

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG**

**Faculdade de Direito (FADIR)**

**Graduação em Direito**



**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: A ATUAÇÃO DA DEFESA NA FASE  
PRÉ-PROCESSUAL COMO GARANTIA DA PARIDADE DE ARMAS NO  
PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO**

**Lucas Antônio Menegat**

Rio Grande (RS), 2022.

**Lucas Antônio Menegat**

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: A ATUAÇÃO DA DEFESA NA FASE  
PRÉ-PROCESSUAL COMO GARANTIA DA PARIDADE DE ARMAS NO  
PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito (FADIR) da Universidade Federal do Rio Grande-FURG, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Rita de Araujo Neves

Rio Grande (RS), 2022.

**Lucas Antônio Menegat**

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: A ATUAÇÃO ATIVA DA DEFESA NA  
FASE PRÉ-PROCESSUAL COMO GARANTIA DA PARIDADE DE ARMAS NO  
PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO**

Data da defesa: 09/12/2022.

Banca Examinadora:

---

Profa. Dra. Rita de Araujo Neves (Orientadora)  
Universidade Federal do Rio Grande - FURG/FADIR

---

Prof. Dr. Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa  
Universidade Federal do Rio Grande - FURG/FADIR

---

Prof. Dr. Rafael Fonseca Ferreira  
Universidade Federal do Rio Grande - FURG/FADIR

## RESUMO

MENEGAT, Lucas Antônio. **INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: A ATUAÇÃO DA DEFESA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL COMO GARANTIA DA PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO**. 2022. 75f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito (FADIR) da Universidade Federal do Rio Grande - FURG, Rio Grande.

**Resumo:** O direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório constitui um dos princípios basilares do devido processo legal em um sistema processual penal democrático. Sob essa premissa, o presente estudo tem por objetivo contribuir com a ciência jurídica no que concerne à investigação defensiva para perquirir se há necessidade de sua implementação obrigatória na fase preliminar do processo penal brasileiro. Para isso, o caminho metodológico delimitado foi o dialético com pesquisa bibliográfica, além da análise de outras fontes da seara jurídica, notadamente a normativa e jurisprudencial. De início, aborda-se a evolução dos sistemas de investigação criminal para compreender de que maneira o inquérito policial se consolidou como procedimento de investigação usualmente aplicado no Brasil e de que forma o seu funcionamento e estrutura interfere nas demais etapas da instrução processual por promover limitações ao exercício da defesa. Em seguida, explora-se o que é a investigação criminal defensiva, as vantagens, os objetivos e formas de exercício, a fim de compreender a base legal que ampara a atuação da defesa no âmbito do inquérito e quais os obstáculos presentes que impedem o seu pleno exercício. Por fim, apresentam-se os avanços desse instituto na legislação brasileira e como a experiência estrangeira pode auxiliar no aperfeiçoamento desta técnica processual. Conclui-se, por fim, que não só há necessidade de ampliar a defesa técnica no âmbito pré-processual, como também de torná-la obrigatória, tendo sido indicado que a investigação criminal defensiva representa o meio adequado para o fim pretendido, o que demanda o aprimoramento legislativo acerca dessa temática, especialmente para que esse instituto seja disciplinado no Código de Processo Penal e nas leis que regem a advocacia e a Defensoria Pública no Brasil, pois somente com a igualdade de participação entre defesa e acusação é que será possível alcançar um processo penal mais democrático, isonômico e semarbitrariedades.

**Palavras-Chave:** Processo Penal. Ampla defesa. Paridade de Armas. Investigação Criminal. Inquérito Policial.

### **Lista de Abreviaturas e Siglas**

STF	Supremo Tribunal Federal
CPP	Código de Processo Penal
NCPP	Novo Código de Processo Penal
CPPI	Código de Processo Penal Italiano
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
CF	Constituição Federal

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1. A FASE PRÉ-PROCESSUAL E OS SISTEMAS DE INVESTIGAÇÃO: ANÁLISE E CONSIDERAÇÕES.....</b>	<b>9</b>
1.1. Investigação preliminar judicial: o modelo juiz-investigador .....	10
1.2. Investigação a cargo do Ministério Público: o promotor-investigador.....	13
1.3. A investigação preliminar brasileira: o inquérito policial.....	20
1.3.1 Conceito, natureza e finalidade.....	21
1.3.2. O valor probatório do inquérito policial.....	24
1.3.3. O direito ao contraditório e à ampla defesa na fase pré-processual .....	27
<b>2. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: A PARIDADE DE ARMAS NO INQUÉRITO POLICIAL.....</b>	<b>30</b>
2.1. Conceito, objetivos e possibilidades da investigação preliminar a cargo da defesa .....	30
2.2. A regulamentação da investigação defensiva no Brasil e a sua fundamentalidade no ordenamento jurídico pátrio: avanços e limites do direito de defesa no inquérito policial.....	35
2.3. O investigado como sujeito de direitos: o aprimoramento normativo como instrumento de qualificação probatória e de garantia da igualdade de tratamento na relação pré-processual.....	48
<b>3. AVANÇOS DO DIREITO DE DEFESA NO BRASIL E A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA COMO NORTE PARA A SUA IMPLEMENTAÇÃO EFETIVA E OBRIGATÓRIA.....</b>	<b>59</b>
3.1 A regulamentação da investigação defensiva a partir do projeto do novo Código de Processo Penal: análise e considerações.....	59
3.2 O direito comparado como norte para a concretização da paridade de armas no inquérito policial: a investigação criminal defensiva na Itália e nos Estados Unidos	64
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>70</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>73</b>

## INTRODUÇÃO

Extraí-se da leitura da Constituição Federal de 1988 que o constituinte inaugurou um regime democrático que protege os direitos e as garantias individuais. Como consequência do princípio da supremacia constitucional, o próprio sistema processual penal pátrio passou a exigir um maior equilíbrio entre o dever de persecução penal estatal e as novas garantias constitucionais, a fim de preservar os ditames supraleais e também repudiar quaisquer ofensas indevidas à liberdade das pessoas atingidas pelo *jus puniendi* do Estado.

Com efeito, a fase preliminar do processo penal, como corolário do sistema democrático, passou por mudanças significativas em sua estrutura para que o contraditório e a defesa, ainda que de forma restrita, também estivessem presentes durante o andamento das investigações criminais, possibilitando que o investigado, desde o início da persecução penal, usufrua dos direitos e garantias fundamentais exarados na Constituição da República.

Contudo, as problemáticas passam a surgir quando o exercício da defesa técnica se limita a um papel mínimo – por vez inexistente – de atuação no período em que antecede a marcha processual, muito embora resida na fase investigativa uma importante etapa da persecução penal não só por apurar elementos convictos de autoria e materialidade delitiva necessários para formar a *opinio delicti* constitutivos da ação penal e embasar a resposta processual cabível ao crime cometido, mas também porque irradia efeitos em todo o processo e em todos os/as sujeitos/as nele envolvidos.

Daí que surge o debate sobre o instituto da investigação criminal defensiva, ou simplesmente investigação direta pela defesa, que objetiva proporcionar ao/à imputado/a, por intermédio do/a seu/sua defensor/a – seja ele/a advogado/a ou defensor/a público/a–, o aparato normativo idôneo para realizar diretamente a investigação do crime que lhe é imputado e, com base nisso, apurar os elementos de convicção favoráveis para a construção da tese defensiva que podem ser úteis tanto na etapa investigativa quanto na fase processual, caso eventualmente instaurada.

Nessa perspectiva, o presente estudo tem por objetivo averiguar de que maneira o direito de defesa se manifesta na fase pré-processual e quais são os

limites existentes que impedem a concretização desse direito, de modo a compreender se há necessidade da investigação criminal defensiva ser devidamente disciplinada em nosso ordenamento jurídico e se esse instituto representa a melhor técnica processual para que a paridade de armas seja efetivamente alcançada na fase preliminar do processo penal brasileiro.

Para responder os questionamentos propostos neste estudo, o método científico de abordagem estabelecido foi o bibliográfico, numa pesquisa de cunho qualitativo, aliada ao uso de outras fontes da seara jurídica escolhidas para o melhor deslinde dos objetivos traçados, principalmente a base normativa e jurisprudencial relacionada ao tema em apreço, a fim de observar e examinar os preceitos legais e postulados teóricos já existentes que abordam o instituto da investigação criminal defensiva, com vistas a compreender se essa técnica deve ou não ser implementada obrigatoriamente na estrutura do inquérito policial brasileiro como efetivação da paridade de armas em toda a persecução criminal.

De início, o primeiro capítulo traça um breve histórico dos sistemas de investigação criminal existentes, momento em que são apontadas as vantagens e desvantagens inerentes aos aspectos formais e substanciais de cada procedimento, inclusive o adotado em nosso ordenamento jurídico. Ao cabo deste capítulo, aponta-se como o inquérito policial se consolidou como método investigativo usualmente utilizado na fase pré-processual e qual a sua importância para a instrução penal, destacando-se, ainda, se a sua estrutura promove empecilhos que limitam o pleno exercício do contraditório e ampla defesa.

O segundo capítulo, por sua vez, contextualiza a investigação criminal defensiva e traz conceitos sobre provas, paridade de armas, teoria dos jogos, dentre outros termos ligados à produção de provas por parte da defesa na fase investigativa. Busca-se delinear as vantagens e objetivos desse instituto para responder se há necessidade de sua implementação obrigatória, bem como indicar a base legal que ampara o seu exercício, tanto para os advogados quanto para os defensores públicos. Por fim, destaca-se quais as fragilidades ainda presentes no ordenamento jurídico pátrio que impedem a concretização da ampla defesa e contraditório no inquérito policial.

O estudo é finalizado destacando os avanços que a investigação direta pela defesa vem ganhando no Brasil e o que é necessário para que esse instituto seja melhor explorado e seus objetivos fielmente alcançados, ocasião em que é retratada



a experiência estrangeira sobre essa técnica processual, a fim de discutir se e de que maneira o direito comparado pode auxiliar no aprimoramento da investigação criminal defensiva em nosso país para que a paridade de armas seja verdadeiramente efetivada.

É este, portanto, o objetivo precípua da presente pesquisa, que culmina na elaboração do Trabalho de Conclusão de Curso exigido pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

## **1. A FASE PRÉ-PROCESSUAL E OS SISTEMAS DE INVESTIGAÇÃO: análise e considerações**

A investigação preliminar encontra-se alocada na fase pré-processual, sendo o gênero do qual são espécies o inquérito policial, as comissões parlamentares de inquérito, sindicâncias etc., sendo a primeira espécie um dos focos e também objeto da presente pesquisa.

O professor Aury Lopes Júnior (2020) conceitua a investigação preliminar da seguinte maneira:

Constitui o 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)

A definição acima colacionada traz, de maneira bastante satisfatória, o conteúdo, a localização na persecução criminal, a origem, objetivos e finalidades que consolidam a investigação preliminar.

Quanto ao último aspecto listado (finalidade), podemos concluir que a investigação preliminar busca arrecadar motivos para que os titulares da ação, tendo conhecimento e acesso a essas informações colhidas, consigam construir as suas opiniões sobre o delito investigado e, com isso, analisar se esses elementos mínimos amparam ou não o ajuizamento da ação penal cabível ao caso.

Esses elementos mínimos têm a finalidade de pôr em evidência a materialidade e apontar, ainda que minimamente, a autoria do crime/infração penal. É o que a doutrina processual penal denomina de justa causa, como ensina Edilson Mougenot Bonfim (2015):

A justa causa - identificada por parte da doutrina como uma condição da ação autônoma - consiste na obrigatoriedade de que existam, no momento do ajuizamento da ação, prova acerca da materialidade delitiva e, ao menos, indícios de autoria, de modo a existir fundada suspeita acerca da prática de um fato de natureza penal. Em outros termos, é preciso que haja provas acerca da possível existência de uma infração penal e indicações razoáveis do sujeito que tenha sido o autor desse delito. (BONFIM, 2015, p. 225)

A partir das definições trazidas pelos autores destacados, pode-se dizer que esses requisitos intrínsecos à fase preliminar servem como barreira para que acusações apressadas e sem o mínimo de embasamento cheguem ao

conhecimento do juízo criminal, o que causaria prejuízos temerários e imensuráveis para o sujeito que está sendo erroneamente processado, sem falar nos acréscimos financeiros ao Poder Judiciário e no aumento da morosidade da justiça, caso demandas infundadas fossem facilmente levadas para processamento e julgamento.

Indo além, pode-se compreender melhor a investigação preliminar através da análise dos seus modelos.

No ponto em questão, importa dizer que há diversos procedimentos que buscam estruturar a investigação criminal para que as diligências prévias sejam realizadas no intuito de recolher todas as informações elementares e determinantes para que a fase processual seja devidamente instaurada, caso eventualmente necessária.

Existem, contudo, três modelos principais de investigação criminal que antecedem o processo penal, sendo possível perceber mudanças significativas entre um e outro, a depender da autoridade que preside cada procedimento. São eles: a investigação judicial, a investigação ministerial e a investigação policial.

Posto isso, antes de discorrer acerca da investigação defensiva, foco do presente estudo, faz-se necessário tecer breves considerações sobre cada modelo de investigação, a fim de analisar como as atividades preliminares ocorrem em cada sistema e sob o mando de qual autoridade, bem como compreender qual é o procedimento de investigação criminal adotado no Brasil, conforme se expõe a seguir.

### **1.1. Investigação preliminar judicial: o modelo juiz-investigador**

A instrução preliminar, quando a cargo de um juiz, constitui procedimento pré-processual que centraliza na figura do magistrado a responsabilidade pelo impulso e desenvolvimento das investigações que precedem e preparam a fase processual.

Explicam Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen (2014) que o sistema do juiz-instrutor, na estrutura em que originariamente foi apresentada, pode ser assim compreendido:

Como protagonista, o juiz instrutor detém todos os poderes para realizar as investigações e diligências que entenda necessárias para aportar elementos de convicção que permitam ao Ministério Público acusar, e a ele decidir, na fase intermediária, a admissão ou não da acusação. (LOPES JÚNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 265)

Vale dizer, para os países que adotam esse modelo de procedimento investigativo incumbe ao juiz delinear as diligências iniciais que compreenda relevantes e necessárias para elucidar a autoria e a materialidade delitiva, comvistas a reunir todos os elementos de convicção fundamentais para fomentar a *opinio delicti* apta a ensejar a etapa processual.

Antes de passar por modificações em sua estrutura e forma de exercício – derivadas das constantes críticas ao modelo inicialmente estabelecido, porquanto infundido em uma única autoridade o papel conjunto de investigador na etapa preliminar e julgador na processual –, essa modalidade de investigação proporcionava ao juiz a prerrogativa de conduzir todas as diligências preliminares, podendo, inclusive, determinar de ofício a colheita de provas, uma vez que a gestão probatória estava concentrada em suas próprias mãos, o que permitia chegar à conclusão já predeterminada e que seria tão logo ratificada na fase processual quando prolatada a sentença condenatória.

É dizer, recaía no mesmo sujeito o dever de presidir a investigação criminal e também de conduzir a fase processual, muito embora tarefas distintas fossem assumidas pelo magistrado em cada uma das etapas da persecução criminal, pois, como ensinam Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen “[...] na instrução preliminar, leva a cabo atividades de investigação, ao passo que, na fase processual, realiza atividades próprias do processo de declaração” (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 270).

Mesmo existindo funções diferentes para cada fase que atuava, o sujeito convocado para atuar em ambas as ocasiões acabava se aproximando consideravelmente da figura do juiz inquisidor, na medida em que concentrava em suas mãos a função de acusar, defender e também de julgar, possuindo amplos poderes de investigação e de produção de provas durante todas as etapas da persecução criminal, seja na fase investigativa, seja na processual, sendo possível conduzir todo o lastro probatório para confirmar uma decisão que se encontrava pré-estabelecida logo no estágio preliminar do processo penal.

Isso, por si só, já apontava que o modelo estrutural inicialmente apresentado por esse procedimento de investigação violava diversos direitos e garantias individuais, inclusive os princípios elementares do processo penal, o que forçou a sua adaptação para os países que ainda insistiram em adotar o juiz-investigador como sistema de investigação preliminar.

O modelo atual, em sua maioria, impede que recaia no mesmo magistrado a atuação em toda a instrução criminal, isto é, há um juiz que atuará na investigação preliminar e outro que conduzirá a fase processual, de modo a evitar que uma única autoridade reúna a função de acusar e também de julgar o sujeito que se encontra à mercê do *ius puniendi* do Estado.

Embora tenha sido alvo de modificações em sua estrutura para se afastar das amarras inquisitórias, o que se observa na prática é que essa modalidade de investigação criminal continua infringindo direitos e garantias individuais, na medida em que a condução das provas continua – como sempre foi – sendo do magistrado, podendo atuar de ofício para alcançar as suas pretensões.

Tendo o magistrado a função de liderar toda a investigação preliminar, a polícia judiciária se torna mero apoio do juízo de instrução, devendo realizar as diligências programadas por ele para averiguar a autoria e a materialidade do crime cometido.

A defesa e a acusação, de igual modo, encontram-se também subordinadas ao magistrado, pois a autoridade que conduz essa etapa pré-processual não está vinculada aos pedidos de ambas as partes, podendo acatá-los ou não, a depender do seu próprio critério e anseio, inclusive lhe é autorizado contrariar o interesse do titular da ação penal.

Nessa perspectiva, o juiz-instrutor não está adstrito ao que postula a defesa, a acusação privada ou até mesmo o Ministério Público, estando livre para colher, conduzir e valorar todas as provas que foram produzidas a seu pedido, tornando essa modalidade de investigação preliminar ainda violadora das garantias constitucionais, na medida em que “a iniciativa/gestão probatória está inteiramente nas suas mãos, denotando o caráter eminentemente inquisitorial do sistema” (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 268).

Há, portanto, diversas críticas do setor doutrinário quanto à estrutura desse sistema, tanto no modelo inicial quanto em suas posteriores adaptações, pois, conquanto a teoria pregue que a postura do juízo de instrução deva ser revestida de imparcialidade, infere-se na prática que o lado subjetivo do magistrado acaba pautando o andamento da investigação, ao concentrar em sua posse toda a condução probatória da fase preliminar do processo penal, o que decerto motivou para que não fosse a modalidade investigativa adotada no Brasil.

