

A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO MECANISMO GARANTIDOR DA PARIDADE DE ARMAS

Beatriz Melo de Freitas
Bacharela em Direito, Centro Universitário Nobre (UNIFAN)
beatrizmfreitas11@gmail.com

RESUMO

O trabalho buscou, como objetivo geral, compreender o instituto da investigação defensiva na persecução penal preliminar – inspirado no direito comparado –, que atua como instrumento garantidor da igualdade, da paridade de armas, da ampla defesa do investigado e do Estado Democrático de Direito, frente à omissão legislativa pátria. A partir de uma pesquisa bibliográfica e documental, buscou-se o regramento da investigação defensiva no Brasil e no direito comparado, ressaltando-se que a medida é compatível com a Constituição Federal brasileira. A pesquisa se estruturou em compreender o instituto, com a abordagem da estrutura investigatória brasileira e de como a investigação defensiva se desenvolve na Itália e nos Estados Unidos. Os resultados deste estudo demonstram que há uma carência normativa com relação à matéria e evidenciam os benefícios que podem advir de sua institucionalização no processo penal brasileiro. Concluiu-se que a temática, como decorrência da paridade de armas, é providência que se compatibiliza com princípio constitucional da ampla defesa, sendo plenamente aplicável à fase investigatória, especialmente por viabilizar a adequada resolução do caso penal.

Palavras-chave: investigação defensiva; inquérito policial; ampla defesa.

1 INTRODUÇÃO

O inquérito policial no Brasil é marcado pela disparidade de armas, visto que, nessa espécie de investigação preliminar, o imputado é tido como mero espectador, não possuindo participação efetiva. Nesse contexto, a pesquisa proposta se ocupa em debater a temática da investigação defensiva como mecanismo garantidor da paridade de armas durante a fase pré-processual, comumente conhecida como inquérito policial, pois o exercício dessa atividade desenvolvida pelo defensor propiciará que o investigado passe a, efetivamente, ser sujeito durante a fase investigatória, ocupando uma posição mais proativa e dinâmica, alcançando, por conseguinte, a isonomia e o equilíbrio das partes.

O direito à ampla defesa encontra-se evidenciado no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988). Contudo, este direito encontra mitigações, visto que a defesa durante a persecução penal preliminar possui instrumentos defensivos limitados.

Nesse passo, como problema da pesquisa tem-se: de que forma o instituto da investigação defensiva na persecução penal preliminar – inspirado no direito comparado –, atua como instrumento garantidor da igualdade, da paridade de armas, da ampla defesa do investigado e do Estado Democrático de Direito, frente à omissão legislativa pátria?

Observa-se que há uma problemática no que concerne à valoração probatória dos elementos que foram colhidos durante a fase pré-processual, visto que o Código de Processo Penal (CPP) assevera que as decisões judiciais não podem ter como

fundamento os elementos informativos produzidos durante o inquérito. Contudo, no cenário atual o que se observa é o oposto, à medida que muitas decisões tomadas na fase posterior possuem como base esses elementos colhidos sem o contraditório.

Denota-se, portanto, uma crise no modelo investigatório brasileiro, pois em que pese o sistema ser constitucionalmente considerado acusatório, ele é marcado por uma fase pré-processual altamente inquisitória, com a concentração de funções nas mãos de determinados sujeitos e sem a observância do contraditório, da ampla defesa, publicidade. Por outro lado, a fase processual é lastreada pelo respeito a todas as garantias constitucionais, sendo, nesse contexto, altamente criticável o fato de os autos do inquérito serem anexados aos autos do processo e, também, dos elementos colhidos durante a investigação preliminar valerem para a fase da ação penal.

A pesquisa se faz necessária em razão do tema ainda ser tratado de modo incipiente pela doutrina brasileira, fortemente apegada às raízes inquisitórias do CPP de 1941. Assim, é mister a imersão na doutrina especializada, focada na CF/88 e no Provimento n.188 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) que, aparentemente, consagram a hipótese de investigação também em prol da defesa, algo que, praticamente, não ocorre na praxis policial.

Destaca-se que, conquanto seja evidente a mora legislativa sobre o tema, sempre causou perplexidade a passividade da defesa durante os atos de investigação, os quais podem resultar em danos irreversíveis aos suspeitos, seja estimulada pela autoridade policial ou decorrente do desconhecimento pelo advogado de suas prerrogativas na primeira fase da persecução. Essas inquietações, portanto, justificam a presente pesquisa.

Ademais, a escolha do tema reveste-se de grande relevância jurídica e social, tendo em vista a necessidade em se estabelecer um sistema investigatório pautado nos princípios constitucionais, para que, assim, o investigado possa ser tratado como sujeito de direitos e não como mero objeto da investigação.

O exercício desse mecanismo permite um efeito qualitativo na investigação preliminar, com maior participação da defesa, evitando-se acusações pautadas exclusivamente no interesse acusatório, e, por diversas vezes, injustas. Evita-se, portanto, que a sociedade seja penalizada com a existência de ações penais manifestamente infundadas, pois a dialética da investigação com a defesa mais atuante tende a impedir a persecução penal irresponsável.

