

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

LEILA FORMENTIN

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: da previsão constitucional à necessidade
de regulamentação legal**

**Rio do Sul
2020**

LEILA FORMENTIN

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: da previsão constitucional à necessidade
de regulamentação legal**

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: Prof. Me. Leonardo Marcondes Machado

Rio do Sul

2020

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

A monografia intitulada **INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: da previsão constitucional à necessidade de regulamentação legal**, elaborada pela acadêmica LEILA FORMENTIN, 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. Me. Mickhael Erik Alexander Bachmann
Coordenador do Curso de Direito

Apresentação realizada na presença dos seguintes membros da banca:

Presidente: LEONARDO MARCONDES MACHADO

Membro: CHEILA DA SILVA

Membro: JULIANA BACHLE MONTIBELLER

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/SC, 15 de julho de 2020.

Leila Formentin
Acadêmica

“Por um mundo onde sejamos socialmente iguais, humanamente diferentes e totalmente livres” ...

Rosa de Luxemburgo

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela existência de tudo.

Aos meus pais, por toda compreensão, carinho e pelo grande incentivo aos estudos. Agradeço também pelo ótimo exemplo dado e por cultivarem tanto a educação de seus filhos.

Ao Leonardo, por toda dedicação e paciência, por todo amor, por sempre estar ao meu lado e ser esse apoio incondicional ao qual necessito diariamente.

Aos meus irmãos e sobrinho, Joice, Cleiton e Leandro, por sempre me encorajarem.

Aos meus primos e sócios, Juçara e Miguel, por estarem sempre dispostos a me ajudar e pela compreensão nos momentos que precisei me ausentar da empresa.

Mais uma vez ao Leonardo, pois além de um grande incentivador, minha grande paixão e um dos meus maiores orgulhos, pelas excelentes aulas ministradas e pela ótima orientação dada. Não poderia deixar de agradecer também por me disponibilizar acesso ao seu grande acervo doutrinário, que, por sinal, tem enorme apreço.

Agradeço aos estimados professores que fizeram parte desta longa jornada.

Agradeço imensamente aos queridos amigos que estiveram ao meu lado, bem como aos que conquistei no decorrer do curso, queridos colegas de faculdade.

O meu mais sincero agradecimento a todos que participaram de alguma forma desta parte da minha formação.

Por último e, com toda a certeza de não ser menos importante, agradeço ao Eduardo, meu filho de coração, e a pequena Liz, que de uma forma inesperada surgiu em nossas vidas trazendo o mais puro amor.

RESUMO

A problemática a ser desenvolvida tem por objetivo discutir a existência de um direito fundamental à investigação criminal defensiva na constituição brasileira. Caso a premissa seja positiva, questiona-se, se esta falta de regulamentação legal interfere na implementação desse direito no processo penal. A presente pesquisa emerge, a partir do estudo histórico dos sistemas processuais penais existentes, bem como dos modelos presentes em todo ordenamento jurídico. Demonstra, também, qual o modelo brasileiro e questiona sua eficácia em relação ao que se espera de um modelo de processo justo. Mostra ainda as garantias constitucionais existentes na normativa vigente, bem como o direito à paridade de armas e à prova defensiva e, como a investigação criminal defensiva pode consolidar tal garantia entre as partes. Demonstra as formas de investigação utilizadas no modelo brasileiro e discute sobre suas normatizações, assim como estabelece as críticas que giram em torno do tema. Finalmente, apresentados inúmeros estudos e tentativas de normatização a respeito do tema, assim como a recente aprovação do Provimento nº. 188/2018 da Ordem dos Advogados do Brasil e a tão esperada regulamentação da investigação criminal defensiva no Novo Código de Processo Penal, assunto que vem sendo defendido por vários doutrinadores. Deste modo, a pesquisa gira em torno da hipótese existente de um direito fundamental à investigação criminal defensiva na constituição brasileira, porém não regulamentado em lei. Pode-se afirmar que a presente temática representaria um grande avanço democrático ao direito de defesa do imputado, uma vez que passaria a ter condições concretas de produzir elementos investigativos autônomos, permitindo uma nova visão do caso penal. O método de abordagem usado na elaboração do trabalho de curso foi o indutivo e o método de procedimento foi o monográfico. O levantamento de dados do presente estudo foi realizado através da técnica de pesquisa bibliográfica. Por fim, nas considerações finais busca-se mostrar a comprovação ou não da hipótese apresentada na introdução do trabalho, bem como os aspectos relevantes acerca do tema.

Palavras-chave: Garantias Processuais Penais, Direito a Paridade de Armas, Investigação Criminal Defensiva, Regulamentação Legal.

ABSTRACT

The issue to be developed aims to discuss the existence of a fundamental right to defensive criminal investigation in the Brazilian constitution. If the premise is positive, it is questioned whether this lack of legal regulation interferes with the implementation of this right in criminal proceedings. The present research starts, from the historical study of the existing criminal procedural systems, as well as the models present in all legal systems. It also demonstrates the Brazilian model and questions its effectiveness in relation to what is expected from a fair process model. It also shows the constitutional guarantees existing in the current legislation, as well as the right to parity of arms and defensive proof and, how the defensive criminal investigation can consolidate such guarantee between the parties. It demonstrates the forms of investigation used in the Brazilian model and discusses its norms, as well as establishes the criticisms that revolve around the subject. Finally, numerous studies and attempts to standardize the topic were presented, as well as the recent approval of Provision no. 188/2018 of the Brazilian Bar Association and the long-awaited regulation of defensive criminal investigation in the New Code of Criminal Procedure, a subject that has been defended by several legal experts. Thus, the research revolves around the existing hypothesis of a fundamental right to defensive criminal investigation in the Brazilian constitution, although not regulated by law. It can be said that the present theme would represent a great democratic advance to the defendant's right to defense, since it would have concrete conditions to produce autonomous investigative elements, allowing a new view of the criminal case. The method of approach used in the preparation of this work was inductive and the method of procedure was monographic. The data collection of the present study was performed using the bibliographic research technique. Finally, the final considerations seek to show whether or not the hypothesis presented in the introduction of the work, as well as the relevant aspects about the theme.

Keywords: Criminal Procedural Guarantees, Right to Arms Parity, Defensive Criminal Investigation, Legal Regulation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART	Artigo
ARTS	Artigos
CF	Constituição Federal
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
IBCCrim	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
LC	Lei Complementar
MP	Ministério Público
Nº	Número
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
P	Página
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO GARANTIA DE EQUILÍBRIO ENTRE AS PARTES EM UM PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO ...	15
2.1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	15
2.1.1. MODELO INQUISITÓRIO	21
2.1.2. MODELO ACUSATÓRIO	26
2.2. GARANTIAS PROBATÓRIAS CONSTITUCIONAIS PRÓPRIAS AO SISTEMA ACUSATÓRIO.....	29
2.2.1. DIREITO À PARIDADE DE ARMAS	32
2.2.2. DIREITO À PROVA DEFENSIVA	34
2.3. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA	37
2.3.1. INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E OS MODELOS ESTRANGEIROS.....	41
2.3.2. IMPORTAÇÃO JURÍDICA NECESSÁRIA AO MODELO BRASILEIRO	43
3. A MONOPOLIZAÇÃO ESTATAL DO SISTEMA BRASILEIRO DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR.....	46
3.1. ESTADO BRASILEIRO E PERSECUÇÃO PENAL	46
3.2. A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR PROCESSUAL PENAL DE NATUREZA PÚBLICA	50
3.2.1. SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO POLICIAL.....	52
3.2.2. SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO MINISTERIAL.....	55
3.2.3. SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL	58
3.3. O TRADICIONAL ESPAÇO RESERVADO À DEFESA PELO ESTADO DE INVESTIGAÇÃO.....	59
4. A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E SUA REGULAMENTAÇÃO LEGAL NO BRASIL COMO DISPOSITIVO PROCESSUAL PENAL DEMOCRÁTICO.....	66

4.1. O IMPORTANTE PAPEL DA DOCTRINA NA BUSCA PELA REGULAMENTAÇÃO LEGAL.....	66
4.2. RESOLUÇÃO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL	67
4.3. PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	72
4.4. PACOTE ANTICRIME.....	77
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83

1. INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho de curso é a Investigação Criminal Defensiva: da previsão constitucional à necessidade de regulamentação legal.

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 demonstrar a existência de um direito fundamental à investigação defensiva.

Enquanto os objetivos específicos são: a) apresentar o direito fundamental à investigação criminal defensiva na constituição brasileira, a partir do direito à prova e a garantia da paridade de armas; b) analisar os modelos de investigação pública existentes no ordenamento jurídico brasileiro e o direito à investigação criminal defensiva e; c) demonstrar a necessidade de regulamentação legal da investigação criminal defensiva como ferramenta indispensável a um sistema processual penal democrático.

Na delimitação do tema, levanta-se o seguinte problema: existe um direito fundamental à investigação criminal defensiva?

Para o equacionamento do problema apresentado supõe-se a seguinte hipótese: existe um direito fundamental à investigação criminal defensiva na constituição brasileira, porém não regulamentado em lei.

O Método de abordagem a ser utilizado na elaboração desse trabalho de curso será o indutivo; o Método de procedimento será o monográfico. O levantamento de dados será através da técnica da pesquisa bibliográfica.

Pode-se afirmar que o tema é, de certa forma, recente no direito brasileiro, visto que apenas no final de 2018 a investigação criminal defensiva foi regulamentada pela Ordem dos Advogados do Brasil por meio de seu provimento nº. 188. Não se trata, contudo, de algo completamente novo, uma vez que já fora tratado por parte da doutrina, em especial a partir de exemplos estrangeiros.

Acredita-se que o tema seja de grande valor, pois é ainda pouco explorado pela maioria dos doutrinadores brasileiros, bem como carente de regulamentação pelo Código de Processo Penal. Assim, enfatiza-se que a presente abordagem representa um grande avanço democrático, em especial ao direito de defesa do imputado.

O presente trabalho foi dividido em três capítulos para melhor análise das informações, devidamente identificadas com os seguintes títulos: I – A investigação criminal defensiva como garantia de equilíbrio entre as partes em um processo penal acusatório; II - A monopolização estatal do sistema brasileiro de investigação preliminar; e, III - A investigação defensiva e sua regulamentação legal no Brasil como dispositivo processual penal democrático.

Inicia-se com algumas considerações a respeito dos direitos fundamentais no processo penal à prova defensiva e a defesa técnica presente na constituição brasileira, bem como o equilíbrio entre as partes em um processo penal acusatório.

O doutrinador Malan delinea que em nosso ordenamento jurídico temos a Carta Constitucional de 1988 que “também assegura o direito dos cidadãos à ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF/1988)”.¹

Malan segue: “tal direito engloba diversas faculdades ao acusado, corolários lógicos do direito à ampla defesa que igualmente se revestem de dignidade normativa constitucional”.²

De tal modo, importante enfatizar a relevância acerca do assunto, pois a investigação criminal defensiva e a garantia da paridade de armas se tornam essenciais para o desenrolar do tema e da pesquisa.

Entende-se que é importante para a construção da pesquisa também levantar uma breve análise histórica acerca da investigação criminal e a sua relação com os modelos de sistemas processuais penais brasileiro, para um melhor embasamento teórico.

Posteriormente, será abordado a respeito dos modelos investigatórios presentes no ordenamento jurídico brasileiro, enfatizando o modelo de investigação criminal defensiva.

Num segundo momento, serão levantadas matérias a respeito da monopolização estatal do sistema brasileiro de investigação preliminar, tais quais a investigação ministerial (investigação realizada pelo Ministério Público) e o posicionamento contrário do Ministério Público a respeito do presente tema, e as investigações policiais e judiciais.

Assim sendo, conforme Malan: “se afigura imperativo que o acusado disponha dos mesmos poderes investigativos ao alcance do Ministério Público, em homenagem ao princípio da *par condicio*”.³

¹MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.405.

²MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.405.

³ MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.407.

Assim, faz-se necessária essa análise a respeito da possível ligação entre a investigação ministerial e a investigação criminal defensiva, que por sinal é muito criticada pelo próprio Ministério Público devido falta de previsão legal.

Ainda, abordar a possibilidade da regulamentação da investigação criminal defensiva e a implantação defendida por alguns doutrinadores no Novo Código de Processo Penal.

Dentro desse panorama, levantar ideias das inúmeras deficiências e falhas que perfazem os sistemas investigatórios, de maneira a procurar respostas possíveis para um sistema mais igualitário.

Pode-se afirmar que, diante das diversas desigualdades materiais presentes no âmbito do sistema penal brasileiro que desfavorecem o imputado, talvez a maior delas ocorra justamente nesta fase inicial da investigação preliminar do delito.

Refletir a respeito desse tema faz parte do objetivo central deste trabalho, pois sabe-se o peso que existe quando se fala em uma investigação criminal contra o imputado. E, sabe-se também, quais os possíveis danos, muitas vezes irreversíveis que poderão ser causados e levados para o resto da vida.

Por fim, o último capítulo demonstrará a necessidade de regulamentação legal da investigação criminal defensiva como ferramenta indispensável a um sistema processual penal.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil antes da regulamentação do provimento n.º 188 sempre se mostrou omissivo quanto aos deveres do advogado criminalista na sua preparação para o julgamento. Dessa forma, serão levantadas reflexões acerca das possíveis representações da adoção do modelo de investigação criminal defensiva no âmbito do sistema processual brasileiro e a sua necessidade de regulamentação legal.

Dentro desse panorama, será tratado também o projeto do novo Código de Processo Penal, bem como o pacote anticrime.

Acredita-se que o imputado tem o legítimo interesse já nessa fase preliminar de reunir todos os elementos informativos favoráveis, assim evitando consequentemente um futuro processo criminal.

O presente Trabalho de Curso encerrar-se-á com as Considerações Finais, nas quais serão apresentados pontos essenciais destacados no presente estudo em relação a investigação criminal defensiva, bem como reflexões a respeito do assunto.

2. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO GARANTIA DE EQUILÍBRIO ENTRE AS PARTES EM UM PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO

2.1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Para começar a falar sobre o processo penal é preciso adentrar com uma descrição histórica de suas instituições fundamentais, pois sabe-se que tanto o direito penal, quanto o processo penal, são frutos de uma cultura de certa época.

Acredita-se que a busca por sua evolução histórica e o conhecimento de suas origens facilitarão uma melhor compreensão a respeito do atual sistema vigente.

Desta forma, pode-se dizer que o processo penal é um fenômeno político, pois segundo as mudanças políticas e transformações culturais, ele é diretamente afetado.⁴

Pode-se definir processo como o conjunto de atos preordenados no exercício da jurisdição, pelo qual ocorrerá a reconstituição do fato por meio de provas, tendo como finalidade o acerto do caso penal e posterior verificação para a aplicação ou não da sanção penal.⁵

Logo, a prova é o meio pelo qual se construirá todo o conhecimento dentro do processo. Importante meio, pois é através da prova que o juiz tomará ciência e formará sua convicção a respeito do caso para a constituição da sentença.

Desse modo, entende-se que para o juiz sentenciar, antes de qualquer ato, ele precisa conhecer o processo, assim, pode-se dizer que o processo penal é um instrumento de produção de conhecimento.

Quando se fala em prova, esta não representa o crime em si, pois ela não se repetirá da mesma forma, mas sim, a sua reconstituição. Essa reconstituição se dará na fase de instrução por meio da linguagem.

No processo penal, diz-se que a linguagem “passa a ocupar o lugar de protagonista e não mais de intermediária, uma vez que é ela (e por ela) que (se) constrói a versão (ou versões) do(s) fato(s)”.⁶

⁴ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 31.

⁵ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 32.

⁶ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 34.

Neste sentido, Carnelutti mostrou que:

“A verdade está no todo, e não na parte, e que o processo se atua tão somente com a parte, uma vez que o todo é demais para se compreender. Propôs ainda que a busca (investigação) no processo não fosse pela verdade, mas sim pela certeza, a qual implicaria, necessariamente, uma escolha (eis o drama do processo), pois a condenação (ou absolvição) não seria apenas um juízo, mas uma ação (agir)”.⁷

Desta forma, sabe-se que no processo penal sempre se chegará a uma versão ou versões sobre os fatos, e se o juiz deverá escolher entre uma das versões, na qual são apenas parte, e que se a verdade estará no todo, obviamente no processo constará alguma coisa que não é verdade.⁸

Diante de tais esclarecimentos, tem-se por entendimento que o conhecimento mencionado acima, ao qual é exposto no processo, sempre será parcial, pois é sobre o que se diz sobre a coisa (objeto) e nunca se tratando da coisa em si.

Outro ponto importante a ser mencionado é sobre os vícios que estarão presentes nesta reconstrução dos fatos, pois de acordo com Coutinho, “é preciso admitir que no processo penal jamais se vai apreender a verdade como um todo – porque ela é inalcançável – e, portanto, (...) o que se pode – e deve – buscar nos julgamentos é um juízo de certeza, pautado nos princípios e regras que asseguram o Estado Democrático de Direito”.⁹

Acredita-se que para submergir ao estudo dos sistemas processuais penais, se faz necessário antes de mais nada, uma breve busca pela conceituação do que é “sistema”. A maioria dos estudiosos acreditam que essa busca pela compreensão está no campo da filosofia, pois é a partir deste estudo que seria possível conceituar o “sistema” e aplicá-lo no processo penal.

Silveira Filho¹⁰ afirma que a doutrina processual penal brasileira, em sua grande maioria, ao discorrer sobre os sistemas processuais penais, não explicita o conceito de sistema, mas como uma visão mais adequada ele traz a de Kant:

[...] “o sistema recebe um duplo esclarecimento: o sistema é o ideal para o qual deve tender toda ciência; o sistema é o conjunto de proposições deduzidas de um único princípio”. A partir da formulação de uma arquitetura – entendida como a arte dos

⁷ CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certeza. In: **Rivista de diritto processuale**. Padova, v. XX, p. 4-9, 1965, p.5 *apud* POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 35-36.

⁸ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 37.

⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Ano 1 - n. 1. Porto Alegre: Notadez/ITEC, 2001, p. 49.

¹⁰ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 5.

sistemas – Kant afirma que a noção de sistema pode ser compreendida “como a unidade dos conhecimentos múltiplos sob uma ideia”. Tendo em vista este último aspecto, a existência de um sistema é marcada pela identificação da afinidade das partes e sua derivação “a partir de um único fim supremo e interno que primeiramente torna possível o todo”.¹¹

Conforme acima exposto, portanto, compreende-se que a visão de Kant em relação aos sistemas é fundamentada em um único princípio. E que segundo Silveira Filho¹² seria um elemento linguístico com elevadíssimo grau de abstração, que para possibilitar a compreensão seria necessário direcionar à busca de um suporte.

Kant ainda menciona que entende sistema como uma “unidade de diversos conhecimentos dentro de uma ideia”¹³. Assim, compreende-se que o sistema é a junção de diversos conhecimentos aplicados sob uma ideia.

