, que estão assegurados no artigo 5º, incisos LIV e LV, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.²⁸⁸

Quanto aos princípios da legalidade, ampla defesa e do contraditório, Guilherme Espíndola Kuhn entende que:

Não obstante, a circunstância de inexistir, até o presente momento, regulamentação da investigação defensiva (senão um projeto de lei), não significa que este procedimento seja vedado, ao contrário: por força do princípio da legalidade, bem como dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa, deve-se admitir a investigação criminal defensiva, afinal, se não é proibida expressamente e, de outro lado, encontra amparo nos direitos de defesa, estampados constitucionalmente (art. 5º, LV, da CF), há de ser admitida.²⁸⁹

Em continuidade, na opinião de Aury Lopes Jr., Alexandre Moraes da Rosa e Gabriel Bulhões, referido instituto – Investigação Criminal Defensiva – possui vários argumentos constitucionais, incluindo, além dos já citados, o princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) e a segurança pública que, segundo eles, “[...] é direito e responsabilidade de todos (artigo 144, CF), inclusive do advogado no exercício das suas funções” – tal previsão está exposta no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.²⁹⁰

Acerca do princípio da igualdade, destaca-se, ainda, que este tem como intuito igualar as condições das partes, no sentido de que “deve-se trabalhar a representação do acusado por parte do advogado em paridade com a acusação.”²⁹¹

²⁸⁷ COLARES, Barbara Rodrigues. VIEIRA, Artur Alves Pinho. A investigação criminal defensiva e seus reflexos no processo penal. In: **Revista das Faculdades Integrantes Vianna Júnior**, Juiz de Fora, v. 11, n. 2, pp. 389-417, jul-dez. 2020. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/695/376>. Acesso em 8 fev. 2021. p. 396.

²⁸⁸ COLARES, Barbara Rodrigues. VIEIRA, Artur Alves Pinho. A investigação criminal defensiva e seus reflexos no processo penal. In: **Revista das Faculdades Integrantes Vianna Júnior**, Juiz de Fora, v. 11, n. 2, pp. 389-417, jul-dez. 2020. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/695/376>. Acesso em 8 fev. 2021. p. 396.

²⁸⁹ KUHNL, Guilherme Espíndola. Investigação criminal defensiva. In: **Jusbrasil**. Publicado em: 04/2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/570744125/investigacao-criminal-defensiva>. Acesso em: 26 abr. 2021.

²⁹⁰ BULHÕES, Gabriel. ROSA, Alexandre Moraes da. LOPES JÚNIOR, Aury. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em: 20 abr. 2021.

²⁹¹ COLARES, Barbara Rodrigues. VIEIRA, Artur Alves Pinho. A investigação criminal defensiva e seus reflexos no processo penal. In: **Revista das Faculdades Integrantes Vianna Júnior**, Juiz de Fora, v.

Quanto à legalidade, Franklyn Roger Alves Silva afirma que “em certo ponto, há receio de que a investigação criminal defensiva não tenha espaço no Brasil por conta da ausência de regras que disciplinem o seu modo de realização.”²⁹². Todavia, esclarece que “pensar dessa forma seria negligenciar o conteúdo do princípio do devido processo legal e efetuar uma errônea leitura da ampla defesa, do contraditório, do direito à atividade probatória e da própria isonomia.”²⁹³

Por fim, muito embora não seja objeto do presente tópico, é válido ressaltar que nos diplomas legais infraconstitucionais, como, por exemplo, o Código de Processo Penal e a Convenção Americana de Direitos Humanos, têm-se, também, normas que podem ser usadas como fundamentos para que o advogado realize a Investigação Criminal Defensiva (*vide* Capítulo 2, tópico 3.4).²⁹⁴

Desta maneira, sob a análise dos princípios da ampla defesa, do contraditório, do direito à atividade probatória, da isonomia e da segurança pública, há fundamentos constitucionais para a legalidade da Investigação Criminal Defensiva no Brasil.

4.5 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO MEIO DE GARANTIR A PARIDADE DE ARMAS

Como uma das interpretações constantes no princípio da igualdade previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tem-se a paridade de armas, a qual visa garantir o equilíbrio entre os sujeitos no processo.²⁹⁵

11, n. 2, pp. 389-417, jul-dez. 2020. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/695/376>. Acesso em 8 fev. 2021. p. 397.

²⁹² SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico>. Acesso em: 03 fev. 2021.

²⁹³ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico>. Acesso em: 03 fev. 2021.

²⁹⁴ COLARES, Barbara Rodrigues. VIEIRA, Artur Alves Pinho. A investigação criminal defensiva e seus reflexos no processo penal. In: **Revista das Faculdades Integrantes Vianna Júnior**, Juiz de Fora, v. 11, n. 2, pp. 389-417, jul-dez. 2020. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/695/376>. Acesso em 8 fev. 2021. p. 398.

²⁹⁵ FAVERI, Fábio Luiz de. Princípios constitucionais aplicáveis à investigação criminal defensiva. In: **Canal Ciências Criminais**. Publicado em: 01/2021. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/principios-constitucionais-aplicaveis-a-investigacao-criminal-defensiva/#:~:text=A%20investiga%C3%A7%C3%A3o%20criminal%20est%C3%A1%20pautada,contadit%C3%B3rio%20e%20a%20ampla%20defesa.&text=A%20igualdade%20%C3%A9%20um%20conceito%20vari%C3%A1vel>. Acesso em: 27 abr. 2021.