Ainda coadunando com o que fora acima exposto, nota-se que a efetiva participação do advogado de defesa propiciará um aprimoramento na segurança pública, resultando na ampliação do campo cognitivo da investigação e na administração da justiça, a fim de evitar qualquer mácula ao devido processo legal, como erros judiciais, acusações falsas e condenações injustas.

A defesa técnica cumpre relevante função social no processo judicial, porquanto, o destinatário da prova e o interesse na apuração dos fatos não é somente do órgão julgador, como também da sociedade, à medida que se busca a pacificação social com o adequado acerto do caso penal.

O amadurecimento das discussões à respeito do instituto mostra-se como um ponto positivo, posto que confere mais credibilidade à atividade desempenhada pelo defensor, bem como encoraja os aplicadores do Direito a utilizarem a investigação defensiva para colher elementos favoráveis à defesa, desenvolvendo, deste modo, uma instrução prévia mais justa, garantista e com equilíbrio processual entre acusação e defesa, diminuindo a nítida disparidade de armas existente, impedindo acusações apressadas e desprovidas de bases consistentes.

Portanto, o presente trabalho possui como objetivo geral compreender o instituto da investigação defensiva na persecução penal preliminar – inspirado no direito comparado –, que atua como instrumento garantidor da igualdade, da paridade de armas, da ampla defesa do investigado e do Estado Democrático de Direito, frente à omissão legislativa pátria. De forma complementar, os objetivos específicos são:

a) analisar a influência da paridade de armas/igualdade processual no âmbito do inquérito policial;

b) delimitar as possibilidades asseguradas à defesa no curso do procedimento investigatório diante da omissão legislativa, embora se tenha um vigor constitucional na tutela da igualdade processual;

c) compreender o alcance da investigação defensiva, regulamentada por ato administrativo da OAB, especialmente no contexto da prevenção probatória processual, bem como a relevância do Projeto de Lei n. 8.045/2010 para o instituto e as inovações resultantes da Lei n. 13.245, de 12 de janeiro de 2016;

d) avaliar a função, o conceito do inquérito policial, bem como a sua natureza;

e) analisar os diferentes sistemas processuais penais, e;

f) demonstrar a atuação do advogado no desempenho de atividade defensiva no modelo italiano e norte-americano.

No que tange à metodologia, a pesquisa se enquadra como bibliográfica e documental. Nesse passo, na pesquisa bibliográfica, o autor utiliza materiais já existentes e publicados e, a partir deles, cria seu posicionamento. O trabalho em comento utiliza de publicações, artigos, monografias e livros. Ainda, também se classifica como documental, pois parte da análise de leis e da jurisprudência.

2 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Inicialmente a presente pesquisa abordará os princípios fundantes da investigação defensiva, evidenciando os posicionamentos divergentes acerca da matéria. De acordo com Pacelli (2020, p. 83-84), ocorreu uma modificação na extensão do princípio do contraditório, tendo em vista que passou a abranger não somente o direito de informação e participação, como também alcançou a igualdade processual entre as partes.

Nessa senda, percebe-se que o contraditório pressupõe o direito de as partes se manifestarem no sentido de exercerem influência sobre a convicção do magistrado, acrescendo a isso o princípio da paridade de armas. Nesse passo, é imprescindível que possuam o direito de serem informadas e de reagirem, sendo que as suas manifestações devem ocorrer de modo equilibrado, ou seja, a elas deve ser dada as mesmas oportunidades processuais com a garantia de participação em simétrica paridade (SILVA, I., 2020, p. 316-317).

Impende salientar que antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 não havia que se falar em contraditório e direito de defesa durante o inquérito policial. Após o texto entrar em vigor, muitas discussões surgiram acerca da possibilidade de aplicação desses princípios diante da redação que fora dada ao art. 5, LV, da CF/88, segundo o qual “LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

No tocante ao contraditório, Zanardi (2016, p. 197) defende em sua obra que esse princípio também deveria ser aplicado durante a fase pré-processual, tendo em vista que o que “[...] se observa no dia a dia forense é o convencimento do magistrado pelo material confeccionado no inquérito policial. Logo, os erros do inquérito podem repercutir para sempre na ação penal.”

Nessa perspectiva, a investigação defensiva mostra-se útil, pois está veementemente associada ao contraditório, na medida em que a defesa, a partir do momento em que pode realizar atividade probatória, terá a possibilidade de influir na interpretação dos fatos, de modo a demonstrar elementos favoráveis ao acusado, repercutindo na decisão judicial (SILVA, F., 2020, p. 59). Mirabete (2006 *apud* SILVA I., 2020, p. 317, grifo do autor) dispõe que:

Do princípio do contraditório decorre a *igualdade processual*, ou seja, a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram num mesmo plano, e a *liberdade processual*, que consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem entender, de apresentar as provas que lhe convenham etc.

De acordo com Malan (2012, p. 290 *apud* SILVA, F., 2020, p. 62), a investigação defensiva é fundamentada “(a) no direito à prova defensiva, na medida em que o seu exercício em Juízo pressupõe prévia atividade investigativa; (b) na garantia da paridade de armas.”

