Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, v.13, 2023
ISSN 2178-6925

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO INSTRUMENTO DA AUTONOMIA DA VONTADE

DEFENSIVE INVESTIGATION AS AN INSTRUMENT OF AUTONOMY OF WILL

Alecxandro Ambrozio Barboza
Graduando em Direito, Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil
E-mail: alecxandroambrozio@hotmail.com

Alexandre Jacob
Mestre, Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil
E-mail: alexandre.jacob10@gmail.com

Resumo

O processo penal brasileiro precisa de um instrumento jurídico para garantir a defesa já no início das investigações. A regulamentação da investigação defensiva, a partir do provimento nº. 188/2018 do Conselho Federal da OAB vem normatizar um pouco esse instituto para que o equilíbrio processual entre as partes no processo penal possa se efetivar. Essa pesquisa adotou como abordagem a revisão bibliográfica e documentais em sua metodologia, tendo como foco a aplicação da investigação defensiva no direito brasileiro e a produção de provas por parte do advogado. O referencial teórico utilizado é o que aborda sobre o tema dentro do processo amparado em leis, doutrinas e artigos de autores que estudam sobre a investigação defensiva no processo penal. Conclui-se que a aplicação da investigação defensiva tem evoluído no direito brasileiro, entretanto é necessário o avanço ainda mais sobre o tema, para que os advogados de defesa possam desenvolver uma defesa mais técnica garantindo maior eficácia em relação a produção de provas, bem como a paridade de armas.

Palavras-chave: Direito processual penal; política criminal; investigação; defesa; autonomia da vontade.

Abstract

The Brazilian criminal process needs a legal instrument to guarantee defense at the beginning of investigations. The regulation of defensive investigation, based on provision n.188/2018 of the Federal Council of the OAB, standardizes this institute a little so that procedural balance between the parties in the criminal process can be achieved. This research adopted a bibliographic and documentary review approach in its methodology, focusing on the application of defensive investigation in Brazilian law and the production of evidence by the lawyer. The theoretical framework used is the one that addresses the topic within the process supported by laws, doctrines and articles by authors who study defensive investigation in criminal proceedings. It is concluded that the application of defensive investigation has evolved in Brazilian law, however it is necessary to advance further on the topic, so that defense lawyers can develop a more technical defense ensuring greater effectiveness in relation to the production of evidence, as well as the parity of weapons.

Keywords*: Criminal procedural law; criminal policy; investigation; defense; autonomy of will.*

1. Introdução

A investigação defensiva é um instituto de utilidade necessária ao processo penal brasileiro, no entanto há uma dificuldade prática em efetivar a investigação defensiva no meio jurídico brasileiro. O modelo processual brasileiro cria uma postura passiva da defesa, uma vez que as oportunidades defensivas somente surgem após instaurada a ação penal (Dias, 2019).

O Provimento nº. 188/2018, editado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em seu artigo 3º dispõe uma série de momentos em que a investigação defensiva poderá incidir, dispondo em seu parágrafo único sobre a possibilidade de requisição de diligências para obter os elementos necessários a produção de provas para oferecimento de queixa, principal ou subsidiária, há uma atenção para uma regulamentação legal da prática da Investigação Defensiva (CFOAB, 2018).

A lacuna normativa existente quanto à investigação criminal defensiva em nosso ordenamento produz consequências extremamente danosas ao funcionamento do sistema penal brasileiro, mesmo com o Conselho Federal da OAB tentando melhorar o cenário com a edição do provimento. Importante ressaltar que a análise do funcionamento do sistema processual deve levar em consideração o sujeito que sofre as consequências fáticas de seu resultado: o acusado. Cabe analisar de que forma a investigação defensiva pode ser realizada no processo penal brasileiro, haja vista que a falta de normas existentes quanto a sua aplicação, produz consequências danosas ao funcionamento do sistema penal brasileiro.

Não obstante as dificuldades enfrentadas e a lacuna normativa existente sobre a investigação defensiva sua implementação no ordenamento jurídico deve ser objeto de estudo pelos advogados criminais do país, deve-se analisar a materialização do ideal pretendido pelo Projeto de Lei nº. 8.045/2010 e o Provimento nº. 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, passos importantes na efetivação do instituto investigativo em análise. Neste contexto, a pesquisa visa responder ao seguinte questionamento: de que forma a investigação pela defesa pode ser realizada no processo penal brasileiro?

A hipótese é que a investigação defensiva pode contribuir para a elucidação do crime de forma geral e, em específico, garantir melhores formas de defesa para o assistido.

O objetivo da pesquisa é analisar a forma de realização da investigação defensiva no processo penal brasileiro. Para tanto, é preciso estudar a legislação aplicada ao tema; compreender a fase investigatória do processo penal e suas circunstâncias; levantar o posicionamento doutrinário e judicial sobre o tema; examinar os impactos da investigação defensiva nos procedimentos penais; e avaliar a adoção dessa possibilidade no processo penal brasileiro.