Partindo desta análise, pode-se dizer que existe um princípio anterior ao conhecimento onde o sistema é construído, possibilitando assim, que os elementos se juntem, desenvolvendo um todo orgânico.¹⁴

Nesta mesma vertente, é importante mencionar Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, que descreve a noção de sistema:

[...] a partir da visão usual, calcada na etimológica grega (*systema-atos*), como um conjunto de temas, jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim. É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo princípio unificador e voltado para o fim ao qual se destina. Este, no processo penal, como se sabe, joga com conceitos que passam pela instrumentalidade e pela paz social.¹⁵

Coutinho assevera que “sempre se teve presente que há algo que as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um antes do primeiro momento; um lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido”.¹⁶

¹¹ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 5 e 6.

¹² SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 6.

¹³ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Lucimar A. Coghi Anselmi e Fulvio Lubisco. São Paulo: Martin Claret, 2009, p.521-522 *apud* POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 40.

¹⁴ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 43.

¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 36.

¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre a propedêutica penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 26.

Deste modo, o direito processual penal é um ramo de conhecimento estruturado de uma forma sistemática, constituindo um conjunto de informações que formarão um todo orgânico através da conexão entre os elementos.

O estudo dos sistemas processuais penais é necessário e indispensável, sendo objeto de análise o sistema inquisitório regido pelo princípio inquisitivo e o sistema acusatório regido pelo princípio dispositivo, diferenciados pelos seus princípios unificadores supramencionados.

Assim, o princípio unificador é que edificará e distinguirá o sistema inquisitório do acusatório: “em sendo assim, é o critério da gestão de provas aquele capaz de promover adequadamente a distinção entre os respectivos sistemas processuais penais”.¹⁷

Essa distinção através dos princípios unificadores e ensinamentos foram desenvolvidos no processo penal brasileiro pelo renomado professor Jacinto de Miranda Coutinho, e reconhecido por numerosos pensadores brasileiros.

Nesse sentido Coutinho expõe que “se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador”.¹⁸

Nesta esteira, tem-se no sistema inquisitório o princípio inquisitivo onde a gestão das provas é atribuída ao juiz; enquanto o sistema acusatório regido pelo princípio dispositivo a gestão das provas está a cargo das partes (autor e réu).

Ferrajoli, aponta que “enquanto ao sistema acusatório de fato convém um juiz espectador, dedicado acima de tudo à valoração dos objetiva e imparcial dos fatos, o rito inquisitório exige um juiz ator, representante do interesse punitivo e por isso leguleio, versando nos procedimentos e dotado de capacidade investigativa”.¹⁹

Assim, pode-se dizer que os sistemas processuais penais refletem sua historicidade de acordo com a época vivenciada, e que as mudanças ocorrem conforme os diferentes contextos sociais.

Tanto o sistema acusatório quando o inquisitório “vieram a lume, como se sabe, por razões políticas. Outras, de ordem teológica, econômica, filosófica e jurídica dentre tantas,

¹⁷ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 10.

¹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Ano 1 - n. 1. Porto Alegre: Notadez/ITEC, 2001, pp. 26-51, p. 28.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do Garantismo penal. trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. ver. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014, p. 530.

foram altamente relevantes, mas, decididamente, secundárias ou, pelo menos, sempre estiveram subordinadas àquelas políticas”.²⁰

Nesse sentido, Veléz Mariconde assevera que os sistemas “refletem a opção e concepção de Estado e de indivíduo na administração da justiça, isto é, a luta entre os interesses coletivos e os interesses individuais, entre o princípio de autoridade e a liberdade individual”.²¹

É importante notar que no sistema acusatório tem-se como base os interesses do indivíduo, ou seja, os seus interesses estão em primeiro lugar. Portanto, no sistema acusatório o Estado fica em segundo plano, apenas com a missão de resolver os conflitos, isto é, o Estado está a serviço do sujeito respeitando os seus direitos.

Enquanto isso, no sistema inquisitório os direitos do indivíduo são colocados de lado, uma vez que o Estado prevalece sobre os direitos individuais. Tem-se como notória, a percepção de que o indivíduo passa a ser apenas um objeto nas mãos do Estado, deixando que o seu autoritarismo se sobreponha aos seus direitos, tudo isso pela fatídica busca em “defender a justiça pela sociedade”.

Silveira Filho traz uma curiosidade a respeito do assunto que vale a pena mencionar, é possível constatar, “que os Países anglo-saxões apresentam seus tipos de processos inspirados pela estrutura acusatória, enquanto os Países da Europa ocidental apresentam seus processos, a estrutura tendencialmente inquisitória”.²²

Nesse entendimento Lopes Júnior, expõe que o sistema acusatório predomina “nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais”.²³

Não obstante, cabe ressaltar que muitos pensadores sustentam a existência de um terceiro sistema no processo penal, chamado de sistema misto. Que seria basicamente uma junção dos sistemas inquisitório e acusatório, no qual será tratado brevemente a respeito do tema.

²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 113-114.

²¹ VELÉZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho...* Op. cit., p. 19-20 *apud* POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 48.

²² SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 12.

²³ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 9. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116.

Conforme Pisapia, “não mais existe sistema processual puro: ocorre especificar, de pronto, que em nenhum País hoje é mais acatado nem o sistema acusatório nem aquele inquisitório”.²⁴

Torna-se relevante mencionar que, ao contrário do que muitos defendem, o sistema processual penal misto não significa a simples soma de elementos dos dois sistemas. “E isso porque epistemologicamente não se sustentaria uma somatória do gênero, por um lado, mas, por outro (e quiçá mais relevante), porque a própria noção de sistema não comporta algo do gênero”.²⁵

Desse modo, os sistemas em suas formas puras, são basicamente tipos históricos, pois como assevera Coutinho, “não há mais sistema processual puro, razão pela qual se tem, todos, como sistemas mistos. Todavia, não é preciso grande esforço para entender que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desfigura o dito sistema”.²⁶

Dito isto, no sistema misto embora exista a tentativa de junção dos sistemas acusatório e inquisitório, não existirá um princípio unificador próprio, pois esta terceira estrutura de processo ou será essencialmente inquisitório com algumas características do sistema acusatório, ou será essencialmente acusatório com elementos recolhidos do sistema inquisitório.²⁷

Nesse sentido, entende-se que o sistema misto em seu âmago, ou será acusatório ou será inquisitório e, que basicamente pegará emprestado os elementos desses dois sistemas, dessa forma, não possuindo os seus próprios elementos.

Por fim, Silveira Filho explica que “em síntese, é absolutamente inadequado se sustentar a existência de um sistema processual misto enquanto um terceiro sistema recepcionado ao lado do inquisitório e do acusatório”.²⁸

²⁴ PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di procedura penale...**, p. 20 *apud* SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 13.

²⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 120.

²⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre a propedêutica penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 30.

²⁷ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 14.

²⁸ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 14.

2.1.1. Modelo Inquisitório

Conforme sua terminologia o sistema inquisitório remonta a Inquisição, tendo sua origem em Roma em seu período já decadencial.

Segundo expõe Coutinho, “nasce, porém, na forma como estudamos hoje, no seio da Igreja Católica, como uma resposta defensiva contra o desenvolvimento daquilo que se convencionou chamar de “doutrinas heréticas”.²⁹

Acredita-se que as igrejas e suas pregações marcaram fortemente a sociedade feudal, época em que a religiosidade era muito intensa. Toda a existência humana era influenciada pelos planos de Deus, planos estes, que a própria Igreja fortemente desenvolvia.

Dessa forma, o sistema processual penal era estruturado pelos Juízos de Deus, que se consubstanciavam em três formas de processo: *as ordálias* (destinada aos vassallos); *o duelo* (cavaleiros); e *o juramento* - (destinado aos senhores feudais).³⁰

Foi por volta do ano 1000, que os acontecimentos começaram a tomar uma forma diferente, quando as caravanas de mercadores começaram a aparecer e conseqüentemente os entrepostos comerciais. Coutinho trata da seguinte forma: “a situação começa a virar do avesso quando se vê impelida pela realidade social e pelo desejo, mola propulsora da humanidade”.³¹

É notável que com essa nova realidade social, conseqüentemente tem-se uma nova ideia de Estado, com novas relações comerciais de trabalho.

“O novo, porém, é um dado histórico. Inimigo mortal das velhas práticas, das verdades consolidadas, do poder constituído; mas não deixa espaço para ser sufocado: aceitá-lo ou não é uma questão de tempo e, quase sempre, de uma visão prospectiva”.³²

Gilisen assevera que a igreja “virou a maior aliada do poder e, pouco depois, o cristianismo se tornou a religião do Estado, sendo todas as demais proibidas”. Sabe-se que foi no Império Romano que nasceu o cristianismo e, que por isso, o direito romano influenciou a formação da concepção crista do direito.³³

²⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 37.

³⁰ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 30.

³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 39.

³² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 40.

³³ GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 84, 136 *apud* POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 47.

Alguns pensadores amparam que foi no período de decadência do Império Romano que a tradição jurídica romana apresentou características inquisitórias, sendo conservada tais características para séculos depois ser ressuscitada e potencializada pela Igreja, que foi a influenciadora do direito laico.³⁴

Foi nesse período que houve o enfraquecimento do poder real e decadência das jurisdições laicas, tendo a Igreja atingido o seu apogeu, de modo que a jurisdição eclesiástica teve um aumento de competência significativo, onde passou a julgar também os particulares.³⁵

Muitos foram os abusos e os conflitos de jurisdição, “uma vez que a comprovação do estado de eclesiástico se dava por simples elementos aparentes, existindo, dessa forma, casos de cléricos falsos”.³⁶

Foi por volta do século XII até a metade do século XIV, que esse desenvolvimento e mudanças atingiram as cidades, conseqüentemente causando novas atitudes e mentalidades que refletiram diretamente as visões sobre a religião e a cultura dos povos.

Todo esse desenvolvimento ao qual mencionado, por óbvio causaram diferentes sentimentos, os povos não mais adormecidos começaram a enxergar uma nova realidade e, procuravam através de uma transformação social a sua individualidade.

O processo penal também precisou ser modificado, pois com o crescimento da população começaram a surgir as desigualdades sociais e conseqüentemente o aumento da criminalidade.

No final do século XII quando ocorreu todo esse fenômeno social, a Igreja foi percebendo que o seu domínio não mais existia da forma almejada, assim, colocando em risco a sua doutrina que não era mais respeitada. Em decorrência disso, passou a agir com maior repressão contra àquele que questionasse o seu poder, considerando este como herege.³⁷

Nesse entendimento Cordero assevera que “a verdadeira mudança (...) que se inicia no século XII, é tão radical que é investida em conjunto à estrutura do processo, e sua razão política”, além disso, destaca-se que a “a revolução inquisitorial satisfizes exigências comuns a dois mundos: o eclesiástico espreitado pelas heresias, e o civil, na qual a expansão econômica origina criminalidade”.³⁸

³⁴ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 57.

³⁵ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 59.

³⁶ GILISSEN, John. **Introdução...** Op. cit., p. 141, 716 *apud* POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 59.

³⁷ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 68.

³⁸ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Vol. I..., p.16 *apud* SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 36.

Os hereges e seus movimentos eram considerados como ameaças, pois causavam prejuízos tanto para o Estado quanto para a Igreja. Fazendo assim, com que os soberanos ajudassem a Igreja no combate das heresias. Tal circunstância fez com que a Igreja e o Estado unissem força, cada qual com o seu propósito em proteger os seus interesses.³⁹

Consoante anota Coutinho:

O controle direto do processo penal pelos clérigos exclui, por conveniência, um órgão acusador: o *actus trium personarum* já não se sustenta. Ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero *objeto de verificação*, razão pela qual a noção de *parte* não tem nenhum sentido. A superioridade do juiz, à evidência, é nítida (mas lógica, na estrutura do sistema), até porque o desencadeamento e o impulso processual é atribuição sua, o que pode ser evidenciado, entre outras coisas, a partir do fato de fixar tanto o *thema probandum* quanto o *thema decidendum*. Estabelece-se, assim, uma característica de extrema importância a demarcar o sistema, enquanto *puro*, ou seja, a *inexistência de partes*, no sentido que hoje emprestamos ao termo.⁴⁰

Assim surge o termo inocente ou culpado, a busca por fazê-los dizer. Mesmo inexistindo uma acusação formal contra o imputado é necessário o castigo. Então o inquisidor colhe todas as palavras ditas de forma livre, pouco importando os limites legais, pois o fato somente terá importância, quando figurado ao papel.⁴¹

Desta forma, o procedimento criminal poderia ocorrer com simples delações, independentemente de acusações. Com base nisso, começaram a ser recolhidas denúncias anônimas em diversas regiões, através de caixas denominadas “bocas da verdade”.⁴²

Como consequência desse procedimento, o suspeito muitas vezes era preso sem nem ao menos saber qual o motivo da acusação, ou quem era o acusador, pois a identidade do acusador era preservada.

Enfatiza-se a inexistência de partes no sistema inquisitório, pois neste primeiro momento o herege era apenas um objeto de investigação, detentor de uma verdade a ser arrancada. Ele, “mais que uma pessoa, é o instrumento do qual se dispõe para fazer justiça”.⁴³

³⁹ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 70.

⁴⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 41-42.

⁴¹ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 46.

⁴² POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 94.

⁴³ CORDERO, Franco. **La reforma dell'instruzione penale**. In: Rivista italiana di diritto e procedura penale. Milano, a. VI, fasc. 3, p. 714-715 *apud* POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 96.

O sistema inquisitório “exclui a possibilidade de qualquer espécie de diálogo, direcionando o processo penal a um trabalho solitário: o instrutor elabora hipóteses e as cultiva, buscando provas; quando as descobre, as adquire”.⁴⁴

Coutinho anota que “a característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente”.⁴⁵

Diante de tal estrutura procedimental acreditava-se que versava a vantagem de que o juiz com seu grande conhecimento, pudesse, melhor do que ninguém, aproveitar-se de tal situação para conseguir chegar à verdade dos fatos, até mesmo aqueles que não estavam presentes na acusação.

Consoante expõe Foucault, “ele constituía sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado”.⁴⁶

Desse modo, ao inquisidor atribuía-se as tarefas de inquirir, acusar e julgar o suspeito, ficando em suas mãos o impulso processual.⁴⁷ Portanto, acreditava-se que ele era o responsável em buscar toda a verdade dos fatos em face do acusado (herege).

Sendo o imputado o detentor da verdade, viu-se a confissão como uma alternativa perfeita para o processo, pois com ela não haveria mais necessidade de prova alguma, ela por si só seria o suficiente. Mesmo que a confissão ocorresse de forma coercitiva ou induzida era a maneira mais fácil para se chegar ao resultado esperado. Assim, para que as confissões surgissem, encontrou-se outra maneira de fazê-las, através da tortura, tanto a tortura psicológica quanto a tortura corporal. E assim deu-se com o surgimento do mecanismo da tortura, um meio eficaz de confissão para o sistema.

Sabe-se que não foi o sistema inquisitório quem inventou a tortura, mas sabe-se que foi através dele que o justificaram.⁴⁸

⁴⁴ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Vol. I..., p. 23 *apud* SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 47.

⁴⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 42.

⁴⁶ FOUCAULT, M.. **Vigiar e punir**. 6 ed., trad. Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 36 *apud* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 42.

⁴⁷ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 95.

⁴⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 46.

Sem embargo, afirma Cordero, “ainda que a tortura constitua a vergonha do gênero humano⁴⁹ e repugne a razão, ela prevaleceu no processo inquisitório porque era útil e necessária ao sistema”.⁵⁰

Nessa linha, expõe Verri:

“Ademais, a razão corresponde rigorosamente ao fato. Qual é o sentimento que nasce no homem, ao sofrer uma dor? Este sofrimento é o desejo de que a dor pare. Quanto mais violento for o suplício, tanto mais violento será o desejo e a impaciência de que chegue ao fim. Qual é o meio com que o homem torturado pode acelerar o término da dor? Declarar-se culpado do crime pelo qual é investigado. Mas é verdade que o torturado cometeu o crime? Se a verdade é sabida, é inútil torturá-lo; se a verdade é duvidosa, talvez o torturado seja inocente, e igualmente levado a se acusar do crime. Portanto, os tormentos não constituem um meio para descobrir a verdade, e sim um meio que leva o homem a se acusar de um crime, tenha-o ou não cometido”.⁵¹

Com efeito, “o que se buscava, na realidade, era a manutenção do poder através do controle dos corpos, na tentativa de torná-los obedientes e úteis ao sistema”⁵², pois “é dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado”.⁵³

Ademais, nota-se que o sistema inquisitório tem como resultado notório o afastamento do contraditório, considerando apenas a verdade dos fatos aquela apontada pelo magistrado.

Portanto, o juiz pode primeiro decidir o caso penal e só depois buscar a prova necessária para fundamentar a decisão, chamando tal ato de primado das hipóteses.⁵⁴

De acordo com Coutinho:

“Um sistema com a referida estrutura, como parece elementar, tende a prevalecer no tempo, embora passível de mudanças secundárias. É assim que permanece, na essência, para nós, até hoje; e continuará prevalecendo – até porque sustenta o *status quo* e, portanto, serve a quem detém o poder em qualquer regime – enquanto as pessoas não se derem conta que a democracia processual só será alcançada (ou pelo menos estará próxima), quando for ele superado, avançando-se em direção da efetivação plena do contraditório, em um processo de partes que cubra toda a

⁴⁹ CORDERO, Franco. **La reforma...** Op. cit., p. 716 *apud* POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 104.

⁵⁰ CORDERO, Franco. **Guída...** Op. cit., p. 49 *apud* POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 104.

⁵¹ VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. trad. Federico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 80 *apud* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 45-46.

⁵² POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 105.

⁵³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar...** Op. cit., p. 118 *apud* POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 105.

⁵⁴ CORDERO, Franco. **Guída...** Op. cit., p. 51 *apud* POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 107.

persecução penal e, portanto, veja excluído, no nosso caso, o malfadado Inquérito Policial”.⁵⁵

Por fim, vale ressaltar que no referido sistema cabe fundamentalmente ao magistrado a gestão das provas. Assim, o sistema inquisitório “[...] foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”.⁵⁶

2.1.2. Modelo Acusatório

O sistema processual penal acusatório teve sua origem no século XI na Inglaterra medieval⁵⁷, dando início efetivo ao referido sistema após a invasão comandada por Guilherme, o Conquistador.⁵⁸

Como já mencionado acima, o sistema acusatório é regido pelo princípio dispositivo, onde as partes são responsáveis pela gestão das provas, ou seja, as provas são a elas atribuídas.

Por volta dos séculos XII e XIII sabe-se que a história do direito inglês foi semelhante àquela dos países continentais. Nota-se que ela integrou o Império Romano entre os séculos I ao V e, que sofreu pouquíssima influência do direito romano, assim, desenvolvendo-se de forma autônoma. Pode-se dizer que até o século XII, o direito inglês tinha como fonte o costume.

Foi nessa época que a Inglaterra passou por um histórico de sucessivas invasões e converteu-se ao cristianismo com a missão de Santo Agostinho, no ano de 596. O direito inglês até então não era muito conhecido.⁵⁹

Importante ressaltar o ano de 1066, marcante para a história da Inglaterra, pois foi quando ocorreu a conquista de Guilherme da Normandia.

Após essa conquista, Guilherme manteve os direitos anglo-saxões instaurando o regime feudal, assim, dando forças e instaurando o poder real. Surge aqui uma disputa entre barões e

⁵⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 47-48.