Nessa linha de entendimento, Machado (2009, p. 94) assevera que é necessário que ocorra a atividade defensiva para que se alcance um equilíbrio e isonomia entre as partes, tendo em vista que a investigação a cargo do Ministério Público é parcial e não busca elementos benéficos ao imputado, muito pelo contrário, já que há uma falta de preocupação com os interesses do investigado.

Ainda, é importante frisar que a atividade defensiva propiciará que o profissional colete elementos que porventura tenham sido desprezados pela Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público e que seriam favoráveis ao investigado, influenciando de forma veemente na solução do caso penal, pois como é sabido, o desenvolvimento da uma investigação pode-se dar por várias linhas investigatórias (SILVA, F., 2020, p. 70).

O presente estudo corrobora com o entendimento acima exposto tendo em vista que, na conjuntura atual, observa-se pela desigualdade entre acusador e a defesa, que pode ser demonstrado pelo informativo número 564 do Supremo Tribunal Federal (STF), o qual reconhece poderes investigatórios ao Ministério Público. Nesse passo, pelas mesmas razões, deveria também ser possível uma investigação promovida pelo defensor, garantindo deste modo o equilíbrio de oportunidades, conferindo à defesa um papel proativo nessa fase pré-processual.

Por outro lado, há quem sustente ser impossível a aplicação do contraditório nessa fase, pois, caso contrário, frustraria a própria finalidade do inquérito, já que o elemento surpresa vigoraria durante esse período, tendo em vista a necessidade de determinadas diligências exigirem o sigilo para lograrem êxito. Desse modo, excepcionalmente nos casos de provas antecipadas, o imputado teria resguardado este direito, já que essas provas poderiam repercutir em alguma medida cautelar ou em uma futura ação penal (MACHADO, 2009, p. 87-88).

Já a ampla defesa está umbilicalmente ligada ao contraditório e nos apresenta dois vieses, sendo demonstrada pela possibilidade de autodefesa e de defesa técnica com profissionais qualificados para que, assim, resulte em uma defesa efetiva, influenciando no convencimento do magistrado. Destaca-se que, por meio dela, o acusado pode utilizar os meios de prova com o intuito de evidenciar sua inocência (SILVA, I., 2020, p. 317). Ademais, o direito de defesa é plenamente aplicável durante a persecução preliminar “[...] encontrando respaldo não só no texto constitucional, mas também no artigo 14 do Código de Processo Penal, que permite a requisição de diligências pelo indiciado.” (MACHADO, 2009, p. 86).

Além disso, o direito de defesa pode ser demonstrado pela Súmula Vinculante 14 do STF, já que assegura “[...] a vista dos autos de inquérito ao acusado e seu defensor, bem como a participação defensiva nesta fase.” (SAAD, 2020, p. 36).

A investigação defensiva é conceituada por Baldan (2007, p. 9-10) e consiste em uma atividade investigatória realizada pelo defensor, o qual poderá contar com a ajuda de auxiliares se assim o quiser e possui o condão de coletar elementos que constituirão o acervo probatório. Além disso tal atividade é a consagração do princípio da ampla defesa, sendo que o seu exercício poderá ocorrer tanto na fase pré-processual como na ação penal, ou seja, há um leque de possibilidades de utilizá-la. Nesse passo, Azevedo e Baldan (2004 *apud* DIAS, 2018, p. 3) asseveram que é “[...] perceptível que o advogado nessa inédita sistemática, detém a direção, o controle e responsabilidade da investigação defensiva.”

Malan (2012, p. 9 *apud* SILVA, F., 2020, p. 56) dispõe que, além de possuir os princípios constitucionais como fundamento, a investigação defensiva se encontra consagrada em pactos internacionais os quais foram incorporados pelo Brasil por meio de decretos, quais sejam, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto 678, de 6 de novembro de 1992), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Decreto 592, de 6 de julho de 1992) e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002). Nesse sentido Nardelli (2015 *apud* SILVA, F., 2020, p. 56) dispõe que:

O direito à prova não encontra previsão expressa na Constituição Federal, podendo ser extraído no art. 5.º, LV no que tange à sua intrínseca ligação com o contraditório e a ampla defesa. No âmbito internacional pode-se citar a Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada pelo Dec. 678/1992, [...] o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, incorporado pelo Dec. 592/1992, que traz previsão análoga no art. 14, § 3º.

Nesse contexto, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por sua vez, evidencia no art. 8, §2, “c”, a “concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa”. Já o “f”, dispõe sobre o direito à prova pois há o “direito de a defesa inquirir as testemunhas [...] e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos” (BRASIL, 1992). Machado (2009, p. 90) destaca que “com a incorporação deste estatuto internacional pelo ordenamento jurídico interno, houve a consagração expressa do direito à prova no Brasil”.

Complementarmente, o Pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14, §3, “b”, resguarda o direito do acusado de “dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa [...]”, já o “e”, por sua vez, assevera que assiste o direito “de interrogar [...] as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação.” (BRASIL, 1992).