Trata-se de pesquisa descritiva e exploratória, com abordagem qualitativa na forma de levantamento bibliográfico e documental tendo como fontes primárias a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) e o Código de Processo Penal (1941) e secundárias as obras de Franklyn Roger Alves Silva (2023), Gabriel Bulhões Nóbrega Dias (2019) e Aury Lopes Júnior (2010), além de resultados de outras pesquisas sobre o tema.

2. A Investigação no Processo Penal Brasileiro

A investigação criminal no Brasil, lá no início, sobre a vigência das Ordenações nos tempos do Brasil colonial, era dividida em duas formas. Conforme disposto em Joaquim Canuto Mendes Almeida (1973), a devassa, forma de investigação ordinária, em seu modelo mais inquisitorial, que não exigia indicação de autoria, nem ao menos indícios do crime. E a querela, modelo de investigação sumária, que exigia a prévia indicação de autoria ou pelo menos indícios do crime.

Os juizados de Paz surgiram com a independência do Brasil, por meio de lei específica. De acordo com Marta Saad (2004) essa legislação trazia atribuições policiais preventivas e repressivas aos então inominados Juízes de Paz, o que foi mantido pelo Código de Processo Penal promulgado em 1832.

A investigação criminal a partir de 1841 passou a ser conduzida pela Autoridade Policial, e que segue até os dias atuais, apesar das alterações no formato da investigação. No início, o inquérito policial foi regulamentado pelo Decreto nº 4.824 de 22 de novembro de 1871, o qual em seu art. 42, conceituava

esse modelo de atuação como diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias, e dos seus autores e cúmplices.

> Art. 42 O inquérito policial consiste em todas as diligencias necessárias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e complices; e deve ser reduzido a instrumento escripto, observando-se nelle o seguinte (*apud* Saad, 2004, p. 5).

As atribuições principais do inquérito policial é reunir os dados iniciais em relação ao delito e evitar o perecimento dos elementos materiais probatórios deste. Tendo suas funções elencadas nos artigos 6º e 13 do CPP o inquérito policial é de responsabilidade de Autoridade Policial (Brasil, 1941).

O ordenamento penal brasileiro foi historicamente organizado em um modelo em que se buscava a eficiência da persecução criminal a qualquer custo. Um modelo em que o investigado não era visto como um sujeito de direitos ou garantias conforme destaca Gilson Bonato:

> […] há que se assinalar que toda a legislação processual penal brasileira ainda em vigor foi fruto da influência dos regimes fascista e nazista, tendo o Código de Processo Penal, datado de 1941, forte influência do Código Italiano, lembrando que foi concebido na era getulista. Entretanto, a Constituição de 1988 trouxe consigo um novo quadro para o direito processual penal, evidenciando a adoção de um modelo acusatório (Bonato, 2003, p. 102).

Esse modelo com base na investigação criminal, concentrava as funções de defesa, acusação e julgamento na figura do juiz responsável pela causa.

Atualmente o procedimento do inquérito policial inicia-se a partir de uma ordem inicial, podendo advir de uma portaria, auto de prisão em flagrante delito pela Polícia Judiciária, requisição do juiz ou do Ministério Público, que é quem decidirá pelo arquivamento do inquérito ou pelo ajuizamento da ação penal.

A despeito do inquérito policial nos moldes atuais, Aury Lopes Junior, Alexandre Morais da Rosa e Gabriel Bulhões Nóbrega Dias (2019) afirmam que os operadores do direito que trabalham diariamente com a justiça criminal, a Polícia Civil e a Federal atuam no modelo inquisitório e na perspectiva de acusação, não se evidenciando esforços para a defesa do acusado. Sobre isso os autores dispõem que:

> E a exceção, por óbvio, vem para reforçar a regra geral. Qualquer divergência somente poderia se escorar em uma análise contrafactual, sendo de uma inocência angelical o entendimento de que a polícia judiciária, braço operacional e de controle do Estado, se veste da imparcialidade pura que permite uma igualdade de possibilidades às teses acusatórias e defensivas. Até porque, imparcialidade é uma construção técnica artificial do processo, como atributo exclusivo do "juiz", não da polícia e tampouco do

> MP no processo penal (outra confusão ou distorção bastante comum). Portanto, falar em imparcialidade da polícia ou do MP no processo penal é um grave equívoco conceitual (Lopes Júnior *et. al.*, 2019).