⁵⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito...** Op. cit., p. 103 *apud* POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 110.

⁵⁷ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p.111.

⁵⁸ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.15.

⁵⁹ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 15-16.

reis. Os reis que o sucederam foram impondo sua autoridade nos mais diversos territórios do seu reino, desenvolvendo assim, sua jurisdição.⁶⁰

Formados por litigantes, os juízes eram profissionais técnicos práticos, que se utilizavam dos precedentes judiciais para os julgamentos dos litígios. Por sua vez, eram estudiosos que se dedicavam exclusivamente ao estudo do direito, mas não tinham formação universitária.⁶¹

As velhas práticas advindas do direito germânico não interessavam ao poder central. “A solução seria superá-las, para seu fortalecimento (do rei) e, aqui, resta nítido como a superação se faz por motivo diametralmente oposto àquele que levou ao sistema inquisitório”.⁶²

Foi em decorrência de tais acontecimentos que se desenvolveu o *common law*, “que é, por oposição aos costumes locais, o direito de toda Inglaterra”.⁶³ Importante salientar que a estrutura como se conhece o *common law* hoje, apareceu somente com o reinado de Henrique II.

Desse modo, pode-se sublinhar que para resolução dos conflitos na Inglaterra existiram diferentes jurisdições: a *County Court* ou *Hundred Court*, as jurisdições eclesiásticas, senhoriais, municipais ou comerciais e as reais.⁶⁴

Sabe-se que o Rei julgava apenas os casos excepcionais, fazendo de sua jurisdição um meio extraordinário, assim, não sendo levado até ele qualquer caso. Na sequência, os demais litigantes (não excepcionais) eram julgados nas diferentes jurisdições conforme mencionado acima.⁶⁵

Com o passar do tempo, foram instauradas seções especializadas para cada matéria tratada, desta forma, criando Tribunais individualizados.

Um problema surgiu quando os senhores Barões não mais aceitaram se submeter as jurisdições reais, pois acreditavam que isso afetaria sua soberania e, queriam continuar com seus domínios. Foi em decorrência do conflito entre Reis e Barões que surgiu uma importante estruturação ao sistema acusatório.⁶⁶

⁶⁰ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 113-114.

⁶¹ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 114.

⁶² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 48-49.

⁶³ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 20.

⁶⁴ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 115.

⁶⁵ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 116.

⁶⁶ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 116-117.

Portanto, a competência dos Tribunais Reais foi diminuída e “com isso, eles puderam modernizar o processo e submeter o julgamento dos casos (litígios) a um júri, enquanto as demais jurisdições restavam aplicar um sistema arcaico de provas”.⁶⁷

Dessa forma, as jurisdições senhoriais foram acabando aos poucos e, no final da Idade Média os únicos que ainda administravam a justiça foram os Tribunais Reais.

Agora, qualquer pessoa prejudicada poderia formular uma petição pedindo justiça ao Rei. Essa petição era examinada pelo Chanceler que determinava se merecia ou não ser avaliada pelo Rei, caso fosse corretamente fundamentada, ele emitia uma ordem chamada de *writ*. Essa ordem era enviada a um representante local do Rei chamado de *sheriff*.⁶⁸

Foi desse processo pelo júri ou *Trial by jury* “aos quais se assemelha em seu caráter irracionalmente apodítico, nasceu o estilo acusatório”.⁶⁹

Como observa Geraldo Prado:

“A forma de atuação dos mecanismos de resolução de conflitos de interesses adotados na Inglaterra, como consectário lógico da técnica usada para requerer as jurisdições reais, afastou o direito inglês do modelo romano-canônico, imperante no resto da Europa e possibilitou aos juízes profissionais, com a formação prática, a introdução de um mecanismo de recurso a precedentes (*cases*), a rigor condenados nos *Years Books*, escritos em francês (*Law French*)”.⁷⁰

Coutinho assevera que “o processo penal inglês, assim, dentro do *common law*, nasce como um autêntico processo de partes, diverso daquele antes existente. Na essência, o contraditório é pleno; e o juiz estatal está em posição passiva, sempre longe da colheita de provas”.⁷¹

Assim se fez um processo de partes, onde o sujeito não é mais visto somente como um acusado, mas sim como um cidadão comum portador de seus direitos e garantias individuais, sendo plenamente respeitado.

Portanto, pode-se dizer que a maior distinção entre o processo acusatório e o processo inquisitório está na gestão da prova, pois ela é confiada somente às partes, tirando totalmente tal atribuição das mãos dos juízes, assim trazendo à tona o contraditório.

⁶⁷ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 117.

⁶⁸ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 119.

⁶⁹ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 23.

⁷⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 107 *apud* SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 24.

⁷¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 50.

Conforme expõe Lopes Júnior:

“É importante destacar que a principal crítica que se fez (e se faz até hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação a inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. Esse sempre foi o fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se (através da inquisição) um gravíssimo erro”.⁷²

No sistema acusatório tem-se a distinção muito clara das atividades processuais de acusar e julgar. O julgador se torna um mero espectador a espera da apresentação das provas que foram produzidas pelas partes.

Por fim, vale lembrar as principais características enumeradas por Barreiros referente ao sistema acusatório, tais como: “o órgão julgador é formado por uma Assembleia de jurados populares; as partes possuem igualdade de condições; o magistrado é árbitro, a acusação dos delitos públicos se dá através de ação popular; aquela dos delitos privados compete ao ofendido; o processo é oral, público e contraditório; a prova é avaliada pela livre convicção; a sentença faz coisa julgada; e a liberdade do acusado é regra”.⁷³

É manifesto que o sistema acusatório tende a assegurar de forma mais visível os direitos e garantias do indivíduo, afastando possíveis influências, “pois se torna uma ordenação limitadora do poder estatal em favor do indivíduo, numa espécie de *Magna Charta*. O Estado, ao proteger o cidadão, protege a si próprio contra a hipertrofia do poder e os abusos que dele decorrem”.⁷⁴

2.2. GARANTIAS PROBATÓRIAS CONSTITUCIONAIS PRÓPRIAS AO SISTEMA ACUSATÓRIO

Importante enfatizar que a nossa Constituição Federal não prevê expressamente uma garantia de um processo penal regido pelo sistema acusatório. “Contudo, nenhuma dúvida

⁷² LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 9. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

⁷³ BARREIROS, José Antônio. **Processo...** Op. cit., p. 12 *apud* POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 130.

⁷⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito...** Op. cit., p. 64-65 *apud* POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 130.

temos da sua consagração, que não decorre da lei, mas da sua interpretação sistemática da Constituição”.⁷⁵

Essa, contudo, é uma concepção que deve ser obrigatoriamente considerada, pois conforme pressupostos básicos do sistema acusatório, tem-se por considerar fielmente a dignidade da pessoa humana e uma valoração do cidadão.

Em suma, vale destacar que o sistema inquisitório vem com um histórico de sistema político autoritário, desrespeitando os direitos e as garantias individuais do cidadão; enquanto isso no sistema acusatório tem-se um modelo de sistema democrático, onde o cidadão é respeitado pelos seus direitos e garantias.

Lopes JR assevera que a “democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica”.⁷⁶ Assim, delinea-se que a democracia e o sistema acusatório a grosso modo, falam a mesma língua.

Além do mais, a Constituição Federal de 1988 traz encartada uma série de regras que delineiam um modelo acusatório, conforme será exposto.

De acordo com o artigo 129, inciso I, são funções institucionais do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; assim trazendo a titularidade exclusiva da ação penal pública por parte do Ministério Público.

Ademais, o artigo 93, inciso IX trata que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, ou seja, exigindo uma fundamentação das decisões judiciais.

E, por fim, temos o artigo 5º que trata dos princípios constitucionais. Importante mencionar os incisos LIV ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, enfatizando o devido processo legal; enquanto o inciso LV traz 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, ou seja, ele traz especificadamente o direito ao contraditório e a ampla defesa aos cidadãos e, o inciso LVII delinea que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ao qual nos remete ao princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, entende-se que a Constituição de 1988 molda um sistema acusatório recheada de regras, conforme acima exposto. Em contrapartida tem-se um Código de Processo Penal de 1941 claramente inquisitorial.

⁷⁵ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 9º ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 233.

⁷⁶ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 9º ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 233.

Segundo entendimento doutrinário, sabe-se que os textos legislativos trazidos no Código de Processo Penal com natureza inquisitorial deverão ser considerados inconstitucionais e desta forma, deverão ser afastados do ordenamento jurídico vigente.

Como ensina Lopes JR “a imparcialidade do julgador decorre não de uma virtude moral, mas de uma estrutura de atuação”.⁷⁷ Assim, como já exposto, toda a gestão da prova ficará a cargo das partes, devendo o juiz manter a sua imparcialidade e, não produzir prova alguma.

É imperioso que seja citado o artigo 156 do Código de Processo Penal, dispositivo que traz à tona poderes introdutórios de atribuições ao juiz. Entende-se que tal dispositivo deva ser expurgado, uma vez que, fere a estrutura do sistema acusatório.

Como garantia nítida ao sistema acusatório tem-se a imparcialidade do julgador, pois “o sistema acusatório exige um juiz-espectador, e não um juiz-ator (típico do sistema inquisitório)”.⁷⁸

Com acerto Coutinho assevera:

“Se o processo tem por finalidade entre outras, a reconstituição do crime, enquanto fato histórico, através da instrução probatória, é a gestão da prova o princípio unificador que irá identificar se o sistema é inquisitório ou acusatório. Se a gestão da prova está nas mãos do juiz, como ocorre no nosso sistema, à luz do art. 156 (entre outros) estamos diante de um sistema inquisitório (juiz-ator). Contudo, quando a gestão da prova está confiada às partes, está presente o núcleo fundante de um sistema acusatório (juiz-espectador).”⁷⁹

Dessa forma, resta evidente que nosso sistema é inquisitório, uma vez que, não existe um sistema puro, como já explanado anteriormente.

Coutinho afirma que não podemos mais falar em um sistema processual puro, e parte daqui a defesa que o sistema Processual Penal vigente no Brasil é na sua essência inquisitório, regido pelo princípio dispositivo, “já que a gestão das provas está, primordialmente nas mãos do juiz”.⁸⁰

Assim, não existindo um sistema puro, acreditando-se que todos os sistemas sejam mistos é importante sublinhar que obviamente não pode existir um princípio misto, o que restaria evidente uma desfiguração do dito sistema.⁸¹

⁷⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 9º ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 234.

⁷⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 9º ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 234.

⁷⁹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. **Introdução aos Princípios...**, p. 2 *apud* LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 9º ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 234-235.

⁸⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre a propedêutica penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 30.

⁸¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre a propedêutica penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 30.

Não obstante, o sistema misto significa ser sua “essência inquisitório e acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários) que de um sistema são emprestados ao outro”.⁸²

2.2.1. Direito à Paridade de Armas

No processo penal a paridade de armas diz respeito a igualdade de garantias para ambas as partes. Ponderando que as partes possuem interesses iguais no processo, acredita-se que a isonomia deverá persistir processualmente, assim, a paridade de armas deverá ser materializada em todos os atos processuais.

Segundo Diogo Malan “o direito fundamental à investigação defensiva, portanto, pode ser duplamente fundamentado: (a) no direito à prova defensiva, na medida em que seu exercício em juízo pressupõe prévia atividade investigativa; e, (b) na garantia da paridade de armas.”⁸³

Argumenta-se que o respeito à paridade de armas decorre dos princípios do contraditório, do devido processo legal, da ampla defesa e é claro o direito a dignidade. Assim, defende-se que tanto acusação quanto defesa tenham acesso a meios processuais equivalentes. Evitando assim, qualquer benefício para ambas as partes.

Decisivo salientar que o direito de investigação própria concedido também a defesa compõe um importante marco de busca pela igualdade de oportunidades processuais. “Afinal, de contas, dentre as inúmeras desigualdades materiais que desfavorecem o imputado no sistema penal brasileiro, talvez a mais significativa ocorra justamente na fase de investigação preliminar do delito”.⁸⁴

De acordo com Carnelutti, o acusador e o defensor “são dois esgrimistas – há que haver a paridade de armas para poderem lutar de forma igualitária”.⁸⁵

No contexto da paridade de armas é importante destacar que a prova está diretamente ligada ao contraditório, sendo obtida tanto pelo acusado quanto pelo acusador, defende-se que essa prova produzida na investigação prévia deverá ser submetida ao contraditório também,

⁸² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre a propedêutica penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 30.

⁸³ MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 407.

⁸⁴ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 165.

⁸⁵ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Edcamp, 2002. p. 41-42 *apud* ZANARDI, Tatiane Imai. Investigação criminal defensiva: uma prática a ser difundida. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 8, n 14, p. 191-216, jan/jun. 2016, p. 197.

pois no atual sistema o que se observa é o convencimento do juiz através do inquérito policial. Ademais, os vícios e erros que podem conter nos inquéritos policiais e conseqüentemente os problemas gerados para sempre na ação penal, pode se tornar aterrorizante para o imputado.

Note-se nesse contexto que o acusado não pode ser apenas um objeto da investigação, ele é um sujeito de direitos assegurados por um rol exaustivo de garantias.⁸⁶

Acredita-se que “é a partir da investigação defensiva na fase preliminar que o advogado ou membro da Defensoria Pública terão o pleno controle da atividade de defesa e poderão aprimorar o seu modo de agir na tutela de interesses do imputado”.⁸⁷

Conforme entendimento do professor Leonardo Marcondes Machado:

“É justamente com o fito de rever essa absoluta desproporcionalidade, que garante ao órgão acusador uma posição de superioridade na produção das teorias possíveis do caso penal e do manejo dos instrumentos de negociação defensiva. A hipótese, portanto, conforme já dito anteriormente, se funda na exigência democrática de paridade de armas indispensável ao devido processo penal”.⁸⁸

Assim, importante enfatizar a relevância social acerca do assunto, pois a investigação defensiva e a garantia da paridade de armas se tornam essenciais para o devido processo penal.

Franklyn destaca ainda, que a preservação do contraditório seria talvez uma das missões mais importantes do magistrado e que o contraditório não deve ser aceito por uma visão reducionista do princípio. Considerando a importância da participação do contraditório na relação processual, a “doutrina moderna também reconhece a possibilidade de se exercer a influência sobre o juiz na tomada de decisão como uma terceira característica do princípio”.⁸⁹

Nessa linha de pensamento, sustenta-se que não basta apenas o imputado se manifestar no processo, ele precisa fazer do todo, ou seja, cooperar, contribuir na “busca da decisão do mérito, de forma que influencie no convencimento do juiz e na interpretação das normas discutidas na lide, em um autêntico contraditório participativo”.⁹⁰

⁸⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 417.

⁸⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 417.

⁸⁸ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 172.

⁸⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 417.

⁹⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 417.

2.2.2. Direito à Prova Defensiva

Sabe-se que o direito fundamental do acusado à prova defensiva foi consagrado textualmente em nosso ordenamento jurídico brasileiro constitucional.

Malan delinea “o chamado direito à prova defensiva, segundo a doutrina, se encontra previsto na cláusula do *compulsory process*, que não se esgota em seu teor literal (direito “à notificação para comparecimento compulsório das testemunhas de defesa”).⁹¹ Assim, acredita-se que a cláusula mencionada não abrange só o comparecimento obrigatório das testemunhas e defesa, mas também a “admissão em juízo de todos os elementos probatórios testemunhais propostos pelo acusado, desde que sejam lícitos e relevantes”.⁹²

É nessa linha de defesa e pensamento que Malan enfatiza a importância de trazer tais procedimentos utilizados no modelo norte-americano para o processo penal brasileiro, pois acredita que “somente a defesa técnica efetiva consegue propiciar um verdadeiro confronto da prova de acusação em Juízo, que é a finalidade precípua do chamado processo penal de partes”.⁹³

A seguir é referenciado uma série de garantias mínimas reconhecidas para um processo justo relativo ao direito fundamental do acusado à prova defensiva verificada nos textos internacionais sobre direitos humanos.

Partindo da Declaração Universal dos Direitos Humanos firmada em 1948 que trata em seu art. XI, assegurando ao acusado o direito “toda pessoa acusada de delito tem direito, a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.⁹⁴

Em seguida tem-se a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, art. 6, 3, *b*: “dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa”; e, art. 6, 3, *d, in fine*: “obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação”.⁹⁵

⁹¹MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 393.

⁹²MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 393.

⁹³MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 394.

⁹⁴GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: **Editora Revista dos Tribunais**, 1997, p. 73.

⁹⁵MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 404.

Pode-se citar também a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969 que prevê em seu art. 8, 2, *c*: “concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa”; e o art. 8, 2, *f*: “direito da defesa de (...) obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”.⁹⁶

Observação interessante é que tanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos quanto o Pacto de São José da Costa Rica foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro através dos decretos 592/1992 e 678/1992, respectivamente. Ademais, os referidos decretos são incorporados com hierarquia de normas constitucionais, pois se tratando de tratados internacionais de acordo com o art. 5º, § 2º da CF/88 ganham tal força.

E por último, promulgado no Brasil pelo Decreto 4.388/2002 tem-se o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional qual aduz: art. 67, 1, *b* “assegura aos acusados o direito a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação das suas defesas” e, art. 67, 1, *e* “obter o comparecimento das testemunhas de defesa na mesma condição das testemunhas da parte processual acusadora e apresentar defesa e a oferecer qualquer outra prova admissível, de acordo com o presente Estatuto”.⁹⁷

A respeito dessa matéria o doutrinador Malan delinea que em nosso ordenamento jurídico temos também a Carta Constitucional de 1988 que “assegura o direito dos cidadãos à ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF/1988). Tal direito engloba diversas faculdades ao acusado, corolários lógicos do direito à ampla defesa que igualmente se revestem de dignidade normativa constitucional”.⁹⁸

É importante salientar que, embora não consagrados textualmente, alguns doutrinadores acreditam na existência de princípios constitucionais implícitos decorrentes de uma interpretação lógico-sistemática.

Segundo Franklyn, conforme previsão no art. 5º, LV, da CRFB os princípios da ampla defesa e do contraditório estão “alçados ao nível constitucional e convencional e representam os elementos-chave para o embasamento da investigação criminal defensiva, os seus pilares de sustentação no sistema jurídico interno”.⁹⁹

⁹⁶MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 404.

⁹⁷MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 405.

⁹⁸ MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 405.

⁹⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 411.

Assim, em decorrência do reconhecimento dos princípios supracitados, garantidores de que provas ilícitas serão inadmissíveis, acredita-se que o direito à prova ostenta uma ideologia de direito fundamental.¹⁰⁰ Tal fundamentação é extraída dos incisos LV e LVI, art. 5º da CF/88.

Malan enfatiza que a prova para tal conclusão vem do fato de que o próprio legislador constituinte não se limitou a “assegurar a cláusula da ampla defesa, fazendo menção expressa aos meios e recursos a ela inerentes”.¹⁰¹ E de acordo com o § 2º do art. 5º da CF/88 “ressalva que os direitos e garantias nela consagrados não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”.¹⁰²

Em suma, diante de tais fundamentações, é possível concluir que o direito à ampla defesa possui um viés constitucional implícito, de modo a efetivar verdadeiros pressupostos para que esse direito fundamental faça parte do dia a dia do sistema de administração da Justiça criminal.¹⁰³

O direito à prova nada mais é do que a possibilidade que ambas as partes possuem de levantarem todos os meios de provas lícitas possíveis que revelem a veracidade de suas alegações e assim, conseqüentemente apresentá-los para a autoridade competente, afim de efetivarem a sua defesa.