Por derradeiro, o Estatuto de Roma dispõe no art. 67, §1, “b” que, dentre os direitos do acusado, há o de “(...) dispor de tempo e de meios adequados para a preparação da sua defesa [...]”. Já a alínea “e” versa sobre o direito de “[...] obter o comparecimento das testemunhas de defesa e a inquirição destas nas mesmas condições que as testemunhas de acusação. [...] também direito a apresentar defesa e a oferecer qualquer outra prova admissível, de acordo com o presente Estatuto” (BRASIL, 2002).

Um ponto importante a ser elucidado é que a investigação promovida pelo Estado não se confunde com a investigação defensiva, pois, na primeira, o defensor possui algumas prerrogativas, já na segunda ele tem mais controle e liberdade, visto

que “define a sua própria linha investigatória, com o propósito de reunir, lícitamente dados materiais favoráveis ao imputado e capazes de influir no convencimento judicial.” (MACHADO, 2009, p. 93).

Ainda, Silva F. (2020, p. 43) caracteriza a investigação defensiva como uma atividade própria da defesa que deve ser lastreada pela boa-fé e lealdade na relação processual, sendo desempenhada pelo defensor público ou advogado que, utilizando-se dessa investigação, busca elementos que serão importantes para esclarecer o fato considerado criminoso.

Nesse aspecto, é importante esclarecer se a investigação defensiva seria uma atividade seletiva, diante do alto custo relacionado a algumas diligências e medidas que necessitariam ser adotadas para seu exercício, como por exemplo a contratação de detetives particulares e a obtenção de informações em determinados bancos de dados. Nesse cenário para que tal atividade pudesse alcançar os hipossuficientes, seria necessário que ocorresse uma reestruturação com investimento material e pessoal no âmbito das defensorias públicas voltados ao desempenho da atividade defensiva, já que muitas delas não são aparelhadas. Dessa forma, seria possível democratizar a investigação defensiva (DIAS, 2018, p.9).

Em que pese a possibilidade de o defensor empreender diligências típicas ou atípicas há um limite para a investigação defensiva, visto que a atividade não pode violar normas constitucionais, legais e administrativas, ou seja, a prova deve ser lícita e é imprescindível que obedeça aos ditames éticos (MACHADO, 2009, p. 134).

Nesse cenário, impende salientar que no Brasil há uma despreocupação com relação à temática, não havendo uma regulamentação no campo legal que trace as diretrizes da atuação da defesa na fase preliminar. Essa situação, por sua vez, pode ser evidenciada pelo projeto do Novo Código de Processo Penal, que reduz a matéria a um único artigo (SILVA, F., 2020, p. 42-43).

Há, portanto, uma previsão tímida constante no art. 13 do Projeto de Lei nº 8.045/2010, o qual trouxe a possibilidade de a defesa desempenhar função investigativa, não ficando unicamente a cargo da polícia judiciária. Outrossim, Vilares (2014 *apud* SILVA, F., 2020, p. 68) assevera que “ao contrário de viabilizar a pesquisa de fontes de prova por parte da defesa, a prometida legislação parece mais querer conter uma atividade que pressupõe já em prática”.

Por outro lado, no âmbito infralegal, há o Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB, tratando-se de uma regulamentação de cunho administrativo, na qual foram abordados aspectos gerais e conceituais acerca da investigação defensiva (BULHÕES, 2019, p. 10). Ainda, o mesmo autor destaca a importância de um provimento posterior, o qual será responsável por disciplinar sobre os autos de investigação defensiva (DIAS, 2019, p. 72).

Nota-se que o ato administrativo da autarquia corporativa representa mudança de paradigma, rompendo com a tradição de apatia defensiva até então predominante durante a investigação preliminar.

Pode-se constatar que o provimento trouxe “balizas sem engessar a atividade investigatória defensiva. Almejou-se fixar parâmetros [...] e técnicas sem ditar pormenorizadamente como dever ser ou não a atuação do profissional da advocacia investigativa.” (DIAS, 2019, p. 73).

Ainda, uma informação relevante que deve ser trazida a baila e analisada por uma ótica crítica é o fato de que o projeto originário do provimento contava com quase 40 artigos, o que evidencia que havia um campo mais amplo de regulamentação, contudo ao final foi reduzido a apenas 8 artigos.

Constata-se que os poucos artigos colacionados no supracitado provimento não contribuem para a incorporação eficaz da investigação defensiva, já que ele foi responsável apenas por autorizar a investigação a cargo da defesa, necessitando ser aprofundado já que revelou-se muito raso, uma vez que não esgotou as possibilidades de atuação do advogado nem mesmo estabeleceu as regras para o exercício da atividade defensiva.

Outro ponto importante que deve ser analisado é a Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016. Em que pese a referida lei ter ocasionado mudanças no Estatuto da OAB (Lei nº. 8906/1994), conferindo mais possibilidades de participação ao defensor, o princípio inquisitorial mostra-se muito presente, tendo em vista que ainda há a concentração de função nas mãos do delegado de polícia e do Ministério Público, pois irão presidir, realizar atos investigatórios e decidir (ZANARDI, 2016, p. 208).

