

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**BRUNO LUIZ GONÇALVES**

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO**

**Juiz de Fora  
2017**

**BRUNO LUIZ GONÇALVES**

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO**

Monografia apresentada à  
Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Juiz de  
Fora, como requisito parcial para  
obtenção do grau de Bacharel em  
Direito, sob orientação da Prof.<sup>a</sup>  
Ma. Kelvia de Oliveira Toledo.

**Juiz de Fora**

**2017**

**BRUNO LUIZ GONÇALVES**

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO**

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Ma. Kelvia de Oliveira Toledo  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Cristiano Alves Valladares do Lago  
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER: ( ) APROVADO ( ) REPROVADO

Juiz de Fora, 23 de junho de 2017.

Dedico este trabalho a todos aqueles que  
contribuíram para a sua realização.

“A verdadeira paz somente não é a ausência de tensão, é a presença de justiça. ” (Martin Luther King Jr.)

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades, e não somente durante esses anos como universitário, mas ao longo de minha vida.

A Universidade Federal de Juiz de Fora, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

Agradeço a todos os professores com quem tive oportunidade de aprender e extrair excelentes ensinamentos. Em especial, agradeço a minha orientadora Ma. Kelvia de Oliveira Toledo, pelo empenho e dedicação, pelo paciente trabalho de revisão da redação, pelas correções e incentivos, e por ser uma pessoa admirável.

Aos meus pais, que apesar das dificuldades e da distância, souberam forjar meu caráter, pelo amor, incentivo e apoio incondicional. Agradeço a minha irmã Micheli que apesar da distância sempre me encorajou na busca dos meus sonhos.

Agradeço a minha noiva Aline, pelo companheirismo durante toda minha jornada acadêmica, por ser meu porto seguro nos momentos difíceis, pelas broncas e incentivos, que me levaram a conquistar mais essa vitória.

E por fim agradeço a meus amigos e todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo central propor uma reflexão crítica ao modelo de investigação criminal utilizado no Brasil. Observa-se que a investigação criminal realizada através do inquérito policial é manifestamente acusatória, pois tem como objetivo perseguir elementos que façam conduzir a condenação do sujeito passivo. Em contraponto a esse modelo tem-se a investigação criminal defensiva, tema muito discutido pela doutrina estrangeira e nacional, principalmente no atual momento vivido pelo nosso país, sobretudo com as ondas de corrupção e de uso de foro por prerrogativa de função. A investigação defensiva trazida no bojo do Projeto de Lei nº 8.045/10 (Novo Código Processo Penal) vem proporcionar um equilíbrio entre as partes, quando do momento preliminar da investigação, promovendo uma verdadeira paridade de armas tão almejada pelo Estado Democrático de Direito. Entretanto uma das maiores dificuldades de se implementar o instituto, na atual conjuntura do país, está ligada à garantia de condições técnicas e financeiras para a defesa promover a investigação.

**Palavras-chave:** Sistema Acusatório. Inquérito Policial. Investigação Defensiva. Paridade de Armas.

## **ABSTRACT**

The present work has as its central objective to propose a critical reflection on the criminal investigation model used in Brazil. It is observed that the criminal investigation carried out by the police investigation is clearly accusatory, since it has as objective to pursue elements that lead to the conviction of the taxable person. In contrast to this model is the defensive criminal investigation, a subject much discussed by foreign and national doctrine, especially in the current moment experienced by our country, especially with the waves of corruption and use of forum by prerogative of function. The defensive investigation brought in the Bill of Law n° 8.045/10 (New Criminal Procedure Code) provides a balance between the parties, at the time of the preliminary investigation, promoting a true parity of weapons so desired by the Democratic State of Law. However, one of the greatest difficulties in implementing the institute, in the current conjuncture of the country, is linked to the guarantee of technical and financial conditions for the defense to promote research.

**Keywords:** Accusatory System. Police Inquiry. Defensive Investigation. Parity of Weapons.

## Sumário

|  |    |
|--|----|
| <u>INTRODUÇÃO</u>  | 10 |
| <u>CAPÍTULO 1 – A COMPREENSÃO DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO ORDENAMENTO BRASILEIRO</u> | 12 |
| <u>1.1 Evolução histórica</u>  | 12 |
| <u>1.2 Das garantias fundamentais previstas no Processo Penal</u>                      | 15 |
| <u>1.3 A investigação preliminar e a crise do inquérito policial</u>                   | 19 |
| <u>CAPÍTULO 2 - A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO</u>        | 23 |
| <u>2.1- Breves considerações sobre o instituto</u>                                     | 23 |
| <u>2.2- Definição e implementação da investigação defensiva</u>                        | 23 |
| <u>2.3- Lacunas e imprecisões do artigo 13, do Projeto de Lei 8045/10 (Novo CPP)</u>   | 27 |
| <u>2.4- Argumentos favoráveis à implementação da investigação defensiva</u>            | 31 |
| <u>2.5 Dificuldades práticas na aplicação da investigação defensiva</u>                | 34 |
| <u>CONCLUSÃO</u>   | 36 |
| <u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>  | 38 |

## INTRODUÇÃO

Em busca de dirimir conflitos o Estado se utiliza da persecução penal com objetivo de exercer o *jus puniendi*. A persecução penal nada mais é que a busca realizada pelo Estado a fim de colher elementos que possam esclarecer os fatos criminosos. Esta persecução penal se divide em duas fases: a fase da investigação preliminar e a fase processual penal. Majoritariamente entende-se que cada fase é regida por sistemas distintos. A fase preliminar é inquisitorial e a fase processual é acusatória.

O Código de Processo Penal vigente, criado em plena ditadura militar, é puramente inquisitorial, demonstrando que a fase preliminar iniciada através do inquérito policial, na maioria das vezes, é manifestamente parcial à acusação, pois é extremamente controlada pelo Ministério Público, que busca perseguir elementos que façam conduzir a condenação do sujeito passivo. Com advento da Constituição Republicana Federativa Brasileira de 1988, que traz ideais democráticos, garantistas, próprios do sistema acusatório, vincula os operadores do direito a fazer uma leitura do Código de Processo Penal com uma filtragem constitucional, interpretando os dispositivos à luz das garantias constitucionais. O mesmo raciocínio deve ser aplicado à fase de investigação preliminar, que deverá ser pulverizada pelo juízo de garantias trazidos pela Constituição de 1988, desembocando na aplicação do instituto da investigação defensiva, tema há muito tratado pela doutrina nacional e estrangeira, que visa garantir equilíbrio entre as partes, quando do momento da investigação preliminar, promovendo uma verdadeira paridade de armas tão almejada pelo Estado Democrático de Direito.

Diante disso, o presente trabalho almeja propor uma análise crítica sobre a investigação criminal realizada pela autoridade policial (Inquérito Policial) apresentando a crise pela qual passa. Em contrapartida, apresenta o instituto da investigação criminal defensiva como forma de garantir a aplicação dos ideais esculpidos na Constituição de 1988, bem como as dificuldades que serão enfrentadas pelo Estado para sua implementação.

No primeiro capítulo deste trabalho, serão abordadas à evolução histórica dos sistemas processuais desde a Antiga Grécia com o sistema acusatório, a mudança para o sistema inquisitório no séc. XIII, adotado pelo Direito Canônico e sua propagação pela Europa até séc. XVIII e por fim o nascimento do sistema misto com o Código de Napoleônico em 1808, que teve por característica a busca pela fusão dos dois primeiros sistemas. Ademais, será tratado as garantias fundamentais previstas no Processo Penal, como os princípios do devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a paridade de armas. Em seguida,

explana-se sobre os tipos de investigação, seguindo a classificação feita por Aury Lopes, tendo por objeto os órgãos investigadores, tais como a investigação conduzida pela Autoridade Judiciária (Juiz Instrutor), a investigação realizada pelo Ministério Público (Promotor Investigador) e a investigação realizada pela Autoridade Policial. Esta última, o inquérito policial, aplicada no Brasil, serão tecidas considerações sobre a crise que passa o instituto nos dias de hoje.

No segundo capítulo, será abordado o instituto da investigação criminal defensiva, bem como sua definição e implementação no ordenamento jurídico brasileiro. Elucidar-se-á as inovações, as lacunas e as imprecisões constantes do Projeto de Lei 8045/10 (Novo Código Processo Penal). Por fim, será apresentado os argumentos favoráveis à implementação da investigação defensiva e as dificuldades práticas que serão encontradas para a implementação deste instituto no Brasil.