Na precisa lição de Diogo Malan o direito à prova defensiva avulta a importância que “se consubstancia no direito subjetivo à incorporação de material probatório aos autos do processo judicial, possuindo o mesmo fundamento político-criminal e a mesma natureza jurídica dos direitos fundamentais de ação e de defesa”.¹⁰⁴

Nesse sentido, a defesa não precisará se limitar a apresentar como meio de convencimento ao juiz somente os memoriais escritos, as sustentações orais, etc., mas também poderá elencar em sua defesa a produção de prova.

Importante enfatizar que tal direito não se limita à fase judicial da persecução penal, dessa forma, “estendendo-se à fase de investigação preliminar do delito. De fato, durante essa

¹⁰⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 411.

¹⁰¹ MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 405.

¹⁰² MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 405.

¹⁰³ MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 405.

¹⁰⁴ MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 406.

fase investigativa podem ser produzidas provas cautelares, não reproduzíveis ou antecipadas, todas elas passíveis de valoração pelo Juiz criminal na sentença (art. 155 do CPP).¹⁰⁵

Assim, acredita-se que já na fase de investigação preliminar o acusado possui direito de juntar todos os elementos informativos que lhe serão favoráveis, independente se for para o uso do convencimento do juiz da sentença criminal ou para o juízo de inadmissibilidade por parte da acusação.

Nessa esteira pontou Antonio Magalhães Gomes Filho:

“[...] o direito à prova também deve ser reconhecido antes ou fora do processo, até como meio de se obter elementos que autorizem a persecução, ou possam evitá-la. Partindo dessa constatação, parece possível identificar, num primeiro momento, um direito à investigação, pois a faculdade de procurar e descobrir provas é condição indispensável para que se possa exercer o direito à prova; na tradição inquisitorial, as atividades de pesquisa probatória prévia constituem tarefa confiada (Polícia Judiciária e Ministério Público), mas, no modelo acusatório, com a consagração do direito à prova, não ocorre ser possível negá-las ao acusado e ao defensor, com vistas à obtenção do material destinado à demonstração das teses defensivas”.¹⁰⁶

Em síntese de tudo o que foi exposto, pode-se sustentar que os princípios do contraditório e da ampla defesa dão o suporte necessário ao direito do acusado à prova e, que a atividade da investigação defensiva é inserida como um procedimento defensivo com um propósito probatório muito claro e específico de favorecimento das partes.

2.3. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Entende-se como investigação criminal defensiva a possibilidade da parte (defesa) participar de umas das fases mais importantes, que é a fase antejudicial da persecução penal, onde poderá provar a fim de se defender.

Para uma melhor compreensão, Baldan traz uma definição muito ampla e alentada a respeito da investigação defensiva:

“Investigação defensiva é o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para

¹⁰⁵ MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 406.

¹⁰⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: **Editora Revista dos Tribunais**, 1997, p. 86-87.

pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial”.¹⁰⁷

Em resumo, “trata-se, da possibilidade de o imputado realizar diretamente a investigação da notícia crime, por meio de seu defensor, a fim de reunir os elementos de convicção que lhe sejam favoráveis”.¹⁰⁸

Acredita-se que diante de todas as desigualdades materiais encontradas no âmbito do sistema penal brasileiro, a mais expressiva ocorra na investigação preliminar do delito.¹⁰⁹

Conforme Leonardo Marcondes Machado, a questão se apresenta da seguinte forma: “esse direito ao desenvolvimento de investigação própria, que deve ser outorgado também à defesa, constitui nítida expressão da busca por igualdade de oportunidades processuais em um sistema acusatório”.¹¹⁰

Segundo Malan “nessa etapa, o Estado dispõe da Polícia Judiciária, órgão dotado dos recursos humanos e materiais necessários para a colheita dos elementos informativos sobre a autoria e materialidade da infração penal”.¹¹¹

Importante mencionar que o Ministério Público também vem estruturando órgãos investigativos e periciais próprios, mesmo tendo como poderes o de solicitar diligências e instauração de inquérito policial à Polícia Judiciária, conforme art. 129, VII da CF/1988.¹¹²

Vislumbra-se que a defesa possa estar investigando para encontrar meios de provas para sua inocência por meios próprios ou contatar um investigador particular, mas sabe-se que comparado ao Estado, na maioria das vezes o investigado carece de infraestrutura.

Inúmeras são as vantagens que se pode citar em relação a investigação defensiva, mas a mais importante é sobre o conhecimento que o imputado terá em relação aos elementos desfavoráveis, podendo assim, delinear de forma acertada a sua defesa investigativa na relação processual.¹¹³

¹⁰⁷ BALDAN, Édson Luís. Investigação Defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007, p. 8-9.

¹⁰⁸ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p.164.

¹⁰⁹ MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 390.

¹¹⁰ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 165.

¹¹¹ MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 390.

¹¹² MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 390.

¹¹³ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 426.

Diogo Malan enumera uma série de óbices onde tal iniciativa esbarra, tais como: a insuficiência de recursos da clientela do sistema penal brasileiro; a falta de regulamentação da investigação particular acerca dos direitos e deveres dos defensores técnicos no Código de Processo Penal e, a falta notória de percepção quanto a importância da investigação defensiva por parte dos operadores jurídicos brasileiros.¹¹⁴

Franklyn trata como sujeitos essenciais da investigação criminal o Delegado de Polícia e seus auxiliares, o Ministério Público e seus auxiliares, órgãos públicos com poderes investigatórios, o indiciado, a defesa técnica e seus auxiliares, o querelante, os peritos e os intérpretes.¹¹⁵ Cada qual desempenhando o seu papel na apuração dos fatos, e que sem eles, não haveria possibilidade de desenvolver a investigação criminal.

Assim sendo, vale a pena ressaltar a importância da não participação do juiz em realizar atos de investigação nessa fase, por garantia da sua imparcialidade.

Convém mencionar, o conceito que Franklyn traz para defesa, dizendo que ela “não representa apenas a resistência a uma pretensão, mas a conduta proativa de agir na tutela dos interesses do defendido, não só no aspecto da apresentação de argumentos, mas também na pesquisa e identificação de fonte de provas”.¹¹⁶ E acredita-se que isso só será possível a partir da execução da atividade investigatória.

Malan expõe que “o direito fundamental à investigação defensiva, pode ser duplamente fundamentado: no direito à prova defensiva, na medida em que o seu exercício em Juízo pressupõe prévia atividade investigativa e na garantia da paridade de armas”.¹¹⁷

Neste campo da investigação defensiva vale destacar que a produção dos elementos informativos coletados está diretamente ligada com a produção probatória.¹¹⁸

Dessa forma, acredita-se que de acordo com o princípio da *par condicio*, o acusado deva dispor dos mesmos poderes investigativos que o Ministério Público.

Opiniões contrárias à investigação criminal defensiva amparam que as investigações realizadas tanto pela Polícia Judiciária quanto pelo Ministério Público seriam feitas por órgãos do Estado completamente imparciais, desta forma, realizando uma investigação com o mesmo

¹¹⁴ MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 390-391.

¹¹⁵ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 363.

¹¹⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 423.

¹¹⁷ MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 407.

¹¹⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 423.

grau de probabilidade, ou seja, tanto favoráveis, quanto desfavoráveis ao acusado. Outro ponto que vale mencionar é a respeito da gestão da prova ser atribuída ao juiz, pois ele seria apto a produzir elementos probatórios com a mesma escala para incriminar ou inocentar o acusado.¹¹⁹

Para o primeiro argumento exposto, Malan traz uma explicação da psicologia e da sua prática profissional:

“[...] quem investiga determinados fatos precisa previamente formular determinada hipótese acerca desses fatos, que a subsequente investigação confirmará ou não. Ocorre que tal hipótese tende a condicionar o próprio desfecho das investigações, tornando o investigador (de forma consciente ou não) receptivo àqueles elementos informativos que corroboram sua própria hipótese inicial, e hostil com relação aos demais (que a desmentem). Assim sendo, não é correto considerar as investigações policiais ou ministeriais perfeitamente aptas a obter quaisquer elementos informativos favoráveis ao acusado”.¹²⁰

Além do mais, coloca-se em dúvida a imparcialidade dos órgãos investigativos, pois sabe-se que tanto o Ministério Público quanto a Polícia Judiciária exercem o papel punitivo por parte do Estado. Outro ponto relevante é quanto a grande pressão midiática e popular que esses órgãos sofrem, pela cobrança de respostas aos crimes, o que muitas vezes pressionados acabam deixando passar fatos investigativos que demandariam maior tempo para investigação.

Sobre o segundo questionamento, eloquente assinalar que quando se fala em um sistema acusatório onde a imparcialidade do juiz deve ser preservada, as partes processuais tornam-se as protagonistas. Além do mais, o juiz não deverá participar de nenhum ato de investigação preliminar.

Com efeito, resta demonstrado a existência em nosso ordenamento jurídico de um direito fundamental à investigação defensiva, ficando o seguinte questionamento: esse direito de fato está sendo proporcionado e efetivado aos acusados?

Segundo Malan, a resposta é negativa. Em primeiro lugar ele pontua sobre a insuficiência de recursos por parte da clientela. Em segundo lugar cita que o Estatuto Processual Penal vigente necessita de regulamentação mínima a respeito da investigação defensiva, pois “trata-se de paradoxo, na medida em que o direito à prova defensiva na fase judicial pressupõe prévia atividade investigativa por parte do defensor técnico na etapa da investigação preliminar”.¹²¹

¹¹⁹ MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 407-408.

¹²⁰ MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 408.

¹²¹ MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 409.

“Essa lacuna normativa tem como consequência práticas diretas: (a) inviabilizar o acesso o defensor técnico a informações sigilosas e impedir a colheita coercitiva de declarações testemunhais por ele; (b) expor o defensor técnico que realize atividade investigativa ao risco de acusações pela prática de infrações penais contra a Administração da Justiça; (c) induzir preconceito contra a credibilidade de elementos informativos amealhados durante a investigação defensiva. Essa deficiência legislativa é agravada pela falta de qualquer menção, nos estatutos deontológicos advocatícios, a dever ético de realizar investigação criminal defensiva. [...] No plano empírico, constata-se absoluta ausência de pesquisas acerca da prática de investigação criminal defensiva no dia a dia do sistema penal brasileiro”.¹²²

Em suma como já assegurado, a Constituição Federal deixa evidente uma defesa penal ampla aos acusados, deixando de lado a ideia de uma inexistência de previsão legal, a única coisa que resta indagar é sobre a sua amplitude.

Por fim, acredita-se que a investigação criminal defensiva ganhará força se bem observado a paridade de armas e com a devida aplicação do contraditório nas investigações.

2.3.1. Investigação Defensiva e os Modelos Estrangeiros

Imperioso destacar uma breve análise comparativa sobre alguns modelos de investigação criminal defensiva em diferentes países e suas devidas importações jurídicas.

O sistema norte-americano atribuí as partes (acusação e defesa) a produção de provas que julgarem necessárias e indispensáveis para alcançarem o resultado final (absolvição ou a acusação) da lide. Desta forma, tanto a acusação quanto a defesa ficarão responsáveis pela investigação dos fatos, consultas técnicas, inquirição de testemunhas, etc.

Já no sistema inglês o responsável em realizar as investigações é a Polícia, então responsável em promover a ação penal, mas com a assistência jurídica de um advogado (solicitor). Importante destacar que o Ministério Público foi criado recentemente na Inglaterra e que somente em 1985 foi criado o Serviço de Persecução da Coroa.¹²³

Nesse sistema a Polícia busca provas para apresentar em Juízo enquanto o solicitador busca provas e elementos favoráveis ao seu cliente. De acordo com René David é um “processo entre particulares: não é uma luta desigual entre um acusador público, vestindo uma toga de juiz, sentando-se no mesmo estrado do juiz, tendo relações de amizade com este, e um pobre

¹²² MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 409-410.

¹²³ AZEVEDO, André Boiani e, BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004, p. 5.

coitado sobre o qual pesam, desde a origem do processo, as suspeitas”.¹²⁴ Dessa forma, acredita-se que pouca importa quem seja qual, ou seja, é um processo entre dois cidadãos, onde um acusa e outro defende, ambos estão abaixo do juiz inglês que vai arbitrar suas pretensões adversas, num mesmo plano.¹²⁵

Enquanto o sistema italiano oferece um modelo absolutamente adverso, pois no processo italiano o Ministério Público é integrante da carreira da Magistratura, “dispõe de plena autonomia funcional e de amplos poderes de investigação, restando à polícia judicial, após uma intervenção inicial, a transmissão da notícia crime ao promotor público que, desde logo, cuidará de dirigir as diligências apuratórias restantes”.¹²⁶

A Lei italiana n.º. 397, de 07/12/2000 teve os seus artigos 327 e 391 do código alterados, finalmente expondo a respeito de matérias exclusivas sobre a investigação defensiva, colocando nas mãos dos advogados de defesa diversas ferramentas à produção de evidências probatórias em favor do acusado. “Perceptível que o advogado, nessa inédita sistemática, detém a direção, o controle e responsabilidade da investigação defensiva e, portanto, não é mais o espectador passivo do desenrolar processual, mas assume um papel dinâmico no processo”.¹²⁷

Baldan, sabidamente, fez um breve comparativo entre os sistemas estrangeiros e o sistema brasileiro e, que se fosse comparar pela similitude operacional o sistema italiano estaria em maior simetria com o brasileiro. “Neste, pois, devemos buscar subsídios para uma intelecção paragonada do exato papel do defensor no processo penal, com sintética abordagem do singular mecanismo da investigação defensiva como ali concebido”.¹²⁸

¹²⁴ DAVID, René. **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 50 *apud* AZEVEDO, André Boiani e, BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004, p. 5-6.

¹²⁵ DAVID, René. **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 50 *apud* AZEVEDO, André Boiani e, BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004, p. 5-6.

¹²⁶ AZEVEDO, André Boiani e, BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004, p. 6.

¹²⁷ AZEVEDO, André Boiani e, BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004, p. 7.

¹²⁸ AZEVEDO, André Boiani e, BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004, p. 6.

2.3.2. Importação Jurídica Necessária ao Modelo Brasileiro

Prelecionava Carnelutti que “os discursos, as informações trazidas pelo defensor e pelo acusador se assemelham a uma roda giratória colorida. Ao girar rapidamente, as cores produzem luz”.¹²⁹ Assim, resta evidente comentar que essa luz ao qual Carnelutti mencionava tem refletido opaca, sem muitas cores para o defensor, pois de um lado tem-se o crescimento de estruturas repressoras e de outro a limitação de meios defensivos.

As vantagens que a investigação defensiva traz para o panorama processual penal são exaustivas, se listadas, isto porque é possível permitir à defesa organizar-se de maneira adequada e “sustentar a própria tese, seja porque contribui a garantir o direito à prova em qualquer estado e grau do procedimento, seja, enfim, porque volta-se a realizar cabalmente o princípio de paridade que, como já dito, constitui uma das pilastras sobre a qual se funda a reforma do justo processo”.¹³⁰

Hodiernamente, afirma-se que não existe no ordenamento brasileiro vigente previsão legal que impeça o advogado de defesa realizar a sua própria investigação, assim como não existe também a previsão legal para que o Ministério Público realize paralelamente à sua.

O que ocorre é que esta investigação por parte da defesa poderá ser desconsiderada quando levada ao promotor de justiça ou ao magistrado e que não terá ajuda nenhuma da polícia judiciária.¹³¹

Baldan trata a respeito do tema da seguinte forma:

“Argumentar-se-á, com razão, a ausência de previsão legal expressa para a implantação imediata do inquérito defensivo que, destarte, seria pouco menos que utopia. Ademais, há de socorrer ao defensor o dogma sagrado constitucional da isonomia: os mesmos juízes, complacentes com a investigação extralegal do Ministério Público na proteção da sociedade, não poderiam, pena de ofensa à *uguaglianza delle armi*, obstar a ação simétrica do advogado criminalista na defesa, não menos nobre, daquele que, constitucionalmente, é presumido não-culpado.”¹³²

¹²⁹ CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Edicamp, 2001, p. 43 *apud* AZEVEDO, André Boiani e, BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004, p. 1.

¹³⁰ AZEVEDO, André Boiani e, BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004, p. 7.

¹³¹ MAURÍCIO, Bruno; HENRIQUE, Diego. A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro. **Revista Liberdades**, nº 12, jan./abr. 2013.

¹³² AZEVEDO, André Boiani e, BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004, p. 9.

Em análise aos artigos 396 e 396-A do Código de Processo Penal, encontra-se um momento em que o acusado poderá levar a juízo todos os elementos que julgar necessário para o não recebimento da acusação.

Trata-se de um momento de total disparidade entre acusação e defesa, pois de um lado tem-se a autoridade policial munida de todas as informações e meios necessários à investigação e logicamente amparada pelo Estado. Já de outro lado tem-se a acusação com a falta de aparato estatal e com a ausência de previsão legal expressa, deixando a míngua os direitos individuais do cidadão.

Como já prelecionado, existem os princípios basilares no ordenamento que dão ao acusado o direito à investigação defensiva. Mas sustenta-se que para que comece a se concretizar efetivamente em nosso ordenamento, primeiro fala-se em uma alteração do Código de Processo Penal incluindo essa possibilidade. Pois em relação o dever ético de investigação defensiva, já consta previsto no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme provimento n.º 188 que será tratado no último capítulo.

Franklyn assevera que mesmo que o ordenamento jurídico brasileiro possua disposições normativas que permitam extrair o devido amparo à investigação criminal defensiva, “fato é que elas não serão suficientes nem responderão a todos os problemas que surgirão com a sua implementação e exercício frequente”.¹³³

Necessário seria, a inclusão de uma norma regulamentando todos os poderes adjudicados ao defensor, tais como, regulando a participação de todos os membros da defesa técnica e até mesmo de como deveria ser a maneira de composição do liame entre defesa e acusado.¹³⁴

Assim, ressalta-se que, quando for tratado sobre o tema da investigação criminal “o Código de Processo Penal, seja o diploma em vigor, seja o projeto, deverá conter disposições suficientes para regulamentar a atividade de investigação defensiva”.¹³⁵

Importante ressaltar, quais são os pontos necessários para uma reformulação jurídica a respeito do tema. Esses pontos são listados por Franklyn, que sabiamente como será exposto adiante.

¹³³ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 428.

¹³⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 547.

¹³⁵ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 547.