Historicamente o inquérito judicial foi pensando e posto em prática como um instrumento investigativo que não leva em conta as garantias do direito. O sistema penal brasileiro foi moldado às bases do modelo inquisitorial, em que as funções de defesa, acusação e julgamento concentravam-se todas na figura do juiz responsável pela causa em apreciação. Os vestígios do sistema inquisitorial evidenciam a fragilidade do imputado nas ações penais, historicamente o sistema processual penal não prezava em proteger direitos fundamentais do imputado. É clarividente que esse tipo de organização afeta em muito o julgamento imparcial.

Quanto ao Ministério Público e sua atuação no inquérito policial de longe contribui para garantir os direitos almejados pela Carta Magna. Ao Ministério Público, cabe requisitar a instauração do inquérito caso tome conhecimento de um possível delito. O dispositivo legal que respalda a atuação do MP no inquérito policial está disposto no art. 13, II, do Código de Processo Penal (Brasil,1941). O MP pode requisitar diligências à Polícia Judiciária que está obrigada a atende-las em razão dos preceitos legais.

A Constituição da República trouxe um viés garantista a investigação de delitos. O sistema processual penal adotou o modelo acusatório. No modelo acusatório há a divisão de tarefas: acusação, defesa e julgamento. Há nesse modelo um rol de garantias e direito fundamentais do acusado. Nesse modelo existe um juiz neutro e imparcial em suas decisões, e a função da defesa se torna essencial a legalidade do andamento processual.

Aury Lopes Junior (2010) a respeito das atividades típicas do sistema acusatório puro pretendidas pela CRFB/1988, elenca as seguintes:

> a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que ele se mantinha afastado da iniciativa e gestão da prova, atividade a cargo das partes; b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas; c) adoção do princípio ne procedat iudex ex officio, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo; d) estava apenado o delito de denunciação caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra réu ausente (até porque as penas são corporais); e) acusação era por escrito e indicava as provas; f) havia contraditório e direito de defesa; g) o procedimento era oral; h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar (Lopes Júnior, 2010, p. 57).

As garantias e princípios constitucionais regentes do processo penal brasileiro, trouxe um processo justo para o imputado. Entre os quais merecem

destaque a garantia do devido processo legal e os princípios do contraditório, da ampla defesa e da igualdade das partes, consagrada pela paridade de armas. Infelizmente, a atuação do Ministério Público no inquérito policial contribui para que seja visto como uma ferramenta contrária aos preceitos de garantia de direitos almejados pela CRFB/1988 ao firmar o sistema investigatório criminal como acusatório.

Vicente Greco Filho (2019) ensina que a garantia proveniente do devido processo legal deve ser analisada sob dois aspectos: de um lado, a indispensabilidade do processo legal para aplicação da pena; de outro, a existência de um processo adequado, pautado pelas garantias da igualdade, do contraditório e da ampla defesa.

O contraditório encontra previsão legal no artigo 5º, LV da CRFB/1988: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Brasil, 1988). Essa garantia se manifesta de duas formas: ciência e participação. A primeira está relacionada a necessidade de que as partes sejam comunicadas previamente de todos os atos processuais a serem praticados. Enquanto a segunda, diz respeito a possibilidade de que elas atuem ativamente nestes atos.

No objetivo de convencimento do juiz de suas teses. Nesse sentido, detalha Antonio Magalhães Gomes Filho:

> A primeira manifestação do contraditório e pressuposto básico da referida participação é a informação, uma vez que sem a ciência efetiva a respeito de tudo o que se passa no processo seria inviável o exercício daquele complexo de atividades pelos interessados no provimento (Gomes Filho, 2013, p. 41).

O contraditório deve ser observado em todas as fases da persecução penal, e deve ser oportunizado às partes meios reais de contrariar os atos processuais do polo oposto, influenciando de fato no convencimento do julgador.

A ampla defesa encontra previsão legal no artigo 5º, LV da CRFB/1988. A respeito dessa garantia constitucional, Guilherme de Souza Nucci a define como:

> O direito de se defender da imputação feita pela acusação, tendo em vista que, no processo, é considerado parte hipossuficiente por natureza, em relação ao Estado, que é sempre mais forte por agir através de órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes que tem acesso. A proteção à ampla defesa deve abranger o direito à defesa técnica (processual ou específica) e à autodefesa (material ou genérica) (Nucci, 2020, p. 101).

A ampla defesa e o contraditório atuam como garantias essenciais a defesa do acusado, para que o processo seja equilibrado e justo. Se as partes atuarem de forma equânime e plena em todas as fases do processo.

O princípio da igualdade, também denominado como paridade de armas, busca não somente a igualdade formal, mas a verdadeira igualdade material, a fim de remediar as evidentes desigualdades existentes entre as partes componentes da ação penal. Sobre isso, Luigi Ferrajoli afirma que:

> Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo o 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 (Ferrajoli, 2002, p. 490).