Inclusive, na exposição de motivos<sup>1</sup> do Código Processual Penal vigente, o modelo juiz-instrutor foi descartado como processo preparatório da ação penal, sobretudo quando consideradas as características continentais do país em razão da extensa faixa territorial que apresenta, o que tornaria a investigação preliminar a cargo de uma autoridade judicial praticamente inaplicável. Nas palavras de Francisco Campos, à época Ministro de Justiça do Governo Varguista:

O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juizados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade. De outro modo, não se compreende como poderia presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grandedistância uns dos outros e da sede da comarca, demandando, muitas vezes, com os morosos meios de condução ainda praticados na maior partedo nosso *hinterland*, vários dias de viagem, seria imprescindível, na prática, a quebra do sistema: nas capitais e nas sedes de comarca em geral, a imediata intervenção do juiz instrutor, ou a instrução única; nos distritos longínquos, a continuação do sistema atual. Não cabe, aqui, discutir as proclamadas vantagens do juízo de instrução. Preliminarmente, a sua adoção entre nós, na atualidade, seria incompatível com o critério de unidade da lei processual. (CAMPOS, 1941, p. 2)

Por derradeiro, observa-se que a investigação criminal judicial é incompatível com os preceitos legais de um Estado Democrático de Direito, porquanto impõe a produção e valoração probatória a cargo de uma única autoridade judicial, o que culmina não só em um juiz-ator-inquisidor, como também resulta na violação de direitos e garantias individuais do sujeito investigado, não sendo, portanto, o modelo de investigação adotado no Brasil.

## 1.2. Investigação a cargo do Ministério Público: o promotor-investigador

Se na investigação criminal judicial o promotor assume o papel de mero colaborador do órgão jurisdicional, competindo exclusivamente ao juízo de instrução a função de presidir a fase pré-processual, aqui, por outro lado, quem é titular da condução das investigações é o próprio promotor de justiça.

Oportuno trazer à baila o conceito delimitado por Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 305) sobre essa modalidade de investigação preliminar:

---

<sup>1</sup> Disponível em: <[https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf)>. Acesso em: 08 set. 2022.

No sistema de investigação preliminar a cargo do MP, o promotor é o diretor da investigação, cabendo-lhe receber diretamente a notícia-crime ou indiretamente (através da polícia) e investigar os fatos nela constantes. Para isso, poderá dispor e dirigir a atividade da Polícia Judiciária (dependência funcional) ou praticar por si mesmo os atos que julgue necessários para formar sua convicção e decidir entre formular a acusação ou solicitar o arquivamento (visto como não processo em sentido lato).

Logo, é o Ministério Público (MP) o detentor do poder de ordem e direcionamento da investigação que antecede o processo penal, razão pela qual não há que falar em juiz-instrutor, como existe no modelo de investigação judicial anteriormente analisado, mas sim em juiz de instrução, o que significa dizer que o MP não tem atuação ilimitada para prosseguir com todos os atos investigativos que entenda conveniente, havendo algumas hipóteses condicionadas à aprovação do magistrado.

Por consequência, para que o *parquet* realize determinadas diligências, principalmente aquelas que apresentam maior restrição aos direitos e garantias fundamentais, deve o juiz de instrução ser consultado preliminarmente e a medida então aprovada, como nos casos de busca domiciliar e intervenção telefônica, por exemplo.

É daí que surge a figura do juiz de garantias, também denominado de juiz garante da investigação criminal, cujo papel precípua é fiscalizar a legalidade dos atos praticados durante o andamento da fase pré-processual.

Ainda nas palavras dos autores antes referenciados, a função dada à autoridade judicial nesse procedimento preliminar pode ser assim compreendida: “[...] atua como um verdadeiro órgão supra partes, pois não investiga, senão que intervém quando solicitado como um controlador da legalidade (e não da conveniência) dos atos de investigação levados a cabo pelo promotor” (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 306)

Para alcançar os fins que esse modelo de investigação propõe, cabe ao órgão ministerial, por intermédio do promotor de justiça, traçar a linha investigativa necessária para desvendar a autoria e a existência do crime, tudo com o objetivo de preencher satisfatoriamente os pressupostos fundamentais para que os titulares da ação penal a promovam de forma condizente ao crime cometido e, com isso, prossigam com a abertura da fase processual.

Para tanto, pode o próprio *parquet* realizar as diligências que entenda necessárias para o deslinde da investigação, de modo a coletar os elementos essenciais para formar o seu discernimento a respeito da *opinio delicti*.

Salienta-se que a possibilidade do MP comandar a fase preliminar não impede que o promotor delegue a terceiros a atividade de coletar os elementos informativos essenciais para subsidiar a propositura da ação penal, como a opção de encaminhar a execução dessa tarefa à polícia judiciária, que nesse modelo constitui órgão subordinado ao Ministério Público, e não ao magistrado, como acontece no modelo de investigação judicial.

Com isso, o sistema promotor-investigador ganhou bastante notoriedade e serviu como resposta às críticas constantes que o procedimento de investigação a cargo do magistrado conquistava em razão do seu caráter inquisitório.

Um dos motivos para que esse procedimento seja melhor aceito por parcela da doutrina consiste no fato de conservar a imparcialidade do juiz, já que é convocado unicamente para autorizar ou não determinados atos investigativos de cunho predominantemente restritivo, e não para assumir o papel dúplice de conduzir a gestão da prova na fase investigativa e concomitantemente julgar na fase processual.

Estabelecidas as principais características desse instituto, cumpre pontuar que o ordenamento jurídico brasileiro possui dispositivos assentados na seara constitucional e infraconstitucional que proporcionam a base legal necessária para que a investigação criminal preliminar seja realizada por incumbência do órgão ministerial, seja de forma exclusiva ou por intermédio da polícia judiciária.

Essa conclusão pode ser extraída a partir da leitura da lei orgânica que disciplina e organiza a estrutura funcional dessa instituição pública em âmbito estadual, notadamente com as disposições previstas no artigo 26<sup>2</sup>, da Lei nº.

---

<sup>2</sup> Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

- I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:
  - a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;
  - b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
  - c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;



8.625/93, cujo teor encontra-se à luz do art. 5º, incisos LIV<sup>3</sup>, da Constituição Federal, que garante aos brasileiros e aos estrangeiros que residem no Brasil os direitos ao devido processo legal e consectários da ampla defesa e do contraditório.

Mas não é só. O aparato normativo que embasa a investigação preliminar sob a responsabilidade do promotor-investigador também pode ser encontrado nos dispositivos esparsos da Lei Complementar nº. 75/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

Fora isso, seu exercício é justificado também pelo que dispõe o art. 47<sup>4</sup> do Código de Processo Penal, que reforça na seara infraconstitucional a função institucional que a própria Constituição Federal outorgou ao Ministério Público para promover o inquérito civil e penal, podendo requisitar diligências de cunho

---

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;

III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;

IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los;

V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório;

VI - dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas;

VII - sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade;

VIII - manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz, da parte ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção.

§ 1º As notificações e requisições previstas neste artigo, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça.

§ 2º O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

§ 3º Serão cumpridas gratuitamente as requisições feitas pelo Ministério Público às autoridades, órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 4º A falta ao trabalho, em virtude de atendimento à notificação ou requisição, na forma do inciso I deste artigo, não autoriza desconto de vencimentos ou salário, considerando-se de efetivo exercício, para todos os efeitos, mediante comprovação escrita do membro do Ministério Público.

§ 5º Toda representação ou petição formulada ao Ministério Público será distribuída entre os membros da instituição que tenham atribuições para apreciá-la, observados os critérios fixados pelo Colégio de Procuradores.

<sup>3</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

<sup>4</sup> Art. 47. Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.

investigatório para satisfazer tal fim, seja no plano federal ou estadual, conforme preveem os incisos III<sup>5</sup> e VIII<sup>6</sup> do art. 129 da Lei Maior.

Não à toa que o legislador constituinte estabeleceu no *caput* do art. 127 do texto constitucional que ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo intitulada como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, tendo em seu papel um dos fundamentos plausíveis para que execute a fase informativa que inaugura a persecução criminal.

À vista disso, equivocada se encontra a ideia de que a polícia judiciária possui exclusividade para realizar as diligências investigativas que estruturam a peça acusatória, tendo em vista que há disposições legais que autorizam o MP, no âmbito de suas competências, a apurar os fatos mediante procedimentos administrativos próprios para o fim perquirido, tudo com o objetivo de reunir os elementos necessários para a comprovação da autoria e materialidade delitiva, os quais serão fundamentais para autorizar que o titular da ação penal pública ofereça a denúncia apropriada ao delito praticado.

Afinal, como pontua Thiago Freitas Camelo (2017, p. 25): “É ilógico admitir que o promotor de justiça fique limitado à atividade da polícia judiciária na busca de elementos que são destinados a formar a sua própria convicção”.

Apesar disso, parcela minoritária da doutrina sustenta ser incabível que o órgão ministerial figure como titular da fase pré-processual, tendo como base dessa linha argumentativa o disposto no *caput* do art. 144<sup>7</sup>, da Constituição Federal, que impõe aos organismos policiais o dever de preservar a ordem e segurança pública.

Esse entendimento, todavia, se encontra desarrazoado da própria interpretação que deve ser conferida à Carta Magna de 1988, na medida em que

---

<sup>5</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

<sup>6</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

<sup>7</sup> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.
- VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

confunde as funções de polícia judiciária com as atribuições de polícia investigativa.

O doutrinador Renato Brasileiro de Lima bem diferencia cada uma delas:

A Constituição Federal confere à Polícia Federal a exclusividade do exercício das funções de Polícia Judiciária da União, mas funções de polícia judiciária não se confundem com funções de polícia investigativa. Por polícia investigativa compreendem-se as atribuições ligadas à colheita de elementos informativos quanto à autoria e materialidade das infrações penais. A expressão polícia judiciária está relacionada às atribuições de auxiliar o Poder Judiciário, cumprindo as ordens judiciárias relativas à execução de mandado de prisão/ busca e apreensão, à condução coercitiva de testemunhas, etc. Apesar do teor do art. 4º do CPP, segundo o qual a polícia judiciária tem por objeto a apuração das infrações penais e da autoria, essa terminologia não foi recepcionada pela Constituição Federal. Basta perceber que a própria Constituição Federal, ao se referir às atribuições da Polícia Federal, diferencia as funções de polícia investigativa (CF, art. 144, §1º, incisos I e II) das funções de polícia judiciária (CF, art. 144, §1º, inciso IV), o que também se dá quando se refere às polícias civis, às quais incumbem as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais. (LIMA, 2017, p. 187).

Sendo assim, não há óbice para a atuação do MP, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, como assim qualificou a própria CF/88, de coordenar a investigação preliminar apta a fomentar o oferecimento da peça processual responsável por formular a imputação objetiva em face do agente delinquente. Fernando Capez perfilha o mesmo entendimento e complementa que:

[...] as expressões “com exclusividade” (CF, art. 144, § 1º, IV), relacionada à polícia federal, e “ressalvada a competência da União” (CF, art. 144, § 4º) destinam-se a destacar o campo de atuação de cada polícia, na presidência de seus respectivos inquéritos. Nada tem que ver com as atribuições investigatórias do Ministério Público em seus procedimentos, distintos dos inquéritos federais e estaduais. Assim, nada autoriza, em nosso entender, o posicionamento restritivo da atuação do MP em defesa “da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127). (CAPEZ, 2020, p. 691)

Visando pôr fim às controvérsias existentes quanto à possibilidade que detém o órgão ministerial para diretamente ou em caráter subsidiário realizar as diligências oportunas ao deslinde da investigação e formação da sua opinião acerca do delito, o Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do Recurso Extraordinário nº 593727<sup>8</sup>, reconheceu o poder de investigação do Ministério Público e afixou o seguinte entendimento:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus

<sup>8</sup> STF. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário no 593727. Brasília: 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184#>>>. Acesso em 16 de ago. 2022.

agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Simula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição. (STF. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário no 593727. Brasília: 2015).

Forçoso reconhecer, pois, que a investigação preliminar brasileira pode, sim, ser conduzida pelo promotor-investigador, existindo previsão constitucional e legal que ampara a atuação do promotor de justiça nesta etapa que antecede a marcha processual.

Conquanto exista decisão do próprio STF que tenha autorizado o *parquet* a realizar a investigação preliminar – seja de forma direta ou indireta – para a captação do material probatório hábil a instaurar a fase processual, isso, por si só, não significa dizer que o modelo promotor-investigador não está sujeito a críticas destinadas ao seu aperfeiçoamento. A título de exemplo, citam-se as palavras de Aury e Ricardo Jacobsen:

Atribuir ao MP a direção da investigação preliminar significa dizer que a fase pré-processual não servirá para preparar o processo, informando à acusação, à defesa e também ao juiz, mas que será uma via de mão única: serve somente para a acusação. A defesa deverá diligenciar por si mesma, buscando e recolhendo elementos para convencer o juiz da improcedência da acusação. Se no plano teórico isso seria concebível, no prático é absolutamente impossível, ainda mais se levarmos em consideração que, no Brasil, a maioria dos imputados é pobre, sem condições de contratar os serviços de um advogado e muito menos uma equipe capaz de diligenciar de forma independente. Isso acentua a desigualdade [299] dos sujeitos do procedimento preliminar, das partes no processo e também dos próprios cidadãos diante da lei, pois os que tiverem meios econômicos poderão contratar advogados e investigadores privados para realizar uma autêntica instrução preliminar. Os demais, que representam a imensa maioria, estarão fadados a sofrer as injustiças do processo sem poder oferecer resistência. (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 326)

Isso posto, infere-se que o modelo promotor-investigador objetiva apurar a ocorrência da infração penal de natureza pública, competindo ao Ministério Público, seja por conta própria ou com o apoio da polícia judiciária, coletar os dados preparatórios que podem embasar o juízo de propositura da respectiva ação penal cabível. Em que pesem as críticas a esse modelo de investigação pré-processual, a sua aplicação é perfeitamente possível no Brasil, considerando o aparato normativo previsto na seara constitucional e infraconstitucional que autorizam o *parquet* a conduzir as investigações preliminares.

### 1.3. A investigação preliminar brasileira: o inquérito policial

O inquérito policial como modelo preliminar de investigação criminal foi mantido no Código de Processo Penal de 1941, o qual vigora até então. Inclusive, na exposição de motivos do *códex* processual penal o sistema juiz-instrutor anteriormente analisado foi rechaçado para conservar o inquérito desenvolvido pela polícia judiciária como referência de procedimento preliminar preparatório da ação penal. Nas palavras de Francisco Campos:

[...] há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo a propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. [...] Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena. (CAMPOS, 1941, p. 2)

Muito embora à época da promulgação do CPP/1941 predominava em diversos países o método juiz-instrutor como técnica de investigação pré-processual, sobretudo nas nações que compõem a Europa Ocidental, o legislador brasileiro optou por conservar o inquérito policial como instrução provisória que antecede a propositura da ação penal, tendo sido justificada essa escolha com base na extensão do território brasileiro e o significativo número de comarcas interioranas, circunstâncias que tornariam ineficaz a aplicação do sistema juiz-investigador em nosso país.

Dessa forma, ainda que não seja exclusivo, o inquérito policial, como espécie do gênero investigação preliminar, constitui um dos procedimentos mais aplicados no Brasil para averiguar a autoria e a materialidade de um fato aparentemente criminoso, cujos pressupostos são fundamentais para alicerçar o oferecimento de queixa-crime ou denúncia, a depender do delito praticado, sob pena de rejeição da ação penal por ausência de requisitos mínimos aptos a ensejá-la.

Feito um breve referencial histórico para compreender quais motivos embasaram a manutenção do inquérito a cargo da polícia judiciária como processo preliminar ou preparatório da ação penal na legislação brasileira, importa examinar e apontar algumas considerações pertinentes a essa espécie de investigação, para

concluir se é possível ou não a atuação da defesa nesta fase e, se positivo, de que maneira se manifesta, de modo a responder os objetivos delimitados neste estudo.

### 1.3.1 Conceito, natureza e finalidade

É de se reconhecer que não existe um dispositivo alocado no Código Processual Penal que cumpra, de forma satisfatória, a missão de conceituar inquérito policial, mas podemos recorrer à leitura dos artigos 4º e 6º do dito diploma legal para ter uma breve noção sobre esse instituto, *in verbis*:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

A fim de melhor conceituar essa espécie de investigação preliminar, oportuno recorreremos à doutrina pertinente à temática ora explorada. Nas palavras de Fernando Capez:

Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (CF, art. 129, I), e o ofendido, titular da ação penal privada (CPP, art. 30); como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares. (CAPEZ, 2018, p. 111)

Já Renato Brasileiro de Lima conceitua o inquérito policial da seguinte forma:

Trata-se de procedimento de natureza administrativa. Não se trata, pois, de processo judicial, nem tampouco de processo administrativo, porquanto dele não resulta a imposição direta de nenhuma sanção. Nesse momento, ainda não há o exercício de pretensão acusatória. Logo, não se pode falar em partes stricto sensu, já que não existe uma estrutura processual dialética, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa. (LIMA, 2017, p. 105)

Com base nos conceitos delimitados por ambos os autores processualistas mencionados, bem como sopesando o disposto nos artigos citados, infere-se que o inquérito policial possui natureza de procedimento de cunho administrativo, ou seja, não é um processo administrativo propriamente dito, tampouco compõe uma das fases do processo judicial, porquanto encontra-se posicionado em sede preliminar da ação penal.

Logo, não há uma sanção imediata para o sujeito que está sendo investigado em razão da existência de um crime/infração penal que chegou ao conhecimento das autoridades policiais, pois este procedimento administrativo tem por característica a sua natureza prévia e tão somente preparatória com relação ao oferecimento da denúncia ou queixa-crime por parte daquele legitimado para a sua propositura.