Começando pela parte dos sujeitos processuais, se faz necessário uma norma relacionando as figuras encarregadas de todo o desenvolvimento referente a investigação defensiva. “Deve conter regra que permita ao defensor realizar a coleta de elementos de formação do convencimento, desde que formalmente investido de poderes para tal”.¹³⁶

Outra linha normativa que merece adaptação legislativa é em relação ao regime de provas, “de modo a deixar claro que as informações colhidas na investigação defensiva, quando determinantes para o julgamento da ação penal, deverão ser judicializadas, de forma a assegurar o contraditório (participação da acusação na sua produção)”.¹³⁷

Paralelamente, no capítulo da prova testemunhal deverá haver a inclusão da possibilidade de se utilizar a testemunha especialista, ou seja, aquela que irá dos critérios científicos.¹³⁸

Também se faz necessário uma inserção dos atos aos quais o defensor poderá realizar no curso da investigação, tais como “indicação de assistente técnico, requisição de documentos, entrevistas informais, intimação de testemunhas para coleta unilateral de declarações, além da própria documentação dos atos investigativos defensivos”.¹³⁹

Por último, propõe-se também uma regulamentação para que a defesa possa acessar ao local do crime, afim de, com o intuito ético, preservar e documentar tudo o que foi verificado.¹⁴⁰

Assim, acredita-se que estas novas prerrogativas sugeridas contribuirão enormemente a atividade investigativa da defesa, assim, desprezando a necessidade de suporte judicial para aquelas disposições de fácil alcance.¹⁴¹

Por fim, “auguramos, outrossim, seja ouvido Montesquieu, para quem uma coisa não é justa somente pelo fato de ser lei, mas deve ser lei porque justa”.¹⁴²

¹³⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 547.

¹³⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 547.

¹³⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 547.

¹³⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 548.

¹⁴⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 548-549.

¹⁴¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 550.

¹⁴² AZEVEDO, André Boiani e, BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004, p. 9.

3. A MONOPOLIZAÇÃO ESTATAL DO SISTEMA BRASILEIRO DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

3.1. ESTADO BRASILEIRO E PERSECUÇÃO PENAL

Entende-se que o Direito Penal surge com um papel fundamental de instrumentalizar a ordem social e garantir a conservação da paz jurídica.

Nas palavras de Aury Lopes JR, “o homem é um animal insatisfeito, insatisfeito precisamente em relação aos que convivem com ele, e isso lhe arranca uma série de atitudes sociais, de conflitos sociais. Esses conflitos intersubjetivos de interesses devem ser regulados pelo Direito”.¹⁴³

Pode-se afirmar, que o direito penal e o processo penal mantêm uma relação íntima, e como fruto desta relação foi o surgimento do atual modelo de Estado Democrático de Direito, onde o processo deve tramitar de maneira igualmente constitucional e democrático. Acredita-se, que somente desta forma haverá um processo penal garantidor dos direitos do imputado.¹⁴⁴

Melchior e Casara enfatizam que a “história do processo penal é escrita a partir do sofrimento e da violência. Trata-se de um enredo que diz do sofrimento imposto pelo Estado àquelas pessoas que são selecionadas para serem investigadas, acusadas e/ou condenadas por violação às normas penais”.¹⁴⁵

Já nas palavras de Fauzi, o processo penal é portador de finalidades expandidas, ou seja, são projetadas para o meio social como um todo, apresentando “como mecanismo didático de obediência às bases constitucionais-convencionais pelo qual o meio social identifica, reconhece e tende a reproduzir os valores ínsitos às estruturas democráticas”.¹⁴⁶

Uma conquista importantíssima para o Direito Processual foi a independência metodológica alcançada em relação ao direito material. Sabe-se, que no sistema jurídico, o

¹⁴³ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 29.

¹⁴⁴ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 30.

¹⁴⁵ MELCHIOR, Antonio Pedro; CASARA, Rubens R R. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 1.

¹⁴⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 1. ed. Florianópolis, SP: Empório do Direito, 2017, p. 23.

direito material e o direito processual formam planos genuinamente distintos, embora objetivem a mesma finalidade social e política.¹⁴⁷

Dessa forma, acatando essa separação estrutural de forma devida, acredita-se que o processo sempre está à disposição do direito penal. Quanto a evolução do processo penal, os doutrinadores salientam que essa está fortemente relacionada a própria evolução da pena, que retrata a estrutura do Estado.

Assim, quando se fala em processo penal, não se pode deixar de lado a importância da cultura democrática, “isto é, um processo dotado de todos os mecanismos capazes de demarcar o espaço do poder punitivo”.¹⁴⁸ Pisapia afirma que “o grau de civilidade de um povo se mede, sobretudo, pelo modo com o qual se salvaguarda os direitos e liberdades do imputado no processo penal”.¹⁴⁹

O processo penal no Estado democrático de direito, deve ser compreendido “como um instrumento voltado, para além da persecução penal, à concretização do projeto constitucional”.¹⁵⁰

Em suma, quanto a evolução do processo, ressalta-se a importância da relação existente entre a política e o processo penal, visto que as inúmeras mudanças políticas que ocorreram ao longo dos anos o influenciaram diretamente, pois até então tratavam o processo como um mero instrumento punitivo.

Tem-se no poder punitivo uma questão muito delicada, pois trata-se a respeito do próprio homem, é a sua vida que será julgada, a sua honra que estará em jogo e talvez até a sua liberdade. O Estado figura como titular do poder de punir, ou seja, fica em suas mãos o direito e também o dever de resguardar os direitos do imputado e proteger a sociedade.

Melchior e Casara enfatizam que “nunca se pode esquecer que o processo penal serve como instrumento tanto de repressão e incremento da violência social quanto de garantia dos direitos fundamentais”.¹⁵¹

Assevera Lopes JR que “à medida que o Estado se fortalece consciente dos perigos que encerra a autodefesa, assumirá o monopólio da Justiça, produzindo-se não só a revisão da

¹⁴⁷ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44.

¹⁴⁸ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 31.

¹⁴⁹ PISAPIA, Gian Domenico. **Appunti di Procedura Penale I**, p. 3 *apud* LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 31.

¹⁵⁰ MELCHIOR, Antonio Pedro; CASARA, Rubens R R. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 1.

¹⁵¹ MELCHIOR, Antonio Pedro; CASARA, Rubens R R. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 2.

natureza contratual do processo, senão a proibição expressa para os particulares de tomarem a Justiça por suas próprias mãos”.¹⁵²

Dessa feita, será invocada a tutela jurisdicional à medida que um bem juridicamente protegido for violado. Aqui será imposta a estrutura definida pelo Estado, a qual se conhece como processo judicial, onde um terceiro imparcial desempenhará sua função de solucionar o conflito. Assim, “o processo, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena”.¹⁵³

Nessa perspectiva, entende-se que a pena tem como função primordial a intimidação do sujeito e a coibição da sociedade no cometimento de novos delitos. Dessa forma, tem-se a pena como uma ação unicamente estatal, assim sendo, de ordem pública.

Ademais, cabe ao Estado estabelecer os tipos penais, inclusive as respectivas penas criminais. Portanto, é neste cenário protetivo que se desenvolve o processo penal e a sua instrumentalidade.¹⁵⁴

De acordo com Hassan, o processo penal “enquanto portador de finalidades expandidas, que se projetam para o meio social como um todo, apresenta-se como mecanismo didático de obediência às bases constitucionais-convencionais pelo qual o meio social identifica, reconhece e tende a reproduzir os valores ínsitos às estruturas democráticas”.¹⁵⁵

Importante destacar a reforma penal de 2008 com a novidade do art. 397 do Código de Processo Penal que trouxe a possibilidade da absolvição sumária para o imputado.

Lopes JR aduz que da “dicção do art. 397 do CPP é possível se extrair a circunstância de que nada justifica, por exemplo, manter-se um processo penal quando se vislumbra uma circunstância jurídica que demonstre uma possível inutilidade do provimento final (sentença)”.¹⁵⁶

Em suma, não adianta vislumbrar um processo penal, movimentar toda uma esfera jurídica com grandes custos financeiros tendo apenas uma mera acusação precária. Deste modo, a instrumentalidade do processo se torna uma significativa ferramenta democrática, que visa garantir ao imputado direitos e garantias fundamentais.

¹⁵² LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 32.

¹⁵³ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 32.

¹⁵⁴ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 36.

¹⁵⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 1. ed. Florianópolis, SP: Empório do Direito, 2017, p. 23.

¹⁵⁶ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39.

Melchior e Casara deixam claro que “no Estado democrático de direito, a função das ciências penais, e do processo penal em particular, é à de contenção do poder. O processo penal só se justifica como óbice ao arbítrio e à opressão”.¹⁵⁷

Seguindo essa linha democrática, vale ressaltar a estrutura criada por Ferrajoli em relação ao garantismo penal:

“Consiste na tutela dos direitos fundamentais, os quais – da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais e coletivos – representam valores, os bens, e os interesses materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência daqueles artifícios – como chamou Hobbes – que são o Direito e o Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia”.¹⁵⁸

Portanto, o papel do juiz de acordo com o Garantismo é de garantidor dos direitos fundamentais, tendo uma atuação puramente constitucional. O juiz deve tutelar o imputado, cumprindo com eficácia a Lei e, evitando a violação dos direitos individuais.

Nesse contexto, o processo penal servirá como um “instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc.”.¹⁵⁹

Além disso, são inúmeros os dispositivos constitucionais existentes que regulam o processo penal, objetivando assim, resguardar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo enquanto acusado (processado).

Por fim, importante esclarecer que o “processo penal constitui um ramo do Direito Público, e que a essência do Direito Público é a autolimitação do Estado”¹⁶⁰, assunto que será elucidado no tópico seguinte.

¹⁵⁷ MELCHIOR, Antonio Pedro; CASARA, Rubens R R. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 3.

¹⁵⁸ FERRAJOLI, op. cit., p. 28-29 *apud* LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45.

¹⁵⁹ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 83.

¹⁶⁰ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 83.

3.2. A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR PROCESSUAL PENAL DE NATUREZA PÚBLICA

Inicialmente, conforme exposto o processo penal está vinculado ao Direito Público. E como parte do ramo público, segundo a doutrina, acredita-se que o processo penal possua uma soberania mitigada, visto que, no decorrer de toda evolução processual o próprio Estado o recebeu assim.

Na definição de Lopes JR, essa soberania mitigada deve-se ao fato do processo penal “submeter ao debate público sua pretensão acusatória e poder punitivo”¹⁶¹ pois, enquanto tramitar o processo e não existir uma sentença definida, irão existir as incertezas.

Toda essa proteção para com o indivíduo vem tomando forma ao longo dos anos. Como preleciona Lopes JR, “o Estado de Direito, mesmo em sua origem, já representava uma relevante superação das estruturas do Estado de Polícia, que negava ao cidadão toda garantia de liberdade, e isso surgiu na Europa depois de uma época de arbitrariedade que antecedeu à Declaração dos Direitos do Homem, de 1789”.¹⁶²

Observados esses pontos rudimentares, adentra-se ao tema da investigação preliminar de natureza pública, onde resta salientar que o inquérito policial é o instrumento investigativo utilizado pelo estado brasileiro, presidido pelo Delegado de Polícia.

De antemão, resta esclarecer que a investigação preliminar antecede o processo, ou seja, é uma fase de preparação prévia. Sua natureza será administrativa “quando estiver a cargo de um órgão estatal que não pertença ao o Poder Judiciário, isto é, um agente que não possua poder jurisdicional”.¹⁶³ Assim, o inquérito policial pode ser classificado como um procedimento administrativo pré processual.¹⁶⁴ Essa atividade investigativa deverá ser exercida apenas pela polícia (administrativa).

Portanto, a investigação preliminar criará um elo entre a *noticia criminis* e o processo penal.¹⁶⁵

¹⁶¹ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 83.

¹⁶² LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 84.

¹⁶³ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91.

¹⁶⁴ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91.

¹⁶⁵ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 96.

Logo, insta observar que a investigação preliminar não tem como objetivo a pretensão punitiva, assim dizendo, aplicação da pena, mas poderá sim, instrumentalizar elementos imprescindíveis que levem a pretensão acusatória.

A investigação preliminar servirá para o processo em dois momentos: “tanto quando se produz a acusação, como, ainda, quando a decisão é pelo não processo, pois, neste último caso, não só evitará os elevados custos para o Estado, como também impedirá os graves efeitos nocivos que um processo infundado causa ao sujeito passivo”.¹⁶⁶

Em sentido estrito, acredita-se que essa investigação produzida não se preocupa com a defesa, tampouco, o material produzido terá serventia. Importante trazer à tona, o modelo italiano e seu art. 327, que admite a possibilidade de investigação ao próprio defensor, assim podendo integrar a investigação.¹⁶⁷

É nesse contexto que os estudiosos mencionam a crise do inquérito policial, onde fica a cargo da polícia toda a produção de prova. Segundo Lopes JR, “o inquérito acaba assumindo – não apenas no imaginário popular, mas no senso comum jurídico – uma função desnaturada de coletor de provas, quando se sabe que deveriam tão somente, recolher indícios suficientes – dada a precariedade ínsita à sua função – para o exercício da ação penal”.¹⁶⁸

Insta sublinhar, aqui, que o inquérito policial é analisado como um instrumento em crise, no qual, demanda um exame “crítico e sem dúvida constitucional-garantista”.¹⁶⁹ Tal afirmação é sustentada haja vista que, o inquérito policial possui uma inspiração autoritária. Implantado em 1937, mediante ativo regime autoritário e sofrendo direta influência do Código de Rocco, código este completamente fascista,¹⁷⁰ contudo os anos passaram e felizmente muitas coisas mudaram, mas tristemente o código de processo penal permanece o mesmo.

Para efeito de conceituação utiliza-se a interpretação dos artigos 4º e 6º do Código de Processo Penal, onde especifica que o inquérito policial será a atividade exercida pela polícia judiciária com objetivo de apuração das infrações penais e de sua autoria, bem como, objetiva levantar elementos suficientes para que possa decidir se existirá processo ou não.

¹⁶⁶ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 97.

¹⁶⁷ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 98.

¹⁶⁸ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 99.

¹⁶⁹ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 221.

¹⁷⁰ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 221.

Em suma, como explica Lopes JR, “não resta dúvida de que a natureza jurídica do inquérito policial vem determinada pelo sujeito e a natureza dos atos realizados, de modo que, deve ser considerado um procedimento administrativo pré-processual”.¹⁷¹

3.2.1. Sistema de Investigação Policial

No sistema de investigação policial são canalizadas todas as informações sobre os delitos públicos, assim, partindo da polícia a determinação sobre quais atos e de forma aquele determinado delito deverá ser investigado.

Será a polícia que produzirá as provas técnicas necessárias, determinando quem será ouvido, como e quando, assim como, determinará sobre os atos de restrições dos direitos fundamentais do acusado, tais como: prisões cautelares, buscas domiciliares, escutas telefônicas, entre outros, obviamente solicitando a devida autorização do órgão jurisdicional.¹⁷²

Em nosso ordenamento jurídico, em regra, tem-se como órgãos policiais a polícia civil, estadual ou federal e de maneira excepcional tem-se a polícia militar.¹⁷³

Frise-se que a natureza jurídica de tal sistema será administrativo, pois sabe-se que a polícia é um órgão da administração pública sem poder jurisdicional.¹⁷⁴

Para dar prosseguimento ao tema, faz-se necessário um breve apontamento no plano constitucional brasileiro a respeito dos órgãos e suas funções primárias. Uma diferenciação usualmente utilizada pela doutrina é consagrada no direito francês e “divide os órgãos policiais em dois grandes grupos: a) polícia de segurança ou administrativa ou preventiva ou ostensiva; b) polícia judiciária ou investigativa ou repressiva”.¹⁷⁵

A polícia ostensiva é aquela que tem como objetivo principal a prevenção da prática criminosa. Como órgãos da polícia ostensiva pode-se citar a polícia militar, polícia rodoviária, polícia ferroviária e a polícia marítima.

¹⁷¹ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 222.

¹⁷² LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 125.

¹⁷³ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 124.

¹⁷⁴ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 126.

¹⁷⁵ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 124-125.

Importante mencionar que a polícia ostensiva não goza de atribuição investigativa. Exceção tem-se no órgão da polícia militar, onde poderá ser conduzido atos investigativos sobre crimes militares, “bem como da polícia federal que apresenta natureza híbrida (ostensiva e judiciária/investigativa)”.¹⁷⁶

Franklyn aduz que a atividade de polícia judiciária é realizada pela polícia civil e polícia federal, ficando a cargo da polícia militar desempenhar a atividade de polícia ostensiva e preservação da ordem pública.¹⁷⁷

De acordo com Alexandre Morais da Rosa, a polícia militar, enquanto polícia ostensiva, não tem “competência para instaurar ou conduzir investigações policiais, salvo nos crimes militares, mesmo no âmbito dos Juizados Especiais. [...] Decorre disto, que não podem requerer medidas cautelares”.¹⁷⁸

Com relação à nomenclatura “polícia judiciária” e “investigativa” antecipa-se a existência de divergência teórica a respeito do tema. De acordo com parte da doutrina, a polícia judiciária teria como função a de auxiliar do poder judiciário, enquanto a função investigativa estaria vinculada ao órgão policial responsável pela instrução preliminar.¹⁷⁹ No entanto, conforme §§ 1º e 4º do art. 144 da Constituição Federal todas as duas funções são recepcionadas.

Assim, Leonardo Marcondes Machado afirma que:

“A polícia civil, estadual ou federal sempre presidida por delegado de carreira, considerada função essencial e exclusiva do Estado, no exercício de suas atribuições no campo judiciário e investigativo, destina-se a conferir efetividade às decisões judiciais na esfera criminal, bem como apurar, em nível indiciário, a materialidade, a autoria e as circunstâncias de possível infração penal”.¹⁸⁰

Superada essa parte introdutória, coerente mencionar sobre a divisão das atribuições entre os órgãos policiais civis investigativos. Listam-se três principais critérios de divisão, tais como: a) o critério material, onde é estabelecido a forma de investigação de acordo com o tipo de notícia crime; b) o critério pessoal, que diz respeito ao sujeito envolvido na notícia crime,

¹⁷⁶ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 126.

¹⁷⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 379.

¹⁷⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 118.

¹⁷⁹ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 129.

¹⁸⁰ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 130.

normalmente sendo a vítima; e por último c) o critério territorial, que estabelece conforme o local do crime o órgão policial legítimo para investigação, ou seja, lugar da consumação do delito.¹⁸¹

Imperioso discorrer a respeito do inquérito policial, pois é importante meio de investigação policial. Sabe-se que, somente a partir da notícia-crime, o Estado fica responsável pela realização da apuração preliminar; investigação que tem como objetivo principal esclarecer a autoria e a materialidade da conduta criminosa.

Conforme art. 5º, inciso II e art. 27 do Código de Processo Penal, o inquérito policial deverá ser instaurado pela autoridade policial, de ofício ou a requerimento da parte interessada.

Por evidente, nota-se um interesse não só do Estado, mas também da própria sociedade pela apuração do fato delituoso. E é por meio desses elementos de apuração realizados através do inquérito policial que o Estado aplicará ou não a sanção penal por meio do processo penal. Sanção penal que tem como objetivo teórico a ressocialização do sujeito, ou seja, que ele não volte a cometer outros delitos.¹⁸²

Por essa definição, é indiscutível a relevância dos elementos levantados e apresentados no inquérito policial. Segundo Moraes da Rosa, “evita-se que a ação penal possa ser instaurada como aventura processual, dado que o simples fato de ser acusado já etiqueta o sujeito para todo o sempre, mesmo que absolvido ao final”.¹⁸³

Conveniente mencionar que o “inquérito policial não produz prova; não enquanto inobservada a garantia do contraditório, cuja incidência ocorre apenas no curso do processo penal”.¹⁸⁴

Nota-se, portanto, que os elementos do inquérito policial não poderiam ser utilizados para a formação do convencimento do magistrado na sentença, ou seja, não poderiam ser utilizados, em regra, como suporte probatório, dada a ausência do contraditório em sua elaboração.¹⁸⁵

¹⁸¹ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 130-131.