A interpretação conjunta do art. 7, § 11, do Estatuto da OAB com a Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal traz à baila o entendimento acerca do sigilo com relação aos elementos de prova.

Nessa senda, o sigilo interno, ou seja, aquele com relação ao defensor é parcial, tendo em vista que ocorrerá quando o conhecimento por parte da defesa acabar resultando em frustração ou comprometimento da diligência, na medida em que ela ainda não fora feita ou por estar em andamento, busca-se com isso que o sujeito passivo não atrapalhe a produção dos elementos probatórios e informativos. No que tange aos elementos documentados no inquérito, o defensor possui amplo acesso, garantindo desse modo a ciência, já o direito de reação se perfaz quando através da atividade investigativa se produz prova para a defesa.

No tocante à sumula vinculante supramencionada, Lopes Júnior (2020, p. 300-301, grifo nosso) faz algumas observações pertinentes:

É um **direito do defensor**: portanto, pode ser mantido o sigilo externo (para os meios de comunicação, por exemplo); **no interesse do representado**: logo, pode ser exigida procuração para comprovação da outorga de poderes e também justificar a restrição de acesso aos elementos que sejam do interesse de outros investigados não representados por aquele defensor [...] Esse interesse é jurídico e vinculado à plenitude do direito de defesa; **Ter acesso amplo aos elementos de prova já documentados**: o acesso é irrestrito aos atos de investigação [...] desde que já documentados. Com isso, preserva-se o necessário sigilo aos atos de investigação não realizados ou em andamento [...].

Nesse cenário, se for feita uma interpretação sistemática, percebe-se que diante do cabedal de normas existentes é possível que se realize a investigação defensiva, contudo é imprescindível que haja uma regulamentação mais minudente que a discipline, o que conseqüentemente trará uma maior segurança jurídica ao desempenho da atividade. Aliado a isso é imperioso que haja a construção de uma teoria da investigação defensiva que ficará a cargo da doutrina se materializando na criação de um manual deontológico, pois desse modo o profissional terá mais credibilidade na sua atuação diante de um amparo normativo e uma disciplina clara que trace as diretrizes da atuação da defesa.

3 A ESTRUTURA INVESTIGATÓRIA BRASILEIRA E O DIREITO COMPARADO

Nessa ocasião, o presente trabalho em síntese perpassará pela abordagem crítica com relação ao inquérito policial, expondo pontos primordiais para um melhor entendimento acerca da natureza desse procedimento prévio, bem como sua finalidade. Na sequência serão analisados os diversos sistemas processuais e qual seria o modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Por fim a presente

pesquisa abordará os países que paulatinamente inseriram o instituto em seu ordenamento jurídico, bem como os poderes que o defensor possui no desenvolvimento da investigação defensiva.

3.1 INQUÉRITO POLICIAL

No ordenamento jurídico brasileiro, o inquérito policial é uma espécie de investigação preliminar, na medida em que antecede a fase processual. Ainda, trata-se de uma espécie, já que além dele existem outras investigações, como as comissões parlamentares de inquérito e sindicâncias (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 119).

Impende salientar que Marta Saad vai além, visto que assevera que por meio desse procedimento prévio cautelar busca-se esclarecer um fato que é aparentemente típico e ilícito, bem como apurar os autores, coautores e partícipes da infração. De acordo com a autora, o inquérito policial possui natureza administrativa e finalidade judiciária (SAAD, 2020, p. 31). Por outro lado, Lopes Júnior (2020, p. 181) conceitua o inquérito como sendo um:

[...] conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 181).

No inquérito policial, será averiguada a existência de materialidade e indícios de autoria, sendo que os elementos informativos produzidos nessa fase irão subsidiar a atuação do titular da ação penal que pode ser o Ministério Público em se tratando de crime de ação penal pública ou o ofendido ou seu representante legal em sendo hipótese de ação penal privada (BELLO; NOVAES, 2020, p. 108). De acordo com Pacelli (2020, p. 112, grifo do autor), “[...] deve-se observar que o inquérito se dirige exclusivamente à formação da *opinio delicti*, isto é, do convencimento do órgão responsável pela acusação”.

Pode-se inferir que o inquérito possui cognição sumária, visto que nele se aferirá uma possibilidade de existência do crime, nesse sentido a colheita efetiva de elementos probatórios ocorrerá em uma fase específica, qual seja, a fase processual. Contudo, a ordem prática demonstra outro panorama, pois a sumariedade que deveria vigorar nessa fase “é sistematicamente negada pela polícia, que investiga até que ela entenda provado o fato, quando na verdade a convicção deve partir do titular da ação penal” (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 127).

Nessa mesma linha de entendimento, segundo Saad há um desvirtuamento dos elementos colhidos, na medida em que essa fase pré-processual tem se inflado, tendo em vista que há uma real antecipação e esvaziamento da instrução que deveria ser realizada em juízo no decorrer da ação penal (SAAD, 2020, p. 35).

