

**INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: AMPLIANDO HORIZONTES DO DIREITO
FUNDAMENTAL À PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL¹**

***DEFENSIVE INVESTIGATION: ENLARGEMENT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT
TO PARITY ARMS IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS***

Matheus Felipe Castro²

Roberta Christina Vieira³

Resumo: O presente artigo objetiva demonstrar a oportunidade da adoção de um sistema de investigação defensiva no Brasil, com vistas a garantir ampliação do acesso do direito à defesa por parte dos acusados no processo penal. Identifica a presença preponderante do princípio inquisitivo no processo penal brasileiro, tornando o inquérito policial um instrumento de produção de provas de acusação. Analisa características da Polícia Judiciária como órgão incumbido da realização da investigação e as formas de produção da prova na fase do inquérito policial. Conclui pela inexistência de obstáculos jurídicos à implementação da investigação defensiva, para aperfeiçoamento de direitos fundamentais que se efetivam no processo: contraditório, ampla defesa e paridade de armas.

Palavras-chave: Investigação Defensiva; Sistemas Processuais Penais; Direitos Fundamentais.

Abstract: This article aims to demonstrate the opportunity of adopting a defensive investigation system in Brazil, with a view to guaranteeing greater access to the right of defense by the accused in criminal proceedings. It identifies the preponderant presence of the inquisitory principle in the Brazilian criminal process, making the police investigation an instrument for producing evidence of prosecution. It analyzes the characteristics of the Judiciary Police as the body responsible for conducting the investigation and the forms of evidence production during the police investigation phase. It concludes that there are no legal obstacles to the implementation of defensive investigation to improve fundamental rights that are effective in the process: contradictory, broad defense and parity of arms.

Keywords: Defensive Investigation; Criminal Procedural Systems; Fundamental rights.

¹ Artigo recebido em 25/07/2019 e aprovado em 20/11/2019.

² Estágio de Pós-doutorado em Direito pela UnB - Universidade de Brasília (2018) e Doutor em Direito pela UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina (2009). Formando em psicanálise de orientação lacaniana na Escola Brasileira de Psicanálise - EBP/SC. Professor de Direito Penal e Processual Penal no Curso de Graduação em Direito da UFSC e no Mestrado Profissional em Direito da mesma instituição. Professor Titular do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito da UNOESC - Universidade do Oeste de Santa Catarina. Líder do "Cautio Criminalis", Grupo de Pesquisas em realidade do sistema penal brasileiro. Presidente da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Santa Catarina. Secretário de Comunicação do CONPEDI - Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito. Advogado atuante na área criminal desde 1999. ORCID ID <https://orcid.org/0000-0002-0534-7981>

³ Mestranda no Mestrado Profissional em Direito da UFSC. ORCID ID <https://orcid.org/0000-0001-8356-137X>

Introdução

O artigo objetiva analisar a possibilidade da implementação da investigação criminal defensiva no Brasil, ou seja, com o suspeito de uma prática delitiva atuando diretamente na coleta de provas, por intermédio de seu procurador constituído ou defensor público, objetivando constituir evidências favoráveis à sua defesa processual.

A investigação defensiva, dissociada da investigação oficial dirigida pelas polícias judiciárias, se mostraria oportuna a um processo penal de índole acusatória, encontrando-se intrinsecamente relacionada aos princípios da isonomia e da ampla defesa, garantindo assim a paridade de armas entre as partes acusadora e imputada.

A investigação defensiva poderia, assim, conduzir a uma mais adequada averiguação de fatos delituosos, aumentando a eficiência do contraditório, como um contrapeso à investigação produzida exclusivamente pelos órgãos oficiais de Estado, ampliando o campo de cognição da magistratura, fornecendo dados suplementares e proporcionando um maior aporte material ao juiz natural da causa para decidir acerca da imputação apresentada.

A matéria ainda é desconhecida na legislação brasileira. O procedimento investigatório dirigido pelo defensor do imputado não está previsto em lei ordinária. O investigado é considerado objeto de investigação e não sujeito de direitos no trâmite de um inquérito policial, dele podendo participar limitadamente mediante solicitações de diligências que não vinculam os dirigentes da investigação.

Objetivando apresentar a possibilidade de adoção dessa medida no Brasil, na primeira sessão deste artigo, será apresentado o instituto da investigação defensiva na Itália, país no qual o tema é bastante debatido pela doutrina, especialmente por sua recente adoção na legislação processual penal vigente.

Na segunda sessão será contextualizada a investigação defensiva em relação à teoria dos sistemas processuais penais, com o objetivo de demonstrar que o instituto se coadunaria com um sistema preponderantemente acusatório, opção da Constituição de 1988.