¹⁸² SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 380.

¹⁸³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 117.

¹⁸⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 381.

¹⁸⁵ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 383.

Para Baldan, esse controle externo não deve ser exercido apenas pelo Ministério Público, mas também pela Ordem dos Advogados do Brasil, que se faz representante dos interesses da Justiça.¹⁸⁶

Observa-se através da Súmula Vinculante 14, do art. 7º da Lei nº. 8.906/1994 e do art. 128 da Lei Complementar n. 80/1994, que tanto o Defensor Público quanto o advogado do indiciado, terão livre acesso aos autos do inquérito policial.¹⁸⁷ Assim, acredita-se que o inquérito policial não deverá ser sigiloso ou secreto à defesa.

Preleciona Baldan, quanto à finalidade do inquérito policial, “que não se vincula, estritamente, à formação da *opinio delicti* do Ministério Público. Os elementos de convicção no inquérito policial contidos transcendem à teleologia da função acusatória, com essa não se confunde e nela não se limita”.¹⁸⁸

Por fim, questiona-se se tais providências conforme mencionadas serão suficientes para que o indiciado possa elaborar sua defesa em relação ao inquérito policial, de modo que, contribua na formação da opinião do órgão acusador da ação penal, vista a limitação de espaço defensivo no procedimento estatal de investigação.¹⁸⁹

3.2.2. Sistema de Investigação Ministerial

No que se refere à investigação preliminar, sabe-se que o inquérito policial desenvolvido pelo desenrolar da atividade policial, conforme explicado anteriormente, não é o único meio de apurar a notícia-crime. Tem-se, também, há algum tempo no ordenamento jurídico brasileiro vigente, a atividade investigativa exercida por parte do Ministério Público.

Importante destacar essa luta institucional existente desde o ano de 2006 e presente até os dias de hoje entre as autoridades policiais e ministeriais. Um dos espaços dessa controvérsia se deu com a publicação da Lei 12.830/2013, a qual, em seu art. 2º, estabeleceu que as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas do Estado.

¹⁸⁶ BALDAN, Édson Luís. Investigação Defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007, p. 7.

¹⁸⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 386.

¹⁸⁸ BALDAN, Édson Luís. Investigação Defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007, p. 7.

¹⁸⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 386.

Já no § 1º do referido dispositivo, tem-se a definição sobre a investigação realizada pelo delegado de polícia “ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais”.¹⁹⁰

A afirmação trazida por tal dispositivo leva a crer uma possível tentativa do legislador em afastar o Ministério Público da investigação, mas o que “resultou da normativa apontada foi apenas a definição de que a atividade de polícia judiciária pertenceria ao Estado, e nenhum outro organismo, que não fosse estatal, poderia realizar essa atividade”.¹⁹¹

Conforme Leonardo Marcondes Machado, a discussão não versa a respeito do papel do Ministério Público nas investigações criminais, mas sim sobre a função (ou a atribuição) legal do Ministério Público de presidir investigações.¹⁹²

A Lei nº. 8.625/93 (LONMP - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e a LC n. 75/93 (LOMPU – Lei Orgânica do Ministério Público da União), ambas tratam a respeito da investigação criminal interna, ou seja, a investigação realizada pelo Ministério Público em relação aos seus próprios membros, excluindo a possibilidade de indiciamento policial nesses casos, tornando-a uma investigação exclusiva.¹⁹³

A grande polêmica fica por conta da investigação criminal externa (geral) realizada pelo Ministério Público, pois conforme expresso constitucionalmente o Ministério Público possui a prerrogativa de acompanhar e fiscalizar as investigações policiais, e não de presidir diretamente a investigação criminal pré processual.¹⁹⁴

Como já exposto, essa questão gerou uma grande divergência no Direito Processual Penal brasileiro no campo jurisprudencial e doutrinário, formando-se basicamente duas correntes. Uma delas admitindo a iniciativa investigatória e a segunda negando a atividade de investigação direta.

¹⁹⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 370.

¹⁹¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 370.

¹⁹² MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 135.

¹⁹³ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 135-136.

¹⁹⁴ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 137.

Em relação a essa segunda corrente, que negou a possibilidade de investigação direta, o argumento estaria baseado no art. 144 da Constituição Federal, que prevê a atividade de investigação apenas à polícia judiciária, que seria a Polícia Civil e Federal.

Sobre tal afirmação, importante mencionar o posicionamento do Procurador da República Valtan Furtado: “em nenhuma passagem da CF se encontra dispositivo que autorize pensar em exclusividade na função de investigar – o art. 144 somente fala em exclusividade em relação à atividade de polícia judiciária da União, para excluir outras polícias civis”.¹⁹⁵

Morais da Rosa preleciona que o Ministério Público é “jogador titular da ação penal e não da investigação. [...] E que o lugar do Ministério Público é de jogador da partida processual penal. A fase pré-jogo não lhe compete”.¹⁹⁶

Já em relação à impossibilidade de investigação direta pelo Ministério Público, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, são lançados três argumentos centrais por Machado: 1) princípio da legalidade estrita, ou seja, o Ministério Público assim como outros poderes e órgãos somente poderiam fazer ou deixar de fazer o que a lei determina expressamente, logo tal determinação deveria constar expressamente na constituição como atribuição ministerial o ato investigativo por parte do Ministério Público, o que não existiria; 2) ausência de regramento legal, que diz respeito a falta de base legal estrita, ou seja o Código de Processo Penal trata somente sobre o inquérito policial, instrumento investigativo da polícia judiciária, deixando sem previsão qualquer outro meio investigativo, principalmente nada relatando a respeito da investigação criminal do Ministério Público e, 3) acumulação quântica de poder/quebra da paridade de armas, ou seja, a devida separação das funções de investigar, acusar, defender e julgar, “suma: uma função, um lugar, um ente”.¹⁹⁷

Enfim, no ordenamento jurídico brasileiro a investigação criminal é atividade exclusiva da Polícia Judiciária, não deixando tal possibilidade de execução a cargo do Ministério Público, obviamente por falta de previsão legal no que diz respeito ao procedimento.

¹⁹⁵ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 138-141.

¹⁹⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 118.

¹⁹⁷ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 139.

3.2.3. Sistema de Investigação Judicial

O sistema de investigação judicial nada mais é do que aquele sistema onde o juiz por alguns motivos se torna o coordenador da investigação do processo penal.

Segundo Leonardo Machado, esse sistema pode ser dividido em duas situações no sistema processual brasileiro de investigações, a primeira situação diz respeito às investigações internas realizadas pelo judiciário brasileiro e, como segunda situação, seriam os casos de imputados titulares de foro especial por prerrogativa de função.¹⁹⁸

A respeito da primeira tratativa, o entendimento que se pode extrair do art. 33, parágrafo único da Lei Complementar n.º. 35/79 é de quando houver casos envolvendo membros do judiciário, ficará a cargo do próprio poder judiciário essa investigação, ou seja, os membros do mesmo poder poderão presidir tais investigações.¹⁹⁹

É possível delinear os problemas que poderão surgir a respeito da situação de investigação realizada pelo judiciário, quais sejam, a dúvida a respeito da constitucionalidade dessa investigação desempenhada pelos juízes e de ordem pragmática sobre a confiabilidade dessa investigação, uma vez que o judiciário não está devidamente preparado para executar tal função.²⁰⁰

Conforme Machado, “ainda que se valha do corpo policial, a direção investigativa pela autoridade judiciária resta comprometida pela ausência de conhecimento técnico nessa área. Enfim, uma dupla tragédia: jurídica e operacional”.²⁰¹

Em relação à segunda hipótese mencionada, sobre a investigação criminal por foro especial, pode-se antecipar como uma matéria extremamente controversa.

O foro especial por prerrogativa de função encontra-se em geral regido em nível constitucional, tanto federal, quanto estadual. Porém, o questionamento central reside na falta de regulamentação a respeito do tema específico da investigação preliminar nessas situações de foro especial.²⁰²

¹⁹⁸ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 151.

¹⁹⁹ BRASIL. Presidência da República. **Lei Orgânica da Magistratura Nacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm. Acesso em: 27 mai. 2020.

²⁰⁰ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 152.

²⁰¹ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 152.

²⁰² MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 153.

Leonardo Machado expõe sobre tal questionamento:

Em se aplicando à investigação, implicaria apenas na supervisão externa da investigação ao tribunal competente ao invés do juiz de primeiro grau ou teria o condão de transformar o órgão judiciário em investigador direto com a presidência dessa atividade persecutória? Esse é o núcleo das polêmicas em torno da investigação criminal envolvendo imputados com foro especial.²⁰³

Problema que avança em decorrência da falta de regulamentação legal sobre a investigação preliminar nas normas procedimentais aplicadas aos casos penais de competência originária dos tribunais.

A manifestação do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a “competência originária da Corte para processar e julgar autoridades com foro especial alcança a supervisão de investigação criminal, sob pena de nulidade dos atos praticados”.²⁰⁴ Acredita-se que a situação fica ainda mais precária quando “se colhe do regimento interno do STF, no artigo 74, *caput*, que a ação penal será distribuída ao mesmo Relator do inquérito. Relator, aliás, que poderá valer-se de magistrados instrutores para o desempenho de funções na investigação preliminar”.²⁰⁵

Interessante notar que tal entendimento coloca em dúvida toda estrutura processual penal acusatória e, desvirtua completamente a separação de funções existentes no ordenamento jurídico brasileiro como mecanismo de controle do poder no Estado de Direito.²⁰⁶

3.3. O TRADICIONAL ESPAÇO RESERVADO À DEFESA PELO ESTADO DE INVESTIGAÇÃO

O presente tópico versa sobre o objetivo principal de demonstrar o lugar que o Estado reserva à defesa na investigação preliminar do sistema brasileiro de persecução penal, ou melhor dizendo, qual o espaço reservado à defesa nas investigações públicas, principalmente no inquérito policial.

²⁰³ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 153.

²⁰⁴ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 154.

²⁰⁵ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 155-156.

²⁰⁶ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 156.

Como já tratado anteriormente, sabe-se que a investigação preliminar é uma atividade de apuração das infrações penais, que incumbe obrigatoriamente ao Estado, sendo ela a primeira fase da persecução penal.

Faz-se necessário observar que o investigado foi por muito tempo apenas um objeto da persecução penal no sistema brasileiro. Aliás, não somente o investigado, mas também o seu defensor, coisa esta que necessita mudar de forma.

Quando se fala no espaço reservado à defesa, tem-se um avanço muito lento em nosso ordenamento jurídico, “especificadamente no que se refere à participação do defensor na persecução penal, assumem, grande importância, neste primeiro momento, a edição das Leis nº 8.906/94 e nº 10.792/2003”.²⁰⁷

A Lei nº 8.906/94, que diz respeito ao Estatuto da Advocacia, estabelece que o advogado é indispensável à administração da justiça e ao processo judicial, sendo que seus atos constituem múnus público (art. 2º, §2º). Por sua vez, o artigo 7º da referida Lei, traz um rol de direitos e garantias fundamentais ao exercício da advocacia que aplicados refletem positivamente ao próprio indivíduo assistido.²⁰⁸

Já a Lei nº 10.792/2003 em seu art. 185 e parágrafos subsequentes, modificou a disciplina do interrogatório judicial, tornando obrigatória a presença de um defensor nomeado ou constituído, bem como estabelecendo o direito ao acusado e seu defensor de manter um contato prévio e reservado. Os arts. 186 e 188 garantem ao acusado o direito ao silêncio e ao defensor do acusado de participar do interrogatório inclusive na formulação de perguntas. Já o art. 261, parágrafo único, instituiu a necessidade de manifestação fundamentada, objetivando assim, que não exista uma defesa deficiente.

Importante aludir a alteração que ocorreu mais tarde no Código de Processo Penal, através da Lei nº 11.719/2008, onde em seu art. 400 transferiu o interrogatório do acusado para o último ato da instrução processual, assim, tornando efetivo os direitos do acusado e deixando de lado aquele papel de ser apenas um objeto do processo.²⁰⁹

Quando se fala em atuação do defensor na fase preliminar, tem-se tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, entendimentos de que essa ação seria “meramente facultativa, inclusive nos autos de prisão em flagrante, de imposição de gravosas medidas cautelares e de

²⁰⁷ SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra. **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 434.

²⁰⁸ BRASIL. Presidência da República. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm. Acesso em: 28 mai.2020.

²⁰⁹ SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra. **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 435.

interrogatório do investigado”.²¹⁰ O argumento utilizado é de que se trata de fase inquisitória, meramente informativa, onde o imputado não sustenta o direito ao contraditório pleno e à ampla defesa.

Por óbvio que tais entendimentos de minimizar a importância dessa fase preliminar não devem prosperar. Sabe-se que a atuação do defensor nessa fase se faz indispensável, pois tendo como exemplo o interrogatório, “mostra-se absolutamente falacioso imaginar que o investigado reúna condições de formular juízos e deliberar sozinho sobre uma série de questões técnicas relevantes”²¹¹ tais como, o seu direito de permanecer calado e o de não produzir prova contra si mesmo, assim como tantos outros exemplos que poderiam ser listados.

Outro exemplo relevante é do investigado que em plena fase preliminar confessa integralmente a autoria de um crime, pode-se imaginar por óbvio como restará prejudicada a sua defesa caso o defensor seja constituído apenas para a defesa judicial.²¹²

Em suma, acredita-se que todos os atos instrutórios têm a sua devida importância em relação ao investigado e poderão “impactar a ação penal e o seu *status libertatis*, demandando a orientação e participação da defesa técnica”.²¹³

Quando se parte para o procedimento investigatório, enfatiza-se ainda mais a necessidade de um papel ativo do defensor, pois é nessa etapa que se colhem os materiais que serão usados em eventual fase judicial.

É notório que utilizando “uma visão mais ampla dos elementos favoráveis e desfavoráveis à elucidação do fato criminoso, uma defesa escorada na lealdade processual pode melhor orientar o investigado/acusado a respeito do seu comportamento na relação processual”.²¹⁴

Especificadamente, tudo isso não diz respeito a criar ou falsear elementos na produção da defesa, mas sim ter a chance de notar e apontar os fatos despercebidos pela acusação e pela Polícia Judiciária, de tal modo, a entusiasmar a compreensão acertada do fato posto em juízo.²¹⁵

²¹⁰ SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra. **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 435-436.

²¹¹ SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra. **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 442.

²¹² SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra. **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 442.

²¹³ SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra. **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 443.

²¹⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 456.

²¹⁵ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 456.

Paralelamente, a aludida Lei Federal nº 13.245/2016, que entrou em vigor em janeiro de 2016 modificando o art. 7º da Lei 8.906/94, veio com o intuito de garantir de forma mais eficaz a atuação da defesa técnica nessa fase preliminar.

Modificações trazidas de forma muito exemplificativa por Marcondes de Moraes:

- “1º) Ampliação do direito de examinar os autos de investigação em qualquer instituição com extração de cópias físicas ou digitais: mediante alteração do inciso XIV do artigo 7º do Estatuto da OAB;
- 2º) Afirmação do direito de viabilizar a assistência advocatícia em sede de investigação criminal, sob pena de nulidade com a apresentação de razões e quesitos pela defesa na etapa extrajudicial da persecução penal: por meio da inserção do inciso XXI no citado artigo 7º;
- 3º) Estabelecimento da necessidade de procuração para exame de autos sob sigilo: por meio da introdução do parágrafo 10 do artigo 7º;
- 4º) Definição de parâmetros para a delimitação de acesso a elementos ainda não documentados nos procedimentos investigatórios: via inclusão do novo parágrafo 11 do aludido artigo 7º;
- 5º) Previsão de responsabilização por impedimento indevido de acesso aos autos de investigação criminal: mediante incorporação do parágrafo 12 no referido artigo 7º do Estatuto da OAB.”²¹⁶

Percebe-se que o objetivo dessas alterações foi a busca pela democratização das investigações criminais, onde o advogado principalmente nessa fase preliminar se tornaria parte indispensável que atuaria na garantia dos direitos fundamentais do imputado, fazendo dele não mais um objeto da persecução penal, mas sim um sujeito de direitos.

A respeito do acesso aos autos, mencionado no artigo 7º, inciso XIV da Lei 13.245/2016, vale ressaltar que o acesso do defensor ao teor dos autos no âmbito de um procedimento investigatório é medida essencial para a formulação de uma defesa minimamente justa; o defensor precisará ter vista e conhecimento de todo o material da apuração.²¹⁷

Desta feita, afirma-se que o inciso supracitado prevê o acesso aos autos de prisão em flagrante e de investigações de qualquer natureza, que de acordo com a doutrina é onde o inquérito policial estaria inserido. Acredita-se que a nova redação garante maior respeito ao imputado, tendo em vista que poderá zelar pelo cumprimento dos direitos à integridade física, moral e à própria dignidade do imputado.

Em relação ao contraditório na investigação criminal, citado no inciso XXI da referida Lei, é possível enxergar mesmo que mitigado, um contraditório possível. Mais uma vez, contrariando os entendimentos, enfatiza-se a importância na possibilidade de antecipação da

²¹⁶ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; JÚNIOR, Jaime Pimentel. **Polícia Judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal**. 2 ed. ampl., rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 41-42.

²¹⁷ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; JÚNIOR, Jaime Pimentel. **Polícia Judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal**. 2 ed. ampl., rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 47.

“produção de elementos probatórios que possam também favorecer o investigado, inclusive para demonstrar sua inocência, se for o caso”.²¹⁸

Lopes JR sustenta que “quando falamos em contraditório na fase pré-processual, estamos fazendo alusão a seu primeiro momento, da informação. Isso porque, em sentido estrito, não pode existir contraditório pleno no inquérito porque não existe uma relação jurídico-processual”.²¹⁹

Dito isso, acredita-se que não há como separar o contraditório da defesa, uma vez que estão diametralmente interligados. A defesa surge por conta do contraditório e o “direito de defesa não é um direito autônomo, mas, sim, um *derecho-réplica* que nasce da agressão que representa para o sujeito passivo da imputação”.²²⁰

Em suma, precisa-se compreender a importância do art. 5º, LV, da CF/88 e deixar para traz os entendimentos referentes à sua inaplicabilidade, que insistem pela não existência de um imputado nessa fase por não existir um oferecimento de denúncia ou queixa.

É importante destacar que uma notícia-crime qualquer que seja, que imputa um fato possivelmente delitivo a qualquer sujeito, no sentido jurídico resta configurado uma agressão ao seu estado de liberdade e inocência, que analisado processualmente é capaz de gerar uma resistência em sentido jurídico-processual. Assim, “o direito de defesa é um direito natural, imprescindível para a administração da Justiça”.²²¹

Também se faz necessário mencionar o art. 5º, LIV, da CF/88, juntamente com o art. 8º, II, *c* e *f*, da Convenção Americana de Direitos Humanos e os arts. 155 e 156 do CPP que sustentam normativamente o devido processo legal, que como cláusula compreende a ampla defesa, o contraditório e todas as medidas necessárias para o exercício da defesa.²²² De tal modo que “a conjugação desses dispositivos permita a fusão de um princípio de imediatidade investigativa, torna-se mais adequada a regulamentação *interna corporis* por parte dos órgãos de promoção da defesa técnica no processo penal”.²²³

²¹⁸ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; JÚNIOR, Jaime Pimentel. **Polícia Judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal**. 2 ed. ampl., rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 55.