No modelo processual penal brasileiro, o que ocorre é a disparidade de armas. Essa desigualdade acontece desde o inquérito judicial, e se estende por toda a persecução penal. Nesse sentido, Paula Bajer Fernandes Martins Costa (2001) dispõe que nem mesmo por ficção pode se dizer que o acusado, ainda que representado pelo seu advogado, tem posição jurídica equivalente à do membro do Ministério Público no processo ou dispõe das mesmas armas para encontrar a verdade.

No novo contexto, garantido pela CRFB/1988, o advogado de defesa ganhou mais espaço no processo penal. Surge o instituto da investigação criminal defensiva no Brasil que de forma simples podemos dizer que é a possibilidade de o acusado participar ativamente da investigação criminal através do seu defensor, podendo dessa forma, produzir elementos probatórios a seu favor.

A acusação e a defesa precisam de um novo referencial dentro do processo criminal brasileiro. É necessário haver uma paridade entre esses dois institutos. É necessário um equilíbrio de armas entre os sujeitos da relação processual. Esse pensamento já foi elucidado desde o século XIX por Jeremy Bentham:

> Então, é essencial estabelecer ostensivamente, ao lado do magistrado que apura a conduta criminal aquele que zela pela inocência, de não conceder a acusação nenhuma vantagem não compartilhada igualmente pelo defensor e de separar essas duas funções daquela julgadora, para permitir ao magistrado a imparcialidade por completo (*apud* Costa, 2002).

Essa mudança de paradigma propiciará o desenvolver do pensamento em torno de uma defesa pública capaz de fornecer suporte à defesa de iniciativa

privada. Proteger o interesse do imputado e fortalecer o processo penal com vista a uma garantia de direito de defesa.

A investigação criminal defensiva é essencial a efetivação de um modelo que garanta a proteção dos direitos do investigado, e ainda possibilita o equilíbrio em um contexto de ampliação dos poderes investigatórios do Ministério Público (MP). Isso possibilita a garantia de um processo justo e equânime, a fim de evitar que injustiças sejam cometidas, em razão de investigações focadas em elementos de acusação e não de apuração real dos fatos.

Apesar de muitas vezes ser vista com rejeição pelas autoridades as quais seus resultados são apresentados, a investigação defensiva vem ocupando cada vez mais, espaço no mundo jurídico. Este instituto é imprescindível para a proteção das garantias processuais e princípios do contraditório, da ampla defesa e da igualdade das partes.

A Investigação Criminal Defensiva foi fortalecida pelo Projeto de Lei nº. 8.045/2010, que prevê sua disciplina no código de processo penal brasileiro, e traz maneiras de atuação por parte do advogado, para que o instituto da investigação defensiva seja colocado em prática de forma apropriada. O projeto ainda está em trâmite (Câmara dos Deputados, 2023).

3. A Investigação Defensiva

O Provimento nº. 188/2018 estabelece a investigação defensiva e normatiza a atuação do advogado na defesa do acusado, conceituando o instituto:

> Art. 1° 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 (CFOAB, 2018).

Fica claro que o advogado poderá atuar em qualquer fase da persecução penal, com objetivo de colher elementos de prova por meios legais e que instruam o processo. No entendimento de Gabriel Dias (2019) o provimento buscou apresentar os parâmetros, as técnicas e os valores, que devem ser utilizados, e uma ampliação das prerrogativas do advogado em sua atuação. Ao longo dos seus oito artigos os criminalistas buscaram expor os principais seguimentos, sem que se

tornasse engessada a atividade investigativa. A respeito do provimento, o autor esclarece: “além disso, precisa ser promulgado um marco legal, que traça segurança jurídica definitiva, bem como possa cogitar do alargamento das prerrogativas da advocacia, no sentido de melhor exercer a sua função investigativa” (Dias, 2019, p. 72).

No processo penal ganha especial relevância a prova, pois é o elemento de impacto cognitivo, que pode modificar o curso da persecução penal, podendo interferir de fato no mérito, ao demonstrar a veracidade das alegações levantadas pelos litigantes. O advogado de defesa deve atuar em todas as fases processuais com o objetivo de produzir provas para a defesa do acusado, a investigação criminal defensiva visa à proteção individual, oportunizando uma defesa ativa e efetiva.

Surge no cenário jurídico a constitucionalidade do instituto. Muitos doutrinadores já apontam que a investigação defensiva é amparada por princípios presentes na CRFB/1988. O sistema de investigação acusatório, pretendido por nossa Carta Magna, quais sejam: a total separação das funções de acusação, defesa e julgamento; a imparcialidade do Juiz; o contraditório; a presunção da inocência; a liberdade de defesa e igualdade de posição entre as partes; bem como a livre apresentação de provas por ambas (Marques, 2009).

Franklyn Roger Alves Silva (2023) ressalta que em nível constitucional os princípios da ampla defesa e do e contraditório, previstos no artigo 5º, LV, da CRFB/1988 são o principal embasamento para a matéria da investigação defensiva, seus pilares de sustentação no sistema jurídico interno.