Finalmente, na terceira sessão, é apresentada a viabilidade da implementação da investigação defensiva na legislação penal nacional, parcialmente instaurada pelo Conselho Federal da OAB-Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio do Provimento datado de 11 de dezembro de 2018, que regulamentou o seu exercício perante a categoria profissional

dos advogados.

1. Processo penal defensivo: o paradigma da investigação criminal na Itália

Na investigação defensiva compete ao defensor traçar a estratégia investigatória, independentemente das autoridades públicas, respeitando os preceitos constitucionais e legais de produção de prova, evitando indagações acerca de sua licitude e valor. Se na investigação pública a defesa não passa de mera coadjuvante fiscalizatória, na investigação defensiva ela assume o protagonismo da produção probatória favorável ao imputado.

A investigação defensiva possibilitaria, dessa maneira, um maior protagonismo da defesa em benefício do imputado, possibilitando a ampliação dos direitos de defesa e contraditório e sugerindo uma maior paridade de armas no interior do processo penal. Neste sentido, assevera Ferrajoli (2002, p. 490):

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 estado e grau de 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.

Nessa linha, é possível observar que alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros previram a investigação defensiva, sendo prática antiga e usual do Direito norte-americano, o qual, por vislumbrar um modelo processual penal “adversarial”, concedeu às partes iniciativa probatória e investigatória. Entretanto, nos países de cultura jurídica romano-germânica, influenciados pelo Sistema Penal Inquisitório, a investigação defensiva sempre foi vista com ressalvas.

Apesar de encontrarmos no direito comparado outros países que adotam a investigação defensiva, neste trabalho houve a opção de avaliação do sistema italiano, pelas proximidades que apresenta em relação ao ordenamento jurídico brasileiro. Há aproximadamente duas décadas a Itália optou por modificações estruturais em sua legislação processual penal, transmudando o seu antigo Sistema Processual Misto com preponderância inquisitória (cuja gestão da prova era atribuição do Juiz Instrutor) para um sistema preponderantemente acusatório, tendo a gestão da prova transitado para o domínio das partes processuais.

O Código de Processo Penal italiano está vigente desde 1988, porém anteriormente a ele a persecução penal se embasava em duas fases: a) instrução, de cunho inquisitivo, almejando à busca dos elementos de prova; b) debates, supostamente orientados pelos princípios dispositivos, direcionados à decisão da causa (AMODIO, 1999).

Amodio assevera que o atual Código de Processo Penal embasado nos pilares do sistema acusatório tem três objetivos determinantes, com o nítido propósito de abolir os traços inquisitórios precedentemente vigentes: (i) suplantar as manifestações residuais do autoritarismo do Código Rocco; (ii) fixar os princípios constitucionais que resguardam os direitos de liberdade e de defesa no processo penal; (iii) erigir um sistema normativo desembaraçado das contradições ocasionadas por um ordenamento sinalizado por um “garantismo inquisitório”, isto é, um arcabouço essencialmente autoritário, implementado pela vaga concessão de algumas garantias (AMODIO, 1999, p. 16).

Certamente, a principal inovação foi a abolição da figura do Juiz instrutor, sendo que a autoridade judiciária assumiu a função fiscalizatória e decisória do processo e às partes foram atribuídos os poderes de investigar e buscar os elementos probatórios, com fulcro no Art. 111 da Constituição da República e no Art. 190 do Código de Processo Penal. A iniciativa probatória do magistrado é residual, sendo permitida excepcionalmente, em casos de suma necessidade, conforme estipulado no Art. 507 do Código de Processo Penal italiano (BADARÓ, 2003, p. 142-144).

O atual modelo possui a nomenclatura de *indagini preliminari*, isto é, investigação pré-processual que almeja alcançar elementos relativos à suposta prática criminosa, suficientes para averiguar a constatação da viabilidade da ação penal, bem como embasar as medidas cautelares escritas. O Ministério Público, ente vinculado ao Poder Judiciário, pode guiá-lo diretamente ou por intermédio da Polícia Judiciária, existindo intervenção do magistrado de garantias somente se houver possibilidade de restrição dos direitos fundamentais do suspeito (TONINI, 2002a, p. 394).

O início da investigação se dá por intermédio do conhecimento espontâneo dos fatos pelo Ministério Público, Polícia Judiciária ou pela notícia de crime formalizada por terceiros (art. 330 do Código de Processo Penal italiano). Às vezes, a instauração da persecução preliminar depende de certas condições de procedibilidade, quais sejam: a) *querela*, específica dos delitos de iniciativa privada, composta pela declaração de vontade da vítima ou seu representante legal no que concerne possível prática de conduta criminosa; b) *istanza*, umai

forma similar à querela, divergindo na aplicação dos crimes praticados no exterior com a possibilidade de serem investigados de ofício; c) *richiesta*, uma forma de requerimento do Ministro da Justiça para instauração de procedimento investigatório que visa apurar determinados delitos, com previsão expressa em lei; d) e *autorizzazione a procedere*, uma autorização prévia de autoridade competente para investigar determinadas pessoas em decorrência do cargo que ocupam (SIRACUSANO; TRANCHINA; ZAPPALÀ, 2007, p. 156-159).