# CAPÍTULO 1 – A COMPREENSÃO DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

## 1.1 Evolução histórica

Nos primórdios da humanidade, as sociedades primitivas exerciam a pretensão punitiva por meio da autotutela, sendo esta a lei do mais forte, o que claramente trazia grandes problemas, pois não proporcionava a justiça a quem tivesse lesado seu direito. Com o passar do tempo, implementou-se a autocomposição, onde os conflitantes de forma espontânea firmavam acordo e decidiam pacificamente seus conflitos. Com o desenvolvimento das sociedades, surge o Estado-Juiz que toma para si o poder do *jus puniendi*, de maneira a aplicar o direito ao caso concreto, evitando que o sujeito lesado não tivesse uma resposta adequada. Com a finalidade de solucionar os conflitos existentes, aparecem os sistemas processuais penais que, em síntese, objetivam assegurar a igualdade entre os sujeitos processuais evitando que o Estado se exima de sua obrigação de julgar e solucionar a lide. Majoritariamente, os sistemas processuais se dividem em três: o sistema acusatório, inquisitório e o misto.

O sistema inquisitório tem sua origem no século XIII, e foi adotado pelo Direito Canônico, se propagando por toda Europa até o século XVIII. Sua principal característica era a concentração das funções de acusar, defender e julgar nas mãos de uma única pessoa, sendo este o juiz inquisidor. A união de todas essas funções na mão do juiz, macula sua imparcialidade, pois de fato há nítida incompatibilidade entre as funções de acusar e julgar, pois como afirma Renato Brasileiro<sup>1</sup>: “[...], o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento.”.

Neste primeiro sistema, o contraditório não se fazia presente, pois não havia contraposição entre acusação e defesa. O magistrado detinha ampla iniciativa probatória, com liberdade na colheita de provas durante as investigações e no decorrer do processo penal. Esta atividade probatória objetivava a reconstrução dos fatos e a busca pela verdade material, verdade esta que para ser alcançada permitia ao magistrado se utilizar de força, por meio da tortura, para se chegar a confissão.

Nas palavras de Aury Lopes Junior:

---

<sup>1</sup>LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, Vol. I**. Niterói, RJ. Editora Impetus, 2011, p.3 e 4.

“O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação. [...] [...]A confissão era a prova máxima, suficiente para a condenação e, no sistema de prova tarifada, nenhuma prova valia mais que a confissão.”<sup>2</sup>

O acusado em tal sistema é visto como mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direito. A confissão é tida como a rainha das provas, por dotar de maior valor probatório e ainda os atos eram escritos e sigilosos. Embora a inquisitorialidade não seja o marco dos sistemas processuais, ela se iniciou com o absolutismo, após um período de vigência do sistema acusatório na Antiga Grécia.

O sistema acusatório, como referenciado alhures, teve sua origem na Antiga Grécia, caracterizado pelo “*actum trium personarum*”, ou seja, havia a divisão das funções de acusar, defender e julgar. As principais características deste modelo são: a separação dos sujeitos da lide (as partes são distintas), há paridade de armas, o juiz é imparcial, a gestão probatória é dada as partes, o processo prima pela oralidade e publicidade dos seus atos e se aplica o princípio da presunção de inocência.

O magistrado possui uma postura passiva frente a atividade probatória das partes, cabendo a ele apenas ditar as regras do jogo, resguardando os direitos e liberdades fundamentais dos sujeitos envolvidos, principalmente a do acusado. Alguns princípios constitucionais são a força motora do sistema acusatório, dentre eles, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade e a motivação das decisões judiciais.

A tortura, vigente no sistema anterior, não mais subsiste. As provas possuem valor probatório relativo, e, dessa forma, devem ser sopesadas na fundamentação judicial, haja vista que o magistrado não poderá basear uma condenação única e exclusivamente com os elementos colhidos na investigação policial.

Conforme prevê o art. 155, do Código de Processo Penal Brasileiro:

“Art. 155. 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.  
Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.”<sup>3</sup>

<sup>2</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. – São Paulo. Editora Saraiva, 2014.

O juiz deverá sempre fundamentar sua decisão, não podendo fazê-la de forma genérica (superficial), ao contrário, produzirá a decisão baseada nos elementos probatórios colhidos no caso concreto. Neste contexto afirma Aury Lopes Junior:

“[...] a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o *saber* que legitima o *poder*, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado.”<sup>4</sup>

E conclui dizendo:

“Em síntese, o poder judicial somente está legitimado enquanto amparado por argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas boa argumentação), submetidos ao contraditório e refutáveis. A fundamentação das decisões é instrumento de controle da racionalidade e, principalmente, de limite ao poder, e nisso reside o núcleo da garantia. Permite ainda aferir “que verdade” brota do processo, evitando assim o substancialismo da mitológica “verdade real”. Ademais, é crucial que a fundamentação seja construída a partir dos atos de prova, devidamente submetidos a jurisdicionalidade e contraditório. Em última análise, é a motivação das decisões judiciais um dos principais instrumentos de controle do decisionismo e de proteção contra o juiz solipsista (STRECK) [...].”<sup>5</sup>

Com o Código Napoleônico de 1808, nasce o sistema misto, que procura fundir características do sistema inquisitório com o sistema acusatório. Em linhas gerais, o sistema misto se divide em duas fases, a pré-processual, onde se aplica as características predominantes do sistema inquisitório; e uma fase processual, voltada exclusivamente para o sistema acusatório, principalmente quanto a separação das funções e a gestão das provas.

Analisando o ordenamento jurídico pátrio, muitos afirmam se tratar de um sistema misto, pois possuiria uma fase inquisitória (inquérito policial), além de outras previsões no Código de Processo Penal (arts. 156, 311, 385 e 242) que carregam traços marcantes do sistema inquisitório. Ademais, com a Constituição de 1988, as características do sistema acusatório se tornaram mais marcantes, como os artigos 5º e 129, em que houve a delimitação da atuação do Ministério Público e, por conseguinte, da divisão das funções de acusar e julgar.

---

<sup>3</sup>BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Vade Mecum. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015

<sup>4</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 11 ed. – São Paulo. Editora Saraiva, 2014.

<sup>5</sup> Idem.

Segundo Aury Lopes Júnior, nosso sistema pode ser chamado de “*neoinquisitório*”, pois o Código de Processo Penal criado na época da ditadura e puramente inquisitório deve ser reinterpretado à luz da Carta Magna, que traz os ideais democráticos e garantistas, próprios do sistema acusatório. Assim, deve ser realizada uma filtragem constitucional, relendo os dispositivos com base nas garantias constitucionais (juízo de garantias).

“Classificamos de *neoinquisitorial*, pois é uma inquisição reformada, na medida em que, ao manter a iniciativa probatória nas mãos do juiz, observa o princípio inquisitivo que funda o sistema inquisitório. Claro que não o modelo inquisitório historicamente concebido na sua pureza, mas uma neoinquisição que coexiste com algumas características acessórias mais afins com o sistema acusatório, como a publicidade, oralidade, defesa, contraditório etc. Não se trata de pós-inquisitorial porque isso nos daria uma noção de superação do modelo anterior, o que não é de todo verdade.”<sup>6</sup>

## 1.2 Das garantias fundamentais previstas no Processo Penal

O objetivo das garantias processuais é assegurar a existência de um processo justo, incumbindo-se de proporcionar respeito aos direitos das partes e igualdade material. Tais garantias são fundamentais para o transcorrer do andamento processual promovendo um tratamento isonômico entre as partes. Para a compreensão do tema objeto deste estudo, se faz necessário mencionar algumas notas a respeito das garantias indispensáveis ao processo, dentre elas: o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a paridade de armas.

Insculpido no artigo 5º, LIV e LV, da CRFB/88, está o princípio do devido processo legal, que assegura a todos o direito a um processo respeitoso nas etapas previstas em lei e a todos as garantias constitucionais. Referido princípio é fundamental pois proporciona uma dupla proteção ao sujeito, tanto no âmbito formal quanto no material, de maneira que atribui instrumentos e condições ao demandante para que possa atuar em igualdade frente ao Estado-persecutor.

Sobre o princípio do devido processo legal, assim leciona Rogério Lauria Tucci:

“(...) especifica-se o *devido processo penal* nas seguintes garantias: a) de acesso a Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação

<sup>6</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. – São Paulo. Editora Saraiva, 2014.

de prazo razoável de duração do processo penal; e, h) da legalidade da execução penal.”<sup>77</sup>

Como corolário do princípio do devido processo legal, encontra-se o princípio do contraditório, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, o qual aduz: “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”<sup>78</sup>, ou seja, esse princípio assegura ao sujeito, ter a ciência de toda acusação a ele imputada dentro do processo penal, além de garantir a possibilidade de resistir a essa acusação, repelindo os atos por intermédio dos meios de defesa admitidos em direito. Ressalta o art. 155, do Código de Processo Penal, que “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação de 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.”<sup>79</sup> Segundo a dicção do artigo mencionado, toda decisão proferida no processo deve ser precedida do contraditório, salvo exceções previstas em lei.