Destaca-se que referida “prerrogativa” tem como intuito garantir os mesmos deveres, direitos e ônus às partes, independente do momento processual e/ou do tipo de procedimento.²⁹⁶

Todavia, a paridade de armas só ocorre, atualmente, durante o processo judicial, isto é, no momento em que a investigação já colheu boa parte do material necessário para que o magistrado sentencie e o indiciado nem consiga expressar e/ou comprovar o oposto.²⁹⁷

Isso porque, além do processo penal brasileiro ter uma estrutura e cultura inquisitória, o Ministério Público pode investigar diretamente (consoante decisão do Supremo Tribunal Federal mencionada no primeiro capítulo do presente trabalho), bem como que a produção antecipada de provas no inquérito policial só pode ocorrer por determinação do juiz (artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal), gerando, assim, uma disparidade de armas.²⁹⁸

Nesse sentido, estudiosos do tema entendem que em razão do Supremo Tribunal Federal permitir que o Ministério Público investigue, o princípio da paridade de armas fora mitigado, tornando a acusação uma “superparte” no processo criminal.²⁹⁹

Contudo, para Barbara Rodrigues Colares e Artur Alves Pinho Vieira, o obstáculo é “[...] a ausência de normatização para o balanceamento da produção de provas durante o processo e a arrecadação de elementos de informação durante a investigação, que asseguraria a tão sonhada paridade de armas entre as partes.”.³⁰⁰

²⁹⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 94.

²⁹⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 94.

²⁹⁸ BULHÕES, Gabriel. ROSA, Alexandre Morais da. LOPES JÚNIOR, Aury. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em: 20 abr. 2021.

²⁹⁹ HOFFMANN, Henrique. FONTES, Eduardo. Advogado não pode fazer investigação criminal defensiva. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 01/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/academia-policia-advogado-nao-realizar-investigacao-criminal>. Acesso em: 23 abr. 2021.

³⁰⁰ COLARES, Barbara Rodrigues. VIEIRA, Artur Alves Pinho. A investigação criminal defensiva e seus reflexos no processo penal. In: **Revista das Faculdades Integrantes Vianna Júnior**, Juiz de Fora, v. 11, n. 2, pp. 389-417, jul-dez. 2020. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/695/376>. Acesso em: 8 fev. 2021. p. 398.

Em vista disso, a Investigação Criminal Defensiva é uma possibilidade efetiva, concreta – e que pode se tornar real – para garantir a paridade de armas entre o Ministério Público e a defesa³⁰¹, uma vez que este instituto visa favorecer ambos os lados, a fim de que haja igualdade.³⁰²

Nesse sentido, o Poder Judiciário já reconheceu, inclusive, que a defesa tem direito a Investigação Criminal Defensiva. Cita-se, como exemplo, a recente decisão proferida pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos da Ação Penal n. 5001789-10.2020.4.03.6181, cuja Ementa possui a seguinte redação:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA. PRETENSÃO DE NATUREZA PENAL. RELAÇÃO DE ACESSORIEDADE. JUSTIÇA FEDERAL. COMPETÊNCIA.

1. A investigação defensiva encontra amparo na Constituição Federal, devido não só a ausência de norma proibitiva, mas em razão de uma interpretação extensiva dos princípios da igualdade, ampla defesa e contraditório, de forma a assegurar ao acusado um legítimo e devido processo legal.
2. Os advogados não dispõem dos mesmos poderes de requisição que possuem a autoridade policial e o próprio órgão do Ministério Público, devendo o condutor da investigação defensiva acionar o poder judiciário caso encontre óbice devido a relutância do particular em colaborar com sua atividade ou pela impossibilidade jurídica de obter determinada informação.
3. O juízo competente deverá ser aquele responsável pela apreciação da ação penal em curso ou da futura ação penal, haja vista a simetria com a competência para as medidas requeridas pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público na investigação contraposta.
4. Ainda que deduzida em procedimento cível, a pretensão que comporta elementos a ser analisados em futura demanda penal ou naquela onde tramita/tramitou processo criminal deve ser processada perante a jurisdição penal.
5. Apelação provida.³⁰³

Na referida decisão, colhe-se uma vasta argumentação sobre a necessidade e a legalidade da Investigação Criminal Defensiva no Brasil, uma vez que o relator transcorreu sua fundamentação a partir dos primórdios da desigualdade da

³⁰¹ KUHLMAN, Guilherme Espíndola. Investigação criminal defensiva. In: **Jusbrasil**. Publicado em: 04/2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/570744125/investigacao-criminal-defensiva>. Acesso em: 26 abr. 2021.

³⁰² MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 94.