Justamente por isso que não se fala na existência de partes nesta etapa que costumeiramente inaugura a persecução criminal, haja vista que a autoridade designada para conduzir a investigação preliminar não detém plena potestade jurisdicional, além de que a estrutura do inquérito policial, na forma em que adotada pelo CPP, se diferencia sobremaneira de toda a configuração exigida pela lei para o processamento da instrução criminal, como a observância do contraditório e da ampla defesa, os quais não subsistem durante o percurso do inquérito policial, pelo menos não em suas plenitudes.

Quanto à finalidade do inquérito policial, podemos compreender que esse procedimento visa precipuamente a apuração da materialidade do crime e a sua respectiva autoria, competindo às autoridades administrativas, assim que cientes da ocorrência do delito, prosseguirem com a execução de todas as providências necessárias para que tais fatores sejam respondidos convictamente, a fim de proporcionar o mínimo de suporte fático capaz de justificar a oferta da acusação em juízo.

Para além de servir como meio apto a obter dados informativos relevantes para que a acusação examine a viabilidade de invocar a tutela jurisdicional do Estado para a solução do litígio, o inquérito policial também se faz necessário

porque “[...] inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários para o Estado”, conforme ensina Renato Brasileiro de Lima (LIMA, 2017, p. 105).

É daí que se fala em função preservadora do inquérito policial, posto que a peça acusatória só pode ser ajuizada quando houver justa causa para que a instrução criminal seja então instaurada, pois, do contrário, sem a presença de prova de materialidade e indícios mínimos de autoria do delito, diversas pessoas inocentes seriam submetidas aos efeitos degradantes decorrentes do processamento de uma denúncia/queixa-crime que as atribuem como autoras de um crime sequer praticado por elas, cujos efeitos transpassam a esfera judicial e atingem as relações pessoais, familiares e de trabalho daqueles que estão sendo injustamente processados.

Por isso que o inquérito policial tem o papel de levar ao conhecimento do Poder Judiciário apenas fatos que são previamente tipificados pela legislação como conduta típica, ilícita e culpável, tendo sido apurado fortes indícios de que o investigado é, possivelmente, o autor daquele crime que lhe é imputado, sob pena de provocar efeitos temerários na vida do indiciado ao permitir que seja facilmente processado por alegações infundadas e sem o lastro suficiente do *fumus commissi delicti*.

A despeito disso, Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2014, p. 216) elegem a função preservadora como o principal fundamento para que os modelos de investigação preliminar, como o inquérito policial, sejam exercidos previamente ao ajuizamento de uma ação, pois servem como ferramenta instrumental hábil para coligir apenas elementos informativos que verdadeiramente servirão de suporte para o surgimento do processo, nesse sentido:

A nosso juízo, a função de evitar acusações infundadas é o principal fundamento da investigação preliminar, pois, em realidade, evitar acusações infundadas significa esclarecer o fato oculto (juízo provisório e de probabilidade) e, com isso, também assegurar à sociedade de que não haverá abusos por parte do poder persecutório estatal. Se a impunidade causa uma grave intranquilidade social, não menos grave é o mal causado por se processar um inocente.

Estabelecido brevemente o conceito, a natureza e a finalidade que reside no inquérito policial, faz-se necessário verificar qual é o valor probatório que é conferido aos elementos informativos apurados nesta etapa quando da abertura da fase processual, bem como examinar se há formalidades legais exigidas para que tais



dados se tornem aptos a embasar eventual sentença condenatória, conforme se expõe a seguir.

### 1.3.2. O valor probatório do inquérito policial

Como visto anteriormente, a principal função do inquérito policial é colecionar elementos de natureza informativa essenciais para comprovar a autoria e a materialidade de um suposto crime/infração penal, a fim de que tais dados sejam compilados e fornecidos ao Ministério Público ou ao procurador legal do ofendido, a depender da natureza do delito empreendido, podendo ou não servir de alicerce para o ajuizamento da ação penal admissível ao caso concreto.

Quanto à eficácia probatória do inquérito policial, lecionam Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2014, p. 652) que o valor probante da investigação preliminar do processo penal é limitado e interno a sua fase, isto é, encontra-se a serviço dos objetivos que delimitam o momento pré-processual:

podemos afirmar que o inquérito policial somente gera atos de investigação, com uma função endoprocedimental, no sentido de que sua eficácia probatória é limitada, interna à fase. Servem para justificar as decisões interlocutórias tomadas no seu curso (como apoiar o pedido de prisão temporária ou preventiva) e para fundamentar a probabilidade do *fumus commissi delicti* que justificará o processo ou o não processo.

De acordo com o entendimento professado pelos autores, as informações colhidas no âmbito preliminar do processo são denominadas de elementos informativos, e não como provas propriamente ditas. Isso decorre justamente porque nesse momento não se exige participação dialética das partes, uma das peculiaridades da estrutura do inquérito policial que o faz ser substancialmente distinto da instrução criminal e dos regramentos próprios previstos em lei para o seu processamento.

Desse modo, tendo em vista que os dados juntados no inquérito policial não são praticados sob a égide do contraditório e da ampla defesa, tampouco na presença do magistrado, torna-se inadequado atribuir o *status* de prova para essas informações coligidas exclusivamente no âmbito da instrução preliminar e sem a presença do contraditório judicial, o que reforçou a necessidade de distinguir atos de prova de atos de investigação,

Mister consignar que a distinção doutrinária feita entre ambos os termos não pode levar ao entendimento equivocado de que os elementos informativos não são

aproveitados pelos sujeitos processuais (réu, autor e juiz) durante o curso regular da fase processual, caso seja instaurada.

Em verdade, é possível que o conteúdo coletado pelas autoridades administrativas no decorrer do inquérito policial seja inclusive disponibilizado nos autos e aproveitado pelo magistrado para justificar e definir o rumo do processo, bem como para construir a fundamentação e o dispositivo da sentença que irá responder a pretensão pretendida na peça inicial acusatória.

É claro que existem limites quanto às possibilidades que o juiz dispõe para utilizar dos elementos colhidos durante a instrução preliminar como razões de uma sentença penal condenatória, motivo pelo qual se concede valor probatório relativo daqueles atos informativos que foram reunidos pela polícia judiciária sem a plena observância do contraditório judicial, como reforçam os autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2012, p. 113): "O inquérito policial tem valor probatório relativo, pois carece de confirmação por outros elementos colhidos durante a instrução processual".

Em outras palavras, não pode o magistrado designado para atuar no feito prolatar decisão condenatória em face do réu utilizando exclusivamente como fundamento o conteúdo informativo produzido unicamente no inquérito policial, considerando a natureza instrumental desta fase preliminar e a relativização dada ao princípio constitucional do contraditório e ampla defesa insculpido no artigo 5º, LV, CF/88. É o que se extrai da leitura do art. 155, do Código de Processo Penal:

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

O dispositivo acima transcrito preceitua que as informações preliminares devem ser reproduzidas em momento oportuno da etapa processual, a fim de que sejam devidamente valoradas para que possam ser, a partir de então, intituladas como provas no sentido técnico-jurídico do termo, ou seja, os atos de investigação "devem ser repetidos na fase processual, leia-se, colhidos perante o magistrado, numa instrução dialética, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, pois só então poderão embasar uma sentença condenatória" (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p.114).

Essa reprodução garantirá ao julgador a possibilidade de usufruir desses elementos informativos para direcionar a sua convicção e livre apreciação da prova, inclusive podendo referenciá-los em sentença como fundamento da condenação imposta ao réu, pois agora têm valor probante e não mais meramente informativo, porquanto repetidos sob o manto do contraditório judicial, tornando-os aptos a justificar a decisão posta ao caso *sub judice*.

Todavia, como o próprio artigo estabelece, há ressalvas para essa regra. Tratam-se das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, que são assim denominadas porque devem ser realizadas imediatamente, sob pena de perecer e não ser mais possível produzi-las novamente no desenrolar da instrução processual, ante a sua própria natureza ou até mesmo por alguma circunstância temporal que a torne posteriormente inexequível.

Conclui-se, pois, que o art. 155 do CPP estabelece o entendimento de que é possível que o juiz convocado para atuar na ação penal forme a sua convicção e construa a sua tese decisória com base nas provas cautelares, não repetíveis e também nas antecipadas, ainda que tenham sido produzidas previamente ao oferecimento da queixa-crime ou denúncia, podendo ser objeto único de fundamentação em virtude das suas peculiaridades.

Afora isso, os demais elementos reunidos no inquérito policial devem ser repetidos na fase processual perante os ditames atinentes ao contraditório e ampla defesa, a fim de que sejam submetidos à publicidade, contraditório e imediação, tornando-os, assim, atos de prova aptos a interferir na convicção do julgador para proferir a sentença ao caso em análise, seja ela condenatória ou absolutória.

Verificado que os atos informativos possuem grande relevância para a persecução criminal, podendo até mesmo servir de alicerce para justificar a condenação do réu, sem falar no auxílio significativo para a formação da *opinio delicti* por parte dos titulares da ação penal, questiona-se: é possível existir contraponto às atividades preliminares que dão origem a esses elementos de informação?

Nesse escopo, antes de abordar a investigação criminal defensiva, de rigor esclarecer se o ordenamento jurídico brasileiro traz a previsão e a possibilidade da defesa se manifestar no inquérito policial para requerer o que entender de direito e pertinente ao melhor interesse do investigado.

### **1.3.3. O direito ao contraditório e à ampla defesa na fase pré-processual:**

Quanto à existência e aplicação do direito de defesa e contraditório no inquérito policial, Aury Lopes Júnior acentua que “Existe, é exigível, mas sua eficácia é insuficiente e deve ser potencializada. É uma potencialização por exigência constitucional” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 294).

Nessa senda, cumpre de antemão frisar que equivocada se encontra a afirmação de que não existe, no âmbito do inquérito policial, a faculdade do exercício do contraditório e do direito de defesa ser invocado previamente ao ajuizamento da peça acusatória.

Esse entendimento decorre porque o legislador brasileiro, em observância aos preceitos constitucionais, notadamente o previsto no art. 5º, LV, da Carta Magna, inseriu diversos dispositivos dispersos na lei infraconstitucional que proporcionam ao investigado o aparato normativo que fundamenta, ainda que de maneira restrita, a possibilidade de realizar as diligências oportunas para que se defenda das acusações que lhe são imputadas durante o andamento das investigações preliminares, conforme será melhor detalhado ao longo deste estudo.

Em síntese, o contraditório e o direito de defesa estão presentes no inquérito policial brasileiro, mas seus exercícios são limitados, de tal modo que a atuação do ofendido se apresenta de maneira bastante tímida, por vez inexistente, especialmente quando comparada com a ampla participação fornecida aos órgãos policiais para executarem os atos iniciais oportunos para o deslinde da investigação.

Nessa trilha, como visto anteriormente, a ausência de contraditório pleno no inquérito policial desencadeia a necessidade de que os elementos colhidos nesta ocasião sejam tratados como meros atos de investigação, na medida em que o conceito de prova, para o processo penal, constitui aquela colhida quando já instaurada a instrução processual e de acordo com os direitos e garantias constitucionais correlatos a essa etapa, em especial o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Repisa-se que é justamente na distinção entre atos de prova e atos de investigação que deriva outro entendimento já consolidado na jurisprudência e doutrina processual: a condenação do réu não pode se embasar unicamente nos elementos informativos que foram produzidos na fase investigativa, havendo, claro, ressalvas legais para essa regra, conforme já pontuado.

Volvendo ao que dispõe o art. 155 do CPP, observa-se que o legislador optou por incluir o termo “exclusivamente” para se referir acerca da possibilidade disponibilizada ao magistrado de utilizar os atos investigativos produzidos no âmbito do inquérito como justificativas aptas a reforçar o seu pronunciamento a respeito da pretensão buscada pela acusação, desde que alicerçadas em demais provas (obtidas em obediência ao contraditório judicial) que ratifiquem no mesmo sentido.

Apesar disso, o que se observa na prática forense é que os tribunais e juízes utilizam frequentemente os elementos informativos colhidos na fase inquisitorial como fundamento exclusivo da sentença penal condenatória, ainda que feito de maneira velada. Conforme destaca o professor Aury:

Quando o art. 155 afirma que o juiz não pode fundamentar sua decisão “exclusivamente” com base no inquérito policial, está mantendo aberta a possibilidade (absurda) de os juízes seguirem utilizando o inquérito policial, desde que também invoquem algum elemento probatório do processo. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 274)

É dizer, a escolha do legislador continua abrindo brecha para que os magistrados, ainda que de maneira não explícita, usufruam exclusivamente dos dados informativos reunidos na investigação preliminar – onde a participação da defesa é pouco explorada – para exercer o *jus puniendi* do Estado. Tal prática fica visível quando, no bojo da decisão, há menção direta ao inquérito policial como fator justificante da sentença penal condenatória, muitas vezes recorrendo apenas aos atos de informação para fundamentar a condenação do réu, mesmo inexistindo prova judicial que os corroborem.

No ponto em questão, de acordo com os ensinamentos de Aury:

Claro está que só a prova judicial é válida, pois o que se pretende não é a mitológica verdade real – obtida a qualquer custo –, mas sim a formalmente válida, produzida no curso do processo penal. Ou há prova suficiente no processo para condenar, e o veredicto deve ser esse, ou permanece a dúvida, e a absolvição é o único caminho. Recordemos que a dúvida, falta de acusação ou de provas ritualmente formadas impõe a prevalência da presunção de inocência e atribuição de falsidade formal ou processual às hipóteses acusatórias. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 275)

Sobre a validade das provas apanhadas no inquérito policial visando a condenação do réu, Guilherme de Souza Nucci complementa que:

É verdade que muitos sustentam, em nosso País, ser a natureza do inquérito a de um procedimento meramente preparatório, formador da opinião do representante do Ministério Público, porém, na prática, terminam conferindo validade e confiabilidade àquilo que foi produzido pela polícia judiciária. Basta ver as referências que as sentenças condenatórias costumam fazer aos depoimentos colhidos na fase extrajudicial, muitas vezes dando maior credibilidade ao que teria dito a vítima, o réu – à época, indiciado – ou alguma testemunha à autoridade policial do que ao

magistrado. [...] Trata-se de um sério erro, pois o que se apregoa na teoria não é seguido na prática, desacreditando no sistema processual e tornando letra morta as garantias fundamentais, previstas na Carta Magna. (NUCCI, 2020, p. 99)

Sob esse prisma, as problemáticas passam a surgir quando o exercício da defesa técnica se limita a um papel mínimo – por vez inexistente – de atuação no período em que antecede a etapa judicial, muito embora resida na fase investigativa uma importante fase da persecução penal não só por apurar elementos convictos de autoria e materialidade delitiva necessários para formar a *opinio delicti* dos titulares da ação penal e embasar a resposta processual cabível ao crime cometido, mas também porque irradia efeitos em todo o processo e em todos os sujeitos nele envolvidos.

Daí que decorre o debate sobre a paridade de armas no inquérito policial, afinal, se de um lado existe o Estado com toda a estrutura e aparato normativo eficiente para que a polícia judiciária consiga cumprir a missão constitucional que lhe é outorgada, deve-se também haver a preocupação de garantir à defesa a mesma igualdade de tratamento imprescindível para a concreta atuação do contraditório.

Tendo isso em mente, passa-se a analisar doravante o instituto da investigação criminal defensiva para compreender se há necessidade de ampliar a atuação da defesa técnica no âmbito pré-processual no Brasil e se a investigação direta pela defesa constitui o meio adequado para alcançar esse fim.

## **2. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: a paridade de armas no inquérito policial**

Como visto anteriormente, há uma disparidade de atuação entre a polícia investigativa e a participação da defesa e do próprio sujeito investigado durante a investigação realizada previamente ao oferecimento da denúncia ou queixa-crime, apesar da evidente importância que o inquérito policial assume durante toda a persecução criminal.

Nesse diapasão, surge a necessidade de se iniciar a estratégia defensiva que melhor favorece o investigado assim que formalizada a *notitia criminis*, pois esse não pode (pelo menos não deveria) aguardar inerte a inauguração da fase processual para somente a partir de então conseguir exercer o seu direito à defesa e ao contraditório pleno.

Surge, desse cerne, a investigação criminal defensiva como meio para consubstancializar a igualdade de tratamento em favor do indiciado, sendo oportuno conceituar e estabelecer os objetivos e as possibilidades que a aplicação dessa técnica pré-processual pode trazer para todos os sujeitos envolvidos no contexto do inquérito policial, nos termos explicitados a seguir.

### **2.1. Conceito, objetivos e possibilidades da investigação preliminar a cargo da defesa**

A fase investigativa, predominantemente manifestada por intermédio do inquérito policial, foi por muito tempo esquecida pela doutrina. Poucos eram os autores que se debruçavam sobre essa temática para não só meramente conceituá-la, mas também para enfatizar como o conteúdo ali produzido acabava por repercutirem toda a persecução penal, inclusive posteriormente à publicação do relatório de inquérito lavrado pela autoridade policial.

Se a produção literária voltada à análise da etapa investigativa já se demonstrava bastante escassa, mais reduzida ainda eram os trabalhos que buscavam ponderar sobre a participação da defesa nesta fase e as problemáticas existentes, quando a sua atuação se apresenta terminantemente limitada, especialmente quando evidenciados os prejuízos significativos que esse restrição

deriva a todas as partes que compõem a lide processual, principalmente àquele sujeito que se encontra submetido ao efeito do *jus puniendi* do Estado.

Por consequência, a própria atuação da atividade administrativa realizada a cargo dos órgãos policiais era constantemente negligenciada durante todos os esforços direcionados para apurar os elementos de autoria e prova da materialidade delitiva tão imprescindíveis para averiguar se a fase processual deveria ou não ser instaurada.

Logo, o inquérito policial era visto como um procedimento meramente informativo, onde o trabalho ali produzido era pouco prestigiado e o seu aprimoramento praticamente estagnado, o que incentivava diversas irregularidades durante o andamento das investigações, como a violação constante de direitos e garantias fundamentais, ao mesmo tempo em que maculava a real importância que esse procedimento conduzia para todo o andamento do processo penal.