De outro lado, o princípio do contraditório funciona como um poder de influência, na medida em que, exercendo plenamente a sua fala e acostando a prova que entende ser necessária, o perseguido poderá influenciar o magistrado com a sua atuação durante o iter procedimental, seja em sede pré-processual, seja em sede de mérito no transcorrer do processo.

“Assim, poder-se-ia falar em duas dimensões do contraditório, uma formal, e outra substancial. A dimensão formal é aquela na qual o “contraditório deve ser visto basicamente como o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *inter procedimental*”. Esta não é de menor importância, já que “a efetividade das oportunidades para participar depende sempre do conhecimento que a parte tenha do ato a ser atacado. O sistema inclui, portanto, uma atividade, posta em ação pelo juiz e seus auxiliares, consistente na comunicação processual e destinada a oferecer às partes ciência de todos os atos que ocorrem no processo”.

A dimensão substancial é o próprio direito de influência, que exige, por exemplo, a possibilidade de se travar um diálogo efetivo com o juiz da causa, e traz grandes implicações para uma série de outras questões do direito processual, como no exercício da defesa, no direito de apresentação de provas e na motivação das decisões judiciais. Esta dimensão substancial faz com que o direito de defesa não limite-se ao seu sentido negativo – resistência ou oposição. A dimensão positiva de tal direito é exatamente a possibilidade de influir – direta e eficazmente – no resultado do processo.”<sup>10</sup>

<sup>77</sup>TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.66.

<sup>78</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>79</sup>BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Vade Mecum. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Conectada ao princípio do contraditório, e sendo a outra face deste postulado, está a ampla defesa, consagrada na Constituição Federal no artigo 5º, LV. Pode ser compreendida em duas dimensões: a autodefesa (direito do acusado ou suspeito, de ser interrogado, de se defender pessoalmente da acusação que lhe é imputada ou mesmo de se manter inerte, fazendo uso ao silêncio e da não autoincriminação) e a defesa técnica (indispensável, salvo se o réu for advogado e queira se defender; exercida por um profissional habilitado, público, particular ou dativo, com plena capacidade postulatória) do sujeito, com intuito de trazer ao processo todas as possibilidades de informações e provas, objetivando ao final uma decisão justa.

Conforme elucida Rogério Lauria Tucci, é o:

“direito de apresentar alegações, propôr e produzir provas, participar da produção das requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material.”<sup>11</sup>

Ainda em relação as dimensões da ampla defesa, destaca Aury Lopes Junior:

“A defesa técnica supõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito, um profissional, que será tratado como *advogado de defesa, defensor* ou simplesmente *advogado*. Explica FENECH que a defesa técnica é levada a cabo por pessoas peritas em Direito, que têm por profissão o exercício dessa função técnico-jurídica de defesa das partes que atuam no processo penal, para pôr de relevo seus direitos.

A justificação da defesa técnica decorre de uma *esigenza di equilibrio funcional* e entre defesa e acusação e também de uma acertada *presunção de hipossuficiência* do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador. Essa hipossuficiência leva o imputado a uma situação de inferioridade ante o poder da autoridade estatal encarnada pelo promotor, policial ou mesmo juiz. [...]

[...] Junto à defesa técnica, existem também atuações do sujeito passivo no sentido de resistir pessoalmente à pretensão estatal. Através dessas atuações, o sujeito atua pessoalmente, defendendo a si mesmo como indivíduo singular, fazendo valer seu critério individual e seu interesse privado.

A chamada defesa pessoal ou autodefesa manifesta-se de várias formas, mas encontra no interrogatório policial e judicial seu momento de maior relevância. Classificamos a autodefesa a partir de seu caráter exterior, como uma atividade positiva ou negativa. [...]

[...]a autodefesa negativa reflete a disponibilidade do próprio conteúdo da defesa pessoal, na medida em que o sujeito passivo pode simplesmente se negar a declarar. Se a defesa técnica deve ser indisponível, a autodefesa é renunciável.

<sup>10</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. e GRINOVER, Ada Pellegrini apud COSTA, Vladimir Morcillo da. **Prova Pericial no Processo Penal**.2010.163f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro.2010.p.25.

<sup>11</sup> WINESS MILLAR, Robert, 1945 apud TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 169.

[...]A autodefesa positiva deve ser compreendida como o direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, declarar, constituir defensor, submeter-se a intervenções corporais, participar de acareações, reconhecimentos etc. Em suma, praticar atos dirigidos a resistir ao poder de investigar do Estado, fazendo valer seu direito de liberdade.”<sup>12</sup>

Por fim, mas não menos importante, encontra-se o princípio da paridade de armas, oriundo do princípio da igualdade, insculpido na Constituição Federal em seu artigo 5º, caput:

“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 (...)”<sup>13</sup>

Consta ainda no art. 7º da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

“Art. 7º Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a **igual proteção da lei**. Todos têm direito a **igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação**.”<sup>14</sup>

E no artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado ao Direito brasileiro pelo Decreto nº 678, de 1992, que aduz:

“Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em **plena igualdade**, às seguintes garantias mínimas: [...]”<sup>15</sup>

Conjugando-se a interpretação das normas acima citadas, compreende-se que o princípio da paridade de armas não está restrito a mera isonomia formal entre as partes. O que se busca na realidade é a igualdade material a fim de suprir as desigualdades entre as partes de forma eficiente e satisfatória. Para tanto se torna fundamental e crucial a atuação do juiz, com o intuito de suprir as diferenças impostas pela realidade social, econômica e até mesmo técnica dos defensores, objetivando ao resultado justo. A despeito do tratamento paritário entre as partes do processo penal, afirma Luigi Ferrajoli:

“Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, (...) a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada

<sup>12</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. – São Paulo. Editora Saraiva, 2014.

<sup>13</sup> Idem, pág. 2.

<sup>14</sup> ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2017.

<sup>15</sup> BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 20 mai. 2017.

das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.”<sup>16</sup>

### 1.3 A investigação preliminar e a crise do inquérito policial

No tocante à realidade do processo penal brasileiro, principalmente na fase investigativa, verifica-se que as características e procedimentos realizados no Inquérito Policial tornam ainda mais desiguais a condição do investigado frente ao órgão investigador, afrontando, destarte, os princípios da isonomia e da paridade de armas ora acima tratados.

Antes de tratarmos do inquérito policial, importante demonstrar as outras formas de investigação. Segundo Aury Lopes, quanto ao tipo de órgão encarregado pela investigação, teríamos três tipos de investigação. A investigação conduzida pela Autoridade Judiciária, chamado de “Juiz Instrutor”, sendo que este ao tomar conhecimento de alguma imputação, determina a instauração de um procedimento investigatório para elucidação dos fatos constantes da notícia de crime. O juiz instrutor pode atuar diretamente ou com auxílio da polícia judiciária. É o modelo praticado na França, e remonta a antiga figura do juiz “inquisidor”, com ressalva, de que neste caso as funções de investigar, acusar e julgar são separadas, pois não é o juiz instrutor que irá julgar a demanda, nem é ele quem acusa. O juiz instrutor procede unicamente a investigação de forma imparcial, colhendo as provas relacionadas à imputação, independentemente se favoráveis à acusação ou ao imputado.

Temos também a figura do Ministério Público, denominado “Promotor investigador”, modelo adotado na Itália, Portugal e Alemanha. Neste modelo, o promotor tomando ciência sobre suposto delito, promove de maneira autônoma ou com auxílio da Polícia Judiciária as diligências para apurar o *fumus commissi delicti*. O promotor investigador para aplicar medidas restritivas aos direitos fundamentais do acusado depende de autorização judicial, existindo um juiz responsável (juiz de garantias) por acompanhar esta fase de instrução preliminar, tendo a função de zelar pelos direitos e garantias individuais, bem como controlar a legalidade dos atos praticados pelo Promotor investigador.

Por fim, destaca-se a investigação realizada pela Autoridade Policial, que possui autonomia para definir os rumos das investigações a fim de esclarecer a imputação. Não possui qualquer subordinação funcional ao Ministério Público e aos Juízes, sendo que estes

---

<sup>16</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

podem fiscalizar as atividades policiais. Assim como a figura do Promotor Investigador, necessita de autorização judicial caso seja necessária aplicação de restrições a direitos fundamentais. Este modelo é o aplicado no Brasil e na Inglaterra.