3.2 SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

É de suma importância perceber que os sistemas processuais variaram ao longo do tempo, tendo sido altamente influenciados pela ideologia, bem como pelo contexto político e social da época, pois quando foram voltados para o caráter punitivista e autoritário havia a predominância do sistema inquisitório, contudo quando o ideal era democrático, libertário o sistema era veementemente marcado pelas características acusatórias (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 40).

Antes de tratar acerca do sistema processual adotado pelo Brasil, é imprescindível que se trace os principais aspectos do sistema inquisitório, acusatório

e misto. Lopes Júnior (2020, p. 56), acertadamente, demonstra quais são as principais características do sistema inquisitório:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ele mesmo produziu (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 56).

Pela observância do sistema inquisitório, percebe-se que as partes são consideradas como mero objeto da persecução, não sendo sujeitos de direitos por não possuírem seus direitos fundamentais resguardados. Nesse contexto, o juiz é responsável pela iniciativa, gestão da prova, acusação e julgamento, atuando de ofício, ceifando a imparcialidade. Nesse sistema não há contraditório, com a predominância da desigualdade de armas. Conforme destacam Tavora; Alencar (2017, p.54), “o que se vê é a mitigação dos direitos e garantias individuais, em favor de um pretense interesse coletivo de ver o acusado punido”.

Em contrapartida, o sistema acusatório possui características opostas ao supramencionado sistema, visto que há uma separação bem delineada das funções, que pode ser observada no fato do juiz ocupar lugar de mero espectador, ou seja, uma posição de alheamento à iniciativa e gestão probatória, pois essa atividade compete puramente às partes, deste modo, o juiz é impedido de buscar a prova de ofício, o que resulta, conseqüentemente, na imparcialidade. Ademais, às partes são dadas igualdade e paridade de armas, visto que possuem as mesmas oportunidades no curso da persecução, o procedimento é predominantemente oral e fortemente marcado pela dialética e pelo contraditório (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 43-44).

Há quem defenda a existência de um terceiro sistema processual, qual seja, o misto, também chamado de eclético ou híbrido, o qual reúne feições acusatórias e inquisitórias, é uma espécie de modelo intermediário. Nesse passo, Távora; Alencar (2017, p. 57) acreditam que esse caráter misto advém de uma fase inquisitória, secreta, escrita, sem observância do contraditório, na qual ao juiz seria legítimo ir em busca da prova e outra fase acusatória, em que os direitos individuais estariam resguardados, com a presença do contraditório, ampla defesa, publicidade e prevalência da oralidade.

Parcela da doutrina assevera que o sistema processual adotado pelo ordenamento jurídico pátrio seria o misto diante da existência do inquérito policial altamente inquisitório, havendo uma fase pré-processual inquisitória e outra processual acusatória. De acordo com Pacelli é errôneo utilizar tal argumento como justificativa, pois para classificar um sistema processual, como o próprio nome sugere, deveria ser lavado em consideração a atuação do magistrado durante a ação penal e inquérito por ser uma fase anterior a processual não se enquadrando como processo. Deste modo, defende que na conjuntura atual o modelo adotado seria o acusatório, sendo que tal premissa poderia ser confirmada no fato do acusado e de seu defensor participarem do ato de interrogatório (PACELLI, 2020, p. 43-45).

Por outro lado, a presente pesquisa coaduna com o entendimento de Aury Lopes Júnior, pois o supracitado autor defende que falar em sistema misto seria mero reducionismo, diante da inexistência de sistemas puros. Para inferir qual o sistema processual vigente, seria imprescindível a análise do princípio fundante, diante disso observa-se que o CPP assim como o processo penal possui estrutura inquisitória, em contraponto ao viés acusatório que está delineado na Lei Magna, já que na fase processual o magistrado possui a gestão da prova nas suas mãos. Nesse cenário para

que o sistema processual brasileiro fosse efetivamente acusatório conforme preconiza a CF seria necessário que fosse feita uma filtragem e conseqüente retirada de eficácia dos dispositivos do CPP contrários à matriz acusatória por serem substancialmente inconstitucionais, sendo retirado do juiz a possibilidade de atuar e produzir prova de ofício (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 64-71).

3.3 O INSTITUTO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO COMPARADO

Quando se trata da temática, há dois grandes modelos que se destacam, o da Itália e o dos Estados Unidos. Esses países foram os nascedouros da investigação defensiva, apesar de possuírem sistemas jurídicos diversos, pois a primeira segue a tendência do *civil law*, ou seja, da codificação, enquanto os Estados Unidos da América adotam o *common law*, utilizando dos precedentes para solucionar os litígios. A análise da temática sobre a ótica desses dois países é importante para que se possa entender o funcionamento e características do instituto (SILVA, F., 2020, p. 44-45).

É importante ressaltar que a investigação defensiva foi sendo gradualmente inserida na Itália, pois inicialmente o que se teve foi a inserção da expressão “investigação do defensor”, não havendo uma disciplina de forma satisfatória, em outras palavras, a regulamentação era bastante deficitária. Posteriormente é que realmente foram traçadas as diretrizes e as possíveis práticas que poderiam ser utilizadas pelo defensor na busca de elementos probatórios, contando para tanto com a ajuda de auxiliares, segundo assevera Azevedo e Baldan (2004 *apud* DIAS, 2019, p. 28).