Esse cenário mudou significativamente nos últimos anos quando o inquérito policial passou a receber maior atenção por parte do setor doutrinário e jurisprudencial, de tal maneira que os holofotes que eram concentrados na instrução processual, onde frequentemente se atribui maior valorização e os direitos costumam ser melhor resguardados, foram reposicionados para também reconhecer a etapa preliminar como importante fase que repercute no julgamento do processo, de modo que os dois extremos da persecução penal – investigação preliminar e execução penal – passaram a receber a importância que lhes são devidas.

A partir disso, tendo sido reconhecido que o inquérito policial interfere direta e indiretamente em todo o andamento do processo, infere-se como consequência que o investigado precisa ter acesso ao conjunto de normas necessárias e satisfatórias para fazer *jus* ao direito à ampla defesa e ao contraditório assim que assume a condição de indiciado, pois, do contrário, o acesso pleno a tais garantias constitucionais fica postergado para o momento em que formalmente se torna réu da ação, o que consideravelmente prejudica o seu direito à prova e à defesa técnica como um todo.

É com base nessa perspectiva que se fala em investigação criminal defensiva, ou simplesmente investigação direta pela defesa, que tem por fito principal potencializar o contraditório e a ampla defesa já no momento pré-processual, possibilitando que inúmeras vantagens sejam fornecidas através da paridade de armas garantida com a participação mais incisiva – e quiçá obrigatória –



do polo defensivo durante todo o trabalho investigativo que formaliza o inquérito policial.

Franklyn Roger Alves Silva (2020), um dos autores que se dedica ao tema e que o associa em suas obras com a experiência que possui como Defensor Público atuante em prol dos hipossuficientes, traz o seguinte conceito sobre essa técnica processual em comentário:

A investigação criminal direta pela defesa ou investigação defensiva corresponde a uma atividade de coleta de elementos desempenhada pelo advogado ou Defensoria Pública, com propósito e metodologia específicos, a partir de regras deontológicas e transparência no atuar defensivo, sempre em vistas a proporcionar a imediação da defesa com o conteúdo probatório e permitir a elucidação do fato criminoso dentro de uma perspectiva de boa-fé, paridade de armas e lealdade na relação processual. (SILVA, 2020, p. 43)

Édson Luis Baldan (2007), por sua vez, conceitua esse instituto da seguinte forma:

A investigação criminal 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 pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial. (BALDAN, 2007, p. 269)

Em complemento, André Augusto Mendes Machado (2009, p. 132), de maneira sintetizada, porém bastante precisa, conceitua a investigação defensiva como “instrumento a serviço do defensor do imputado, que lhe permite, desde o início da persecução prévia ou mesmo na eventualidade de sua instauração, recolher dados materiais úteis à defesa dos interesses de seu cliente”.

A partir dos conceitos traçados pelos autores acima referenciados, podemos compreender que esse instituto objetiva proporcionar ao imputado, por intermédio do seu defensor – seja ele advogado ou defensor público –, o aparato normativo idôneo para realizar diretamente a investigação do crime que lhe é imputado, tornando possível apurar os elementos de convicção favoráveis para a construção da tese defensiva que melhor lhe beneficiará, seja no âmbito do inquérito policial ou nas demais fases da persecução penal.

No tocante aos objetivos da investigação direta pela defesa, Renato Brasileiro de Lima destaca as finalidades que a aplicação dessa técnica pode trazer ao caso concreto, dentre elas:

a) comprovação do álibi ou de outras razões demonstrativas da inocência do imputado; b) desresponsabilização do imputado em virtude da ação de terceiros; c) exploração de fatos que revelam a ocorrência de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade; d) eliminação de possíveis erros de raciocínio a quem possam induzir determinados fatos; e) revelação da vulnerabilidade técnica ou material de determinadas diligências realizadas na investigação pública; f) exame do local e a reconstituição do crime para demonstrar a impropriedade das teses acusatórias; g) identificação e localização de possíveis peritos e testemunhas. (LIMA, 2017, p. 125)

Considerando o exposto, depreende-se que a investigação defensiva, como ferramenta que busca a paridade de armas no inquérito policial, vai muito além da previsão legal inserida no Código de Processo Penal que fornece ao indiciado a faculdade de requerer a execução de quaisquer diligências entendidas como oportunas para o deslinde das investigações preliminares, desde que previamente autorizadas pela autoridade que preside esta etapa que antecede o ajuizamento da peça acusatória, conforme dispõe o art. 14<sup>9</sup> do referido diploma legal.

No ponto em questão, precisas são as palavras do doutrinador Renato Brasileiro de Lima:

Essa investigação defensiva não se confunde com a participação do defensor nos autos do inquérito policial, a qual inclusive já é prevista pelo atual CPP no art. 14. Apesar de em ambos ser concretizado o direito de defesa, ao participar do inquérito policial, o advogado está delimitado aos rumos dados à investigação pela autoridade policial. Na investigação defensiva, que se desenvolve de maneira independente do inquérito policial, incumbe ao defensor delimitar a estratégia investigatória, não estando vinculado às autoridades públicas, devendo apenas respeitar os critérios constitucionais e legais pertinentes à obtenção da prova. (LIMA, 2017, p. 195)

Com base no entendimento assentado pelo autor, podemos compreender que essa técnica de defesa tem a finalidade precípua de garantir os meios necessários para que o indiciado/seu representante legal consiga produzir provas favoráveis a deslegitimar eventual ajuizamento de uma ação penal, servindo, assim, como contraponto às acusações oficiais, na medida em que reforça o direito de coletar os elementos legais – sejam eles objetivos ou subjetivos – aptos a construir a tese defensiva que melhor beneficia o investigado neste momento e em todas as demais partes de um possível processo.

Amanda Palmieri (2012), por sua vez, estabelece que o objetivo principal desse instituto decorre do próprio direito à prova garantido aos sujeitos envolvidos no contexto do inquérito, posto que “o indiciado e seu defensor devem ter garantida

<sup>9</sup> Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

a prerrogativa de traçarem estratégias de atuação, indicando, de pronto, as fontes que poderão servir para a produção dos meios de prova na fase processual” (FRAÇÃO, 2012, p. 152).

Não obstante a investigação direta pela defesa seja costumeiramente direcionada para favorecer ao indiciado o direito ao contraditório e ampla defesa em sede extrajudicial, principalmente porque à polícia judiciária cumpre a função de apurar a infração penal, deve-se ter em mente que a sua aplicação não se restringe a beneficiar exclusivamente o sujeito que está sendo investigado.

Ao revés, é possível que o advogado ou mesmo a Defensoria Pública usufrua dessa técnica para representar o interesse da vítima de uma infração penal, notadamente nos casos de violência doméstica ou em outros crimes onde se percebe que a vítima frequentemente tem o perfil de pessoa vulnerabilizada no sentido social e econômico do termo, servindo como reforço aos trabalhos conduzidos pela polícia judiciária.

Nessa toada, a investigação defensiva em prol da vítima objetiva subsidiar o pedido a ser encaminhado às autoridades administrativas para que o inquérito policial seja instaurado e, com isso, se torne possível averiguar com maior exatidão os indícios de autoria e de existência do crime, de modo a evitar acusações infundadas que podem se converter em responsabilização civil e penal em desfavor do querelante. Nas palavras de Evinis Talon:

Para a vítima, a realização da investigação defensiva com o escopo de instruir o pedido de instauração de inquérito policial poderá reduzir significativamente os riscos de eventual responsabilização criminal por denúncia caluniosa (art. 339 do CP). Ao oferecer elementos razoáveis e verdadeiros, pautados, v. g., por depoimentos de testemunhas e documentos públicos, poder-se-ia supor que o pedido de instauração do inquérito foi feito de boa-fé, acreditando que o fato realmente ocorreu. (TALON, 2020, p. 84):

Dessa forma, equivocada se encontra a ideia de o instituto da investigação criminal defensiva tem por fim único amparar tão somente o investigado, pois, como visto, a sua aplicação pode ser destinada também para o apoio de outros sujeitos, como a vítima, seja ela querelante ou assistente de acusação, cuja possibilidade será melhor detalhada ao longo deste estudo.

Dito isso, concluída uma breve análise sobre o conceito da investigação criminal defensiva delimitada pela doutrina, assim como os objetivos principais que norteiam esse instrumento de defesa, faz-se imprescindível pontuar os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais que amparam, ainda que de maneira reduzida,

a possibilidade do sujeito investigado exercer o contraditório e a defesa no âmbito do inquérito policial, a fim de perquirir se a base normativa já existente em nosso ordenamento jurídico se apresenta suficiente ou não para que os objetivos propostos por esse procedimento sejam satisfatoriamente atingidos e convertidos em proveito da paridade de armas.

## **2.2. A regulamentação da investigação defensiva no Brasil e a sua fundamentalidade no ordenamento jurídico pátrio: avanços e limites do direito de defesa no inquérito policial**

Extraí-se da leitura da Constituição Federal de 1988 que o constituinte inaugurou um regime democrático que protege os direitos e as garantias individuais. Como consequência do princípio da supremacia constitucional, o próprio sistema processual penal pátrio passou a exigir um maior equilíbrio entre o dever de persecução penal estatal e as novas garantias advindas com a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, tendo como norte preservar os ditames supralegais e constitucionais, assim como repudiar quaisquer ofensas indevidas à liberdade das pessoas atingidas pelo *jus puniendi* do Estado.

Com efeito, a fase preliminar do processo penal, como corolário do sistema democrático, passou por mudanças significativas em sua estrutura e no seu exercício para que o contraditório e a defesa, ainda que de forma restrita, também estivessem presentes durante o andamento das investigações criminais, possibilitando ao indiciado, desde o início da persecução penal, usufruir dos direitos e garantias fundamentais exarados na Constituição da República.

Nesse ínterim, ainda que o inquérito policial seja amplamente compreendido como procedimento administrativo, prévio e de caráter extrajudicial, isso não implica que os direitos e garantias previstos em nosso ordenamento jurídico pátrio sejam suprimidos de gozo pelo sujeito que está sendo investigado acerca de um crime que foi levado ao conhecimento das autoridades, tampouco pela defesa técnica que o representa.

Até porque, enquanto a polícia judiciária executa as diligências necessárias para cumprir com o dever que lhe é inerente neste momento, concomitantemente pode (e deve) o investigado/seu defensor habilitado contestar as alegações previamente suscitadas como maneira de exercitar a defesa prévia ao ajuizamento da denúncia/queixa-crime cabível, pois, ainda que o indiciado não assuma a

condição de parte e, portanto, não esteja sendo formalmente processado a respeito do delito objeto de investigação, isso não obsta que esteja livre das consequências inevitáveis que a abertura de um inquérito policial podem acarretar, como o estereótipo de culpado que a sociedade antecipadamente lhe impõe.

Dessa maneira, o acesso aos direitos e garantias fundamentais previstos em nosso sistema normativo, para além de resguardar o processo penal predominantemente acusatório adotado com o advento da Constituição da República, proporciona diversas vantagens a todos os sujeitos envolvidos no procedimento investigatório criminal. Nessa perspectiva, como exemplifica FernandaLobo Ramos:

O respeito a tais garantias é essencial, a fim de não submeter alguém a um processo penal de forma arbitrária ou de evitar que a investigação que pautará o eventual processo seja construída em desacordo com os direitos do investigado, o que seria de nocividade extrema para o seu julgamento. (RAMOS, 2018, p. 213)

Salientada brevemente a necessidade de resguardar durante a instrução do inquérito policial os direitos e garantias previstos em nosso arcabouço normativo, importa destacar quais são os principais fundamentos estabelecidos na seara constitucional e infraconstitucional que amparam o investigado neste momento tão importante para que a fase processual seja instaurada sem maiores vícios de formalidade.

Dito isso, impende de plano pontuarmos os dispositivos constitucionais que amparam a investigação criminal defensiva para, posteriormente, destacarmos as normas alocadas no âmbito infraconstitucional que preveem uma série de direitos e garantias em favor do indiciado e do exercício da defesa em sede de inquérito policial.

Atentando-se ao pretendido acima, é elementar que se inicie elencando os princípios constitucionais que militam em favor do exercício da defesa no âmbito do inquérito policial, em especial o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois não há como dissociar o debate sobre a investigação defensiva com este postulado tão importante para a garantia do devido processo legal assegurado pela Lei Maior a todos àqueles submetidos à prerrogativa sancionadora do Estado.

Com efeito, o princípio do contraditório e da ampla defesa está assegurado pela Constituição da República e compõe o rol exemplificativo de direitos e garantias estabelecidos pelo corpo constitucional, tendo previsão expressa no art. 5º, inciso

LV, que dispõe: “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”.

Quanto ao conceito de contraditório, Aury Lopes Júnior traz a seguinte lição:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 145)

A ampla defesa, por sua vez, como o próprio nome sugere, preconiza a ideia de que ao réu deve ser concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para que se defenda da imputação feita pela acusação. Sobre esse preceito, Guilherme de Souza Nucci pontua o seguinte:

Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal. (NUCCI2020, p. 30)

Com base nos ensinamentos delimitados pelos autores já citados, podemos concluir que o direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. Nessa linha de pensamento, como perfilha o doutrinador Renato Brasileiro “A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório - o direito à informação” (DE LIMA, 2017, p. 54).

Conforme se extrai da leitura do art. 5º, LV, da CF/88, o princípio do contraditório e da ampla defesa deve ser resguardado para todos os que assumem a condição de litigantes num processo (e não procedimento) administrativo ou judicial. Em razão disso, parcela da doutrina sustenta a inaplicabilidade da ampla defesa e do contraditório no inquérito policial brasileiro.

Esse entendimento decorre do próprio papel conferido pela jurisprudência e doutrina acerca da definição, finalidade e características que orientam o inquérito policial, pois é tratado como procedimento investigativo de cunho meramente preparatória da ação penal, tendo, portanto, caráter eminentemente administrativo que se distingue da estrutura dialética processual e, por isso, não se amolda ao conceito constitucional estabelecido pelo artigo retromencionado, motivo pelo qual

defende essa corrente pela omissão do contraditório e da ampla defesa na fase extrajudicial.

Infere-se, todavia, que meras distinções terminológicas entre “procedimento” e “processo” não possuem o condão para afastar do investigado o direito ao princípio do contraditório e da defesa no âmbito do inquérito policial, como sustentam os aliados dessa corrente doutrinária, sobretudo quando verificada a relevância que esse momento possui para o deslinde das etapas subsequentes da persecução penal.

À vista disso, Aury sustenta que a interpretação dada ao artigo supra não pode ser restrita, mas o mais abrangente possível – e dentro das balizas legais – para que os direitos e garantias fundamentais sejam também resguardados àqueles sujeitos postos na condição de indiciados, mesmo se tratando de momento pré-processual. Segundo o autor:

O ponto crucial nessa questão é o art. 5º, LV, da CB, que não pode ser objeto de leitura restritiva. A postura do legislador foi claramente protetora, e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial, até porque o próprio legislador ordinário cometeu o mesmo erro ao tratar como “Do Processo Comum”, “Do Processo Sumário” etc., quando na verdade queria dizer “procedimento”. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados, e não indiciados, seja um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 294)

Nesse cerne, foi-se relativizando a ideia de que não seria possível a aplicação do contraditório e da ampla defesa na fase preliminar do processo penal, considerando que a sua completa ausência implicaria num inquérito policial ainda pautado nas raízes inquisitivas, em detrimento do direito à prova que milita em favor do indiciado para contestar as atividades persecutórias realizadas pelos órgãos policiais voltados aos fins pretendidos.

Não obstante, a ausência completa de contraditório e da defesa na investigação que antecede a instrução processual prejudicaria sobremaneira outras garantias e direitos favoráveis ao investigado, cuja incidência seria postergada tão somente quando oferecida a peça inicial acusatória, de tal modo que a investigação direta pela defesa não teria espaço para servir como instrumento de qualificação do debate probatório assim que instaurada a fase processual.

Atualmente, sedimentou-se o entendimento de que o indiciado deve ser compreendido como um sujeito de direitos e não como mero objeto da investigação, com vistas a viabilizar a atuação da defesa técnica de antemão ao ajuizamento da

denúncia/queixa-crime cabível, de modo a tornar possível o acesso aos autos do inquérito policial para que sejam realizados os apontamentos iniciais pertinentes ao caso e em benefício do investigado.

É a lição de Aury Lopes Júnior (2020, p. 296), que dispõe: “Não há como afastar o sujeito passivo da investigação preliminar da abrangência da proteção, pois é inegável que ele se encaixa na situação de “acusados em geral”, o que justifica a aplicação do contraditório e da defesa também no contexto do inquérito, pois todas as garantias advindas do nosso sistema institucional devem ser resguardadas do início ao fim da persecução penal.

Em corroboração a essa vertente, o STF aprovou a Súmula Vinculante nº 14<sup>10</sup>, cujo enunciado dispõe:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

O entendimento sumulado pela maior instância do Poder Judiciário brasileiro assegura ao defensor regularmente constituído pelo investigado o direito de requerer vista dos autos do inquérito, mesmo que se encontre sob sigilo, desde que o acesso pretendido vise à análise de atos investigativos que já foram produzidos e incorporados ao procedimento investigatório, excluindo-se, portanto, aqueles ainda em execução, isto é, não documentados.

Em que pese a Súmula Vinculante anteriormente colacionada tenha sido um avanço significativo para ampliar o acesso à informação em benefício do investigado, consigna-se que o exercício do contraditório e da ampla defesa ainda é restrito.

Vale dizer, a plenitude desse princípio continua sendo resguardada para a instrução processual, em decorrência de expressa previsão constitucional nesse sentido, sob pena de nulidade, mas nada impede que o direito de defesa (técnica/pessoal) também seja usufruído preliminarmente ao oferecimento da peça acusatória, bem como o próprio contraditório, que pode ser manifestado através do acesso aos autos do inquérito, por exemplo, mas ambos se manifestam de forma limitada, pelo menos na etapa extrajudicial.

---

<sup>10</sup>

Disponível

em:

<<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1230>>. Acesso em: 29 set. 2022.