O inquérito policial é um procedimento administrativo persecutório, prévio, informativo e preparatório da ação penal. Esse procedimento visa a reunião de elementos informativos na busca de lastro necessário à justa causa para a ação penal, qual seja, indícios de materialidade e autoria de um crime. A competência para atuar neste tipo de investigação é da polícia judiciária (polícias civil e federal), que tem suas atribuições definidas na Constituição Federal, Código de Processo Penal e legislação esparsa.

É indubitável que esta maneira de apuração dos fatos levada a cabo pela polícia, hodiernamente, não é a mais acertada, tendo em vista a própria crise do Inquérito Policial, fomentada com as ondas de criminalidade e de descrédito das instituições de governo. Esse meio de persecução, embora seja o mais utilizado no ordenamento pátrio, apresenta violações às garantias constitucionais e processuais, como do contraditório, da presunção de inocência, da ampla defesa, dentre outros. Ademais, essas intercorrências, tornam-se maiores quando se está diante de um investigado pobre e que não tem condições de patrocinar um causídico.

Elucida Aury Lopes Junior, alguns argumentos contrários a investigação criminal realizada pela Autoridade Policial:

“Como argumentos contrários, entre outros, apontamos:

1. A polícia é o símbolo mais visível do sistema formal de controle da criminalidade, e, em regra, representa a *first-line enforcer*<sup>23</sup> da norma penal. Por isso, dispõe de um alto grau de *discrecionariade de fato* para selecionar as condutas a serem perseguidas. Esse espaço de atuação está muitas vezes na zona cinza, no sutil limite entre o lícito e o ilícito.
2. Por vezes, a eficácia da atuação policial está associada a *grupos diferenciais*, isto é, a polícia mostra-se mais ativa quando atua contra determinados escalões da sociedade (os inferiores) e distribui impunidade em relação à classe mais elevada. Também a subcultura policial possui seus próprios modelos preconcebidos: estereótipo de criminosos potenciais e prováveis; vítimas com maior ou menor verossimilitude; delitos que “podem” ou não ser esclarecidos etc. O tratamento do imputado é diferenciado, e conforme ele se encaixe ou não no perfil prefixado, o tratamento policial será mais brando e negligente ou mais rigoroso. Essa última situação é constantemente noticiada, em que a polícia, frente ao “perfil de autor ideal” daquela modalidade de delito, atua com excessivo rigor.
3. A polícia está muito mais suscetível de contaminação política (especialmente os mandos e desmandos de quem ocupa o governo) e de sofrer a pressão dos meios de comunicação. Isso leva a dois graves inconvenientes: a possibilidade de ser usada como instrumento de perseguição política e as graves injustiças que comete no afã de resolver rapidamente os casos com maior repercussão nos meios de comunicação.
4. A subordinação política da polícia a torna mais vulnerável à pressão de grupos políticos e econômicos, bem como a fragiliza diante da pressão midiática. Em que pese a profunda evolução pós-constituição no sistema concursos públicos para os diferentes cargos na estrutura policial, há ainda uma parcela que resiste à oxigenação constitucional. Significa dizer que existe dificuldade de implementação da esfera de

proteção dos direitos fundamentais do suspeito, que de antemão já é considerado como culpado diante dos estereótipos preestabelecidos pela prática policial. Por fim, a credibilidade de sua atuação é – às vezes – colocada em dúvida por denúncias de corrupção e abuso de autoridade.

Com relação ao nosso inquérito policial, pode-se afirmar, ademais de todas as críticas anteriormente feitas, que:

- Desagrada o MP, pois, ao ser levado a cabo por uma autoridade diversa daquela que irá exercer a ação penal, não atende a suas necessidades. Além disso, não raro é o descompasso na relação promotor-policial.
- Não serve para a defesa, pois em geral lhe é negada qualquer possibilidade de participar da investigação e solicitar diligências de descargo.
- Diante da estrutura inquisitória e das limitações do valor probatório, pouco serve para o juiz na sentença, até pela (acertada) vedação do art. 155 do CPP.

Por isso entendemos que existe uma *crise da investigação policial*, e mais concretamente, do nosso inquérito policial, exigindo uma imediata revisão de sua estrutura e titularidade.<sup>17</sup>

A crise gerada por este meio de persecussão está principalmente na sua gênese, fundada em um sistema inquisitorial, trazendo consigo traços marcantes deste sistema, originado no séc. XIII, adotado pelo Direito Canônico e difundido por toda Europa até o século XVIII. Entre as características mais contundentes da investigação policial, destacam-se: a concentração das funções de acusar, defender e julgar nas mãos de uma única pessoa; o acusado como objeto do processo e a busca pela verdade absoluta. Na busca desta verdade, o órgão ministerial é tendenciosamente acusador, na medida em que vai lastrear seu pedido inicial com os elementos colhidos na investigação e que o fazem compreender que aquele determinado sujeito deve ser submetido à uma futura ação penal.

O ordenamento pátrio autoriza que a investigação preliminar realizada pela autoridade policial seja controlada externamente pelo Ministério Público, conforme previsão constitucional. De outro lado, o Código de Processo Penal<sup>18</sup> prevê a possibilidade de requerimento de diligências pelo Ministério Público em sede pré-processual, o que, em tese, fará com que ele atue de maneira a perseguir elementos que façam conduzir a condenação do sujeito. Embora a investigação realizada pelo Ministério Público seja uma outra forma de investigação preliminar, autorizada pelo Supremo Tribunal Federal, a sua participação na investigação realizada pela polícia demonstra um viés de atuação conjunto manifestamente acusatório, em que, muitas vezes, o sujeito envolvido na prática delituosa não tem oportunidade de produzir elementos capazes de inocentá-lo.

Neste sentido, destaca-se a doutrina de Guilherme de Souza Nucci, que em sua obra “Código de Processo Penal Comentado” assim se manifestou:

<sup>17</sup>LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. – São Paulo. Editora Saraiva, 2014

<sup>18</sup>Código Processo Penal, Decreto Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941;

Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial:

II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;

“Embora seja tema polêmico, comportando várias visões a respeito, cremos inviável que o promotor de justiça, titular da ação penal, assumira a postura de órgão investigatório, substituindo a polícia judiciária e produzindo inquéritos visando à apuração de infrações penais e de sua autoria. A Constituição Federal foi clara ao estabelecer as funções da polícia – federal e civil – para investigar e servir de órgão auxiliar do Poder Judiciário – daí o nome polícia judiciária – na atribuição de apurar a ocorrência e a autoria de crime e contravenções penais (art. 144). [...] Logo, a permitir-se que o Ministério Público, por mais bem intencionado que esteja, produza per si investigação criminal, isolado de qualquer fiscalização, sem a participação do indiciado, que nem ouvido precisaria ser, significaria quebrar a harmônica e garantista investigação de uma infração penal”.<sup>19</sup>

Na mesma linha assevera Aury Lopes, sobre os perigos de se atribuir às mãos do *Parquet* a investigação preliminar:

“Na prática, o promotor atua de forma parcial e não vê mais que uma direção. Ao se transformar a investigação preliminar numa via de mão única, está-se acentuando a desigualdade das futuras partes com graves prejuízos para o sujeito passivo. É convertê-la em uma simples e unilateral preparação para a acusação, uma atividade minimista e reprovável, com inequívocos prejuízos para a defesa.”<sup>20</sup>

Tendo em vista as reflexões apresentadas, percebe-se que o inquérito policial é uma via de mão única, aumentando ainda mais as desigualdades entre os sujeitos e gerando consideráveis e graves prejuízos ao acusado (sujeito passivo) uma vez que seus argumentos não são ponderados quando do momento da investigação.

O que se pretende com o estudo não é afirmar a desnecessidade do Inquérito Policial, mas aduzir que somente com uma reformulação do instituto e das outras formas de investigação é que será alcançada uma verdadeira paridade de armas tão almejada pelo Estado Democrático de Direito.

A questão que se levanta é da necessidade de correção das falhas encontradas durante a investigação preliminar, com o propósito de assegurar as garantias do acusado. Dessa forma, tomando como base a investigação realizada pela polícia e a necessidade de reestruturação do sistema, pugna-se pela inserção de uma nova modalidade de investigação, qual seja, a denominada investigação defensiva, que será delineada no capítulo a seguir.

---

<sup>19</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 7 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.p.68/69.

<sup>20</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro. Editora Lúmen Juris, 2009.V.I, p.249.