Gabriel Dias (2019) esclarece que o texto constitucional originário traz que: “o advogado é indispensável a administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão”, sendo muito relevante para a análise constitucional da investigação defensiva. Os princípios constitucionais assegurados ao acusado frente ao Estado, garante que deve ser reconhecido e tratado como um sujeito de direitos, e não como mero objeto da investigação como anteriormente tratado. As garantias previstas são: o devido processo legal; os princípios do contraditório e da ampla defesa; e por fim, o princípio da igualdade, consagrado pela paridade de armas. O autor reforça:

> Como elementos constitucionais fundantes da investigação defensiva, pois, temos a salvaguarda dos princípios da igualdade (artigo 5º, caput, CF), do devido processo legal (artigo 5º, LIV, CF), do contraditório, e da ampla defesa (artigo 5º, LV, CF). Ainda é possível alegar que a segurança pública

> é direito e responsabilidade de todos (artigo 144, CF), inclusive do advogado no exercício das suas funções (Dias, 2019, p. 44).

A base constitucional para o uso da investigação defensiva por parte do advogado, pode ser respaldado pelo artigo 5º, XIII, CRFB/1988, que reforça o princípio do livre exercício das profissões. Franklyn Silva (2023) também reforça para garantia do uso da investigação defensiva os tratados internacionais firmados pelo Brasil no plano internacional, dando destaque aos vários instrumentos com caráter de proteção aos direitos humanos, dizendo ser possível a identificação de uma segunda fonte que funcione como suporte a defesa técnica.

É importante que a representação do acusado por parte do seu advogado esteja em paridade com a acusação, mesmo com todos os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, presentes respectivamente no artigo 5º, incisos LIV e LV, da CRFB/1988, há de se ressaltar o princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*; e artigo 133).

A respeito do devido processo legal, Rogério Lauria Tucci (1993), enumera que este abarca as garantias a serem respeitadas durante toda persecução penal:

> [...] especifica-se o devido processo penal nas seguintes garantias: a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; a) 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 de prazo razoável de duração do processo penal (Tucci, 1993).

É nesse sentido que, efetivar a investigação criminal defensiva em todas as etapas, em especial na investigação preliminar, é uma forma de preservar o devido processo legal. Pois, a investigação preliminar é um modo de garantir ao acusado a plenitude e paridade de defesa tão essenciais ao processo justo, conforme almeja nosso ordenamento jurídico.

A ampla defesa e o contraditório previstos no art. 5º, LV, da CRFB/1988 representam os elementos-chave para o embasamento da investigação criminal defensiva, no sistema jurídico brasileiro. O direito a prova passa a ser fundamental e também não se admite as provas obtidas por meios ilícitos.

De acordo com Vitor de Paula Ramos:

> A fundamentalidade formal do direito à prova pode ser localizada em dois incisos do art. 5.o da CF/1988. Primeiramente, no inc. LVI, uma vez que, proibida a admissão das provas ilícitas, permitida está a admissão das provas lícitas. Ainda, no inc. LV, em que, ao garantir o contraditório e a ampla defesa, o legislador constitucional explicitamente faz referência à asseguração dos meios inerentes a essa; entre tais meios inerentes, está, por óbvio, o direito à prova (Ramos, 2013, p. 44).

Aqui prima pela adoção da verdade objetiva, no sentido que não é determinada pelo sujeito e que independe de qualquer consenso ou coerência narrativa. Corolário do direito à prova é assegurado o direito a prova a todo imputado na investigação e no processo criminal.

De acordo com Gabriel Dias (2019), 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.

> O direito à prova não encontra previsão expressa na Constituição Federal, podendo ser extraído no art. 5º, LV no que tange à sua intrínseca ligação com o contraditório e a ampla defesa. Por trás do direito a um defensor e da garantia de tempo e dos meios necessários para o exercício da defesa, insere-se a possibilidade de produzir provas na relação processual e, portanto, o direito à realização de busca e coleta de informações para a defesa do acusado (Dias, 2019, p. 79).

A investigação defensiva, como dispõe André Augusto Mendes Machado (2010, p. 19) 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". Franklyn Silva diz que:

> A existência de um receio de que a investigação criminal defensiva não tenha espaço no Brasil por conta da ausência de regras que disciplinem o seu modo de realização. Via de regra, seria uma forma de negligenciar o conteúdo do princípio do devido processo legal e efetuar uma errônea leitura da ampla defesa, do contraditório, do direito à atividade probatória e da própria isonomia (Silva, 2023, p. 98).