Em suma, é possível que o investigado goze do exercício do contraditório e da defesa durante o desenrolar da investigação criminal, porém não em sua plenitude. Ao mesmo tempo, reside neste princípio um dos elementos-chave para que a investigação criminal defensiva consiga ser fielmente executada – não à toa que a sua ampliação seja um dos objetivos almejados por esse instituto, conforme será pontuado em momento oportuno.

Ainda na seara constitucional, outra garantia do investigado na fase preliminar é o princípio da igualdade. De acordo com Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2017, p. 117):

O princípio da igualdade determina que seja dado tratamento igual aos que se encontram em situação equivalente e que sejam tratados de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades. Ele obriga tanto o legislador quanto o aplicador da lei (igualdade na lei e igualdade perante a lei).

Insculpido no art. 5º, *caput*, e inciso I, da CF/88, esse postulado tem como objetivo conferir tratamento desigual aos desiguais para que se atinja a verdadeira igualdade. Na prática, contudo, o que se observa é que esse princípio não é concretizado, pelo menos não em sua máxima, porquanto evidente a distinção de tratamento presente no inquérito policial.

Basta verificar que de um lado existe a polícia judiciária que, além de controlar os rumos da investigação criminal com base em suas pretensões, também possui ampla estrutura fornecida pelo Estado para tornar viável a execução de todas as diligências oportunas e aptas a transformar o sujeito investigado em réu da ação penal, ante o predominante interesse persecutório que norteia esta fase.

Ao passo que do outro extremo há o acusado, geralmente num plano de inferioridade, porque não só irá sofrer com os efeitos inevitáveis que a abertura de um inquérito policial provoca, como o estigma de criminoso que a sociedade imediatamente lhe impõe, como também não possui em seu favor o aparato normativo equivalente para que a defesa consiga estabelecer um contraponto eficaz às acusações que lhe são imputadas.

Sobre a não proporcionalidade de tratamento observada no âmbito da investigação pré-processual, pertinentes as palavras de Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 641):

[...] não basta uma mera igualdade formal. Há de ser buscada uma igualdade substancial por meio da criação de mecanismos processuais capazes de reequilibrar tamanha desigualdade, permitindo que o acusado

possa desenvolver sua defesa em paridade substancial de armas com a acusação.

Desse modo, a igualdade, no seu sentido substancial, não pode ser concretizada apenas quando da abertura da fase processual, pois, agindo assim, evidencia-se que a desigualdade de tratamento começará logo no início da persecução criminal e se acentuará ao longo das etapas subsequentes, o que impõe diversos prejuízos ao acusado, notadamente quando se observa o valor que o inquérito policial possui para a formação de uma sentença penal condenatória.

Superadas as principais bases constitucionais que norteiam a prática da defesa no contexto da investigação preliminar, passa-se a elencar os principais dispositivos encontrados no ordenamento infraconstitucional que igualmente amparam a investigação defensiva.

Nessa esteira, prevê o artigo 14, do Código de Processo Penal, que o indiciado (estando ele solto ou preso) pode requerer ao delegado de polícia, por intermédio do seu procurador, o cumprimento de diligências prévias para que a tese defensiva seja de pronto planejada em benefício do seu representante, cuja execução está condicionada ao consentimento da autoridade que preside o procedimento, cabendo averiguar a pertinência do que fora requerido para a elucidação dos fatos investigados.

À guisa de exemplo, pode o defensor do indiciado requerer a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos/privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, dentre outras tarefas úteis para o aprimoramento da defesa técnica, muito embora na prática esse direito de participar da investigação seja limitado e com pouca eficácia, às vezes inexistente.

Registre-se que a faculdade estendida ao indiciado dada pelo artigo supracitado não pode ser igualada com os objetivos que a investigação criminal defensiva almeja como ferramenta para a concretização da paridade de armas no inquérito policial, pois esse instituto tem por fito garantir meios mais vantajosos e ampliados para que a defesa atue em favor do acusado, de modo a ir além das possibilidades que o art. 14 do CPP oferece, como será melhor detalhado ao longo deste estudo.

Outro fundamento que garante o direito à informação em favor do investigado antes de oferecida a denúncia/queixa-crime pode ser encontrado na Lei nº. 8.906/94,

que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Extraí-se da leitura do art. 133<sup>11</sup> da CF/88, que a advocacia é uma profissão essencial à administração da Justiça, assim como o Ministério Público e a Defensoria Pública. Infere-se também que esse dispositivo constitucional apresenta eficácia contida, isto é, sua aplicabilidade é imediata, direta, mas não integral, tendo seu alcance reduzido por outra norma, seja ela de âmbito constitucional ou infraconstitucional.

No caso do artigo supra, é a Lei Nacional nº. 8.906, de 4 de julho de 1994 que delimita a sua aplicabilidade e que representa um dos principais alicerces para o exercício da advocacia, haja vista que o Estatuto da OAB prevê uma série de direitos, garantias e deveres do advogado para justificar a criação de regramentos condizentes para fazer *jus* à função indispensável à administração da justiça intitulada pela Constituição Federal.

Dentre as prerrogativas previstas nesta lei, destaca-se o direito que o advogado possui, na defesa do seu cliente, de examinar os autos da prisão em flagrante e do inquérito, acabado ou em trâmite, ainda que conclusos à autoridade policial, podendo tirar cópias e tomar apontamentos, inclusive sem necessidade de juntar procuração, conforme dispõe o art. 7º, inciso XIV.

Mas não é só. O art. 7º dispõe outras importantes garantias vinculadas à atuação do advogado na fase preliminar, dentre elas destacam-se:

- III – comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;
- VI. a) – ingressar livremente nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, escritórios de Justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independente da presença de seus titulares;
- XIII – examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos;
- XV – ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais;
- XXI – assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios

---

<sup>11</sup> **Art. 133.** O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos;

Da análise e interpretação dos incisos acima transcritos, é possível concluir que tais direitos derivam da garantia fundamental do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, insculpidas nos incisos LIV e LV do artigo 5º da CRFB/88, tendo como finalidade ampliar e incentivar a autodefesa e a defesa técnica exercida por profissional habilitado nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Inclusive, para dar fiel cumprimento a essas prerrogativas, reforça o §12º do artigo citado que a inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV poderá acarretar responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado ao caderno investigatório, em detrimento do exercício da autodefesa do investigado.

Evidente, pois, a preocupação que a própria OAB, como entidade de representação e regulamentação da advocacia, possui para fornecer ao advogado o embasamento normativo robusto a permitir o exercício da sua função logo no início da persecução criminal, podendo tomar apontamentos e assistir o seu cliente de maneira a orientá-lo acerca dos seus direitos e também contestar as alegações preliminares.

Justifica-se a adoção dessa conduta por parte da entidade porque a atuação do advogado não pode estar estritamente vinculada à fase processual, sobretudo quando a acusação já inicia os seus trabalhos previamente ao ajuizamento do processo penal, o que justifica a existência e cumprimento de tais prerrogativas para que os direitos do indiciado sejam, desde então, resguardados em homenagem à paridade de armas. Nas palavras de Luis Gustavo Pujol e Rodrigo Sánches Rios (2020):

[...] não se trata apenas de reconhecer a necessidade de presença do defensor por ocasião do interrogatório do seu constituinte pela autoridade policial ou simplesmente permitir-lhe o acesso e a extração de cópias dos atos investigatórios já realizados e constantes nos autos, mas de lhe assegurar uma efetiva participação na produção do elemento probatório indiciário acerca da autoria e da materialidade delitivas.

Ciente da importância da atuação defensiva na etapa pré-processual, sobretudo quando observado o valor conferido aos elementos informativos colhidos neste momento para a formação da *opinio delicti* dos titulares da ação e até mesmo para a construção da convicção do juízo penal, o Conselho Federal da OAB, no dia

11 de dezembro de 2018, publicou o Provimento Nº 188, que regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado no tocante à execução de atividades de cunho investigativo para fins de instrução dos procedimentos administrativos e judiciais.

De caráter confirmatório e complementar às normas constitucionais e aos próprios regramentos previstos no Estatuto da Advocacia e da OAB, o Provimento 188 representa um dos principais fundamentos para o exercício da investigação direta pela defesa, tendo em vista que prevê as possibilidades e estabelece limites que o advogado pode e deve observar ao usufruir dessa técnica como meio de exercício do contraditório e da defesa no âmbito do inquérito.

Para além de delimitar a forma de atuação da defesa nesta etapa que antecede o processo penal, o Provimento 188/2018 também se preocupou em trazer um significado para a investigação criminal defensiva, tendo cumprido essa tarefa logo no artigo que inaugura essa normativa interna ao conceituar esse instituto da seguinte forma:

Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

Em seguida, dispõe o art. 2º as diversas possibilidades de atuação da investigação direta pela defesa, sugerindo que sua aplicação pode ser realizada tanto na fase preliminar quanto processual, desde que o seu exercício respeite alguns princípios, como o sigilo e a privacidade, conforme prevê o art. 5º do dito provimento.

Dessa forma, pode o advogado, seja de forma unilateral ou com o apoio de peritos, técnicos ou de outros auxiliares capacitados, promover diretamente todas as atividades necessárias para o esclarecimento do fato objeto de investigação, a fim de existir um contraponto às alegações suscitadas pela polícia judiciária neste momento, bem como para reunir o material probatório destinado a traçar a tese defensiva que melhor favorecerá o indiciado, seja para evidenciar a inexistência de elementos convictos de autoria e materialidade delitiva, com vistas a obstar o ajuizamento de uma ação penal, seja para servir como fundamento durante a instrução processual, caso eventualmente instaurada.

Sobre isso, convém colacionar o teor do artigo 3º do provimento em comento:

Art. 3º A investigação defensiva, sem prejuízo de outras finalidades, orienta-se, especialmente, para a produção de prova para emprego em:

I - pedido de instauração ou trancamento de inquérito;

II - rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa;

III - resposta a acusação;

IV - pedido de medidas cautelares;

V - defesa em ação penal pública ou privada;

VI - razões de recurso;

VII - revisão criminal;

VIII - habeas corpus;

IX - proposta de acordo de colaboração premiada;

X - proposta de acordo de leniência;

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

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

Para exemplificar as possibilidades de atuação do advogado nesta etapa introdutória da persecução criminal, o art. 4º do provimento em comento traz um rol de caráter não taxativo que orienta a defesa quanto às diligências oportunas para essa ocasião, dentre elas:

Art. 4º Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição. Parágrafo único. Na realização da investigação defensiva, o advogado poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo.

Embora contenha um texto bastante breve, o Provimento 188/2018 representa um dos fundamentos-chave mais relevantes que amparam legalmente o advogado para fazer uso da defesa técnica no âmbito do inquérito, tornando possível a observância e proteção dos direitos e garantias do investigado desde o início da persecução criminal.

Ainda no contexto da instrução preliminar, não há como esquecer o papel desempenhado pelas Defensorias Públicas quando pensamos em justiça criminal e defesa, sobretudo quando a CRFB/88 lhe outorga a missão de promover os direitos humanos e a defesa em todos os graus, inclusive o extrajudicial, conforme disposição expressa conferida via Emenda Constitucional nº 80, de 2014, que incorporou o artigo 134<sup>12</sup> no texto da Constituição.

<sup>12</sup> **Art. 134.** A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a

No ponto em questão, mister consignar que a Defensoria Pública, seja no âmbito federal ou estadual, também pode realizar a investigação criminal defensiva em favor daquele assistido que assume a posição de investigado.

Contudo, o amparo legal para esse exercício não decorre do Provimento 188/2018, tampouco dos dispositivos inseridos no Estatuto da Ordem dos Advogados, haja vista que as Defensorias, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, possuem normativas internas próprias para fins de estruturação e atuação, como a Lei Complementar 80/1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, além de outras providências.

Sobre o conceito dessa instituição pública, reporta-se ao artigo que inaugura a lei complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994:

Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Surge, assim, a Defensoria Pública, que abrange a Defensoria Pública da União, a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios e as Defensorias Públicas dos Estados, cuja finalidade precípua é garantir assistência jurídica integral e gratuita para o cidadão que se encontra em situação de vulnerabilidade socioeconômica, isto é, que não possui recursos financeiros para custear os serviços de um advogado e os encargos processuais, cabendo ao erário público financiar as despesas referentes à estruturação e manutenção dessa instituição para garantir o direito ao acesso à justiça, conforme determina o art. 5º, inciso LXXIV<sup>13</sup>, da Constituição Federal.

A Lei Complementar das Defensorias também dispõe, em seu art. 3º-A, que a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório constitui um dos objetivos institucionais norteadores da sua atuação. Logo, para que essa

---

orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

<sup>13</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

tarefa seja fielmente alcançada, inclusive na fase pré-processual, estabelece o art. 128 uma série de prerrogativas para os membros que compõem o quadro de defensores, dentre elas:

Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer: VIII – examinar, em qualquer repartição pública, autos de flagrantes, inquéritos e processos, assegurada a obtenção de cópias e podendo tomar apontamentos.

Em complemento, incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009, estabelece o artigo 4º da Lei Orgânica das Defensorias o seguinte:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:  
XIV – acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado;  
XVII – atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais.

Denota-se, portanto, que cabe à Defensoria Pública patrocinar os interesses dos hipossuficientes em todas as etapas – preliminar, processual, recursal e executória –, a fim de que os direitos e garantias dos assistidos sejam observados do início ao fim da persecução criminal. Não à toa que essa instituição passou a ser um dos atores fundamentais para a concretização da defesa e do contraditório no âmbito do inquérito policial, o que incentiva, por exemplo, o impedimento de acusações infundadas contra àqueles que já se encontram em estado vulnerável no sentido social e econômico do termo.

Quanto aos direitos de defesa do réu/investigado hipossuficiente e o papel da Defensoria na atividade de investigação, dispõe Franklyn Roger Alves Silva que:

A par dessa realidade, há um outro obstáculo de natureza material que limita os serviços da Defensoria Pública. Inobstante o art. 4º, XIV e XVII, da Lei Complementar n. 80/1994 determinar que os membros da Defensoria Pública atuem no inquérito policial e se dirijam aos estabelecimentos policiais e penitenciários de modo a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais, é importante esclarecer que a instituição, quando encarada de formal global, não dispõe de estrutura material e humana suficiente para cumprir todas as suas funções institucionais. (SILVA, 2019, p. 395)

Ou seja, não se evidencia razoável a criação de diversas normativas que preveem um rol de direitos e garantias sem que exista paralelamente a estrutura adequada para que se execute de forma satisfatória as prerrogativas previstas pelo legislador, o que as torna praticamente inexecutáveis em razão do baixo orçamento destinado à manutenção das Defensorias, notadamente quando comparado com outras instituições, como o Ministério Público. Ainda nas palavras de Franklyn:



Não é fácil atribuir a um único Defensor Público, que já possui uma série de atendimentos e obrigações processuais, o encargo de também se dedicar ao acompanhamento de investigação criminal defensiva de seus assistidos, especialmente quando essa atividade demanda a busca e o deslocamento na procura de fontes de prova. (SILVA, 2019, p. 395)

Percebe-se, portanto, que a investigação defensiva pode ser realizada a cargo da Defensoria Pública, seja em sede de inquérito policial ou processual, em que pese na prática o seu exercício seja bastante reduzido em virtude dos escassos recursos que a instituição possui para dar a assistência jurídica adequada ao indiciado sem que isso prejudique a execução das atividades de praxe desempenhadas durante o andamento do processo penal.

Fato é que a investigação criminal defensiva é prevista no Brasil e pode ser praticada pela defesa em sentido amplo, isto é, tanto a advocacia privada quanto a pública, embora distintas as bases normativas que amparam o exercício de cada uma das categorias, inobstante ambas insuficientes para concretizar a paridade de armas no âmbito extrajudicial.

Nesse viés, se no Brasil durante muito tempo a participação da defesa técnica em investigação oficial foi negada, sob o errôneo pretexto de que seria dispensável o contraditório e a defesa no trâmite do inquérito policial, ante o seu caráter célere e procedimental, hoje, superado esse óbice, enfrenta-se outro desafio: o que pode ser feito para regulamentar a investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico brasileiro e o que depende de adaptação normativa para que os seus objetivos sejam fielmente alcançados, conforme se abordará no tópico seguinte.

### **2.3. O investigado como sujeito de direitos: o aprimoramento normativo como instrumento de qualificação probatória e de garantia da igualdade de tratamento na relação pré-processual**

Como visto, os fundamentos que embasam a atuação da defesa no inquérito policial podem ser extraídos, atualmente, do resultado interpretativo das seguintes disposições normativas: o artigo 5º, inciso LV, da CF/88; o artigo 14, do Código de Processo Penal; a Súmula Vinculante 14 do STF; dos incisos do artigo 7º do Estatuto da OAB; do Provimento nº 188/2018 do Conselho Federal da Ordem; e dos artigos dispersos pela Lei Orgânica das Defensorias.

Veja-se que somente em 2018, a partir da publicação do Provimento 188/2018, que a advocacia privada recebeu amparo ético para o desenvolvimento

da investigação direta pela defesa, muito embora desde 1988 apregoe a Constituição Federal a importância do princípio do contraditório e da ampla defesa como garantia basilar do processo penal e do Estado Democrático de Direito.

Já a Defensoria Pública, por não poder usurpar das normas administrativas da OAB, como o próprio provimento referenciado ou até mesmo as disposições normativas inseridas no Estatuto e no Código de Ética da advocacia, tem de recorrer aos poucos fundamentos encontrados na Lei Complementar que regula a instituição para justificar o exercício da investigação criminal defensiva – isso quando raramente é executada, ante os escassos recursos que possui para efetivar essa atividade em paralelo com a prática forense.

Ainda que a questão já tenha sido alvo de debate até no STF, o que gerou inclusive súmula vinculante sobre o assunto, observa-se que a base normativa existente no ordenamento jurídico brasileiro para embasar a prática defensiva em sede de inquérito não se afigura suficiente para que o contraditório e a ampla defesa sejam efetivamente exercidos nesta etapa, em que pese a sua importância para a formação da *opinio delicti* dos titulares da ação penal e também para a construção do livre convencimento motivado do juiz.