## **CAPÍTULO 2 - A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

### **2.1- Breves considerações sobre o instituto**

Considerando as reflexões até agora expostas, muito tem se discutido, seja na doutrina nacional quanto na estrangeira sobre o tema da investigação criminal defensiva, assunto alvo do presente trabalho. É salutar o debate em torno do tema, tendo em vista o momento em que se encontra o país, sobretudo com as ondas de corrupção e de uso do foro por prerrogativa de função. Para que os sujeitos envolvidos na lide criminal tenham a plena e efetiva capacidade de falar nos autos e de se manifestar de acordo com o seu entendimento, imprescindível se faz conceder direitos ao acusado durante a fase preliminar de investigação.

No entanto, a legislação vigente não contempla essa forma de atuação, que, somente será implementada, com o Novo Código de Processo Penal.

É certo que em um Estado Democrático de Direito as garantias expostas na Constituição Federal devem ser asseguradas de forma plena a toda à sociedade, tanto na persecução penal quanto na fase de instrução processual. Desta forma, a investigação defensiva vem como um instrumento apto a concretizar todo o conjunto de garantias fundamentais, promovendo o resultado jurisdicional penal justo, tanto ao acusado quanto à sociedade.

### **2.2- Definição e implementação da investigação defensiva**

Levando-se em consideração a necessidade eminente de atender aos proclamos constitucionais da igualdade entre as partes durante a investigação e o processo penal, mister a implementação da investigação realizada pelo acusado e a possibilidade de fornecer ao mesmo instrumentos eficazes de atuação e de poder se manifestar efetivamente durante a fase pré-processual.

Conforme destacado linhas acima, o viés da investigação preliminar realizada pela polícia é no sentido de condenação do sujeito, elaborando relatório e fornecendo subsídios ao parquet para que este formule uma denúncia. Sendo assim, não se pode negar que o inquérito policial é direcionado exclusivamente à acusação, pois seus atos são pautados na unilateralidade, tendo por objetivo cristalino amearhar indícios de materialidade e autoria do

crime, desconsiderando qualquer linha investigativa favorável a defesa do indiciado. A partir de tal constatação é que se faz fundamental a implementação da investigação defensiva, de modo a salvaguardar os direitos do acusado. O instituto, tem sua raiz na Itália, tendo sido importado para o ordenamento pátrio com algumas modificações. No entanto, o direito comparado não será objeto de reflexão do presente artigo.

Com esta nova possibilidade de atuação do investigado durante a persecução penal é que será atingido um processo penal justo, assentado nos moldes do sistema acusatório, além de propiciar ao magistrado um conjunto maior de elementos à sua disposição, evitando a tomada de decisões parciais causadoras de injustiça.

Com maestria afirmam André Boiani e Azevedo e Édson Luís Baldan:

“as vantagens da investigação a cargo do defensor são inegáveis e interessam ao panorama processual penal em geral, “seja porque permite à defesa preparar-se adequadamente e sustentar a própria tese, seja porque contribui a garantir o direito à prova em qualquer estado e grau do procedimento, seja, enfim, porque se volta a realizar cabalmente o princípio da paridade que, como já dito, constitui uma das pilastras sobre a qual se funda a reforma do justo processo”.”<sup>21</sup>

Clara se faz a definição sobre investigação defensiva trazida na dissertação de mestrado de André Augusto Mendes Machado, citando André Boiani e Azevedo e Édson Luís Baldan, que assim abordam o tema:

“A partir da análise do Direito italiano, [...], definiram investigação defensiva como “o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase de persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultante técnico e/ou investigador privado autorizado, 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 contra ponto à investigação ou acusações oficiais”.”<sup>22</sup>

A investigação defensiva, nas palavras do supracitado autor, tem como objetivo:

---

<sup>21</sup>AZEVEDO, André Boiani e BALDAN, Édson Luís. “**A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provado)**” in Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.º 137, abril/2014, pp.06/08.

<sup>22</sup> AZEVEDO, André Boiani e BALDAN, Édson Luís apud MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**.2009.206f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo.2009.p.33.

“é 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 a defesa dos interesses de seu cliente” (MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação Criminal Defensiva*. 2010. P. 132).

Francisco da Costa Oliveira (2004), apud André Augusto M. Machado (2009, p.132) cita em sua obra, “a defesa e a investigação do crime”, determinados objetivos da investigação defensiva:[...] (I) comprovação do álibi ou de outras razões demonstrativas da inocência do imputado; (II) desresponsabilização do imputado em virtude da ação de terceiros; (III) exploração de fatos que revelam a ocorrência de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade; (IV) eliminação de possíveis erros de raciocínio a que possam induzir determinados fatos; (V) revelação da vulnerabilidade técnica ou material de determinadas diligências realizadas na investigação pública; (VI) exame do local e a reconstituição do crime para demonstrar a impropriedade das teses acusatórias; (VII) identificação e localização de possíveis peritos e testemunhas[...]<sup>23</sup>

O instituto da investigação criminal defensiva no ordenamento pátrio não está consolidado, haja vista que a previsão do mesmo está em um projeto de lei que reformulará o Código de Processo Penal e, assim, trará a previsão inovadora dessa forma de investigação.

Esse projeto (Projeto de Lei n.º 8.045/2010- Novo Código de Processo Penal) encontra-se em tramitação desde 2009 e até o presente estudo aguarda o Parecer do Relator na Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n.º 8045, de 2010, do Senado Federal, que trata do "Código de Processo Penal" (revoga o decreto-lei n.º 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei n.º 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis n.º 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006).<sup>24</sup>

Compulsando a legislação ora comentada, logo em seu início, nos artigos 3º e 4º há previsão legal quanto a garantia do contraditório e da ampla defesa, bem como a de que o processo será regido pelo sistema acusatório, como se vê a seguir:

“Art. 3º Todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais.

Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”<sup>25</sup>

<sup>23</sup>MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. 2009. 206f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009. p.132.

<sup>24</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 8.045/2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em 28 de maio de 2017.

<sup>25</sup>BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=EA4C9B820937EE345F3555C6F](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EA4C9B820937EE345F3555C6F)>

Nota-se que a previsão em nada inova com as normas vigentes até então, isso porque o viés acusatório se faz presente no curso do processo penal e durante a investigação tem-se a presença de marcas inquisitoriais, sendo uma delas reproduzidas no teor do artigo transcrito, em que o juiz não terá iniciativa probatória durante o Inquérito Policial. Ademais, o artigo 11<sup>26</sup> do Projeto prevê que: “É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento.” Mais uma vez, o legislador repetiu norma já existente em que o advogado somente poderia ter contato com o material probatório que já tivesse sido acostado aos autos. As diligências em andamento seriam ressalvadas da norma, pois, *in casu*, o causídico não poderia manusear o material, eis que pendente de término.

A lei 13.245, publicada em 13 de janeiro de 2016, promoveu alteração no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, com intuito de proporcionar um processo e procedimento mais justo. As mudanças visam proporcionar maior atuação do advogado principalmente no procedimento policial. A inobservância dos direitos garantidos ao advogado (como assistir seu cliente durante o interrogatório ou depoimento) traz como consequência a nulidade de todo o inquérito. De outra sorte, o próprio artigo 7º substituiu a expressão “qualquer repartição policial” por “qualquer instituição responsável por conduzir investigação”. Nessa seara, essa alteração propiciou a ampliação do espaço defensivo na fase pré-processual. Sobre o tema Aury Lopes Junior dispõe:

“Concluindo, a nova lei não é a revolução copérnica da investigação, tampouco acaba com seu caráter inquisitório ou estabelece o pleno contraditório. Ela contribui para a ampliação, tímida, do espaço defensivo na fase pré-processual, mas ainda está muito longe de resolver os graves problemas da investigação preliminar já denunciado por nós alhures. Vejamos agora como será a efetivação, não apenas pela autoridade policial, mas principalmente pelos tribunais, quando chamados a se manifestar em casos de violação.”<sup>27</sup>

---

E542AA9.proposicoesWebExterno1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em 21 de maio de 2017.

<sup>26</sup> Projeto de Lei nº 8.045/2010.

Art.11. É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento.

Parágrafo único. O acesso a que faz referência o *caput* deste artigo compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com natureza do material. Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=EA4C9B820937EE345F3555C6FE542AA9.proposicoesWebExterno1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EA4C9B820937EE345F3555C6FE542AA9.proposicoesWebExterno1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010)>. Acesso em 21 de maio de 2017.

<sup>27</sup> LOPES JR., Aury. **Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação.** in Consultor Jurídico, São Paulo, maio de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>>. Acesso em: 21 de maio de 2017.