O direito à autodefesa é exercido pessoalmente pelo acusado, que poderá diretamente influenciar o convencimento do juiz, por sua vez, conforme entendimento de Gustavo Henrique Badaró (2021), o direito a defesa técnica é exercido por profissional habilitado, com capacidade postulatória e conhecimento técnicos, assegurando assim a paridade das armas entre a acusação e a defesa.

> O papel da defesa técnica é arrecadar informações e elementos que possam direcionar o exercício da resistência à pretensão acusatória e sugerir a proposição das provas na relação processual, permitindo que ambas as partes tenham o controle e a previsibilidade de suas ações no processo. [...]. 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, 2023, p.107).

A respeito do acusado, Marta Saad esclarece:

> Em verdade, o envolvido em inquérito policial deve ser reconhecido como sujeito ou titular de direitos, sujeito do procedimento e não apenas sujeito ao

> procedimento, verdadeiro titular de direitos que dentro dele exerce. O indivíduo é, aliás, sujeito e titular de direitos sempre, não importa em que estágio o procedimento se encontre. Os direitos e as garantias constitucionais não têm limites especiais nem obedecem a procedimentos, simplesmente devem ser obedecidos sempre (Saad, 2004).

O acusado no inquérito policial não pode ser tratado como mero objeto da investigação, este é sujeito de direitos e deve lhes ser assegurado um rol de garantias.

Sobre a ampla defesa, Franklyn Silva (2023) conclui que, por trás da ampla defesa e do contraditório, é possível desdobrar uma série de direitos e garantias, dentre as quais a possibilidade de investigação defensiva como substrato do direito à produção probatória, esse último derivado do devido processo legal. A pesquisa desempenhada pela defesa é uma resposta a atividade punitiva do processo inquisitório.

A investigação defensiva pode ocorrer durante a instrução para que nas alegações finais o advogado possua um arcabouço de provas úteis e garantir o convencimento do julgador e absolver o imputado. Caso o imputado tenha sido condenado, a investigação defensiva pode incidir na fase recursal. Ela pode ser utilizada na execução penal, na produção de defesa de acusação de falta grave, que caso seja reconhecida, obstrui o executado dos benefícios executórios.

A investigação defensiva pode ser utilizada para coletar elementos que fundamentam o pedido de alguns benefícios executórios, caso seja o acusado beneficiário destes, comprovando o requisito subjetivo necessário a progressão de regime ou livramento condicional da pena.

Ainda, a investigação defensiva pode operar como medida preparatória de revisão criminal, já que a justificativa é necessária para dar ensejo a ação. Pode ser aplicada no decorrer da revisão já iniciada, da mesma forma que na instrução da ação penal, por meio da oitiva de pessoas, em especial aquelas que podem ter mentido na ação de origem, produzindo perícias e outros atos que auxiliem na influência do julgamento.

Além dos pontos levantados, o art. 3º do Provimento 188/2018 elenca uma série de momentos em que a investigação defensiva poderá incidir, dispondo em seu parágrafo único sobre a possibilidade de requisição de diligências para obter os elementos necessários a produção de provas para oferecimento de queixa, principal ou subsidiária (CFOAB, 2018). Se é fato que o direito à produção probatória se extrai

da ampla defesa e do devido processo legal, não podemos nos esquecer de que nosso sistema busca preservar a segurança jurídica.

4. A Autonomia da Vontade na Investigação Defensiva

O sistema processual penal brasileiro é marcado por uma série de deficiências no que diz respeito a proteção das garantias fundamentais do acusado. Há dificuldades da efetiva prática do instituto da investigação defensiva, bem como a sua essencialidade para a efetiva garantida dos direitos fundamentais de igualdade de defesa do acusado, em especial na fase preliminar da investigação, momento bem vulnerável do processo.

O réu tem direito-dever de participação no processo, além do direito de informação, que acontece mesmo que ele não se mobilize. Há uma obrigatoriedade de participação. O instituto obriga que o réu seja defendido e para isso a defesa deve estar bem fundamentada. Com o advento da investigação criminal é possível inserir a investigação defensiva como uma das suas espécies compreendida através do inquérito defensivo, em favor do acusado, e o nosso sistema jurídico já apresentam algumas normas como instrumentos para o desenvolvimento de investigações pela defesa.

É garantida as partes a liberdade a participar do processo e aquele que é alvo de qualquer procedimento investigativo também pode utilizar da atividade investigativa para a sua defesa, acompanhando o processo investigativo principalmente na fase que antecede a persecução penal. Considerando ser ele quem arca com as sanções penais e possível restrição de um direito tão essencial como a liberdade, o imputado deve poder atuar ativamente durante toda a persecução, garantido sua absolvição, e quando não, a condenação mais justa.

Apesar de muitas vezes ser vista com rejeição pelas autoridades as quais seus resultados são apresentados, a investigação defensiva vem ocupando cada vez mais, espaço no mundo jurídico. Este instituto é imprescindível para a proteção das garantias processuais e princípios do contraditório, da ampla defesa e da igualdade das partes.