É diante da ausência de base normativa que viabilize a plena defesa na fase preliminar do processo penal que se fala em investigação criminal pela defesa como método para alcançar a paridade de armas para além da instrução processual, de modo a evitar que as atividades persecutórias sejam realizadas predominantemente pelas autoridades policiais, o que implica num inquérito policial com raízes ainda inquisitivas.

Tendo isso em mente, a investigação direta pela defesa necessita de atenção do legislador para que seja satisfatoriamente inserida em nosso sistema normativo como instrumento capaz de proporcionar a igualdade de tratamento entre acusação e defesa, inclusive no âmbito extrajudicial, conforme alerta Larissa Gomes Penedo: “É necessária uma previsão normativa que regule o instituto de forma completa, concedendo liberdade à defesa, de forma que seus atos não sejam limitados por qualquer agente processual, senão pela própria lei” (PENEDO, 2021, p.15).

Salienta-se que a investigação defensiva não busca apenas a garantia de participação ativa de um defensor público/advogado habilitado para orientar o investigado durante o andamento do inquérito, mas também que haja a base

normativa adequada para que esse exercício ocorra, assim como a estrutura técnica necessária para que as diligências e demais requerimentos solicitados pela defesa do indiciado sejam realizados na busca de provas benéficas ao seu representante. Nessa ótica, SILVA (2019, p. 378) lembra o seguinte:

A menção à defesa técnica e aos meios para a preparação da defesa compreende não só a presença de um defensor com capacidade para exercer a representação na fase investigatória e no processo penal, mas também a disponibilização dos recursos e meios de provas admitidos no ordenamento jurídico.

Por isso que se fala na necessidade de regular a investigação direta pela defesa em nosso ordenamento jurídico para buscar igualdade de condições no desempenho das atividades investigativas, de modo a maximizar a paridade de armas do início ao fim da persecução criminal e evitar que o contraditório e a ampla defesa fiquem adstritos à relação processual, em prejuízo daquele submetido ao direito de punir do Estado.

Afinal, o inquérito policial, como visto, é uma das etapas mais importantes para que a defesa prepare a estratégia que possa melhor influir no resultado do procedimento, pois as atividades conduzidas nesta ocasião ocorrem logo após o exaurimento do delito, ou seja, os indícios de autoria e materialidade do crime se apresentam de maneira cristalina, tornando mais fácil a colheita de provas em benefício do investigado.

Posto isso, para melhor compreender os motivos que tornam necessário o aprimoramento normativo destinado à prática defensiva no âmbito pré-processual, foco do presente capítulo, impende de plano elencar as principais vantagens motivadas com a aplicação da investigação criminal defensiva no inquérito policial.

Com efeito, a participação ativa da defesa nesta etapa garantirá ao indiciado a possibilidade de realizar diligências, apontamentos, produzir provas, dentre outras atividades de cunho investigativo-defensivo, com o fito de elucidar a conduta criminosa e, com isso, construir a defesa inicial que auxiliará na tomada de decisões oportunas ao sujeito passivo do inquérito. Sobre essa vantagem, Franklyn Roger Alves da Silva leciona:

[...] a defesa realiza diligências com o propósito exclusivo de identificar elementos que possam favorecer a sua situação jurídica, sem a necessária preocupação com a apuração da verdade. Poderá, entretanto, agir imbuída no espírito de clarificação da verdade, trazendo ao conhecimento da acusação informações negligenciadas pelos órgãos de Polícia Judiciária. (SILVA, 2019, p. 389)

Outro ponto positivo para a implementação da defesa no inquérito policial consiste na ampliação do contraditório. Esse princípio constitucional, do contrário do sustentado por certa parcela da doutrina, não pode vigorar apenas quando aberta a instrução processual.

Ao revés, ele deve ser igualmente observado – e incentivado – também na etapa que antecede o processo, tanto é que esse foi o entendimento adotado por parte do judiciário e do legislativo. Basta ver a Súmula Vinculante nº 14 do STF e outras normas inseridas na legislação infraconstitucional que preveem, ainda que de maneira concisa, a possibilidade dos advogados e dos defensores públicos atuarem nesta etapa preliminar, muito embora a sua prática seja pouco executada, às vezes sequer oferecida ao indiciado.

Sendo assim, a aplicação da investigação defensiva promoveria maior espaço para a manifestação do contraditório, com o objetivo de garantir a existência de um contraponto robusto às alegações fomentadas pela polícia judiciária que conduz o procedimento administrativo, o que decerto tornaria o inquérito mais justo e eficaz.

Inevitável, pois, que o contraditório exista também no inquérito policial, o que demanda a sua ampliação, como propõe a investigação direta pela defesa como um dos seus objetivos principais, afinal, como pontua Rogério Lauria Tucci (2004, p. 257) “a contrariedade da investigação consiste num direito fundamental do imputado, direito esse que por ser um elemento decisivo no processo penal não pode ser transformado em nenhuma hipótese, em mero requisito formal”.

Paralelo a isso, outra vantagem com a aplicação desse instituto diz respeito ao incentivo à ampla defesa na etapa extrajudicial. Conforme já pincelado, a atuação da defesa no âmbito da investigação preliminar é permitida no Brasil, podendo ser manifestada pela advocacia privada ou por intermédio da assistência jurídica fornecida pela Defensoria àqueles considerados pobres na forma da lei, em que pese pouco explorada na prática em razão do baixo estímulo que é dado para que a defesa técnica exista para além da instrução processual.

Nesse compasso, busca-se com a investigação defensiva dar verdadeira ampla defesa ao investigado, no sentido de fornecer a base normativa e também toda a estrutura e corpo técnico necessário para que o representante legal do indiciado, seja ele defensor ou advogado, tenha acesso aos recursos aptos a concretizar satisfatoriamente tal missão.

Sendo um direito intimamente interligado com o contraditório, o princípio da ampla defesa somará esforços para tornar viável a tarefa de contestar os elementos de prova coletados pelas autoridades administrativas, tendo como missão tornar cristalina a materialidade dos indícios de autoria e de delito para que se consiga planejar os primeiros passos da argumentação defensiva mais proveitosa ao indiciado.

A despeito dessa vantagem, nos ensina Franklyn Roger Alves Silva uma importante lição: “É a partir da intervenção 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” (SILVA 2019, p. 382).

Por isso a necessidade de ampliar a atuação no contexto do inquérito, a fim de arrecadar todas as informações e demais elementos de cunho investigativo fundamentais para direcionar adequadamente o exercício da defesa, além de tornar viável que o investigado também requeira provas e demais diligências para os fins pretendidos, servindo como resistência à pretensão acusatória.

No ponto em questão, fulcral pontuar que a formação de contraposição às determinações realizadas pela polícia judiciária deve ser formada tão logo determinado pelo delegado a linha procedimental a ser seguida no decorrer das investigações, e não somente quando designada certa diligência por sua parte.

Vale dizer, a ampla defesa deve se manifestar no inquérito policial de maneira ativa, isto é, antecipatória às determinações requeridas pelos órgãos policiais, posto que a manifestação do exercício da defesa não pode estar subordinada ao comportamento da autoridade administrativa, devendo, pois, agir de antemão, numa clara defesa autêntica, participativa, e não interdependente, conforme ensina Lauriane Carvalho Rocha (2022, p. 112): o defensor deve se empenhar, assumindo necessariamente uma postura de saída, de antecipação, de ida ao encontro das provas em vez de espera do “ataque”.

Alberto Ruttke, em companhia de Felipe Giacomolli e Marcos Fraga, destacam que incumbe à defesa, a partir do acesso aos autos do inquérito, compreender a dimensão do objeto da investigação e imediatamente requerer as diligências cabíveis, como colocar o investigado à disposição para presta esclarecimentos perante a polícia judiciária, pedir pela oitiva de testemunhas, proceder com eventual acareação entre diferentes provas dos autos, com o intuito

de traçar as incongruências que enfraquecem os elementos de autoria e materialidade delitiva, dentre outras possibilidades, conforme estabelecem os autores:

[...] deverá o defensor atuar no sentido de entender as possíveis premissas das quais a autoridade policial pode partir para a construção do convencimento necessário para o indiciamento e, a partir dessas, diligenciar no sentido de construir um conjunto probatório apto a comprovar a inocência do investigado ou, no mínimo, suscitar a dúvida razoável na persuasão do investigador. (RUTTKE; GIACOMOLLI; FRAGA, 2020, p.11)

Salienta-se que tais requerimentos devem ser postulados assim que compreendido o teor fático que envolve a investigação, e não posteriormente ao que fora determinado pelo Delegado, pois a ideia é justamente antecipar a defesa do indiciado. Nesse sentido:

[...] torna-se premente a adoção de uma postura ativa pelo defensor no curso da investigação criminal, na medida em que deve haver uma visão crítica do inquérito policial para que, a partir da linha investigativa adotada pela autoridade responsável, sejam requeridas as diligências cabíveis e/ou apresentadas as provas já obtidas e disponíveis. Noutras palavras, a defesa precisa compreender que, em termos de estratégia no patrocínio dos interesses de seu cliente, não cabe a atuação passiva, que aguarda o deslinde da investigação e o início da ação penal para, só então, dar início à atividade probatória. (RUTTKE; GIACOMOLLI; FRAGA, 2020, p. 12):

Do direito à ampla defesa, bem como ao contraditório, deriva outro postulado relevante e que justifica a obrigação da investigação criminal defensiva: o princípio da igualdade. Afinal, a aplicação de tais preceitos, quando bem efetivados, promoveria a igualdade entre as partes em todas as etapas da persecução penal, o que inclui evidentemente a extrajudicial.

Nessa ótica, a investigação a cargo da defesa, nas palavras de André Augusto Mendes Machado (2009, p. 94), é “garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa”

Ora, não existe paridade de armas quando uma parte tem mais poderes que a outra. Por essa razão que esse instituto em comento objetiva alcançar não aquela igualdade meramente formal, mas a verdadeiramente efetiva, onde se possibilita que sejam outorgadas as mesmas oportunidades de falar, de contraditar, de reperguntar, de sustentar, de requerer e de intervir nas provas com a adequada simetria, o que inclui a base normativa e também a estrutura apropriada para esse exercício, como possui a polícia judiciária com o aparato fornecido pelo Estado para o cumprimento da missão que lhe é dada nesta fase.

É nesse sentido que a investigação criminal defensiva caminha: buscar a igualdade para além das formalidades. Não se prega o exercício da defesa apenas como maneira de contrariar a versão da acusação, mas também de criar e disponibilizar à defesa o conjunto de instrumentos, medidas e direitos equivalentes aptos a provar o que é sustentado, como pretende esse instituto como ferramenta para o alcance da paridade de armas na etapa preliminar do processo penal, conforme destaca Evinis Talon: “A paridade de armas exige a possibilidade de atuação ampla da defesa, com todos os meios possíveis, e não apenas uma participação passiva, vazia e meramente formal” (TALON 2020, p. 27).

Nessa trilha, quanto à equivalência das atividades e de participação das partes em sede de inquérito policial, estabelece Lauriane Carvalho Rocha) que:

A acusação e a defesa devem receber um tratamento equânime na atuação dos seus interesses. Isso diz respeito não apenas às condições iguais de influência, mas também à igualdade de direitos e deveres, o que inclui a possibilidade de coletar fontes de prova. (ROCHA, 2022, p. 7)

Aliado a isso, não se pode olvidar que a participação da defesa no âmbito extrajudicial, em seu sentido amplo e em iguais condições, inevitavelmente promoveria o aprimoramento da investigação preliminar realizada pela polícia judiciária e pelo Ministério Público.

Isso porque é inegável que a existência de um contraponto robusto às acusações proferidas pelos órgãos policiais ou pelo *parquet*, manifestado por intermédio da atuação ativa da defesa do indiciado, forçadamente aperfeiçoaria as atividades investigativas conduzidas por ambos, pois tanto as autoridades administrativas quanto o próprio Ministério Público, seja no inquérito ou até mesmo na fase processual, buscariam contestar de maneira mais eficaz as provas coletadas pelo investigado/acusado.

Logo, evidencia-se que a presença de defesa técnica consistente e a cargo de profissional habilitado para tanto permite qualificar o acervo probatório e, conseqüentemente, a decisão que será lavrada nos autos da demanda penal, tudo em decorrência da existência de contraponto às acusações suscitadas pelos órgãos policiais, que irá filtrar apenas os elementos de informação que realmente deverão ser valoradas na instrução processual.

Com a presença de pleno contraditório e ampla defesa, nada mais natural que haja o aperfeiçoamento das atividades realizadas pela polícia judiciária, que buscará

com maior seriedade comprovar os indícios de autoria e materialidade do delito cometido. Nesse seguimento dispõe Lauriane Carvalho Rocha:

[...] a defesa técnica que pratica atos investigativos ainda na fase pré-processual enriquece o acervo da investigação ao trazer linhas investigativas não exploradas. Assim, consequentemente, os fatos serão apurados com maior qualidade, a defesa técnica correrá menos risco de ser surpreendida pela acusação, ou, se for, os impactos serão menores, e ainda que a denúncia seja recebida, a defesa diligente tem mais chances de conseguir uma absolvição sumária, pois, quanto mais elementos já estiverem disponíveis, mais rápido ela conseguirá desenvolver as teses e comprová-las. (ROCHA, 2022, p. 5)

Em complemento a essa ideia, Franklyn Roger Alves da Silva acentua que:

A atividade prévia da defesa na identificação de fontes de prova certamente lhe conferirá os instrumentos necessários para resistir à pretensão acusatória, apontado a fragilidade da prova produzida pelo Ministério Público, produzindo provas a respeito de determinados fatos ou até mesmo persuadindo o juiz a encarar a dúvida do material probatório. (SILVA, 2019, p. 76)

Ainda nessa linha de possibilidades, importante notar também que a atividade defensiva não necessariamente se dirigirá a impugnar as razões da investigação policial ou ao suporte da defesa na ação penal, caso eventualmente instaurada.

Mais do que isso, pode a defesa, seja por intermédio da Defensoria ou advogado devidamente inscrito nos quadros da OAB, usufruir dessa técnica em comento em favor da vítima, com o intuito de subsidiar a atuação como assistente da acusação ou querelante, de modo a construir ou até mesmo fortalecer a versão acusatória para proceder adequadamente com o ajuizamento da ação penal cabível ao caso.

Não se pode perder de vista que a vítima também tem interesse na investigação criminal, razão pela qual merece de igual modo que os seus direitos e garantias sejam resguardados, a fim de que seus anseios também recebem atenção e sejam satisfeitos, pois, como lembra André Augusto Mendes Machado (2009, p. 146) "a vítima também tem o direito de participar ativamente do inquérito policial, em razão do seu legítimo interesse de ver punido o autor da infração penal e de ser ressarcida pelos danos materiais resultantes da conduta criminosa".

Dessa forma, a investigação defensiva pode ser explorada em benefício de todas as partes, seja em favor do acusado ou da vítima. Para a segunda hipótese, afigura-se oportuno que essa técnica seja explorada principalmente para os crimes de ação penal privada, pois nestes casos a investigação não costuma ser



aprofundada como deveria, limitando-se a ouvir a vítima e, quando é possível, o autor do delito.

Por esse motivo, através da investigação defensiva em favor da vítima pode o seu defensor requerer diligências que reforcem o relato do querelante, de modo a tornar mais robustos os elementos de autoria e materialidade delitiva no sentido de “evitar que a queixa-crime seja instruída apenas com o boletim de ocorrência e com o objetivo de diminuir o risco de rejeição da exordial acusatória, a investigação criminal defensiva pode ser um excelente expediente” (TALON, 2020, p. 63).

Trata-se, portanto, de um inquérito auxiliar, que irá complementar os elementos colhidos pelas autoridades policiais, tornando mais concretas as informações pertinentes aos esclarecidos do fato, o que decerto evitará ajuizamento de ações infundadas, bem como inibirá eventual responsabilização civil/penal em face do querelante por denúncia caluniosa, por exemplo.

Sem prejuízo das demais possibilidades que a investigação defensiva proporciona, seja para o ofendido ou para o investigado, existe também outra vantagem significativa com a aplicação desse procedimento que merece destaque: justificar o processo ou o não processo.

Como destaca Aury Lopes Jr.: “a investigação preliminar serve como filtro processual para evitar acusações infundadas, seja porque despidas de lastro probatório suficiente, seja porque a conduta não é aparentemente criminosa” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 181).

Tendo isso em mente, a plena atuação da defesa na fase preliminar serviria como barreira para ações penais inconsistentes, já que a defesa poderia comprovar, de pronto, a inocência do imputado visando impedir os efeitos nocivos que uma acusação desmotivada causa ao sujeito passivo, o que consequentemente promoveria um melhor aprimoramento da atividade da polícia judiciária e da acusação, porquanto buscariam aperfeiçoar a investigação diante da presença de um contraponto às suas alegações.

Até porque “O simples ajuizamento da ação penal contra alguém provoca um fardo à pessoa de bem, não podendo, pois, ser ato leviano, desprovido de provas e sem um exame pré-constituído de legalidade” (NUCCI, 2020, p. 97). Marta Saad, uma das juristas que sustenta a ampla garantia do direito de defesa no inquérito policial, acrescenta o seguinte:

O inquérito policial não é só base para a acusação, mas também para o arquivamento, quando se constata que os elementos de informação lá constantes são falhos quanto ao fato e/ou à autoria, ou porque demonstram que o fato apurado é inexistente ou atípico, ou, ainda, comprovam a existência de causa de exclusão da antijuridicidade ou causa de extinção da punibilidade. Por isso, deve-se também produzir provas em favor do suspeito ou do indiciado. (SAAD, 2020, p. 32)

Imperioso também é o ensinamento de Franklyn Roger Alves da Silva sobre o ponto em questão:

Tradicionalmente, a investigação desenvolvida pela polícia judiciária utiliza-se de um verdadeiro filtro, buscando canalizar os dados que terão serventia ao esclarecimento do fato e desprezando elementos que não apresentam pertinência ao fim a que o procedimento se destina. Esse abandono de linhas investigativas pode ser explorado pela defesa, especialmente se do aspecto desprezado seja possível extrair informações de utilidade da defesa. (SILVA, 2019, p. 71)

Para além das vantagens que esse instituto proporciona para o aprimoramento das atividades conduzidas na fase pré-processual, cabe frisar que esse procedimento de defesa também pode ser exercido nas demais fases da persecução criminal, como a etapa recursal e até mesmo na ocasião da execução penal, por exemplo.