O material disponibilizado para consulta do defensor continua sendo o mesmo, ou seja, a defesa só terá acesso às provas já colhidas pela acusação, estando impossibilitada de acesso aos atos que ainda estejam sendo realizados. É neste ponto que a investigação defensiva tem fundamental importância, pois a defesa poderá participar dos atos persecutórios e ainda produzir as provas que entende ser necessárias à elucidação do crime.

A referência ao instituto está presente no artigo 13 do projeto, inovando na previsão, mas infelizmente, com algumas lacunas do instituto. Eis o teor da legislação:

“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 da investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz de garantias, sempre resguardado o seu consentimento.

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

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

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

§ 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.”<sup>28</sup>

### **2.3- Lacunas e imprecisões do artigo 13, do Projeto de Lei 8045/10 (Novo CPP)**

Analisando detidamente o teor do artigo 13 do Projeto de Lei 8045/10, verificam-se imprecisões quanto ao teor dos parágrafos enunciados em referido artigo.

De acordo com o §1º, o tratamento dispensado à oitiva da vítima não coincide com aquele dado às testemunhas, uma vez que, segundo o dispositivo, apenas poderão ser entrevistadas se consentirem com o ato. A ausência da expressão “sempre resguardado o seu consentimento”, como ocorre no §2º, poderia levar a conclusão de que o juiz poderia determinar a entrevista de testemunhas pela defesa.

---

<sup>28</sup>LOPES JR., Aury. **Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação.** in Consultor Jurídico, São Paulo, maio de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>>. Acesso em: 21 de maio de 2017.

Já o §2º, aduz que “à vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz de garantias, sempre resguardado o seu consentimento”. O dispositivo limita o acesso a importante fonte de informação, haja vista que, mesmo com o consentimento da vítima, a sua oitiva só poderá ocorrer com autorização judicial, subvertendo a lógica empregada na Itália, por exemplo, em que a interferência do Judiciário só se daria no caso de fonte de informações se negar a prestar esclarecimento à defesa.

Quanto ao §5º, a disciplina de que o material produzido poderia ser juntado aos autos do inquérito a critério da autoridade policial deixa uma lacuna porque não prevê a possibilidade da defesa encaminhar o conjunto do material diretamente ao juiz de garantias. Tal previsão é temerária, visto que não são definidos critérios objetivos para que seja aceito ou não a colheita das provas produzidas pela defesa. Além desta discricionariedade atribuída à autoridade policial, há de se questionar: qual o valor probatório dos elementos trazidos pela defesa no corpo do inquérito policial?

É sabido que o novo dispositivo traz em segundo plano uma análise sobre a produção da referida investigação e sua valoração como meio de prova, que, uma vez inserida aos autos do processo, passaria a valer como verdadeira “prova”, a ensejar sua análise pelo magistrado no momento da decisão. Dessa forma, a valoração do resultado da investigação defensiva é salutar de ser esmiuçado, haja vista que, a nova reforma não dispõe sobre tal circunstância.

Nas palavras de Scarance Fernandes a respeito da lacuna sobre a valoração da investigação defensiva:

“Não há, no direito processual penal brasileiro, regra a respeito da investigação pela defesa. Nada impede a sua realização, mas, além de o investigado não poder contar com a colaboração da polícia, eventuais elementos obtidos pela defesa são vistos com muita desconfiança pelos promotores e juízes e, em regra, pouco considerados.”<sup>29</sup>

O autor menciona a problemática enfrentada pela criação da investigação defensiva no ordenamento em relação ao valor probatório dos elementos materiais obtidos pelo defensor e pelos órgãos públicos.

A própria raiz inquisitorial presente no Código de Processo Penal de 1941 gerou uma crença de que os dados colhidos pelos órgãos públicos são dotados de maior credibilidade, ao

---

<sup>29</sup> SCARANACE, FERNANDES. Antônio. **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.99.

passo que os elementos reunidos pela defesa, tanto em procedimento próprio quanto nos autos da investigação pública seriam dotados de valor probatório menor ou reduzido.

Como assevera Costa Oliveira, a investigação defensiva é deturpada quanto a interpretação que deveria ser dada, ou seja, sendo um verdadeiro meio de investigação. Na realidade, o entendimento é de que serve como instrumento para encobrir crimes, eliminar provas, obstaculizando a realização da Justiça Penal.<sup>30</sup>

O ordenamento brasileiro deveria seguir e regulamentar a questão probatória quanto a inserção dos elementos colhidos na investigação defensiva como na Itália, em que o resultado da investigação defensiva é equivalente ao da investigação pública com relação à força probatória e à utilização processual. Assim, o legislador deve regular adequadamente os atos investigatórios do defensor, prescrevendo, no mínimo, os mesmos requisitos impostos aos órgãos públicos.

No entanto, levando-se em consideração que o magistrado está acobertado pelo princípio do livre convencimento motivado e que poderia embasar sua decisão segundo a sua íntima convicção, tal circunstância deve ser vista com moderação. É sabido que as partes não têm condições de avaliar a convicção subjetiva do julgador, mas podem examinar e inclusive impugnar a exteriorização desta convicção, na medida em que é manifestada através da motivação da decisão. Ao defensor caberia a análise se o juiz sopesou de forma equânime os dados trazidos pela acusação e pela defesa.

Nesse sentido, somente a partir de uma previsão legal, em que se defina com base em critérios constitucionais e legais a forma de execução e documentação dos atos investigatórios pelo defensor é que a questão restará superada. Enquanto isso, caso o Projeto do Novo Código de Processo Penal seja aprovado conforme a transcrição realizada acima do artigo 13, continuaremos com uma lacuna no que tange a valoração da investigação defensiva.

Levando-se em consideração que a investigação defensiva deve fazer parte do processo, como ela “entraria” ao mesmo? Destaca-se que a nova legislação também não contemplou a forma como a investigação defensiva deveria fazer parte do processo. Propugno que o defensor, de acordo com a sua estratégia poderia revelar o resultado da investigação defensiva à autoridade judiciária. A apresentação do resultado durante a fase preliminar evitaria a instauração de uma ação penal temerária ou infundada. Neste caso, seria formado um “fascículo” do defensor, que será mantido em sigilo, até a conclusão da instrução

---

<sup>30</sup> OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 33.

preliminar. Após o seu término, este “fascículo” é apensado aos autos da investigação pública. Esta inserção do material apresentado pelo defensor deve estar submetida ao contraditório, caso ele a apresente na fase processual.

A investigação defensiva possibilita ao indiciado a reunião das provas que possam embasar suas teses defensivas e serve como contraponto frente ao Estado-persecutor durante a investigação policial, que tem por objetivo reunir provas para amparar a *opinio delicti* do Ministério Público.

Entretanto, o que se vê hodiernamente é a preponderância da acusação, que possui liberdade para a produção de provas destinadas à condenação do réu, e este por sua vez, encontra-se na figura de um expectador, imóvel, assistindo ao que é formulado contra si. Todo este cenário implica no aumento dos números das chamadas cifras da injustiça, como bem explica Aury Lopes Junior:

“Ao lado da cifra da ineficácia – que corresponde ao número de culpáveis que, submetidos a juízo, restam impunes ou são ignorados – está a cifra da injustiça, relacionada aos ainda mais graves casos de inocentes processados e às vezes condenados. Se a primeira pode até ser justificada (até porque a sociedade é criminógena, todos delinquimos!), a cifra da injustiça resulta absolutamente injustificável. É, sobretudo, produto das carências normativas ou da ineficácia prática das garantias penais e processuais, dispostas precisamente como diques contra a arbitrariedades e o erro, e é tanto maior quanto mais cresce o poder judicial de disposição – poder esse ilegítimo juridicamente e politicamente injustificável. 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 existirão abusos por parte do poder persecutório estatal. Se a impunidade causa uma grande intranquilidade social, mais grave é o mal causado por processar irresponsavelmente um inocente.”<sup>31</sup>

#### 2.4- Argumentos favoráveis à implementação da investigação defensiva

A doutrina não é equânime quanto a possibilidade de ser realizada a investigação defensiva no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, como demonstrado em tópico anterior, não temos uma legislação que abrigue tal procedimento.

---

<sup>31</sup>LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro. Editora Lúmen Juris, 2009. V. I. p. 232.

A par das críticas tecidas acerca da implementação do instituto como previsto em seu Projeto originário, a investigação é de suma importância. É o mecanismo para sanar as lacunas do procedimento investigatório, garantindo efetividade de participação ao indiciado na fase pré-processual, haja visto que é o principal interessado no resultado das investigações, além de ser o principal agente das consequências ao final do processo penal.