³⁰³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). **Apelação Criminal nº 5001789-10.2020.4.03.6181 - SP**. Penal. Processual Penal. Apelação. Investigação Defensiva. Pretensão de Natureza Penal. Relação de Acessoriedade. Justiça Federal. Competência. 5ª Turma. Relator: Desembargador Maurício Kato. Apelante: Luiz Inácio Lula da Silva. Apelado: Odebrecht S/A. Data de Julgamento: 27/04/2021. Número do Documento: 21042707253118100000157004441. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/5/8DE037E61FC37A_acordaotr5.pdf. Acesso em: 07 mai. 2021. Grifos no original.

Investigação Criminal Pública realizada pelo Ministério Público até as Garantias Judiciais previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e da igualdade.

Logo, esse balanceamento de armas através da Investigação Criminal Defensiva facultaria ao investigado, desde a fase preliminar, o direito de exercer defesa, o qual, mediante atividade investigatória, mesmo que previamente, buscaria fontes de provas que poderiam vir a evitar uma futura ação penal, bem como de praticar o que já lhe é seu por direito e garantido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.³⁰⁴

Desta maneira, ao garantir em um processo penal a paridade de armas entre as partes, notadamente por meio da Investigação Criminal Defensiva, sustentar-se-á um equilíbrio imprescindível nas mesmas e uma igualdade fundamental no processo penal, tornado o referido instituto o meio para se alcançar uma defesa técnica efetiva.³⁰⁵

4.6 LIMITES DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Como reforço ao tema, é válido destacar que o advogado tem, na sua natureza, caráter privado, portanto, ele visa patrocinar os interesses privados de seu cliente e não do Estado – respeitando, é claro, a legalidade dos atos³⁰⁶. Assim, ele não tem, também, o dever de tornar pública as informações colhidas durante a Investigação Criminal Defensiva.³⁰⁷

³⁰⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 95.

³⁰⁵ FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação**: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06062013-135223/publico/Dissertacao_Mestrado_Amanda_Palmieri_Fracao.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 133.

³⁰⁶ BULHÕES, Gabriel. ROSA, Alexandre Morais da. LOPES JÚNIOR, Aury. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em: 20 abr. 2021.

³⁰⁷ BULHÕES, Gabriel. ROSA, Alexandre Morais da. LOPES JÚNIOR, Aury. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em: 20 abr. 2021.

Desta maneira, o advogado age com discricionariedade, podendo escolher, conforme a situação particular de seus clientes, qual fato ele deve ou não apurar e/ou investigar.³⁰⁸

Entretanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê alguns limites jurídicos ao defensor, aos quais poderiam ser utilizados na execução da Investigação Criminal Defensiva, como, por exemplo, os expostos no artigo 5º, incisos XI, XII e LXI.

Ainda, pela sua falta de poder de polícia, uma vez que não detém todas as prerrogativas previstas aos que exercem a investigação pública, o defensor não poderia “coagir” terceiros – testemunhas, vítimas, por exemplo – a prestar esclarecimentos.³⁰⁹

Nesta linha de raciocínio, o advogado não poderia realizar, também, por conta própria, interceptação telefônica ou captação de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos (artigos 1º e 8º-A da Lei n. 9.296/96³¹⁰); ou uma busca e apreensão domiciliar, contudo, poderia requerer ao juízo referida diligência, consoante prevê o artigo 242 do Código de Processo Penal.³¹¹

Ademais, deve-se cuidar, também, com a privacidade dos dados de terceiros, a fim de que os mesmos não se tornem públicos e os prejudiquem.³¹²

Por fim, destaca-se que o defensor não pode obter provas de forma ilícita e juntar aos autos provas (conhecidas por ele) falsas, bem como não atrapalhar a colheita das provas realizadas pelos órgãos públicos e as suas respectivas

³⁰⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 136.

³⁰⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 137.

³¹⁰ BRASIL. **Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 28 abr. 2021.

³¹¹ “Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.”. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

³¹² MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 137.

investigações, ou, até, pelas investigações feitas por outros defensores que estejam exercendo a Investigação Criminal Defensiva.³¹³

Deste modo, existem alguns atos investigativos que estão à cargo apenas daqueles que possuem autorização judicial, não podendo a defesa agir de forma livre, mesmo que a Investigação Criminal Defensiva esteja concretizada no ordenamento jurídico brasileiro.

4.7 ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL PÁTRIO E O DIREITO FUNDAMENTAL A UMA DEFESA TÉCNICA EFETIVA

Primeiramente, acerca do ônus da prova no processo penal pátrio, têm-se, de acordo com o artigo 156 do Código de Processo Penal, que “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”.³¹⁴

À vista disso, sendo que os sujeitos da prova se limitam, especialmente, em acusação e defesa, cabem a eles, consoante Herácio Antônio Mossin, a incumbência de buscarem meios, legais, para provarem o seu alegado.³¹⁵

Porém, “é incumbência da acusação demonstrar a existência do *corpus delicti* e da autoria, [...] pois o réu será absolvido quando não houver prova da existência do fato [...] ou não existir prova de ter concorrido para a infração penal.”³¹⁶, nos termos do artigo 386, incisos II e V, respectivamente, do Código de Processo Penal.³¹⁷

Entretanto, como dito, a defesa também tem o encargo de provar suas alegações ao juízo, principalmente quando houver excludente de ilicitude do acusado (estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito), erro, imputabilidade, embriaguez proveniente de caso

³¹³ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 137.