Observa-se, portanto, que a investigação criminal defensiva pode ser utilizada para obter elementos que serão reunidos e usufruídos em qualquer procedimento de natureza criminal, ou seja, abrange todas as fases da persecução criminal (inquérito policial, instrução, recursos ou execução penal, assim como a revisão criminal).

Por isso que não podemos reduzir a aplicação desse instituto apenas para a fase que antecede a instrução processual, pois não há determinação específica para o destino da investigação defensiva, desde que observadas estritamente as balizas legais que embasam a sua execução, sobretudo as finalidades previstas no rol não taxativo do Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB.

Como observa Evinis Talon: “Limitar a investigação defensiva seria reduzir suas possibilidades, o que significa, basicamente, limitar a ampla defesa, impondo uma impossibilidade de produzir provas que influenciem o julgador” (TALON, 2020, p. 103).

Não obstante, Franklyn Roger Alves da Silva cita outras vantagens com a aplicação desse instituto, dentre elas:

a investigação defensiva se prestará a permitir a coleta de elementos que forneçam a construção de teses defensivas baseadas em certos fatos; favorecer a aceitação dessas teses defensivas; permitir a formação de um percurso defensivo no processo quando o agente tenha parcela de responsabilidade pelo fato praticado; desanuviar a percepção da defesa

quanto à oportunidade e conveniência na aceitação de institutos despenalizadores; antecipar a visualização de futuras colidências de defesa entre acusados; refutar a validade de provas produzidas pela acusação; ou até mesmo na própria elucidação da conduta criminosa, nesse caso, situação mais comum quando a vítima quiser participar da apuração por meio de investigação própria. (SILVA, 2019, p. 389)

Isso posto, delimitadas as principais vantagens que a aplicação da investigação criminal defensiva proporciona para todas as fases da persecução penal, ora em favor do investigado, ora em benefício da vítima, infere-se que esse instituto deve ser inserido obrigatoriamente no ordenamento jurídico brasileiro, o que exige sua regulamentação no Código de Processo Penal para que a devida importância seja dada a essa técnica como implemento efetivo da paridade de armas na etapa preliminar do processo penal.

Nesse âmbito, oportuno averiguar se existe alguma evolução pertinente à investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico brasileiro e como a prática estrangeira pode auxiliar para que esse instituto seja devidamente inserido e aprimorado em nosso sistema de processual penal, conforme se analisa a seguir.

### **3. AVANÇOS DO DIREITO DE DEFESA NO BRASIL E A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA COMO NORTE PARA A SUA IMPLEMENTAÇÃO EFETIVA E OBRIGATÓRIA**

Com base no aporte teórico até aqui delimitado, forçoso reconhecer que o exercício da plena defesa é indiscutível e inegociável e constitui garantia fundamental dada pela própria Constituição Federal, o que torna legítimo o debate sobre a ampla defesa ser necessariamente implementada no inquérito policial brasileiro como forma de garantir a equidade de tratamento entre a defesa e a acusação desde o início da persecução criminal, tendo sido demonstrado que a investigação criminal defensiva constitui o meio adequado para atingir tais objetivos.

Mas será que o legislador brasileiro está atento para essa situação? Existe alguma progressão a respeito dos direitos e garantias do investigado na legislação brasileira? Se positivo, os avanços previstos em nosso ordenamento são suficientes para concretizar a paridade de armas em sede de inquérito policial? Ou é necessário ir além do que se pretende buscar?

São esses questionamentos que irão nortear o desenvolvimento do presente capítulo, na tentativa de examinar e responder se existe alguma perspectiva de ser implementada a investigação direta pela defesa em nosso sistema normativo.

Em complemento, busca-se analisar a investigação criminal defensiva no modelo italiano e estadunidense, a fim de compreender como essa técnica se comporta e foi desenvolvida nestes países e de que maneira a experiência estrangeira pode servir como método para trilhar o caminho mais adequado a ser seguido pelo nosso legislador para que esse instituto também esteja previsto no ordenamento jurídico pátrio, conforme se expõe a seguir.

#### **3.1 A regulamentação da investigação defensiva a partir do projeto do novo Código de Processo Penal: análise e considerações**

Injusto seria afirmar que não há nenhuma perspectiva de avanço no tocante à regulamentação da investigação defensiva no Brasil, pois seria o mesmo que dizer que o legislador se mantém inerte em dar a adequada atenção a esse instituto, o que não é verdade.

Isso porque o Projeto de Lei nº 156 de 2009<sup>14</sup>, de autoria do Senador José Sarney, tem por finalidade realizar uma ampla reforma do atual Código de Processo Penal brasileiro. O projeto, já aprovado no Senado, tramita na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei 8.045, de 2010, tendo como ideal modernizar o processo penal brasileiro, tornando-o mais técnico e célere, além da missão de fortalecer o combate à impunidade.

O texto substitutivo para o Novo Código de Processo Penal, como é intitulado o projeto, inclui, dentre outros institutos, a figura do juiz de garantias, audiências de custódia, investigação defensiva, acordo de não persecução penal, justiça restaurativa, além de mudanças no rito do Tribunal do Júri e redução do poder de investigação do Ministério Público.

Independentemente das críticas feitas por juristas a respeito dos demais pontos abordados pelo texto substitutivo, em especial o último citado, observa-se que a investigação criminal direta pela defesa constitui um dos procedimentos abordados no projeto de lei que visa instituir um novo *códex* processual penal. No PLnº 8045/2010, a regulamentação da investigação defensiva é feita nos seguintes termos:

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

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

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

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

§ 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com descrição 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.

(BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8045/2010, de 22 de abril de 2009. Altera artigos do Decreto-lei nº 3.866 de 29 de novembro de 1941 que institui o Código de Processo Penal e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>.

Acesso em: 24 set. 2022.

---

<sup>14</sup> Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 24 set. 2022.

Como se vê, o legislador dá um importante passo ao reconhecer que a investigação criminal não é uma atividade exclusiva da polícia judiciária, como se costuma erroneamente alegar, devendo, pois, ser executada por todo o interessado que futuramente irá figurar na posição de parte no processo penal, o que inclui tanto a defesa quanto a acusação, ante a abrangência de possibilidades oferecidas com o uso dessa técnica de investigação.

Apesar do avanço que se busca concretizar, vê-se que a proposta de edição de um novo Código de Processo Penal procurou contemplar o tema em um único dispositivo, o que não se afigura suficiente para disciplinar com seriedade e robustez esse instituto tão importante para a concretização da paridade de armas no inquérito policial e em toda a persecução penal, sobretudo quando observadas as especificidades dessa ferramenta. Nesse sentido, segundo Evinis Talon:

Ainda que o projeto seja tímido e não contemple toda a complexidade inerente à investigação criminal defensiva, deve-se reconhecer que sua aprovação seria um avanço para o exercício da ampla defesa, em que pese a previsão da discricionariedade da autoridade policial – o que permite ocultar do inquérito policial elementos favoráveis à defesa – e a falta de regulamentação dos outros meios que podem ser empregados na investigação. (TALON, 2020, p. 55)

Seguindo o entendimento do autor, em que pese o caráter evolutivo do projeto de lei, verifica-se que o texto substitutivo se apresenta muitas vezes evasivo em relação à própria regulamentação do modelo defensivo.

Nessa trilha, Mauro Fonseca Andrade, Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e assessor criminal da Associação do Ministério Público do RS (AMPRGS), ao emitir parecer<sup>15</sup> técnico manifestando a sua posição acerca do aludido projeto, teceu algumas considerações pertinentes ao ponto em comento, tendo consignado o seguinte: (2011, p. 4):

tal proposição carece de melhor regulamentação por parte do projeto, já que qualquer pessoa, desde que se considere investigada, poderá instaurar tal investigação defensiva, mesmo que juridicamente não ostente essa condição. Logo, necessária seria a criação de um controle judicial prévio para sua instauração, de modo que o magistrado juridicamente considere o postulante à instauração dessa investigação como investigado, segundo os parâmetros constantes no artigo 9º do projeto (ANDRADE, Mauro Fonseca. REDAÇÃO FINAL DO PROJETO DE LEI DO SENADO ENCAMINHADO À CÂMARA DOS DEPUTADOS. Porto Alegre, março de 2011. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/docs/amprs-parecer-novo\\_cpp.pdf](http://www.amprs.org.br/docs/amprs-parecer-novo_cpp.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2022).

<sup>15</sup> Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/docs/amprs-parecer-novo\\_cpp.pdf](http://www.amprs.org.br/docs/amprs-parecer-novo_cpp.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2022.

Dessa forma, eventual aprovação do Novo Código de Processo Penal (NCP) não significa que a matéria pertinente à investigação criminal seja exaurida, pois o PL prevê de maneira bastante limitada o exercício da atividade investigativa praticada pela defesa, além de possuir certas fragilidades e obscuridades quanto à execução.

Nesse cenário, de acordo com Simon Francisco Pedrosa (2019, p. 62): “Embora já seja um ganho a mera menção à investigação defensiva no Projeto de NCP, a legislação é insuficiente e, ainda que seja uma tentativa, não altera o cenário apontado em relação à crise do princípio da paridade de armas”.

Visando destacar o que pode ser feito para melhor compreender o que é a investigação direta pela defesa e como pode ser executada, Franklyn Roger Alves Silva elenca algumas sugestões:

Pensamos que uma regulamentação inicial e não exaustiva da investigação defensiva pelo Código deva prever: 1 – o reconhecimento da atividade propriamente dita e os momentos em que ela pode ser realizada; 2 – as diligências e o seu modo de agir, estabelecendo limites e comportamentos, especialmente em relação aos terceiros abordados por essa investigação; 3 – o grau de publicidade da investigação defensiva e a possibilidade de utilização no inquérito policial, procedimento investigatório, ação penal ou qualquer outro momento procedimental; 4 – a possibilidade de investigação defensiva em favor de vítimas; 5 – o responsável pela condução da investigação defensiva e os sujeitos que dela farão parte; 6 – a possibilidade de amparo judicial quando houver obstáculo ao exercício da investigação defensiva. (SILVA, 2020, p. 68)

Por essa razão, infere-se a necessidade de amadurecer essa temática para garantir o seu efetivo implemento no sistema brasileiro. Sugere-se, por exemplo, um capítulo específico para dar a atenção devida que esse instituto merece, devendo estabelecer algumas premissas básicas para tanto, como o conceito desse instituto, qual o momento em que pode ser realizado, como deve se manifestar, os atos e diligências que podem ser empregados, a responsabilidade do advogado ou do defensor que violar determinadas regras pertinentes ao exercício dessa prática, dentre outras premissas elementares para consolidar essa técnica de investigação como ferramenta apta para que a equidade de tratamento seja finalmente alcançada.

Claro que o legislador pode ir além e desenvolver um texto não exaustivo e aprimorado no sentido de trazer mais detalhes acerca das possibilidades e direitos e garantias do investigado no contexto do inquérito policial, mas o início desse avanço pode ser feito a partir da previsão satisfatória e bem fundamentada a respeito dos regramentos básicos voltados à execução adequada desta tarefa tão essencial, na

medida em que essas premissas se apresentam, desse modo, como verdadeiros “aspectos de sustentação da realização da investigação direta pela defesa e, por esta razão, merecem regulamentação imediata, de forma a trazer segurança e credibilidade ao desempenho da atividade” (SILVA; 2020, p. 68).

Portanto, conclui-se que o legislador, para além de citar a investigação criminal defensiva e facultar ao indiciado acerca do seu exercício, como uma busca de implementar o art. 13 do NCPP, torna-se necessário que estabeleça inicialmente conceitos básicos pertinentes a esse instituo, de modo a tornar mais fácil o seu cumprimento, assim como possível a fiscalização e eventual responsabilização de quem o executa para fins ilícitos e fora dos limites legais.

Nessa toada, Franklyn Roger Alves Silva sugere alguns conceitos centrais que permitem um melhor embasamento prático da atuação da defesa, dentre eles:

a – quem desenvolve a investigação defensiva; b – quando se desenvolve; c – como se desenvolve; d – o seu propósito; e – as garantias que devem ser observadas em favor de quem é alvo da atividade investigativa defensiva; f – o nível de publicidade da investigação; g – a natureza da relação entre investigador e interessado na investigação; h – a possibilidade ou não de controle, amparo e intervenção judicial; i – o regime disciplinar aplicado ao investigador; j – a natureza da investigação e dos atos realizados. (SILVA, 2020, p. 69)

Inegável, pois, que a investigação criminal defensiva necessita ser implementada em nosso atual sistema penal, pois se trata de uma ferramenta que promoveria grandes avanços para a investigação criminal, sobretudo para o exercício da defesa, sendo certo que a presença da defesa necessita ser obrigatória, conforme já elucidado.

Contudo, para que os objetivos que esse instituto busca sejam de fato alcançados, mostra-se primordial que a investigação direta pela defesa seja devidamente disciplinada no NCPP, com vistas a garantir maior segurança jurídica aos sujeitos envolvidos com o seu uso, bem como a equidade de tratamento para a realização de atividades de cunho investigativo.

Outra sugestão é que as leis que regem a advocacia e a Defensoria Pública sejam ajustadas para prever um capítulo específico destinado a essa temática, de modo a evitar quaisquer dúvidas acerca da execução dessa tarefa investigativa, bem como o seu melhor aprimoramento a partir de uma base sólida de dispositivos que preveem com maior especificidade esse instituto.

Evidentemente que a mera previsão normativa que amplie a participação ativa da defesa na etapa pré-processual não se mostra o suficiente se não é oportunizada



à defesa a mesma estrutura e condições que possui a acusação. A Defensoria Pública, por exemplo, para além da legislação que deve legitimar e impor aos defensores uma atuação mais proativa na investigação preliminar, deve-se paralelamente fornecer os meios adequados para concretizar essa tarefa, como a infraestrutura adequada e os recursos humanos e financeiros necessários para que de fato seja viável executar os direitos do investigado.

Não é outro o entendimento de Lauriane Carvalho Rocha, que estabelece a necessidade de fortalecer a instituição:

Em que pese a legislação direcionada à defensoria seja favorável ao exercício da investigação defensiva, não se pode ser ingênuo: há muitos obstáculos que impedem o seu desenvolvimento, sendo o baixo orçamento direcionado às defensorias, que, conseqüentemente, reflete-se na estrutura física precária e no déficit de pessoal, um deles. (ROCHA, 2022, p. 10)

Estabelecido isso, fulcral verificar de que maneira esse instituto se comporta em outros países, de modo a compreender se a experiência estrangeira pode auxiliar o legislador brasileiro para regulamentar a investigação criminal defensiva de forma mais concisa, conforme passamos a expor.

### **3.2 O direito comparado como norte para a concretização da paridade de armas no inquérito policial: a investigação criminal defensiva na Itália e nos Estados Unidos**

A fim de examinar o potencial da investigação a cargo da defesa, oportuno verificarmos como esse procedimento foi implementado e é executado nos países que decidiram aderir a esse instituto como mecanismo para a igualdade de tratamento em toda a persecução criminal.

Para satisfazer o objetivo proposto neste capítulo e realizar um comparado com o Direito Internacional sobre a temática ora comentada, inicia-se com uma breve referência do sistema italiano. Posteriormente, a estrutura investigativa do sistema norte-americano é explorada e comentada, de modo a compreender como a experiência estrangeira pode auxiliar o Brasil para que esse instituto também seja implementado em nosso arcabouço normativo.

Sobre a investigação criminal defensiva na Itália, o professor Aury Lopes Jr. ensina que o Código Processual Penal italiano, visando dar fim ao juiz de instrução como modelo de investigação preliminar, decidiu promulgar, em 1987/1988, o atual CPP em substituição ao chamado Código de Rocco, de 1930, estabelecendo dentre

as novidades reformas substanciais no tocante à etapa extrajudicial, notadamente a mudança de procedimento de investigação, o qual passou a ser a cargo do Ministério Público. Segundo Aury:

As *indagini preliminari* (investigações preliminares) estão encomendadas ao Ministério Público – sistema de promotor investigador – que tem à sua disposição direta a polícia judiciária. O MP italiano tem uma fisionomia particular, pois, desde um ponto de vista estrutural, a magistratura está unificada e os magistrados distinguem-se entre si pela diversidade de funções: julgadoras ou postulatórias (investigatórias). (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 761)

Diferentemente da investigação criminal preliminar realizada no Brasil, onde incumbe à polícia judiciária cumprir com a tarefa que lhe é designada neste momento, nota-se que na Itália quem assume essa missão é o Ministério Público, ante a adoção do modelo de promotor investigador. Segundo Franklyn Roger Alves Silva: “O grande mérito do novo Código foi o de romper com o clima inquisitorial que se instaurava na primeira fase do procedimento, implantando-se um sistema de vertente predominantemente acusatória” (SILVA, 2020, p. 46).

Quanto ao valor probatório que é conferido aos dados coletados nesta etapa por intermédio da atuação do *parquet*, Aury dispõe o seguinte:

A atividade do Ministério Público na fase pré-processual somente gera atos de investigação, e não de prova, de modo que seu valor probatório está limitado a justificar as medidas adotadas no curso da indagine. Na audiência preliminar, o material probatório serve para fundamentar o exercício e o recebimento da acusação. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 771)

A partir da reforma advinda com o NCPP de 1988, novos debates foram surgindo e trazendo à tona inovações legislativas, como a necessidade de equipar a defesa para que pudesse atuar de maneira mais participativa na etapa que antecede a instrução processual, pois se observava a necessidade da defesa e acusações caminharem juntas para a coleta do material probatório oportuno para os fins de cada uma.