Ademais, a investigação defensiva propicia uma efetividade plena de atuação da defesa na produção de provas com o intuito de evitar o advento de possível ação penal, proporcionando, por conseguinte, a aplicação dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

“(…), um verdadeiro e justo processo penal acusatório deve assegurar que acusação e defesa tenham oportunidades equânimes para sustentar as suas teses, inclusive durante a instrução preliminar. Até, porque, nesta fase, já existe imputação em sentido amplo e, por conseguinte, o inegável interesse do imputado em demonstrar sua inocência.

Logo, se um ordenamento jurídico prevê procedimento investigatório público, de cunho nitidamente acusatório, é imprescindível que admita também a investigação autônoma do crime pela defesa.<sup>32</sup>

Para a aplicação do instituto, há de se adequar o procedimento, garantindo a notificação do sujeito quanto ao procedimento investigatório instaurado contra si, proporcionando a este constituir defensor para acompanhar a investigação. O defensor deverá promover suas atividades dentro dos limites impostos pela lei, respeitando os direitos e garantias dos sujeitos envolvidos. Caso o defensor não possua conhecimento técnico específico, será dado a ele poderes para nomear assistente, que auxiliará no decorrer da investigação, tanto na realização de perícias quanto na confecção de pareceres técnicos.

Para garantir a confiabilidade dos elementos defensivos colhidos durante a investigação, se faz necessário que o legislador regule adequadamente os atos que poderão ser praticados pelo defensor. Em relação ao procedimento e requisitos da participação do defensor, é salutar mencionar a Lei 13.432/17, que regulou a atividade do detetive particular. A lei elenca em seu art. 2º a natureza não criminal desta atividade, exigindo a realização de contrato escrito com estipulação de prazos e honorários (art. 7º e 8º), confecção de relatório do serviço (artigo 9º), além de estabelecer vedações (artigo 10), deveres (artigo 11) e direitos (artigo 12). Possibilitou ainda a colaboração do detetive profissional com a investigação policial mediante autorização do contratante e aceite do delegado de polícia (artigo 5º)<sup>33</sup>.

<sup>32</sup>MACHADO, A.A.M.A **investigação Criminal Defensiva**. 2009.212 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009. p.95.

<sup>33</sup>LEI Nº 13.432, DE 11 DE ABRIL DE 2017. Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular.

---

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se detetive particular o profissional que, habitualmente, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeje e execute coleta de dados e informações de natureza não criminal, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante.

§ 1º Consideram-se sinônimas, para efeito desta Lei, as expressões “detetive particular”, “detetive profissional” e outras que tenham ou venham a ter o mesmo objeto.

§ 2º (VETADO).

Art. 5º O detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante.

Parágrafo único. O aceite da colaboração ficará a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo.

Art. 7º O detetive particular é obrigado a registrar em instrumento escrito a prestação de seus serviços.

Art. 8º O contrato de prestação de serviços do detetive particular conterá:

I - qualificação completa das partes contratantes;

II - prazo de vigência;

III - natureza do serviço;

IV - relação de documentos e dados fornecidos pelo contratante;

V - local em que será prestado o serviço;

VI - estipulação dos honorários e sua forma de pagamento.

Parágrafo único. É facultada às partes a estipulação de seguro de vida em favor do detetive particular, que indicará os beneficiários, quando a atividade envolver risco de morte.

Art. 9º Ao final do prazo pactuado para a execução dos serviços profissionais, o detetive particular entregará ao contratante ou a seu representante legal, mediante recibo, relatório circunstanciado sobre os dados e informações coletados, que conterá:

I - os procedimentos técnicos adotados;

II - a conclusão em face do resultado dos trabalhos executados e, se for o caso, a indicação das providências legais a adotar;

III - data, identificação completa do detetive particular e sua assinatura.

Art. 10. É vedado ao detetive particular:

I - aceitar ou captar serviço que configure ou contribua para a prática de infração penal ou tenha caráter discriminatório;

II - aceitar contrato de quem já tenha detetive particular constituído, salvo:

a) com autorização prévia daquele com o qual irá colaborar ou a quem substituirá;

b) na hipótese de dissídio entre o contratante e o profissional precedente ou de omissão deste que possa causar dano ao contratante;

III - divulgar os meios e os resultados da coleta de dados e informações a que tiver acesso no exercício da profissão, salvo em defesa própria;

IV - participar diretamente de diligências policiais;

V - utilizar, em demanda contra o contratante, os dados, documentos e informações coletados na execução do contrato.

Art. 11. São deveres do detetive particular:

I - preservar o sigilo das fontes de informação;

II - respeitar o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas;

III - exercer a profissão com zelo e probidade;

IV - defender, com isenção, os direitos e as prerrogativas profissionais, zelando pela própria reputação e a da classe;

V - zelar pela conservação e proteção de documentos, objetos, dados ou informações que lhe forem confiados pelo cliente;

VI - restituir, íntegro, ao cliente, findo o contrato ou a pedido, documento ou objeto que lhe tenha sido confiado;

VII - prestar contas ao cliente.

Art. 12. São direitos do detetive particular:

I - exercer a profissão em todo o território nacional na defesa dos direitos ou interesses que lhe forem confiados, na forma desta Lei;

II - recusar serviço que considere imoral, discriminatório ou ilícito;

III - renunciar ao serviço contratado, caso gere risco à sua integridade física ou moral;

IV - compensar o montante dos honorários recebidos ou recebê-lo proporcionalmente, de acordo com o período trabalhado, conforme pactuado;

V - (VETADO);

Contudo, há de se observar que:

“Com efeito, a investigação criminal continua sendo atividade essencial e exclusiva do Estado, em homenagem ao princípio da oficialidade, o que significa dizer que as funções de apuração de infrações penais e de polícia judiciária são exercidas pela polícia judiciária, com a presidência do procedimento policial nas mãos do delegado de polícia (artigo 144 da CF e artigo 2º, parágrafo 1º da Lei 12.830/13). Eventual contrato que ajustar a investigação criminal como objeto é nulo em razão da expressa vedação legal (artigo 2º).

E nem mesmo a reunião de dados de interesse privado é exclusiva do detetive profissional, conforme consignam os vetos aos artigos 1º e 3º, podendo perfeitamente ser exercida, por exemplo, por um advogado.

A lei não empregou os termos *investigação* ou *apuração*, preferindo *coleta de dados e informações* (artigos 2º, 9º e 10, III e V), deixando claro que não se confunde com a investigação criminal ou tampouco com a atividade de inteligência.”<sup>34</sup>

Como exposto, a lei não possui natureza criminal, bem como não poderão ser pactuados nos contratos, objeto relacionado a investigação criminal tendo em vista a vedação expressa no art. 2º da Lei 13.432/17. Sendo assim, se mostra necessário uma regulamentação específica para tratar das regras do procedimento na investigação criminal defensiva.

Ao se pensar na implementação da investigação defensiva indaga-se se a presença do contraditório durante o inquérito policial causaria tumulto ou mesmo fracasso às investigações policiais. Neste aspecto, evidencia-se que o legislador constitucional assegurou por meio do art. 5º, LV, da CRFB/88, a garantia do contraditório e da ampla defesa no processo judicial e administrativo. Portanto, o inquérito policial nada mais é que um procedimento administrativo. E, contra argumentando, o inciso destaca que os “acusados em geral” poderiam se valer do princípio, levando a crer que qualquer sujeito que sofra qualquer tipo de imputação esteja abarcado pela norma.

Não há contrariedade entre os institutos do inquérito policial (inquisitório) e da investigação defensiva (acusatório), sendo dotados de complementariedade. A investigação defensiva vem como mecanismo concretizador da vontade do legislador constitucional, assegurando uma paridade de armas dentro de um sistema essencialmente acusatório.

---

VI - reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento;

VII - ser publicamente desagravado, quando injustamente ofendido no exercício da profissão.

<sup>34</sup>CONJUR. **Lei 13.432/2017 limitou investigação por detetive particular.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-18/academia-policia-lei-1343217-limitou-investigacao-detetive-particular#author>>. Acesso em 21 de maio de 2017.

Nesse sentido, vimos que a disciplina no Novo Código de Processo Penal apresenta um avanço quanto a inserção da matéria e do instituto em nosso ordenamento. No entanto, o diploma não trata pormenorizadamente das questões acessórias à investigação defensiva que também se mostram importantes. Será necessário aos aplicadores do Direito fazer a exegese de tal aplicação e de outro lado, repensar em soluções para os problemas que aqui foram suscitados.