³¹⁴ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

³¹⁵ MOSSIN, Herácio Antônio. **Compêndio de Processo Penal**: curso completo. Barueri: Manole, 2010. p. 312. Ebook.

³¹⁶ MOSSIN, Herácio Antônio. **Compêndio de Processo Penal**: curso completo. Barueri: Manole, 2010. p. 313. Ebook. Itálico no original.

³¹⁷ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

fortuito ou força maior, e antijuridicidade do crime³¹⁸ – artigos 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal³¹⁹, bem como artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.³²⁰

A par disso, o objeto da prova é, por conseguinte, os fatos, aos quais o acusador e o acusado querem exteriorizar suas alegações e, notadamente, convencer o Juízo.³²¹

Assim, como meio de garantir uma maior efetividade das alegações apresentadas pela defesa, tal qual de se encontrar em igualdade de condições com a acusação, a Investigação Criminal Defensiva visa justamente isso, ou seja, trazer fundamentos – oriundos das provas colhidas na dita investigação – para confirmar os fatos por ela alegados.³²²

Logo, como a prova é elemento essencial no processo para alcançar a verdade dos fatos, bem como que o Ministério Público já fora considerado uma “superparte” por poder investigar de forma autônoma³²³, é clara a visão de que a defesa deveria ter uma atuação ativa, a fim de que consiga cumprir o seu ônus da prova.³²⁴

Ademais, é válido ressaltar que “ônus” e “dever” não possuem os mesmos significados para o processo penal, uma vez que o primeiro é “encargo”, mas com prerrogativa de faculdade, enquanto o segundo é “obrigação”, submetido, geralmente, a sanção. Desta maneira, aquele que deixar de produzir prova estará, meramente,

³¹⁸ MOSSIN, Herácio Antônio. **Compêndio de Processo Penal**: curso completo. Barueri: Manole, 2010. p. 313. Ebook.

³¹⁹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

³²⁰ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

³²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 603. Ebook.

³²² COLARES, Barbara Rodrigues. VIEIRA, Artur Alves Pinho. A investigação criminal defensiva e seus reflexos no processo penal. In: **Revista das Faculdades Integrantes Vianna Júnior**, Juiz de Fora, v. 11, n. 2, pp. 389-417, jul-dez. 2020. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/695/376>. Acesso em 8 fev. 2021. p. 401.

³²³ HOFFMANN, Henrique. FONTES, Eduardo. Advogado não pode fazer investigação criminal defensiva. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 01/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/academia-policia-advogado-nao-realizar-investigacao-criminal>. Acesso em: 23 abr. 2021.

³²⁴ COLARES, Barbara Rodrigues. VIEIRA, Artur Alves Pinho. A investigação criminal defensiva e seus reflexos no processo penal. In: **Revista das Faculdades Integrantes Vianna Júnior**, Juiz de Fora, v. 11, n. 2, pp. 389-417, jul-dez. 2020. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/695/376>. Acesso em 8 fev. 2021. p. 405.

deixando de auferir vantagens nos autos, todavia, poderá visualizar aquele/aquilo em que defende sucumbir.³²⁵

A partir disso, questiona-se: onde está o direito fundamental a uma defesa técnica efetiva?

Como dito anteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê em seu artigo 5º o princípio da ampla defesa, notadamente em seu inciso LV, sendo que este, para a doutrina, é dividido em autodefesa e defesa técnica, a qual esta é caracterizada por ser exercida através de um profissional do direito habilitado, geralmente por advogado ou por defensor público.³²⁶

Referida defesa técnica possui grande importância para o direito processual penal, uma vez que o próprio Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 523, pressupondo que a falta de uma defesa técnica enseja em nulidade absoluta dos autos.³²⁷

Logo, em razão de ser uma previsão constitucional, é indispensável e indisponível que aquele que necessite de defesa fique sem uma defesa técnica, ao passo que se não o fazendo, estar-se-ia em desacordo com a paridade de armas, o contraditório e a imparcialidade do magistrado.³²⁸

Todavia, nem sempre isso é possível, ao julgar que os defensores, em muitos dos casos, estão de mãos atadas, por conta das suas impossibilidades técnicas e materiais para colher provas; não possuindo, assim, instrumentos para defender com presteza os interesses de seus clientes.

³²⁵ MOSSIN, Herácio Antônio. **Compêndio de Processo Penal**: curso completo. Barueri: Manole, 2010. p. 312. Ebook.

³²⁶ FAVERI, Fábio Luiz de. Princípios constitucionais aplicáveis à investigação criminal defensiva. In: **Canal Ciências Criminais**. Publicado em: 01/2021. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/principios-constitucionais-aplicaveis-a-investigacao-criminal-defensiva/#:~:text=A%20investiga%C3%A7%C3%A3o%20criminal%20est%C3%A1%20pautada,contadit%C3%B3rio%20e%20a%20ampla%20defesa.&text=A%20igualdade%20%C3%A9%20um%20conceito%20vari%C3%A1vel>. Acesso em: 27 abr. 2021.

³²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 523**. No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2006]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>. Acesso em: 15 abr. 2021.