Ainda discutindo sobre o instituto na Itália, diante dos avanços na seara legislativa do supramencionado país, mais precisamente, com a Lei 397, de 7 de dezembro de 2000 houve a efetiva regulamentação da investigação defensiva e inserção de disposições específicas no Código de Processo Penal, o que possibilitou ao defensor empreender diversos atos na busca de elementos favoráveis ao acusado (ZANARDI, 2016, p. 202).

Azevedo e Baldan (2004 *apud* DIAS, 2018, p. 3) destacam que dentre as alternativas asseguradas ao advogado há: possibilidade de promover o colóquio não documentado, que consiste na entrevista pessoal e informal de potenciais testemunhas; inspecionar lugares e vistoriar coisas, e em caso de dissenso com o particular poderá solicitar autorização judicial; requerer laudo pericial ou então fazê-lo contando para tanto com o auxílio de assistentes técnicos; solicitar documentos que estejam na posse da Administração Pública; receber ou colher declaração escrita com a cominação de crime de falso testemunho, a única ressalva é que essa pessoa não poderá ter sido ouvida durante o inquérito ou processo, pois elas são impedidas de depor perante o defensor.

Ante o exposto, percebe-se que é plenamente viável e compatível com os ditames legais brasileiro a inserção da investigação defensiva no ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, no que concerne à possibilidade de atuação do defensor na Itália quanto ao depoimento da testemunha, salienta-se que uma ressalva tem de ser feita, tendo em vista que, no Brasil, o defensor para ter uma maior segurança no depoimento poderia adverti-la acerca do crime de falso testemunho. Contudo, na prática, a mesma não responderia pela supramencionada infração penal, pois, para que isso ocorresse, teria de haver uma alteração no art. 342 do Código de Processo Penal, tendo em vista que a redação não consta a expressão inquérito defensivo (BALDAN, 2007).

Coadunando com o que foi acima exposto no momento em que for ouvir a testemunha o profissional deve anunciar que o depoimento é facultativo e que se

houver a recusa por parte dela o advogado poderá requerer a produção antecipada de provas perante o judiciário.

Ainda, Dias (2018, p. 3) destaca que a investigação defensiva nos Estados Unidos está evidenciada no item 4-4.1 do Código de Normas para Administração da Justiça Criminal na Ordem dos Advogados. Nesse contexto, é dever da defesa realizar a investigação com o intuito de colher elementos que culminem na elucidação dos fatos e, conseqüentemente, no deslinde do mérito, cabendo ao advogado se esforçar para conseguir ter acesso a informações que estejam nas mãos da Polícia Judiciária e do órgão de acusação, sendo que esse dever subsiste ainda que o imputado tenha confessado ser autor do delito.

Por fim, é importante ressaltar que a *American Bar Association* é uma entidade de classe na qual está evidenciadas as diretrizes da atividade, isto é, há manual de boas práticas da advocacia criminal, no qual a temática é esmiuçada, abordando até mesmo a possibilidade do advogado se valer de profissionais especializados.

4 CONCLUSÃO

A partir de tudo quanto foi exposto no presente trabalho de pesquisa, percebe-se que o inquérito policial é caracterizado pela ausência do contraditório, da ampla defesa e da publicidade, o que faz com que o acusado/ investigado ocupe uma posição de espectador inerte, pois, nessa etapa pré-processual, a defesa possui possibilidades de atuação limitada. Nesse cenário surge a temática da investigação defensiva, que preconiza a possibilidade de o defensor empreender diligências com o intuito de colacionar elementos favoráveis ao defendido, os quais serão integrados ao acervo probatório. Nesse passo, o material colhido poderá ser apresentado em qualquer fase ou estágio da persecução, dando a defesa um papel de protagonista na formação da prova criminal.

Oportuno registrar que a temática da investigação criminal direta pela defesa é a consagração de princípios basilares do ordenamento jurídico, dentre eles o contraditório, a ampla defesa e a paridade de armas, o que demonstra a constitucionalidade do instituto e a necessidade de entender de que modo a igualdade processual influencia no exercício da atividade defensiva.

É de extrema importância que uma ressalva seja feita, pois, diante de todo o estudo observa-se que não há como haver a aplicação plena do contraditório e da ampla defesa durante a persecução penal preliminar, devendo ser empregados de forma mitigada, pois o prévio aviso quanto à realização da diligência e o acesso do causídico a qualquer momento aos atos investigatórios poderiam comprometer a colheita dos elementos informativos.

Corroborando com o acima exposto há uma limitação temporal, na qual a participação da defesa durante o inquérito não ocorre de forma contemporânea, uma vez que só é possibilitado o acesso aos elementos após terem sido documentados, ou seja, depois da finalização das diligências e sua conseqüente juntada aos autos do inquérito policial. Só há direito a participação no ato em curso quando se tratar do interrogatório do suspeito, caso possua advogado.