Gabriel Bulhões Nobrega Dias traz de maneira concisa os avanços em prol da atuação ativa da defesa no âmbito pré-processual alcançados a partir da reforma processual penal, dentre eles:

Nesse panorama, a Lei n.º 332, de 08 de agosto de 1995, garantiu ao defensor o direito de apresentar ao Juiz os meios de prova obtidos com sua investigação, enquanto a Lei n.º 479, de 16 de dezembro de 1999, previu o dever do Ministério Público de fazer constar do aviso de conclusão das *indagini preliminari* a faculdade de o sujeito passivo depositar a documentação relativa à investigação defensiva. Em 2000, com a Lei n. 397/00, intitulada *Disposizioni in materia di indagini difensive*, insere o artigo 327-bis do CPPI. No plano constitucional, por outro lado, houve a

introdução, em 1999, do princípio *del giusto* processo no artigo 111 da Constituição Italiana. (DIAS, 2019, p. 29)

Ou seja, novas perspectivas e oportunidades foram sendo construídas para que o debate acerca da investigação criminal defensiva aflorasse a partir da reforma da legislação italiana, tendo com isso proporcionado um enfoque maior sobre a igualdade entre defesa e acusação no desenrolar da investigação criminal e das atividades nela executadas.

A partir da disposição inserida no art. 327-bis do CPP italiano, segundo (SILVA 2020, p. 49): “o defensor está autorizado a buscar elementos em favor do seu defendido, em qualquer grau ou fase do processo, para eventual revisão criminal ou até mesmo na seara da execução penal.

Ou seja, a investigação defensiva não só está categoricamente prevista na legislação infraconstitucional do ordenamento normativo da Itália, como também possui diversos dispositivos esparsos do CPP que esclarecem a forma de execução, as possibilidades, os objetivos, dentre outras informações essenciais para que essa tarefa seja executada com base nas balizas legais.

Para melhor compreender as possibilidades disponibilizadas para a defesa durante esse momento, é digno colacionar o título VI-bis no livro quinto do Código de Processo Penal, composto de nove artigos (391-bis a 391-decies), os quais elencam as atividades de caráter investigativo cabíveis de execução pela advocacia, sendo elencadas da seguinte forma:

Artigo 391-bis: colóquio, recebimento de declarações e obtenção de informações por parte do defensor.

Artigo 391-ter: documentação das declarações e das informações.

Artigo 391-quater: requisição de documentos à Administração Pública.

Artigo 391-quinques: poder de sigilo do Ministério Público.

Artigo 391-sexies: acesso a lugares e documentos.

Artigo 391-septies: acesso a lugares privados ou não abertos ao público.

Artigo 391-octies: fascículo do defensor.

Artigo 391-nonies: atividade de investigação preventiva.

Artigo 391-decies: utilização da documentação da investigação defensiva.

(Codice di Procedura Penale 2022. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>>. Acesso em: 10 nov. 2022).

Veja-se que as previsões inseridas no CPPi para tornar prática a investigação direta pela defesa se assemelham com aquelas previstas pelo Conselho Federal da OAB a partir da edição do Provimento 188/20188, em que pese não tenha a mesma força normativa e englobante, ante a sua localização no sistema normativo brasileiro.

Em análise ao art. 116-3-bis do códex em comento, Gabriel Bulhões Nobrega Dias examina o seguinte:

Existem garantias formais ao defensor, como a prevista no artigo 116, 3-bis, do Código de Processo Penal, o qual previu que o defensor, ao apresentar qualquer informação à Autoridade Judiciária – inclusive o resultado material de sua investigação – tem direito à emissão de atestado e pode extrair cópia do que foi depositado; e ainda, no artigo 197, 1, “d”, e no artigo 200, 1, “b”, ambos também do CPPi, se “veda a inquirição, como testemunha, do defensor, do investigador privado autorizado e do assistente técnico, por estarem acobertados pelo sigilo profissional”. (DIAS, 2019, p. 32)

Sobre essa ampla produção normativa destinada para equipar a defesa de fundamentos legais hábeis aos fins da investigação defensiva e tão legítimos quanto os que já existiam e que amparavam o trabalho investigativo a cargo do Ministério Público, Franklyn Roger Alves Silva conclui:

A reforma da investigação defensiva deixou claro o propósito de romper o monopólio da atividade investigativa concentrado nas mãos do Ministério Público, especialmente quando considerado o fato de que a inatividade do órgão acusatório na busca de elementos favoráveis ao imputado não acarretava nulidade do procedimento, visto que a defesa poderia exercer a sua própria investigação. (SILVA, 2020, p. 49)

Infere-se, portanto, que o aprimoramento da legislação italiana foi o fator primordial e necessário para que a defesa pudesse atuar de forma mais ativa na fase preliminar do processo penal, havendo fundamento que não só legitima essa participação, como também confere uma série de direitos e garantias em prol do investigado e do seu representante legal, circunstância que ainda carece de previsão no ordenamento jurídico brasileiro.

O avanço alcançado a partir da reforma do CPPi e os debates pró defesa após a sua edição são alguns fatores que devem ser levados em consideração pelo legislador brasileiro para melhor implementar a investigação defensiva no Brasil. Sobre isso:

[...] existem muitas semelhanças do modelo italiano ao nosso, e isso se explica pela parença das nações e das tradições jurídicas, assim como das similitudes entre os povos e as culturas. Há muito o que aprender e partilhar com a Itália, portanto, para que se possa aprender com os erros e acertos, evitando retrabalho e otimizando a maturação desse tema no Brasil (DIAS, 2019, p. 33)

Dito isso, observa-se que a legislação italiana pode servir como norte para a edição de normas voltadas a trazer mais segurança e previsão legal para que a defesa técnica em prol do investigado seja executada de maneira mais participativa e em iguais condições com o aparato técnico-normativo que a acusação possui, pois

somente com novas leis é que se torna possível a paridade de armas no âmbito extrajudicial.

Quanto ao modelo estadunidense, Aury esclarece de que maneira ocorrem os trabalhos conduzidos na etapa que antecede o processo penal:

Nos Estados Unidos, não existe uma figura específica equivalente ao indiciamento. Como se trata basicamente de uma investigação que nasce de modo informal, através do recolhimento de informações agregadas ao delito, essa investigação, que não possui prazo para findar, que pode ser arquivada e depois reaberta, não limitada temporalmente, busca, como já foi referido, a causa provável (*probable cause*), a fim de que posteriores medidas possam ser endereçadas contra uma pessoa determinada. Esta fase denominada *pre-arrest investigation* se subdivide em duas. Na primeira, como referido, a autoridade policial centrará a investigação sobre os fatos a fim de verificar a existência do delito e, posteriormente, quem o praticou. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 939)

Tendo isso em mente, observa-se que a divisão da fase extrajudicial é a mesma adotada no Brasil com o inquérito: busca-se colher atos de informação destinados para verificar os indícios de autoria para, depois ou concomitantemente, verificar a materialidade do crime.

No que diz respeito à investigação direta pela defesa no ordenamento norte-americano, Franklyn Roger Alves Silva consigna que não existe um diploma específico sobre o tema, como ocorre na Itália ao ter um capítulo específico no CPPi tratando sobre o tema, mas a soma de precedentes que preveem a possibilidade de defesa técnica no âmbito pré-processual, os quais elenca o autor da seguinte forma:

Sob um prisma teórico, a doutrina costuma apontar a seguinte metodologia para a condução de uma investigação criminal defensiva no sistema norte-americano: 1 – revisão dos materiais fornecidos pelo procedimento da Discovery (relatórios policiais, laudos de local, laudos periciais e informações das vítimas e testemunhas); 2 – entrevista inicial do imputado; 3 – exame do local do crime com registro esquemático e fotográfico; 4 – coleta de informações sobre o perfil das vítimas e testemunhas; 5 – confecção de relatório da investigação defensiva. (SILVA, 2020, p. 54)

Vê-se, assim, que há vários precedentes que permitem assegurar a participação do advogado na fase que antecede a instrução processual para requerer o que lhe entender direito e em benefício do investigado, havendo, pois, uma discrepância de base legal entre o regramento brasileiro e o estadunidense no que diz respeito à investigação defensiva, como pontua Gabriel Bulhões Nobrega Dias: “Ao contrário da omissão normativa encontrada no Brasil, a nível de orientação para a atuação da advocacia criminal, nos EUA existem instruções normativas que abordam, em alguns casos minuciosamente, a forma de agir do advogado” (DIAS, 2019, p. 35).

André Augusto Mendes Machado sintetiza a possibilidade de investigação direta pela defesa no modelo jurídico adotado no Brasil da seguinte maneira:

A investigação defensiva é plenamente admissível nos Estados Unidos da América, até mesmo por ser consequência natural do regime jurídico adotado neste país, que atribui às partes a iniciativa investigatória e probatória. Os meios de prova obtidos na investigação defensiva podem ser utilizados na fase judicial, desde que expressamente admitidos pelo Juiz na etapa adjudicatória. Não há procedimento rígido previsto em lei para a realização da investigação defensiva, como, aliás, é característico de sistema jurídico da *common law*. No entanto, devem ser obedecidas as diretrizes gerais estabelecidas no texto constitucional e as orientações emanadas dos Tribunais. (MACHADO, 2009, P. 106)

Ante o exposto, observa-se que mesmo com estruturas distintas – Itália com *civil law* e Estados Unidos com *common law* – ambos têm em seus regramentos internos que legitimam em maior grau a investigação criminal defensiva no âmbito do inquérito policial, promovendo maior igualdade de tratamento entre defesa e acusação desde que iniciado o trabalho da polícia judiciária.

Mostra-se, portanto, que a experiência estrangeira pode servir de caminho e inspiração para que novas normas sejam implementadas em nosso ordenamento interno, pois, como visto, um avanço na legislação visando a reconhecer e permitir essa atuação defensiva desde a fase da investigação poderia proporcionar a participação ativa e eficaz da defesa técnica no decorrer da investigação preliminar, de modo a concretizar as inúmeras vantagens oriundas da aplicação desse instituto para todas as etapas que compõem a persecução.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certo de toda a exposição desenvolvida na presente monografia, foi possível concluir que existem três principais modelos de investigação preliminar costumeiramente adotados: a judicial, a ministerial e a policial, sendo o último o implementado no Brasil como método usual para coletar os elementos de autoria e materialidade do crime, tão essenciais para subsidiar o oferecimento da denúncia ou queixa-crime e prosseguir com a persecução penal.

Outra conclusão apurada é que a discussão acerca da presença do direito do contraditório e da ampla defesa continua sendo objeto de intenso debate. Em que pese uma parte da doutrina ainda compreenda o inquérito policial como procedimento de cunho administrativo e inquisitivo, onde a presença da defesa técnica em favor do investigado pode ser dispensável em razão do caráter célere e meramente informativo, verifica-se que a atuação ativa da acusação acarreta prejuízos iminentes ao sujeito investigado, o que demanda a participação da defesa em iguais condições de tratamento, sobretudo quando os atos de investigação colhidos nesta ocasião são referenciados em sentença como fatores justificantes da condenação do réu.

Surge, assim, a investigação criminal defensiva como forma de equilibrar a participação da defesa e acusação no âmbito extrajudicial, tendo como objetivo primordial assegurar ao indiciado a defesa técnica necessária para que se torne possível, desde esse momento, realizar diligências de forma particular, no intuito de buscar elementos informativos relevantes aptos a evitar o recebimento da peça acusatória ou, se instaurada a etapa processual, servir como prova para a absolvição do sujeito passivo.

Considerando os objetivos e demais particularidades desse instituto, foi possível verificar que a investigação defensiva vai além da missão de garantir a paridade de armas na relação pré-processual. Em verdade, inúmeras funções podem ser efetivadas a partir da sua execução, como elaborar relatórios, coletar depoimentos, realizar perícia, pesquisar dados e informações, elaborar relatórios, dentre outras diligências voltadas para os fins pretendidos, seja no inquérito policial ou durante a instrução processual.

Aliás, as atividades executadas pelo representante do investigado – advogado ou Defensoria Pública – não compreendem apenas os interesses do imputado, porquanto possível destiná-las em benefício da vítima, haja vista a distinção entre inquérito defensivo (em favor do imputado) e do inquérito auxiliar (em favor da vítima). Ademais, mostrou-se que o uso da investigação defensiva não se limita ao inquérito policial, podendo ser direcionada para todas as etapas que compõem a persecução penal, a depender dos objetivos previamente estabelecidos e para qualo sujeito que se destina.

No plano normativo, percebe-se que a atuação técnica da defesa no inquérito policial é autorizada, assim como existem fundamentos constitucionais e infraconstitucionais que viabilizam a regulamentação da investigação direta pela defesa em nosso ordenamento. Há inclusive normas nas leis que regem a advocacia e a Defensoria Pública que possibilitam o desenvolvimento de atividades investigativas, embora todas insuficientes para alcançar de fato os objetivos pretendidos por esse instituto.

Em um contexto de equidade de tratamento e da vulnerabilidade do imputado, mostra-se necessário que o direito à ampla defesa e ao contraditório sejam ampliados no contexto pré-processual, pois o indiciado não pode ser entendido como mero objeto da investigação preliminar, mas sim compreendido como sujeitode direitos e garantias, o que exige o aprimoramento normativo dos dispositivos que já preveem a investigação direta pela defesa, como também a criação de outros mecanismos necessários para a concretização da paridade de armas do início ao fim da persecução criminal, já que a não previsão desse instrumento no Código de Processo Penal impõe diversos desafios e dúvidas para os que executam essa ferramenta.

Apesar dos avanços no debate sobre a ampliação do contraditório e da defesa na etapa preliminar do processo penal, verifica-se que as sugestões de adaptação das normas do Código de Processo Penal, materializadas no Projeto de Lei n.º 156, de 2009, que estabelece reformas no códex processual penal, dentre elas a inserção de um capítulo destinado à investigação defensiva, não se apresentam suficientes para que esse instituto seja bem regulamentado no Brasil. Por derradeiro, a experiência estrangeira sobre essa técnica pode servir como método para melhor compreensão dessa temática no Brasil, pois acreditamos que o avanço legislativo e a regulamentação eficaz desse instituto podem contribuir para



concretizar a participação ativa da defesa em iguais condições de tratamento já outorgadas à acusação, tornando o processo penal mais democrático e sem maiores arbitrariedades.

Volvendo a questão principal que norteou este trabalho, observa-se que a metodologia escolhida para embasar esta pesquisa permitiu responder, a partir da análise estrutural do inquérito policial e os seus efeitos ao longo da instrução processual, que não só existe necessidade de ampliar a defesa técnica no âmbito pré-processual, como também de torná-la obrigatória. Além disso, as respostas aos objetivos propostos neste estudo foram conclusivas no sentido de que a investigação criminal defensiva constitui um dos meios mais adequados para concretizar a isonomia entre os sujeitos que protagonizam o inquérito policial. Por consequência, sugere-se que a investigação direta pela defesa seja disciplinada no Código de Processo Penal e nas leis que regem a advocacia e a Defensoria Pública, podendo a experiência estrangeira servir como referência para que esse instituto seja adequadamente inserido em nosso ordenamento jurídico. Por tais razões, e sopesando as considerações trabalhadas em cada tópico deste texto, infere-se que somente o aprimoramento legislativo do direito à defesa e ao contraditório oportunizará uma atuação ativa da defesa na relação preliminar do processo penal para que a paridade de armas seja efetivamente alcançada.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Parecer 01/2011**. AMPRGS, 2011. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/docs/amprs-parecer-novo\\_cpp.pdf](http://www.amprs.org.br/docs/amprs-parecer-novo_cpp.pdf)> Acesso em 24 set. 2022.

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.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**, Brasília, 19441. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL, **Lei Complementar nº 75**, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm)>. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL, **Lei nº 8.625**, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm)>. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2022.

CAMELO, Freitas Thiago. **O Ministério Público na Investigação Criminal**. Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará – Ano I – Nº I – Vol. 2 – 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 25ª ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual Prático de Investigação Defensiva: Um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 1. ed. Florianópolis: EMais, 2019.

FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/D.2.2012.tde-06062013-135223. Acesso em: 17 set. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2017.

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

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

NUCCI, **Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16ª. ed. rev., atual. e ampl – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

PEDROSA, Simon Francisco. **Investigação Defensiva**. **Revista do CAAP**, Minas Gerais, v. XXIV, n. 2, p. 47-72, 2019. Disponível em: <<https://revistadoaac.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/489>> Acesso em: 24 set. 2022.

PENEDO, L. G. **Investigação criminal defensiva: a atuação ativa da defesa na fases pré-processual e busca pela paridade de armas**. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 27, p. 288–306, 2021. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/289>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

RAMOS, Fernanda Lobo. **As garantias do investigado na fase preliminar**. **Investigação Criminal Preliminar: estado atual e tendências: Estudos em Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará**. Editora Mucuripe, p. 213-228, 2018. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=3QmEDwAAQBAJ>>. Acesso em 20 set. 2022.

RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL; Luiz Gustavo. **A intervenção do advogado na investigação criminal: considerações à luz do inciso XXI do art. 7º do EAOB**. 2020. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/7196/>>. Acesso em: 20 set. 2022.

ROCHA, Carvalho Lauriane. **A investigação defensiva como um corolário do direito à qualidade e à eficiência do atendimento na defensoria pública**. **Revista da Defensoria Pública da União**. Brasília, DF. nº. 17, p. 1-212, Jan./Jun. 2022.

RUTTKE, A.; GIACOMOLLI, F. M.; FRAGA, M. P. **Ampla defesa e contraditório na fase preliminar: considerações críticas ao artigo 14-A do código processo penal**. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 27, p. 45–64, 2021. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/275>. Acesso em: 12 ago. 2022.

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. Disponível em <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.348>>. Acesso em: 12 ago. 2022.

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. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.308>>. Acesso em: 17 set. 2022.

\_\_\_\_\_. **Produção probatória defensiva: a possibilidade de exercício da investigação criminal defensiva e a sua repercussão no campo da avaliação de standards no Processo Penal.** 2019. 594 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.  
STF. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário no. 593727. Brasília: 2015. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184#>>. Acesso em 16 de ago. 2022.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2004.