³²⁸ FAVERI, Fábio Luiz de. Princípios constitucionais aplicáveis à investigação criminal defensiva. In: **Canal Ciências Criminais**. Publicado em: 01/2021. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/principios-constitucionais-aplicaveis-a-investigacao-criminal-defensiva/#:~:text=A%20investiga%C3%A7%C3%A3o%20criminal%20est%C3%A1%20pautada,contadit%C3%B3rio%20e%20a%20ampla%20defesa.&text=A%20igualdade%20%C3%A9%20um%20conceito%20vari%C3%A1vel>. Acesso em: 27 abr. 2021.

À vista disso, a Investigação Criminal Defensiva é um dos meios para se alcançar uma defesa técnica e justa, haja vista que têm como finalidade confirmar os fatos alegados pela defesa, através das provas colhidas na dita investigação.³²⁹

Nessa linha, a defesa técnica – e, especialmente a Investigação Criminal Defensiva, se concretamente implantada – deve ser garantida a todos, inclusive àqueles que não possuem recursos financeiros para subsidiar um advogado particular; incumbindo, assim, ao Estado garantir e designar alguém para que assim o faça, conforme artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.³³⁰

Ante o exposto, colhe-se que a prova tem o intuito de convencer o magistrado através de uma procura pela verdade real, que se dá durante o referido decorrer da demanda judicial. Logo, cabem as partes lutarem pela verdade que defendem nos autos³³¹, o qual pode ser irradiada através da Investigação Criminal Defensiva.

A seguir, tratar-se-á das considerações finais acerca da pesquisa sobre a Investigação Criminal Defensiva e a possibilidade da sua utilização no Brasil, com base em um estudo à luz do Garantismo Jurídico.

³²⁹ COLARES, Barbara Rodrigues. VIEIRA, Artur Alves Pinho. A investigação criminal defensiva e seus reflexos no processo penal. In: **Revista das Faculdades Integrantes Vianna Júnior**, Juiz de Fora, v. 11, n. 2, pp. 389-417, jul-dez. 2020. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/695/376>. Acesso em: 8 fev. 2021. p. 413.

³³⁰ “LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

³³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 603. Ebook.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente Trabalho de Curso teve como objeto analisar a Investigação Criminal Defensiva e a possibilidade da sua utilização no Brasil: um estudo à luz do Garantismo Jurídico.

O Método de Abordagem se deu através da modalidade indutiva e o Método de Procedimento fora o monográfico.

Na delimitação do tema levantou-se o seguinte problema: no Brasil, pode o imputado, como autor de um delito, efetuar a investigação do crime de forma privada, por meio da Investigação Criminal Defensiva, a fim de obter subsídios úteis à sua defesa?

Para responder, primeiramente, percebeu-se, por meio de uma pesquisa bibliográfica, que a investigação preliminar merece uma preocupação maior, tanto pelo legislador quanto para os estudiosos e aplicadores do direito, uma vez que apesar de ser “apenas” um procedimento administrativo inquisitório, anterior ao processo judicial e que não pode ser fundamento exclusivo do juiz na sua decisão (artigo 155 do Código de Processo Penal), ele é, também, um instrumento investigativo que produz impactos diariamente.

Isto é, conforme se extrai dos conceitos apresentados de “Inquérito Policial”, o mesmo tem como escopo investigar suposto delito utilizando-se da estrutura policial, bem como encontrar vestígios de autoria – *fumus commissi delicti* para que o titular da ação penal, que pode ser tanto o Ministério Público, quanto a própria vítima em si, proceda a devida Denúncia ou a Queixa Crime.

Sendo assim, destaca-se que o dito procedimento pré-processual tem, dentre as suas finalidades, o objetivo de encaminhar a investigação colhida para o titular da ação penal, que, via de regra, é o Ministério Público.

Logo, por ser um procedimento inquisitório onde não se aplicam os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, o imputado e seu defensor ficam de mãos atadas, precisando aguardar, com aflição, se terá, ou não, a Denúncia.

Desta maneira, não podendo a defesa do imputado participar ativamente do Inquérito Policial, isto é, requerendo diligências à autoridade policial, ela não conseguirá angariar informações que possibilitem uma defesa efetiva, apta a quiçá, durante a fase pré-processual e processual, a influir no convencimento do Ministério

Público, de forma a, em alguns casos, até impedir que a Denúncia seja ofertada, visto as novas informações que a Investigação Defensiva pode trazer a lume.

Assim, muito embora o valor probatório do Inquérito Policial seja relativo, a julgar que as circunstâncias da investigação criminal não estarem em decoro com o previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 para os processos judiciais, ou melhor dizendo, para o acusado – ampla defesa e contraditório – ele tem um papel muito importante, uma vez que ainda define, de forma subjetiva, se existirá uma Denúncia ou não, se o imputado será preso preventivamente ou não, etc.

Além disso, como se viu, muito embora haja outras formas de investigação do Estado, como, por exemplo, o Inquérito Policial Militar, a Investigação Direta pelo Ministério Público e o Termo Circunstanciado, as mesmas seguem o caminho do Inquérito Policial, não assegurando ao imputado a ampla defesa e o contraditório.