A dialética plena durante o inquérito nos mesmos moldes da que ocorre durante a ação penal seria responsável por fulminar o elemento surpresa da investigação policial. Contudo isso não impede que as garantias do investigado sejam resguardadas, bem como que a ele seja dado a possibilite de apresentar elementos, influenciando no convencimento da autoridade e do titular da ação penal.

Observa-se que, atualmente, há uma omissão legislativa quanto a regulamentação no tocante à matéria e, nesse cenário para desempenhar tal atividade

o profissional tem que se valer da normatização do âmbito infralegal, mais precisamente das normas entabuladas no Provimento 188 do Conselho Federal da OAB. Se for feita uma análise crítica, nota-se que o supramencionado provimento foi bastante raso e que os seus poucos artigos não são insuficientes para a incorporação eficaz do instituto da investigação defensiva, sendo que ele apenas autorizou o desempenho da atividade defensiva, sem ditar pormenorizadamente quais atitudes poderiam ser adotadas pelo profissional.

Diante desse déficit de regulamentação, é importante que seja observado que a temática está dando seus primeiros passos no ordenamento jurídico, o que pode ser demonstrado no fato de estar presente no art. 13 do PL 8.045/2010, o qual dá a possibilidade de o defensor se defender provando. Contudo, o que por um lado pode ser percebido como avanço, por outro, há quem afirme que foi um retrocesso, à medida que o novo CPP não trouxe possibilidades de participação ativa da defesa, pois reduziu a temática a um único artigo.

Outro ponto que merece destaque é a lei 13.245/2016, a qual foi responsável por ampliar os direitos relativos aos advogados, permitindo ao causídico amplo acesso aos elementos já documentados no inquérito policial, para que desse modo, possa exercer o contraditório e ampla defesa, ainda que de forma mitigada.

É importante que alguns pontos do procedimento prévio supracitado sejam analisados. Nessa senda, o inquérito policial tem a função de subsidiar a atuação do titular da ação penal, que pode ser o Ministério Público em se tratando de crime de ação penal pública ou o ofendido/ representante legal quando for hipótese de crime de ação penal privada. Esse procedimento administrativo é prévio, já que antecede a ação penal, justificando o processo ou o não processo.

Complementarmente, constatou-se que há três diferentes sistemas processuais penais: acusatório, inquisitório e misto. Há uma divergência doutrinária significativa em relação a qual seria o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Nessa perspectiva, o que demarca o sistema é a gestão da prova nas mãos de quem decide, ou seja, se analisa se há o acúmulo de funções.

Em que pese ser constitucionalmente adotado o sistema acusatório, o próprio CPP adota uma postura inquisitória, já que o seu art. 156 permite ao magistrado empreender diligências probatórias de ofício, o que fulmina o viés acusatório. Corroborando com o exposto observa-se que há um acúmulo indevido de papéis sob a tutela do delegado de polícia (ou do Ministério Público), pois durante a investigação ele atuará como protagonista, reduzindo a capacidade de o imputado produzir elementos que possam contribuir para a persecução preliminar.

No modelo italiano e norte americano, quando desempenha a atividade defensiva, o defensor atua no sentido de colacionar elementos essenciais no deslinde no mérito e que reforcem a tese defensiva, ocupando uma postura mais proativa e dinâmica na formação da prova criminal.

Por fim, a medida atende não somente o interesse do imputado, mas principalmente os anseios da sociedade, compatíveis com a busca de um processo penal democrático, de base constitucional, com a resolução adequada dos casos penais. Evita e propicia, a um só tempo, acusações temerárias e persecuções criminais responsáveis, respectivamente.

REFERÊNCIAS

BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **RBCrim**, São Paulo, n. 64, v. 15, p. 270, 2007.

BELLO, Rodrigo; NOVAES, Felipe. **Manual de prática penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 nov. 2020.

BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 set. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 13 abr. 2020.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 24 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 28 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.245, de 12 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jan. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm. Acesso em: 19 abr. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 8.045, de 22 de dezembro de 2010**. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Súmula vinculante n. 14. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 26, 9 fev. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula762/false>. Acesso em: 2 maio 2020.

BULHÕES, Gabriel. A investigação defensiva e o provimento 188/2018- CFOAB: um porto de chegada ou um ponta-pé inicial? **Trincheira Democrática**: Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal, Salvador, ano 2, n. 6, p. 10-11, dez.

2019. Disponível em: <http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2020/01/BOLETIM-DEZ-WEB-V4.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

DIAS, Gabriel Bulhões. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 150, p. 145-187, dez. 2018. E-book.

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

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 5 nov. 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

ROCHA, Luísa Padula. **A investigação defensiva nos limites principiológicos: uma análise dos direitos e garantias do investigado**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/203049/ilovepdf_merged%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 5 nov. 2020.

SAAD, Marta. Editorial do dossiê “reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” – Investigação preliminar: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 29-40, jan./abr. 2020. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/348>. Acesso em: 5 nov. 2020.

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, v. 6, n. 1, p. 41-80, jan./abr. 2020. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/308>. Acesso em: 5 nov. 2020.

SILVA, Igor. **Princípios penais**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

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

Disponível em:

<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/71/67>. Acesso em: 17 abr. 2019.