²¹⁹ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 468.

²²⁰ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 469.

²²¹ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 470.

²²² SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 458.

²²³ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 458.

Superada a primeira parte do inciso supracitado, tem-se em sua segunda parte o direito de assistência advocatícia em sede de investigação criminal, bem como a apresentação de razões e quesitos que traz o direito de atuação nessa etapa extrajudicial da defesa técnica, que tem como objetivo principal fazer a aproximação da defesa com a verdade dos fatos investigados.

Interessante reflexão sobre o assunto estabelece Moraes:

“Entender a fase extrajudicial como “apuratórias”, por outro lado, se faz necessário para que o inquérito policial atinja a finalidade de coligir elementos para a reta apuração dos fatos, servindo de um lado e precipuamente como um filtro garantista, evitando ações penais precipitadas e sem justa causa e, de outra banda, como um instrumento para obtenção de subsídios que propiciem um avanço regular da persecução criminal em juízo”.²²⁴

Sabe-se que, de acordo com o estatuto da OAB, em regra, o advogado terá total liberdade em acessar e examinar os autos do inquérito policial, mesmo que sem procuração. Por óbvio, quando a matéria diz respeito a assuntos sigilosos não será razoável que qualquer advogado tenha acesso aos autos, assim, limitando apenas àquele que possua procuração.

Tal embasamento encontra-se no § 10º, do artigo 7º, que menciona que nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos que trata o inciso XIV.

Já o § 11º, do artigo 7º, trouxe a possibilidade de delimitação do acesso a elementos ainda não documentados nos autos. É “prudente observar que referida previsão legal amplia a possibilidade de acesso ao defensor para elementos de prova contido nos autos.”²²⁵

Por último, tem-se a inclusão do § 12º, no artigo 7º, que trata da responsabilização em face de impedimento de acesso aos autos de investigação, ou seja, o advogado que for impedido de acessar os autos investigatórios poderá requerer tal ato ao Poder Judiciário.

Franklyn afirma que “o papel da defesa, é o de explorar as linhas abandonadas pelos órgãos de investigação e, eventualmente, apontar informações que possam melhor contribuir para o esclarecimento da verdade, especialmente como forma de contrapor elementos que serão produzidos no curso da ação penal”.²²⁶

Resta claro que o objetivo da defesa na investigação criminal é de conferir plena aplicabilidade aos direitos fundamentais do imputado. Nas palavras de Sidi e Lopes “a presença

²²⁴ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; JÚNIOR, Jaime Pimentel. **Polícia Judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal**. 2 ed. ampl., rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 160-161.

²²⁵ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; JÚNIOR, Jaime Pimentel. **Polícia Judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal**. 2 ed. ampl., rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 211.

²²⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 457.

e atuação da defesa técnica em tais atos representa um necessário incremento ao caráter democrático da persecução penal”.²²⁷

²²⁷ SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra. **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 444.

4. A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E SUA REGULAMENTAÇÃO LEGAL NO BRASIL COMO DISPOSITIVO PROCESSUAL PENAL DEMOCRÁTICO

4.1. O IMPORTANTE PAPEL DA DOUTRINA NA BUSCA PELA REGULAMENTAÇÃO LEGAL

De antemão, vale frisar que a investigação defensiva consiste “em verdadeiro dever ético inerente ao múnus advocatício criminal, talvez porque os estatutos deontológicos da advocacia brasileira são omissos quanto a essa questão”.²²⁸

O tema vem sendo abordado há algum tempo, ainda que de forma pontual, pela doutrina brasileira. Antes mesmo que houvesse qualquer normativa em discussão, os professores Édson Luís Baldan e Diogo Malan já discutiam sobre a importância da investigação defensiva.

Marta Saad, lembra que “a fase de investigação preliminar foi durante muito tempo esquecida pela doutrina”.²²⁹ Salienta que pouco foi escrito e debatido sobre esta primeira fase da persecução penal.

Baldan leciona que o primeiro passo real à normatização sobre o tema veio com a constituição da Comissão de Juristas para a elaboração do projeto de lei n. 156/2009 do Senado Federal, atual projeto de lei n. 8.045/2010 da Câmara dos Deputados, que discute o novo Código de Processo Penal.²³⁰

O tema da investigação defensiva sobreveio em seguida, de forma discreta, num estudo realizado pelo IBCCrim e, posteriormente amadurecido em meados de 2017 pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio Grande do Norte, sob a direção do Advogado criminalista Gabriel Bulhões.²³¹

²²⁸ MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 391.

²²⁹ SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Investigação preliminar: desafios e perspectivas”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 29-40, jan./abr. 2020, p. 30.

²³⁰ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva como estratégia articuladora do sistema acusatório no Brasil, in SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (orgs). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil, escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**, Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória. vol. 5. p. 351-394, 2019, p. 354.

²³¹ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva como estratégia articuladora do sistema acusatório no Brasil, in SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (orgs). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil, escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**, Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória. vol. 5. p. 351-394, 2019, p. 354.

Pode-se afirmar, por óbvio, que donde brotou o Provimento nº. 188/2018 da OAB foi de tal iniciativa apresentada pelo então advogado criminalista mencionado acima perante a Comissão de Direito Processual Penal em meados de 2017.²³²

Bulhões assevera que o Provimento veio com o intuito de não engessamento da atividade da investigação criminal, assim, não fixando o dever de atuação profissional do defensor.²³³ Tal posicionamento por vezes é criticado por outros doutrinadores que afirmam que esta falta de regulamentação deixa uma lacuna quanto aos atos desempenhados pela advocacia investigativa, o que será tratado logo mais no decorrer do presente estudo.

4.2. RESOLUÇÃO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Conforme já mencionado, “durante muito tempo a participação defensiva em investigação oficial foi negada, hoje, superado tal óbice, enfrenta-se o desafio da efetiva implementação e regulamentação em lei federal da atividade de investigação defensiva, com vistas a assegurar a paridade de armas”.²³⁴

Nesse sentido, a importância do Provimento nº. 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que “regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais”, à semelhança do que já ocorre há tempos nos ordenamentos jurídicos italiano e norte-americano.

Baldan sublinha que o Provimento nº. 188/2018 “não inovou a ordem jurídica pois, em verdade, apenas disciplinou de modo sistemático o complexo de atividades que o defensor desde sempre exerceu para demonstrar a plausibilidade jurídica e a consistência fática de suas argumentações em juízo ou fora dele.”²³⁵ Tal entendimento decorre de uma imutável garantia constitucional em ação: a ampla defesa.

²³² BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva como estratégia articuladora do sistema acusatório no Brasil, in SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (orgs). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil, escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**, Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória. vol. 5. p. 351-394, 2019, p. 354.

²³³ BULHÕES, Gabriel. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: EMais, 2019, p. 73.

²³⁴ SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Investigação preliminar: desafios e perspectivas”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 29-40, jan./abr. 2020, p. 37.

²³⁵ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva como estratégia articuladora do sistema acusatório no Brasil, in SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (orgs). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil, escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**, Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória. vol. 5. p. 351-394, 2019, p. 374.

Acredita-se que o Provimento nº. 188/2018, mesmo que tímido em alguns aspectos, representa um importante marco para a advocacia brasileira quanto à atividade da investigação defensiva.

Para Franklyn, “o Provimento da OAB pouco se preocupou na relação entre a autarquia e os advogados sob sua responsabilidade”²³⁶, pois um tema de tão importância, principalmente diante de uma ausência normativa, “não depende de um ato administrativo que apenas discipline a forma de instauração do inquérito defensivo, mas também enfrente os aspectos deontológicos na sua condução”.²³⁷

A edição do ato normativo pela Ordem dos advogados do Brasil é entendida como um ato conservador, pois, considerando os mais de trinta artigos propostos originariamente, foi editado de forma enxuta somente com sete artigos.

Baldan grifa que o Provimento nº. 188/2018 da OAB tem a prerrogativa de restaurar a integridade das garantias constitucionais que, “nalguma medida sofrera adelgaçamento desde o permissivo jurisdicional vindo de nossa Corte Suprema, a legitimar a investigação ministerial e a silenciar quanto à sua similar e simétrica defensiva”.²³⁸

Como anteriormente exposto, a investigação defensiva seria basicamente a atividade instrutória preliminar exercida pelo defensor técnico. Quanto à natureza de sua atividade, pode-se dizer que é puramente investigativa, já que objetiva a máxima coleta de elementos probatórios favoráveis ao imputado, que poderá exercê-la em qualquer fase da persecução penal.²³⁹

Franklyn sublinha que “permitir a realização de uma investigação criminal defensiva não tem o propósito de estabelecer uma dialética probatória na fase de investigação. Pelo contrário, o profissional encarregado da defesa realiza atos investigatórios de modo a preparar o material probatório no interesse da defesa”.²⁴⁰

²³⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 460.

²³⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 460.

²³⁸ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva como estratégia articuladora do sistema acusatório no Brasil, in SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (orgs). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil, escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**, Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória. vol. 5. p. 351-394, 2019, p. 375.

²³⁹ CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 283-328, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.324>, p. 287.

²⁴⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 453.

Note-se que tal atividade de investigação realizada pelo defensor técnico tem total relação com o tempo. Isso porque acredita-se que quanto mais cedo a defesa tomar conhecimento dos fatos e puder intervir na elaboração da linha seguida no processo, maior serão as chances e melhores os resultados do imputado ser submetido a um julgamento conforme as regras do jogo e com paridade de armas.²⁴¹

Em ordenamentos jurídicos próprios da *common law*, a exemplo da Itália e do Estados Unidos da América, tal procedimento já é bastante comum.

Note-se que a chamada “crise do inquérito policial”, bem como as limitações do espaço defensivo pelos investigados acaba colocando em xeque o devido processo legal. Por outro lado, a investigação defensiva possibilita “uma forma de contrabalanceamento dos poderes investigatórios da acusação e de busca por um maior equilíbrio na fase de investigação preliminar”.²⁴²

Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa sabiamente expõe:

“Não sucumbindo à tradição estadocêntrica, os indivíduos são titulares de um direito a um processo equitativo, com igualdade de armas, em um procedimento adversarial, o que implica o direito de, em resistência a uma ação estatal tendencialmente restritiva de sua liberdade, produzirem investigação capaz de garantir o seu *status libertatis*. [...] em uma perspectiva garantista, adequada ao modelo de Estado Democrático de Direito, o processo penal é concebido como exercício de resistência ao poder punitivo, e uma série de direitos reconhecidos aos indivíduos contra a persecução penal é reconduzida ao direito de resistência ao Estado. Nesse sentido, o direito à investigação defensiva, inserido em uma compreensão evolutiva de devido processo (equitativo, com igualdade de armas e em procedimento adversarial), surge como uma garantia dos cidadãos à resistência contra ações estatais invasivas do *status libertatis*.”²⁴³

Bem por isso, Édson Luís Baldan sustenta que “confinar o advogado à inércia, sem qualquer protagonismo relevante na fase investigatória, privando-o do direito de defender provando, implica ferimento irreversível à cláusula constitucional do devido processo legal e um inadmissível estreitamento ao direito ao contraditório e à ampla defesa”.²⁴⁴

²⁴¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 453.

²⁴² CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 283-328, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.324>. p. 290.

²⁴³ CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 127, p. 167-198, jan. 2017, p. 192.

²⁴⁴ BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 7-9, set. 2019. p. 8.

Nesse mesmo sentido, convém mencionar a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a constitucionalidade da investigação criminal direta exercida pelo Ministério Público, segundo a qual “deve, em única hermenêutica constitucional possível, ser interpretada no sentido de estarem implicitamente conferidas análogas e simétricas atribuições investigatórias em favor da advocacia criminal”.²⁴⁵

Compreende-se assim, que concedidos os poderes à parte acusatória e não outorgados à parte da defesa, restaria infringida a cláusula constitucional do devido processo legal,²⁴⁶ pois o suporte é dado para apenas um dos sujeitos processuais. Isso sem considerar, ainda, que a acusação é a parte com maior estruturação no processo, o que apenas agrava a situação concreta da defesa, mais uma vez prejudicada.

Sublinhe-se, mais uma vez, que o Provimento nº. 188/2018 é o pioneiro em disciplinar a investigação defensiva no Brasil. Muito embora, segundo Baldan, não inove a ordem jurídica e tampouco veicule “qualquer dispositivo que tenha potencial de restringir ou privar o exercício de quaisquer dos direitos individuais consagrados em sede constitucional, mesmo aqueles não sujeitos à reserva de jurisdição”.²⁴⁷ É apenas a busca pelo direito de defender-se provando.

Baldan chama, ainda, atenção para esse tema, senão vejamos:

“O Provimento CFOAB 188/2018 sobrevém num quadro anômico, com a generalizada percepção de que o sistema de justiça criminal brasileiro passa a operar sob paradigmas éticos em que a busca da eficiência punitivista justificaria o solapar daqueles garantias de tradição iluminista, muitas, senão todas, albergadas pela ordem constitucional edificada sobre os escombros de nossa última ditadura civil-midiática-empresarial-judiciária-militar”.²⁴⁸

Desta feita, introduzido o assunto, adentra-se mais a fundo numa análise sobre o Provimento nº. 188/2018, que, em seu artigo 1º, dispõe basicamente a respeito das atividades investigatórias desempenhadas pelo defensor, desenvolvidas em qualquer fase da persecução penal ou grau de jurisdição, buscando a máxima quantidade de provas em favor do acusado.

Já o artigo 2º dispõe expressamente que tais investigações poderão ocorrer na etapa da investigação preliminar no decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em

²⁴⁵ BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 7-9, set. 2019. p. 8.

²⁴⁶ BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 7-9, set. 2019. p. 8.

²⁴⁷ BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 7-9, set. 2019. p. 8.

²⁴⁸ BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 7-9, set. 2019. p. 8.

qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer.²⁴⁹

Paralelamente, menciona-se o artigo 155 do Código de Processo Penal, que versa sobre a convicção do juiz pela “prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Dessa forma, importante distinguir os atos de prova, submetidos a contraditório pleno e ampla defesa, dos atos de investigação, seja defensiva ou não.

Em seu artigo 3º, o Provimento nº. 188/2018 trouxe inúmeras possibilidades para que o defensor técnico construa uma participação concreta de sua peça probatória.

Segundo Franklyn, “o que fez o dispositivo foi elencar atos processuais nos quais a investigação da defesa pode ser utilizada e não as finalidades”.²⁵⁰ Esboça-se de forma exemplificativa tal afirmação:

“Os incisos IV e VIII revelam uma finalidade liberatória da investigação; os incisos IX e X a finalidade negocial; os incisos I e II uma finalidade de contribuição para a extinção prematura da investigação ou ação penal; e os incisos III, V, VI e VII a tradicional finalidade de resistência à pretensão e esclarecimento da verdade durante a instrução processual. Por fim, o parágrafo único do citado artigo reconhece a possibilidade de a investigação conduzida por advogado ser empregada com o fim de instruir ação penal privada ou subsidiária, seguindo a mesma linha do que propomos em relação ao inquérito auxiliar”.²⁵¹

Em seu dispositivo 4º elenca de forma exemplificativa os métodos legais para que as provas possam ser produzidas pelo advogado, de modo que poderá efetivar as diligências ali expostas.

O artigo 5º do referido Provimento, por sua vez, reza que os direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas deverão ser respeitados, assim como o defensor deverá preservar o sigilo das informações colhidas.

Dentre tais direitos assegurados, convém mencionar o princípio da presunção de inocência, que no processo penal se torna reitor dos princípios. Por óbvio, também deverá ser

²⁴⁹ CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento nº 188/2018**: Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>>. Acesso em 30 de junho de 2020.

²⁵⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 520.

²⁵¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 520.

respeitado no âmbito da investigação privada, devendo assim, dar o tratamento de inocente ao investigado, até prova em contrário.²⁵²

Outro ponto que merece destaque é em relação ao direito de o imputado não se auto incriminar. Por consequência, quando das declarações do investigado ao órgão competente, deve ser informado de seus direitos, como daquele de apenas ser ouvido na presença de um advogado.²⁵³

Já o artigo 6º da Lei supracitada garante ao advogado e outros profissionais a prerrogativa de realizarem os atos investigatórios e a segurança de não estarem obrigados a apresentar informações referente aos fatos apurados à autoridade competente.

Por último, tem-se o artigo 7º, que estabelece a investigação defensiva como atividade privativa da advocacia e, assim, por reproduzir o legítimo exercício da profissão, não poderá sofrer qualquer tipo de censura ou impedimento por parte de autoridade pública.

De acordo com Franklyn, novamente a OAB pecou “por não estabelecer uma normativa mais centrada nos aspectos éticos da atividade, propondo limites à atuação do advogado. Das duas uma, ou o Provimento ficará perdido no universo de normas da autarquia, sem muita utilidade, ou criará problemas práticos que certamente desaguarão no Judiciário”.²⁵⁴

Assim, o que se extrai do Provimento nº. 188/2018 é que ele objetiva fornecer mecanismos ao defensor para colheita de elementos, consolidando e efetivando a paridade de armas, bem como a ampla defesa no processo penal. Mesmo diante de algumas falhas, acredita-se que sua intenção seja prezar pela garantia do trabalho executado pela defesa.

4.3. PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O projeto do Novo Código de Processo Penal é um exemplo que merece ser analisado e devidamente comentado, pois nele busca-se também uma possível regulamentação, agora em nível legislativo federal, da investigação defensiva por parte dos advogados.

²⁵² CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 283-328, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.324>, p. 316.

²⁵³ CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 283-328, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.324>, p. 316.

²⁵⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 521.

De acordo com Zanardi, este projeto do novo Código de Processo Penal tem como inspiração, mesmo que de forma superficial, o modelo italiano, em virtude de trazer elementos de tal modelo.²⁵⁵

Diante disso, na opinião de Franklyn, “a disciplina até então apresentada é muito superficial e certamente criará problemas semelhantes aos que a Itália enfrentou até o ano 2000, quando as regras de investigação defensiva se restringiam a um único artigo”.²⁵⁶

A investigação criminal defensiva está presente no projeto do novo Código de Processo Penal em seu artigo 13. Para tal atividade busca-se “um tratamento jurídico semelhante àquele conferido pelo Código de Processo Penal aos sujeitos processuais e adaptá-los à classificação de sujeitos da investigação criminal”.²⁵⁷

O Projeto de Lei do Senado nº. 156/2009 foi proposto pelo Senador José Sarney após elaboração por uma comissão de renomados doutrinadores do processo penal brasileiro como o professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. O Projeto supracitado recebe na Câmara dos Deputados o nº. 8.045/2010.