Os defensores da existência de uma investigação ministerial afirmam que o art. 129 da CRFB/1988 atribui a titularidade da ação penal ao Ministério Público:

"são funções institucionais do Ministério Público: [...] VII – Exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior" (Brasil, 1988).

Na posição em que se encontra o Ministério Público, atuando como responsável por preservar os limites da atuação policial e ainda como parte acusadora, a imparcialidade processual pretendida pelo sistema acusatório preceituado na CRFB/1988 fica certamente prejudicada. O viés inquisitorial que estrutura a investigação criminal no Brasil e a atuação do Ministério Público, como responsável por preservar os limites da atuação policial corrobora para as disparidades e a posição de vulnerabilidade do acusado.

Há uma necessidade evidente de fortalecimento da defesa na persecução penal, já que o Ministério Público atua como parte acusadora, levando em Juízo a pretensão punitiva do Estado. Essencial a sua atuação é o recolhimento de provas relacionadas a tese acusatória, a fim de contribuir para a formação da opinião do juiz a decisão final, favorável ao interesse do estado. André Machado (2010) diz que é quase impossível vislumbrar o Ministério Público agindo em prol do imputado, posto que busca provar a existência de elementos objetivos e subjetivos do crime.

Apesar da competência natural de investigação ser da Polícia Judiciária, o que se observa na realidade é a intervenção do Ministério Público como parte e como fiscal, atuando na produção de provas favoráveis aos seus interesses. Enquanto, por outro lado, o advogado de defesa atua passivamente, apenas rebatendo provas já produzidas, sem uma efetiva possibilidade de influência no jogo processual (Lopes, 2022).

O direito comparado sobre o instituto da investigação defensiva, como a regulamentação italiana, tem levado os juristas brasileiros a refletir sobre o tema. Diante de tal análise, Gabriel Dias (2019) esclarece não se pretende em nosso país a utilização do instituto de forma sinônima a de outros países, como a Itália ou os EUA. O que se pretende é aprender com os dados e técnicas de grande importância já utilizados no mundo para concretização no sistema brasileiro.

Ao lado da regulamentação da investigação defensiva, a doutrina vai construindo uma teoria sobre esse instituto. Em se tratando do papel da investigação defensiva para o nosso ordenamento jurídico:

> Investigação defensiva é o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal,

> inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial (Baldan, 2007, p. 253).

A esse papel da investigação defensiva no nosso ordenamento, Franklyn Silva (2023) acrescenta que a investigação defensiva pode também ser realizada em favor de outros sujeitos processuais, a exemplo da vítima nas usa mais variadas proposições. Além disso, dispõe que a atividade defensiva pode ser exercida para fornecer subsídios em qualquer fase ou grau procedimental. Inclusive para eventual embasamento de uma revisão criminal ou para aspectos na seara da execução penal (formas não prisionais de cumprimento de pena), sendo verdadeiro reflexo da paridade de armas. A investigação defensiva irá permitir a coleta de elementos que forneçam a construção de teses defensivas baseadas em certos fatos.

5. Impactos da Investigação Defensiva nos Procedimentos Penais

O princípio da igualdade, também denominado como paridade das armas é o instituto que busca não somente a igualdade formal, mas a verdadeira igualdade material, com fins de remediar as evidentes desigualdades existente entre os litigantes da ação penal.

O juiz, portanto, tem um papel essencial, pois pode atuar para suprir as discrepâncias existentes em relação aos recursos disponíveis pelos litigantes. Enquanto o Ministério Público atua na acusação com todo o aparato estatal, o acusado, não possui recursos para a sua própria defesa. Ao magistrado cabe receber os elementos informativos de ambos com uma posição isonômica e justa, aplicando as leis de forma igualitária e motivando suas decisões na busca pela verdade dos fatos.

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli afirma:

> Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo o 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 (Ferrajoli, 2002, p. 490).

É evidente que em nosso modelo processual penal, o que ocorre é a disparidade das armas, problemática que se inicia lá no inquérito e se estende por toda a persecução penal. Por isso, mecanismos que diminuíam as desigualdades entre acusador e acusados são necessários para a busca de um processo mais justo. A investigação defensiva por parte do advogado, instituto objeto de estudo ao longo desse trabalho, seria uma forma de diminuir essas desigualdades.

A possibilidade de o investigado produzir elementos probatórios a seu favor, desde o início da persecução penal, e não apenas rebater aqueles produzidos na fase inicial pela Autoridade Policial e pelo órgão ministerial, configura a importância da investigação defensiva. Isso ampliaria o campo do conhecimento para o Magistrado, reduzindo as acusações infundadas e medidas cautelares indevidas.