## 2.5 Dificuldades práticas na aplicação da investigação defensiva

Embora favorável à implementação e estruturação do instituto da investigação defensiva, há de se destacar a realidade do sistema processual penal atual. Uma das maiores dificuldades de se implementar o instituto, na atual conjuntura do país, está ligada à garantia de condições técnicas e financeiras para a defesa promover a investigação. Nota-se que os investigados, em sua maioria, são indivíduos que estão à margem da sociedade e que são desprovidos de recursos para arcar com um causídico particular.

Em sua obra “Vigiar e Punir: nascimento da prisão”, Foucault retrata a seletividade do Sistema Penal e o falso discurso de que a lei é feita para todos:

“[...] processos que encontramos atrás de toda uma série de afirmações bem estranhas à teoria penal do século XVIII: que o crime não é uma virtualidade que o interesse ou as paixões introduziram no coração de todos os homens, mas que é coisa quase exclusiva de uma certa classe social: que os criminosos que antigamente eram encontrados em todas as classes sociais, saem agora “quase todos da última fileira da ordem social” [...] nessas condições seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem.”<sup>35</sup>

O Sistema Penal se revela potencialmente seletivo tanto no momento em que define as condutas que deverão ser consideradas ilícitas, quanto no momento em que escolhe quem deverá ser responsabilizado por praticar essas condutas, bem como quando escolhe sobre quem incidirá a sanção estatal.

---

<sup>35</sup>FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 35.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p.229.

Dessa forma, o contingente que necessita da defesa estatal, exercida por meio da Defensoria Pública é infinitamente maior do que aqueles que são patrocinados por advogados contratados para a causa. Dessa sorte, caso o indivíduo não tenha condições financeiras, não poderá participar ativamente na busca de elementos probatórios que endossem suas teses defensivas.

Além do fator econômico, deve se ter em mente que a estrutura da Defensoria Pública não permite que haja um defensor específico para atuar na fase preliminar de investigação e que fique disponível para o seu assistido. No entanto, embora a realidade seja deficitária e carente de defensores para atuarem na implementação da investigação, a própria Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º, LXXIV e 134 assegura a assistência jurídica e gratuita àqueles que não tiverem condições de arcar com os encargos processuais. Em outras palavras, a Carta Maior assegura a defesa dos direitos dos hipossuficientes, mas a realidade vivida pelo país impede a concretização desse direito fundamental.

Destarte, para a defesa deste múnus por parte da Defensoria Pública, o órgão necessita passar por uma reestruturação, haja visto que a atual estrutura das defensorias em todo o país não suportam as atuais demandas que lhe são levadas, quiçá novas causas. De outro lado, caso o Projeto seja votado e promulgado conforme previsto originariamente, o Poder Público deverá assegurar a implementação de tal procedimento.

Por fim, é salutar transcrever, as conclusões acerca da matéria retratadas por Tatiani Imai Zanardi, em seu artigo intitulado “Investigação Criminal Defensiva: uma prática a ser difundida”, a saber:

“Embora exista o Projeto de Lei n. 8.045/2010, que introduz timidamente o tema investigação criminal defensiva, esse projeto ainda não foi aprovado. No tocante à Lei n. 13.245/2016 que alterou o EOAB, trazendo algumas mudanças positivas sobre o tema, também não foram alterações que ensejarão na efetiva reforma que o tema demanda.

Acredita-se que existam tentativas de inserção da investigação defensiva no Brasil e, em que pese não serem inovações legislativas que representam grandes mudanças, propõe-se, neste estudo, que operadores do Direito, como advogados, juízes, promotores e policiais, passem a admitir o direito do imputado à defesa na investigação prévia.

Conforme a conclusão brilhante de Baldan: “Por isso, façamos de nossos gabinetes e escritórios a trincheira da legalidade investigatória... não somos escravos do que é legal e sim discípulos do que é justo... a lei, ora a lei... abandonemos a lei, busquemos a Justiça...”<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup>ZANARDI, Tatiani Imai. **Investigação Criminal Defensiva: uma prática a ser difundida**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v.8, n. 14, p.191-216, jan./jun.2016.

Portanto extrai de forma clara da citação de Tatiani Imai Zanardi, que são tímidas as alterações inseridas pelo legislador, bem como tais inserções não provocaram profundas e efetivas reformas que o tema demanda, porém não basta apenas a lei para que essa efetividade ocorra. Nós como operadores do direito precisamos fazer nossa parte. Pouco vale ficarmos presos a lei, devemos providenciar a eficácia e a efetividade das legislações que nos são apresentadas através do nosso dia a dia. Há uma necessidade urgente de uma maior ativismo por parte dos advogados, para que assim, e só assim, possamos atingir os ditames de igualdade e isonomia no Processo Penal tão almejada e aclamada por nossa Constituição.

## **CONCLUSÃO**

Levando-se em consideração a importância do tema nota-se que o trabalho pretendeu explicitar o quanto a investigação defensiva seria útil para o sistema acusatório. No entanto, devido a consolidação de um sistema com viés inquisitório na fase pré-processual como o do Brasil, difícil é a tarefa da mudança deste mecanismo já implantado há anos. O tema não é de fácil implementação, principalmente no atual cenário do país, onde se tem ondas de criminalidade e de descrédito das instituições de governo. Mas não se pode conviver com um sistema, como é o atual, com inúmeras falhas que ferem demasiadamente os ideais

democráticos, garantistas esculpidos na Constituição. Não podemos manter a prática de procedimentos que ferem nosso Estado Democrático de Direito, fundado apenas em discursos, camuflados em jargões de “ordem e justiça”. O operador do direito não pode aceitar a manutenção de um sistema que se mostra insatisfatório e injusto, permitindo a barbárie dos institutos jurídicos em prol da condenação de alguns “corruptos”, como se tanto aclamado nos dias de hoje. Agindo dessa forma, estaremos retrocedendo décadas de evolução jurídica, retomando a ideia de que vale tudo em prol da verdade real, já tão questionada pela doutrina pátria.

Como demonstrado no curso desta exposição, o inquérito policial é parcial, uma vez que é controlado pelo Ministério Público, visando a busca apenas de elementos que façam conduzir a condenação do sujeito passivo, ferindo todas as garantias fundamentais e constitucionais do acusado, este portador de direitos. Sabe-se que são muitas as dificuldades que o Estado deverá enfrentar para implementação do instituto, tanto de ordem econômica e financeira, quanto de infraestrutura e condições técnicas de seus servidores, para promover e assegurar a defesa do acusado. Porém, o processo penal tem muito a ganhar com esse novo instituto, pois de fato teremos concretude na aplicação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas, e quiçá uma diminuição gradual, mas efetivas nas demandas de pequena lesividade, proporcionando assim uma redução no montante de processos que chegam ao judiciário.

No entanto, não se quer afirmar aqui que a investigação defensiva seja a solução definitiva para os problemas encontrados em nosso ordenamento jurídico. O que se torna incontroverso é que a inserção das garantias constitucionais na fase pré-processual possibilita as partes envolvidas uma igualdade de armas, garantido que se chegue a um resultado mais seguro e justo. A investigação defensiva é o começo e a luz para que se chegue a um modelo de processo penal igualitário que a tanto se clama em nosso Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, André Boiani e BALDAN, Édson Luís apud MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**.2009.206f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo.2009.p.33.

AZEVEDO, André Boiani e BALDAN, Édson Luís. “**A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provado)**” *in* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.º 137, abril/2014, pp.06/08.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n° 8.045/2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em 28 de maio de 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Vade Mecum. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=EA4C9B820937EE345F3555C6FE542AA9.proposicoesWebExterno1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EA4C9B820937EE345F3555C6FE542AA9.proposicoesWebExterno1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010)>. Acesso em 21 de maio de 2017.

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 20 mai. 2017.

CONJUR. **Lei 13.432/2017 limitou investigação por detetive particular**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-18/academia-policial-lei-1343217-limitou-investigacao-detetive-particular#author>>. Acesso em 21 de maio de 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. e GRINOVER, Ada Pellegrini apud COSTA, Vladimir Morcillo da. **Prova Pericial no Processo Penal**.2010.163f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro.2010.p.25.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 35.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p.229.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, Vol. I.** Niterói, RJ. Editora Impetus, 2011, pp.3/4.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** Rio de Janeiro. Editora Lúmen Juris, 2009.V.I, pp.232/249.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 11 ed. – São Paulo. Editora Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação.** *in* Consultor Jurídico, São Paulo, maio de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>>. Acesso em: 21 de maio de 2017.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva.**2009.206f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo.2009.pp.95/132.

NUCCI, Guilherme de Souza.**Código Penal comentado.** 7 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.p.68/69.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime.** Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 33.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2017.

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

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.66.

WINESS MILLAR, Robert, 1945 apud TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 169.

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