É que, com base no exposto, o sistema investigatório criminal nacional não visa, na prática, a igualdade entre acusação e defesa, sendo que a disparidade de armas e a desigualdade de direitos investigatórios se encontra muito presente nos dias de hoje, uma vez que o Ministério Público é considerado uma “superparte”.

Tal entendimento tem por fundamento a abrangente atividade investigativa do Ministério Público, seja por ser o titular, via de regra, da ação penal pública, ou por ser ele o órgão encarregado de conduzir e de realizar o controle externo da atividade policial.

Assim, apesar da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.034, que analisa a constitucionalidade da Investigação Criminal ser conduzida pelo Ministério Público, estar em julgamento, atualmente ainda segue-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de que o Ministério Público dispõe de competência para promover investigação criminal. Logo, depreende-se que o mesmo possui poderes “superiores” aos da defesa.

Em contrapartida, é com base nessa disparidade de armas que ganha força a Investigação Criminal Defensiva, isto é, para compensar as influências expostas ao órgão julgador, tornando legítima a busca pela verdade real, isto é, ambas as partes poderiam confirmar suas teses através dos elementos – provas colhidas nas investigações.

Ressalta-se que a Investigação Criminal Defensiva é meio investigativo estratégico, sem vinculação com as autoridades públicas, que garante os princípios

legais e constitucionais para a colheita de provas, visando angariar informações e documentos, de forma lícita, para a tutela de direitos de seu constituinte.

A partir disso, referido instituto é um meio de assegurar à defesa o direito de colher elementos probatórios que, eventualmente, podem fundamentar os argumentos favoráveis a absolvição ou diminuição da pena do imputado.

Ademais, como demonstrado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante não só a defesa técnica, mas também a igualdade, fundamentando que as partes – defesa e acusação – tenham os mesmos poderes e oportunidades.

Desta maneira, para que não se instaure um procedimento sem culpa, como diz o axioma garantista *Nulla actio sine culpa*, deve-se disponibilizar a defesa, como parte integrante de uma relação processual, todos os meios (legais) de se obter uma prova, conforme expõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, uma vez que o que está em pauta é a liberdade do imputado.

Destaca-se que o Garantismo Jurídico possui vários axiomas que servem como mandados para efetivar o “sistema garantista penal”, quais sejam: (A1) *Nulla poena sine crimine*; (A2) *Nullum crimen sine lege*; (A3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; (A4) *Nulla necessitas sine injuria*; (A5) *Nulla injuria sine actione*; (A6) *Nulla actio sine culpa*; (A7) *Nulla culpa sine iudicio*; (A8) *Nullum iudicium sine accusatione*; (A9) *Nulla accusatio sine probatione*; e, (A10) *Nulla probatio sine defensione*.

Para a Investigação Criminal Defensiva, os axiomas *Nulla probatio sine defensione*; *Nulla accusatio sine probatione*; *Nulla culpa sine iudicio*; e *Nulla actio sine culpa* são de extrema importância, uma vez que preveem uma defesa íntegra e justa ao imputado, analisando aspectos desde a proposta de culpabilidade do acusado até o direito a prova e a ampla defesa.

Nesse sentido, o Garantismo Jurídico não visa apenas garantir os direitos fundamentais, mas, também, limitar, de forma positiva, os poderes do Estado, tal como lutar pelo Estado de Direito.

Quanto ao direito à prova e, notadamente, à investigação do crime, extrai-se que os mesmos são oriundos de um processo de partes, ao julgar que representam um mecanismo para assegurar garantias judiciais mínimas ao acusado e/ou à vítima, dando-lhes prerrogativas constitucionais, como a igualdade e a defesa.

Já a ampla defesa e o contraditório, indicado pelo Garantismo Jurídico e muito mencionado no presente trabalho, possui papel fundamental à Investigação Criminal

Defensiva, uma vez que o direito de defesa e o conhecimento dos fatos deve ser exercido desde o início do inquérito policial, sendo, assim, eficiente e oportuno, para que se possa dar uma defesa completa, constante e *sui generis* ao imputado.

Assim, tem-se que a Investigação Criminal Defensiva quer que o imputado não fique à mercê de uma Investigação Criminal destinada, exclusivamente, a colheita de provas para convencer o membro do Ministério Público a oferecer, ou não, a Denúncia. Mas, sim, a se desvincular às autoridades públicas e a desenvolver, de maneira independente, uma estratégia investigativa, fazendo jus aos princípios da ampla defesa e do contraditório, com base, também, no Garantismo Jurídico.

Quanto à legalidade, tem-se que o referido instituto não afronta a liberdade individual, imagem e/ou a privacidade, haja vista não ter caráter cogente, bem como é fortemente amparado pelos princípios da ampla defesa, do contraditório e da igualdade, tal qual pela carência de norma proibitiva.

A partir disso, destaca-se o Provimento n. 188, de 31 de dezembro de 2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que previu, de forma expressa, meios de introduzir a Investigação Criminal Defensiva na prática no plano nacional, através da regulamentação da matéria.