A prova é a forma encontrada pela defesa de superar as limitações que enfrentava anteriormente o advogado criminal para construir as suas teses de defesa, que anteriormente resumiam em jurisprudência e doutrina como forma de defender o acusado.

Sobre a prova, dispõe a jurista Márcia de Moura Irigonhê:

> Trata-se da função persuasiva da prova: busca-se a captura psíquica do juiz, convencendo-o que a versão apresentada consiste na mais aceitável, e não que ela corresponde à famigerada verdade real. O juízo prolatado ao final da persecução criminal não é um juízo de verdade, mas de plausibilidade da hipótese. [...]. Logo, “provar” significa induzir o magistrado ao convencimento de que o fato em análise ocorreu de determinado modo, reconstruindo-o no presente através do ordenamento das representações sobre o passado (Irigonhê, 2020, p. 12).

É imprescindível que haja igualmente a atuação efetiva da defesa, a fim de garantir que provas favoráveis ao acusado também sejam produzidas. A produção de provas no processo penal, relembra o poder do Ministério Público, parte acusadora da relação jurídica na persecução penal. Os poderes são amplos, recursos materiais e humanos, quadros funcionais investigativos e periciais próprios, todos voltados a investigação, o Ministério Público pode ainda requerer diligências e até mesmo, a instauração do inquérito policial à Polícia Judiciária.

Essas considerações justificam a necessidade de um instituto como a investigação criminal defensiva no direito brasileiro. Ainda que a problemática em torno da mudança na perspectiva interna de funcionamento dos órgãos fosse solucionada com a efetiva consolidação do modelo acusatório, ou que houvesse uma regulamentação mínima da investigação defensiva preenchendo a lacuna

normativa a respeito em nosso ordenamento jurídico, o instituto ainda encontraria óbices em sua execução.

6. Conclusão

Ainda é evidente a disparidade de armas existente entre acusação e defesa, além do prejuízo ao exercício pelo acusado em sua ampla defesa desde o início da persecução, bem como ao exercício do contraditório, apenas efetivado em fase judicial, porém ainda limitado a refutações de provas produzidas pela parte contrária, sem que tenha sido oportunizado efetivamente a produção de sua parte também.

A teoria da investigação criminal defensiva é sustentada no fato de que é importante uma maior proximidade da defesa na coleta dos elementos de prova dos fatos, seja participando mais efetivamente do inquérito policial, seja através da iniciativa de pesquisa e coleta de fontes de prova.

A investigação pode se desenvolver por várias linhas, com o defensor participando ativamente do processo, e não se limitando a rejeitar e buscar formas de demonstrar ilegalidade e exagero nas provas feitas pela acusação lá na fase administrativa, o Inquérito policial. A defesa pode explorar pontos da investigação desprezados porque não são uteis a acusação, mas que na defesa poderá favorecer garantido um justo processo.

A partir da compreensão das garantias constitucionais ao processo, é claro a necessidade de implementação efetiva de uma investigação criminal no processo penal, como forma de garantir os direitos do acusado em todas as fases do processo e especialmente na fase de maiores disparidades de armas que é a investigação preliminar.

Por fim, mesmo não se equiparando ao Ministério Público, a defesa feita pelo advogado, pode comprovar fatos ou elementos que gerem dúvidas suficientes para absolvição e, portanto, é importante o seu fortalecimento através da realização da investigação defensiva.

7. Referências

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, 2007.

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988. Disponível em: https://tinyurl.com/dxh3npru. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Rio de Janeiro: Catete, 1941. Disponível em: https://tinyurl.com/29t2xhft. Acesso em: 02 nov. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 8.045 de 2010**. Reforma o código de processo penal e legislação correlata. Brasília-DF: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: https://tinyurl.com/ydxwrwd3. Acesso em: 03 nov. 2023.

CFOAB. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento nº. 188 de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília-DF: CFOAB, 2018. Disponível em: https://tinyurl.com/fw8zy69w. Acesso em: 15 out. 2023.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**: teoria geral do processo e da defensoria pública. 24. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, v. 1.

IRIGONHÊ, Márcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias**: repensando a prova penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica do processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais; DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. **Consultor Jurídico**, 01 fev. 2019. Disponível em: https://tinyurl.com/y6mpn68z. Acesso em: 03 nov. 2023.

LOPES, Maria Laura Campos. **A efetiva aplicação da investigação defensiva no Brasil como proteção às garantias e direitos do investigado no processo penal**. 2022, 30 fl. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2022. Disponível em: https://tinyurl.com/4s88c8y5. Acesso em: 04 nov. 2023.

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

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Millennium, 2009, v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 224, 2013.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2023.

TUCCI, Rogério Lauria. Devido processo penal e alguns dos seus mais importantes corolários. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993. Disponível em: https://tinyurl.com/5n7df9hz. Acesso em: 15 set. 2023.