Segundo Bulhões, mesmo que aprovado esse projeto, não dará a segurança jurídica necessária para à advocacia brasileira em relação à investigação defensiva.²⁵⁸ Opinião parecida tem Leonardo Machado, senão vejamos: “o regramento normativo ainda seria insuficiente; contudo, sem dúvida, melhor do que o atual vácuo legislativo, o qual tem dificultado (e muito) o estabelecimento desse novo campo de atuação no sistema de justiça criminal”.²⁵⁹

Nessa mesma linha, Franklyn assegura que o projeto do novo Código de Processo Penal não é o bastante para regular o assunto, pois no “campo penal e disciplinar, faz-se necessário compreender a necessidade de regulamentação pelos abusos praticados na condução da investigação, bem como o fornecimento de falsas informações das pessoas que intervenham na investigação defensiva”.²⁶⁰

²⁵⁵ ZANARDI, Tatiane Imai. Investigação criminal defensiva: uma prática a ser difundida. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 8, n 14, p. 191-216, jan/jun. 2016, p. 207.

²⁵⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 547.

²⁵⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 362.

²⁵⁸ BULHÕES, Gabriel. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: EMais, 2019, p. 65.

²⁵⁹ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 170.

²⁶⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 429.

Contudo, acredita-se, que mesmo o projeto sendo tímido em relação à investigação defensiva, traria importante avanço em face do atual Código de Processo Penal de 1941, que não estabelece qualquer referência direta a esse tema.

Importante aludir a nova redação proposta pelo artigo 13 do Projeto de Lei nº. 8.045/2010:

Artigo 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 resguardando 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 discrição 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.

Note-se que a atenção do legislador se voltou para a questão da oitiva de testemunhas e a respectiva intimação por parte do defensor técnico (advogado). Desta feita, ficou vedada a oitiva direta da vítima, salvo mediante autorização do juiz de garantias e diante, também, do próprio consentimento dela, conforme elucidado pelo § 2º. Já o § 3º traz a possibilidade de medidas excepcionais para os casos descritos no § 2º. E o § 4º versa sobre a necessidade de discrição e reserva em dias úteis e horário comercial.²⁶¹

Em relação ao § 6º, acredita-se não haver propriamente uma inovação, pois a responsabilização nas áreas civil, criminal e disciplinar dos defensores é algo que já ocorreria naturalmente por abusos cometidos.

Observados esses pontos elementares, adentra-se a uma das grandes polêmicas do referido artigo, constante em seu § 5º, segundo o qual “o material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial”. Problemática que reside no fato de deixar nas mãos da autoridade policial “caso compreenda conveniente” juntar ou não esses elementos informativos.

²⁶¹ BULHÕES, Gabriel. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: EMais, 2019, p. 68.

Mesmo apontamento é feito por Zanardi que cita como algo “um pouco duvidoso, pois o material só será juntado aos autos do inquérito se a autoridade policial permitir”. Sendo assim, apontados critérios objetivos ou não, o material elaborado pela defesa deverá passar pela autoridade policial.²⁶²

Nesta mesma linha, de acordo com Bulhões, tem-se aqui a denominada teoria da canalização, que “prevê que todo o material probatório e/ou indiciário produzido pela investigação defensiva, para ter validade jurídica, deve passar pelo crivo discricionário da Autoridade Pública. No caso, o Delegado de Polícia”.²⁶³

Tem-se, aqui, um esvaziamento do instituto. Ora, se todo o material confeccionado pela defesa necessitar passar pelo filtro do delegado de polícia para que tenha validade, há de fato uma quebra de efetividade do instituto. Fica comprometido seu grande potencial democrático, no sentido de evitar possíveis erros judiciais, bem como a existência de processos infundados ou prolações de condenações injustas.

Algumas outras considerações são oportunas nesse particular. Sendo a condução do inquérito policial ainda de total responsabilidade do delegado de polícia, a vítima ou o investigado possuem somente o direito de requerer a juntada do material produzido autonomamente, bem como a realização de qualquer diligência. Não há, porém, garantia de que necessariamente será o pleito deferido. Em caso de indeferimento do pedido, restará à defesa recorrer ao Ministério Público ou à autoridade policial superior.²⁶⁴

O que se deveria buscar, entretanto, seria uma estrutura processual efetivamente adversarial com paridade de armas aos respectivos sujeitos processuais, desde a fase de investigação. Nessa toada, a intenção é conferir às partes maiores poderes de capacidade e atuação probatória, especificando o papel de cada um no desenho processual e, por óbvio, reservando às partes toda a gestão das provas.²⁶⁵

Franklyn enfatiza, no entanto, que há possibilidade da investigação criminal defensiva ser “iniciada no Brasil independente de alteração no Código de Processo Penal”.²⁶⁶ Como argumentos ele cita o modelo italiano, que através de um “simples dispositivo”, modificou o

²⁶² ZANARDI, Tatiane Imai. Investigação criminal defensiva: uma prática a ser difundida. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 8, n 14, p. 191-216, jan/jun. 2016, p. 207.

²⁶³ BULHÕES, Gabriel. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: EMais, 2019, p. 68.

²⁶⁴ BULHÕES, Gabriel. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: EMais, 2019, p. 69.

²⁶⁵ BULHÕES, Gabriel. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: EMais, 2019, p. 70.

²⁶⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 427.

Código e criou uma regulamentação para o tema. Cita, também, o modelo americano que mesmo sem norma regulamentadora não se intimidou acerca do assunto e efetivou a atividade defensiva de instrução preliminar.²⁶⁷

É claro que o ideal, em respeito ao devido processo legal e ampla defesa, bem como para garantir a própria segurança jurídica sobre a informação colhida pela defesa que houvesse “uma regulamentação sobre o tema, de modo a conferir maior fiabilidade ao conteúdo do inquérito defensivo”.²⁶⁸

Sabe-se que a espera por esta atualização legislativa se arrasta por décadas, embora a reforma só irá trazer benefícios ao processo penal brasileiro. Mudanças precisam ser feitas. O passo mais difícil foi dado. Nada explica, porém, essa lentidão, que se pode afirmar como algo complementemente desvantajoso para o crescimento democrático do país.

Partindo dessa percepção, Bulhões aponta que “no segundo semestre de 2018, novamente, por uma conjuntura política, ventitou-se a notícia de que poderia ainda na legislatura então atual ser aprovado o texto legal; mas, as expectativas não se confirmaram”.²⁶⁹

Mais uma vez, contudo, frustram-se as expectativas, e a aprovação de tal normativa se torna algo completamente vago. Não se tem mais qualquer certeza se esse novo projeto será brevemente aprovado, ou mesmo, se algum dia sobrevirá sua aprovação.

Por fim, muito atinente ao tema da investigação criminal defensiva, deixa-se a reflexão feita por Baldan:

“É tempo de dissipar rançosos preconceitos. Superar anacronismos. Vencer barreiras ideológicas que impedem de enxergar além. A polícia é igual em todo mundo. Veste uniforme azul ou verde ou uniforme nenhum. Mas sua tarefa e seus meios são comuns. Ela não é um corpo estranho à sociedade... integra-a. É tempo de resgatar o cidadão-policia de dessa condição de pária da democracia... É hora de lançar ao fogo o dogmatismo descompromissado com a justiça e obediente tão só a interesses corporativos. Ninguém é dono de qualquer coisa no processo penal; exceto o imputado que é detentor inalienável de direitos fundamentais que lhe foram conferidos como resultado da histórica luta contra a tirania do Estado”²⁷⁰

²⁶⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 427.

²⁶⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 427.

²⁶⁹ BULHÕES, Gabriel. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: EMais, 2019, p. 70.

²⁷⁰ BALDAN, Édson Luís. **Investigação Defensiva: o direito de defender-se provando**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007, p. 10.

4.4. PACOTE ANTICRIME

Em meio ao andamento do presente trabalho, deu-se a aprovação do chamado “pacote anticrime”. Infelizmente, contudo, a Lei n. 13.964/2019 nada se referiu ao tema da investigação criminal defensiva. Dessa forma, inoportuna, para os fins específicos deste trabalho, qualquer abordagem a respeito da mencionada reforma legislativa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar o regime jurídico da investigação criminal defensiva no país, de sua previsão constitucional à necessidade de regulamentação legal. Vale frisar que a realização deste trabalho visou estimular novos estudos a respeito do tema, considerando que o assunto ainda é pouco explorado no meio acadêmico.

O primeiro passo desta pesquisa consistiu em uma breve análise a respeito dos sistemas processuais penais existentes nos diferentes tipos de ordenamentos jurídicos, bem como os respectivos modelos adotados em cada contexto. Esta análise histórica fez-se necessária para a devida compreensão e o conhecimento das fontes do direito processo penal brasileiro. Assim, pode-se afirmar que hoje existem dois modelos de sistemas processuais penais no direito comparado, quais sejam, o modelo inquisitório regido pelo princípio inquisitivo e o modelo acusatório regido pelo princípio dispositivo. A diferenciação entre os modelos acusatório e inquisitório gira em torno da gestão das provas.

Relativamente ao modelo inquisitório, que surgiu em Roma no seio do poder da Igreja Católica, verificou-se uma feição autoritária. Nesse sistema, a gestão da prova compete ao magistrado/juiz, restando óbvio um prejuízo ao contraditório necessário. Tem-se, portanto, uma nítida prevalência do poder estatal em face dos direitos individuais.

Já o modelo acusatório traz a ideia de um ordenamento jurídico mais igualitário, em que o juiz não produzirá prova alguma, uma vez que as provas ficarão a cargo das partes. Assim, assegura-se a imparcialidade do juiz e coloca-se o direito do imputado em primeiro plano, ou seja, tem-se a regular conservação dos direitos fundamentais através do devido processo legal, resguardando-se os princípios do contraditório pleno e da ampla defesa.

Com relação ao modelo misto, tido por muitos como um terceiro sistema, verificou-se inadequada essa classificação. Isso porque, a partir das ideias de Kant, não possui um princípio unificador próprio, mas sim a reunião de características diferentes de outros sistemas.

Em que pese serem reconhecidos teoricamente dois modelos, pode-se afirmar que os sistemas processuais penais não existem mais de uma forma pura, pois ambos apresentam características secundárias, ou seja, emprestadas de outros sistemas processuais.

Em suma, restou comprovado que o modelo processual penal no Brasil é em sua essência inquisitório e faz-se crer que tal sustentação se deu por razões ideológicas e políticas. Muitos dos atuais problemas que giram em torno do processo penal são reflexos de sua formação histórica. Reflexos de um sistema marcado por uma trajetória completamente

autoritária de heranças ainda muito influentes que o distanciam do tão almejado Estado Democrático de Direito.

Ainda no primeiro capítulo abordou-se a importância das garantias probatórias constitucionais presentes no sistema acusatório, apontando-se o vasto rol de dispositivos que reconhecem a garantia de um processo penal regido por tal modelo. Convém mencionar a esse respeito o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal que assegura ao imputado o “contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”.

Paralelamente, foram estudados dois direitos essenciais em matéria investigativa, a saber, o direito à paridade de armas e o direito à prova defensiva. Ambos são fundamentos de um verdadeiro direito à investigação criminal defensiva.

O princípio da paridade de armas visa garantir um processo igualitário entre as partes. Já o direito à prova defensiva, de viés constitucional implícito, garante a concretização dessa necessária igualdade.

Foi realizado, também, um estudo específico sobre a investigação criminal defensiva, sendo feitas algumas ponderações sobre os modelos estrangeiros, mais especificadamente os sistemas italiano e norte-americano, países em que a investigação defensiva já implantada há bastante tempo. Por último, falou-se a respeito da necessária importação jurídica com regular adequação ao modelo brasileiro.

Conceituada, ainda, a investigação criminal defensiva como a atividade de natureza investigatória realizada, em qualquer fase da persecução penal, pelo defensor.

O estudo dos modelos estrangeiros se fez necessário para uma melhor compreensão do tema, permitindo comparar experiências de outros ordenamentos jurídicos, o que facilitava a análise dos possíveis acertos e falhas já ocorridas.

No segundo capítulo foi abordado o monopólio do Estado quanto ao sistema de investigação preliminar. Foram realizadas algumas considerações sobre a estrutura do processo penal brasileiro, restando clara a necessidade de uma preocupação democrática.

Foram verificados os três modelos de investigações elencados no ordenamento jurídico brasileiro: o sistema de investigação policial, ministerial e judicial. Acrescentando ao final deste segundo capítulo, um estudo relativo ao espaço reservado à defesa do imputado nessas investigações.

Viu-se que a investigação criminal no Brasil, a partir do fundamento constitucional, é atribuída à Polícia Judiciária, que tem a função de realizar a apuração dos delitos apontando os indícios de autoria e materialidade do fato. Tal atribuição é desempenhada pelo Delegado de Polícia, normalmente através do inquérito policial.

Sobre a investigação ministerial, têm-se alguns posicionamentos doutrinários inteiramente diversos, que oscilam entre a proibição completa e a possibilidade integral. Entende-se, quanto ao tema discutido, que, se for dado o poder investigatório para a parte acusatória, silenciando a respeito de tal poder em relação à parte defensiva, parece rompida a cláusula do devido processo legal. Assim, fazendo com que o processo não seja mais justo e nem devido.

Já em relação à investigação judicial, acredita-se que deva ser completamente afastada, considerando a perspectiva de um sistema democrático acusatório.

No que se refere ao lugar reservado à defesa nas investigações criminais, assinala-se que no Brasil esse espaço durante um longo tempo não existiu, mas que, nos dias atuais, ganhou alguns pontos relevantes. Importante ressaltar que a atividade de investigação defensiva ainda luta por uma regulamentação federal, a fim de garantir a paridade de armas.

No último capítulo foi realizado um estudo acerca da regulamentação legal da investigação criminal defensiva como um dispositivo processual penal democrático. Em tal tópico foi tratado sobre o papel da doutrina na busca por essa regulamentação, destacando-se o trabalho para a aprovação do Provimento da OAB nº. 188/2018 e também o projeto realizado em torno do Novo Código de Processo Penal.

Não se nega que a aprovação do Provimento da OAB foi um importante passo na busca de regulamentação, mas o breve Provimento ainda deixou algumas questões importantes pendentes, podendo gerar problemas para o profissional da advocacia. Dessa forma, admite-se que a regulamentação federal seria o “ponto chave” para a devida consolidação da matéria dando o suporte normativo necessário.

Verificou-se, ainda, que o ordenamento jurídico brasileiro possui um código processual completamente retrógrado, que não acompanhou as inúmeras mudanças ocorridas no contexto social e democrático do país.

É preciso que exista uma ruptura com esse modelo ultrapassado do processo penal brasileiro, de modo que os juristas abandonem mentalidades obsoletas e se convençam de que em um sistema acusatório a gestão das provas será confiada às partes, objetivando os direitos fundamentais presentes na Constituição Federal.

Sustentou-se, ao longo do trabalho, a importância da instrução criminal defensiva ser realizada o quanto antes e estar presente já nesta fase preliminar de investigação, resguardando a garantia de um devido processo legal. Pontuou-se, também, o direito à paridade de armas, sustentado no próprio direito à prova como uma garantia fundamental do imputado, assegurada

pela Constituição Federal de 1988, assim como o direito ao contraditório, a ampla defesa e ao devido processo legal, todos inseridos no art. 5º do texto constitucional.

Já para o equacionamento do problema levantou-se a seguinte hipótese de existir um direito fundamental à investigação criminal defensiva na constituição brasileira, porém não regulamentado em lei.

Acredita-se que a hipótese foi devidamente confirmada, uma vez que mesmo que a Constituição Federal forneça o suporte constitucional para o devido processo legal e garanta inúmeros direitos ao imputado, até mesmo diante da aprovação do Provimento nº. 188/2018 da OAB, a investigação criminal defensiva conta ainda com um regramento normativo precário.

O direito à investigação defensiva decorre da constituição de maneira implícita, ele não precisaria estar previsto expressamente em lei, já que em relação aos particulares ele aplica o princípio da legalidade ampla, onde o particular pode fazer tudo aquilo que a Lei não proíba de maneira expressa. Diferente dos órgãos públicos que estão submetidos a legalidade estrita, só podendo fazer aquilo que a Lei expressamente determina ou permite.

Quanto a regulamentação pela OAB do provimento 188/2018, pode-se dizer que ele é bastante importante, mas a finalidade dele foi apenas afastar eventuais questionamentos de infrações éticas, infrações no âmbito administrativo quanto a advogados que realizassem atos de investigação defensiva. Tal Provimento não é uma Lei em sentido estrito que disciplina a investigação defensiva como ocorrem em outros ordenamentos como o próprio Código de Processo Penal Italiano.

Então a necessidade de uma Lei seria para conferir maior segurança jurídica e também maior efetividade ao disciplinar expressamente quais seriam os atos permitidos pelo advogado em uma investigação defensiva, dando maiores mecanismos para o advogado exercer essa atividade na prática.

Embora não necessite teoricamente de Lei, ela seria um mecanismo para dar maior efetividade, porque sem uma disciplina legal em sentido estrito esse regramento mais específico fica desvirtuado.

Enfim, sabe-se que o caminho da justiça que se irá traçar diante da profissão da advocacia será por muitas vezes árduo, seja pelas incertezas, concorrência ou injustiças que serão enfrentadas. Em vista disto, deixa-se uma mensagem final para que não “desanimemos” de nossa futura profissão:

“Façamos de nossos gabinetes e escritórios a trincheira da legalidade investigatória... não somos escravos do que é legal e sim discípulos do que é justo... a lei, ora a lei... abandonemos a lei, busquemos a Justiça...”²⁷¹

²⁷¹ BALDAN, Édson Luís. Investigação Defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007, p. 11.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva como estratégia articuladora do sistema acusatório no Brasil, in SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (orgs). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil, escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**, Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória. vol. 5. p. 351-394, 2019.

BALDAN, Édson Luís. Investigação Defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007.

BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 7-9, set. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 02 mai. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Orgânica da Magistratura Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 27 mai. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em: 28 mai. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Informações retiradas do site: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1259>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

BALLESTEROS, Paula (Coord.). **Desafiando a inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Vol. III. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2019.

BULHÕES, Gabriel. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: EMais, 2019.

CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; BULHÕES, Gabriel. Defesa penal efetiva no Brasil: Desafios da atuação defensiva na investigação preliminar em meio ao sistema acusatório. In: BALLESTEROS, Paula (Coord.). **Desafiando a inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Vol. III. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2019.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 283-328, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.324>.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 1. ed. Florianópolis, SP: Empório do Direito, 2017.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento nº 188/2018**: Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: < <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>>. Acesso em 30 de junho de 2020.

CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 127, p. 167-198, jan. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*. Ano 1 - n. 1. Porto Alegre: Notadez/ITEC, 2001, pp. 26 – 51.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre a propedêutica penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do Garantismo penal. trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. ver. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987.

GOMES, Décio Luiz Alonso. **Mediação processual penal: Definição do conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 9 ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAURÍCIO, Bruno; HENRIQUE, Diego. A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro. **Revista Liberdades**, nº 12, jan./abr. 2013.

MELCHIOR, Antonio Pedro; CASARA, Rubens R R. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; JÚNIOR, Jaime Pimentel. **Polícia Judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal**. 2 ed. ampl., rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2008.

POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Investigação preliminar: desafios e perspectivas”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 29-40, jan./abr. 2020.

SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra. **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SILVA, Franklyn Roger Alves. A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 41-80, jan./abr. 2020.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

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

ZANARDI, Tatiane Imai. Investigação criminal defensiva: uma prática a ser difundida. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 8, n 14, p. 191-216, jan/jun. 2016.