Finalmente, de acordo com a análise realizada, considera-se que a hipótese se confirmou totalmente, visto que os requisitos para que no Brasil o imputado, como autor de um delito, possa efetuar a investigação do crime de forma privada, por meio da Investigação Criminal Defensiva, a fim de obter subsídios úteis à sua defesa, estão presentes.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ivan Lima. Investigação Criminal Defensiva: princípio de contraditório e os limites legais para a produção de prova. In: **Jus.com.br**. Publicado em: 03/2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/80694/investigacao-criminal-defensiva-principio-do-contraditorio-e-os-limites-legais-para-a-producao-de-prova>. Acesso em: 06 abr. 2021.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. Ebook.

BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. In: **Boletim**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ed. 322, ano 27, pp. 7-9, set. 2019. Disponível em: <http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim322.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2021.

BORBA, Andréa Zimmermann de. A função social do direito penal no Estado Democrático de Direito e Garantismo Jurídico. In: **Revista Eletrônica e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica na UNIVALI, Itajaí, v. 3, n. 3, pp. 1-23, set./dez. 2008. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7302>. Acesso em: 09 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Conselho Pleno, [2018]. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 01 fev. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 07 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Brasília, DF: Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República, [1994]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1995]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009**. Institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Reda%C3%A7%C3%A3o-final-PLS-156-09PDF1.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 94173 BH – Bahia**. Inteiro Teor do Acórdão. p. 1. Versão Digital. Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 27 de outubro de 2009, Publicação: 27 de novembro de 2009, Órgão julgador: Segunda Turma. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur170061/false>. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 523**. No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2006]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). **Apelação Criminal nº 5001789-10.2020.4.03.6181 - SP**. Penal. Processual Penal. Apelação. Investigação Defensiva. Pretensão de Natureza Penal. Relação de Acessoriedade. Justiça Federal. Competência. 5ª Turma. Relator: Desembargador Maurício Kato. Apelante: Luiz Inácio Lula da Silva. Apelado: Odebrecht S/A. Data de Julgamento: 27/04/2021. Número do Documento: 21042707253118100000157004441. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/5/8DE037E61FC37A_acordaotr5.pdf. Acesso em: 07 mai. 2021.

BULHÕES, Gabriel. ROSA, Alexandre Morais da. LOPES JÚNIOR, Aury. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em: 20 abr. 2021.

CARVALHO, Salo de. CARVALHO. Amilton Bueno de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COLARES, Barbara Rodrigues. VIEIRA, Artur Alves Pinho. A investigação criminal defensiva e seus reflexos no processo penal. In: **Revista das Faculdades Integrantes Vianna Júnior**, Juiz de Fora, v. 11, n. 2, pp. 389-417, jul-dez. 2020. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/695/376>. Acesso em: 8 fev. 2021.

COUTO, Ana Paula. COUTO, Marco. O pacote anticrime: os “misteriosos” autos do juízo das garantias. In: **Empório do Direito**. Publicado em: 01/2020. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-pacote-anticrime-os-misteriosos-autos-do-juizo-das-garantias>. Acesso em: 26 jan. 2021.

CRUZ, Sérgio Ricardo de Freitas. Ferrajoli. Luigi – Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal. In: **Boletim**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ed. 305, ano 26, pp. 16-18, abr. 2018. Disponível em: <https://www.filosofiaedireito.com.br/wp-content/uploads/2019/04/IBCCRIM.pdf>. Acesso em: 05 fev. de 2021.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Ebook.

ESTADO DE SANTA CATARINA. **Lei Complementar n. 738, de 23 de janeiro de 2019**. Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, SC: Governador do Estado de Santa Catarina, [2019]. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2019/738_2019_lei_complementar.html. Acesso em: 14 jan. 2021.

FAVERI, Fábio Luiz de. Princípios constitucionais aplicáveis à investigação criminal defensiva. In: **Canal Ciências Criminais**. Publicado em: 01/2021. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/principios-constitucionais-aplicaveis-a-investigacao-criminal-defensiva/#:~:text=A%20investiga%C3%A7%C3%A3o%20criminal%20est%C3%A1%20pautada,contradit%C3%B3rio%20e%20a%20ampla%20defesa.&text=A%20igualdade%20%C3%A9%20um%20conceito%20vari%C3%A1vel>. Acesso em: 27 abr. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação**: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06062013-135223/publico/Dissertacao_Mestrado_Amanda_Palmieri_Fracao.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021.

FREITAS, Maiaja Franken de. **O Garantismo penal entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência**. Monografia (3º Nível do Curso de Preparação a Magistratura) – Ajuris, Escola Superior da Magistratura. Por Alegre, 2006. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/ph18/arquivos/TC000012.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2021.

GARCEZ, William. Investigação criminal constitucional: conceito, classificação e sua triplíce função. In: **Jus.com.br**. Publicado em: 07/2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58958/investigacao-criminal-constitucional-conceito-classificacao-e-sua-triplice-funcao#:~:text=No%20direito%20criminal%2C%20entretanto%2C%20muito,a%20satisfaz%20%C3%A7%C3%A3o%20do%20interesse%20p%C3%BAblico>. Acesso em: 06 abr. 2021.

GARCIA, Rafael de Deus. Os 10 axiomas do garantismo penal. In: **Deus Garcia**. Disponível em: <https://deusgarcia.wordpress.com/2019/04/15/os-10-axiomas-do-garantismo-penal/>. Acesso em: 15 fev. 2021.

GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa no Inquérito Policial. In: **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, ano 2. n. 4, pp. 59-83. jul-dez. 2018.

GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Investigação preliminar: desafios e perspectivas. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, pp. 29-40, jan./abr. 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/340267877_Editorial_do_dossie_Reformas_da_investigacao_preliminar_e_a_investigacao_defensiva_no_processo_penal_-_Investigacao_preliminar_desafios_e_perspectivas. Acesso em: 03 fev. 2020.

HOFFMANN, Henrique. FONTES, Eduardo. Advogado não pode fazer investigação criminal defensiva. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 01/2019. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/academia-policial-advogado-nao-realizar-investigacao-criminal>. Acesso em: 23 abr. 2021.

IPPOLITO, Dario. O Garantismo de Luigi Ferrajoli. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Roma, v. 3, n. 1, pp. 34-41, jan-jun. 2011. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733#:~:text=O%20garantis mo%20penal%2C%20germinado%20na,diversas%20dimens%C3%B5es%20da%20 democracia%20constitucional..> Acesso em: 15 fev. 2021.

KUHL, Guilherme Espíndola. Investigação criminal defensiva. In: **Jusbrasil**. Publicado em: 04/2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/570744125/investigacao-criminal-defensiva>. Acesso em: 26 abr. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2020. Ebook.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Ebook.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Ebook.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021.

MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016. Ebook.

MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. **O princípio da propriedade na constituição da república federativa do Brasil em 1988**: uma análise dos direitos fundamentais em Luigi Ferrajoli e Gregório Paces-Barba. Dissertação (Mestrado em Produção do Direito Positivo) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2010. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/handle/repositorio/1548>. Acesso em: 19 fev. 2021.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Processo Penal**: curso completo. Barueri: Manole, 2010. Ebook.

NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. **Os Direitos fundamentais e os mecanismos de concentração**: o Garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Ebook.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Ebook.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Ebook.

OCAMPOS, Lorena. FREITAS JÚNIOR, João Carlos de. **Direito Processual Penal**. 1. ed. Brasília: CP Iuris, 2020.

OLIVEIRA, Daniel Bruno Caetano. **A importância da Defensoria Pública para a efetivação do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Monografia – Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais, na modalidade Formação para o Magistério Superior, Universidade do Sul de Santa Catarina. Vitória, 2008. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4984/MONOGRRAFIA_FINAL_CIENCIAS_PENAIAS_DANIEL_BRUNO_CAETANO_OLIVEIRA_4_1_.pdf. Acesso em: 18 fev. 2021.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Ebook.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. O processo penal como dialética da incerteza. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, pp. 67-75, jul./set. 2009. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/183/ril_v46_n183_p67.pdf. Acesso em: 19 fev. 2021.

PADILHA, Letícia Marques. O direito à prova como um direito fundamental: sua aplicabilidade no âmbito processual civil e trabalhista. In: **Páginas de Direito**. Publicado em: 06/2016. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/332-artigos-jun-2016/7634-o-direito-a-prova-como-um-direito-fundamental-sua-aplicabilidade-no-ambito-processual-civil-e-trabalhista>. Acesso em: 06 abr. 2021.

REIS, Alexadre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. SYDOW, Spencer Toth. O Provimento n. 188/2018 e a Investigação Defensiva: uma nova frente de atuação da advocacia no Direito Penal Informático. In: **Meu Site Jurídico**. Publicado em: 06/2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/20/o-provimento-n-1882018-e-investigacao-defensiva-uma-nova-frente-de-atuacao-da-advocacia-no-direito-penal-informatico/>. Acesso em: 20 abr. 2021.

SANTIN, Valter Foletto. A Investigação Criminal e o Acesso à Justiça. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 792, pp. 464-476, out. 2001. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37190>. Acesso em: 09 jan. 2021.

SIDOU, José Maria Othon. **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Ebook.

SILVA, Franklyn Roger Alves. A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6. n. 1, pp. 41-80, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.308>. Acesso em: 01 fev. 2021.

SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 02/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico>. Acesso em: 03 fev. 2021.

SOUZA, Felipe. O sistema garantista penal e seus axiomas, conforme Ferrajoli. In: **Canal Ciências Criminais**. Publicado em: 07/2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-sistema-garantista-penal-e-seus-axiomas-conforme-ferrajoli/>. Acesso em: 15 fev. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado. In: **Portal STF**. Publicado em: 01/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>. Acesso em: 25 jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF fixa requisitos para atuação do Ministério Público em investigações penais. In: **Notícias STF**. Publicado em: 05/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>. Acesso em: 26 jan. 2021.

TÁVORA, Nestor. ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para Concursos**. 7.ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2016. Ebook.

TRINDADE, André Karam. Revisando o Garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. In: **Revista Jurídica**, Faculdade de Direito de Franca, v. 5. n. 1., pp. 1-21, 2012. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/156>. Acesso 10 fev. 2021.

VIEIRA, Roberta Christina. **Acesso à justiça penal acusatória**: a investigação defensiva como proposta de democratização do Inquérito Policial no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós Graduação Profissional em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/214747/PDPC-P0047-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 abr. 2021.