É oportuno frisar que naquele ordenamento jurídico está previsto um Juiz para o acompanhamento da fase investigatória, diverso do que julgará o processo, denominado *giudice per le indagini preliminari* (GIP), intervindo apenas quando há previsão legal, bem como a pedido das partes, não podendo atuar *ex officio*.

Na Itália, denomina-se o sujeito passivo da investigação criminal de *persona sottoposta alle indagini preliminari*, ou simplesmente *indagato*, sendo adquirida essa condição com a inscrição junto ao cartório do Ministério Público, mantida a referida qualificação com o arquivamento da investigação ou a deflagração da ação penal, sobrevivendo neste último caso a nomenclatura de *imputato* (DALIA; FERRAIOLI, 2006, p. 181-185).

Frise-se que não há contraditório no transcurso das *indagini preliminari*. Dessa forma, os atos probatórios realizados nessa fase não são considerados provas propriamente ditas, mas meros atos de investigação tendentes a formar um quadro interpretativo das provas posteriormente produzidas mediante contraditório (DALIA; FERRAIOLI, 2006, p. 166-167).

Esporadicamente, se aceita a produção de provas na investigação preliminar, utilizadas na fase processual, desde que relevantes e com risco de perecimento, se instaurado incidente processual específico, com participação do defensor do imputado (arts. 392 a 404 do Código de Processo Penal) (DALIA; FERRAIOLI, 2006, p. 166-167).

Ao longo dos últimos anos houve inúmeras reformas processuais que outorgaram às partes a gestão da prova, deixando a defesa de ser figura inerte na persecução penal, sendo dotada de poderes para procurar fontes de prova em benefício do sujeito passivo (TONINI, 2002a, p. 394; TONINI, 2002b, p. 02).

A investigação defensiva, na Itália, denomina-se *investigazioni difensive* ou *indagini difensive*, a qual consiste basicamente na defesa participar das *indagini preliminari* encabeçadas pelo Ministério Público ou produzir investigação própria, independente da investigação pública (VENTURA, 2005, p. 09). No entanto, há pensadores que afirmam que a

investigação defensiva não é suficiente para garantir a almejada paridade de armas interpartes, consoante Alessandro Nocetti (2008, p. 01):

A defesa, no curso da *indagine preliminare*, encontra-se em posição de nítida inferioridade em relação à acusação, não só pela dificuldade, de ordem essencialmente prática para desenvolver uma autônoma atividade investigatória, voltada à descoberta de fontes de provas a favor do investigado mas, sobretudo, pela relevância que tem no *dibattimento* muitos dos atos atribuídos ao Ministério Público.

Paolo Tonini assevera que a investigação defensiva é direito com relação à Autoridade Judiciária, que deve possibilitar a sua livre realização, e dever do advogado no que concerne ao cliente, pois a investigação defensiva é um meio para atingir o fim da defesa, qual seja, a efetivação da tutela dos interesses do imputado (2002a, p. 495).

No Direito Processual Penal brasileiro não há qualquer previsão legal nesse sentido. o caráter preponderantemente inquisitório do processo penal no Brasil, inclusive, gerou uma cultura de sobrevalorização das provas produzidas pela polícia (geralmente contra o investigado) e uma subvalorização das provas produzidas pelo imputado, vistas como tendenciosas e interessadas, ao contrário das primeiras, o que levou Antonio Scarance Fernandes (2005, p. 75) a afirmar que:

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.

Essa diversidade de atribuição de pesos probatórios aos elementos coletados pelos defensores e pelos órgãos públicos, só pode ser compreendida no contexto de um processo preponderantemente dominado pelo princípio inquisitivo, proporcionando presunção de credibilidade para os dados coletados pelos órgãos públicos, e uma quase negação de valor probatório às evidências apresentadas pela defesa, seja em procedimento próprio, seja nos autos da investigação dirigida pela polícia judiciária.

Francisco da Costa Oliveira (2008, p. 33), aponta que o inquérito defensivo, neste contexto, inúmeras vezes é visto não como meio adequado de investigação, mas como instrumento para acobertar crimes e extirpar provas, ocasionando a obstrução da concretização da persecução penal por parte dos órgãos oficiais da persecução penal.

Diante desse quadro, se dá o empoderamento do defensor italiano em nome da parte imputada do processo penal, o qual deixa de ser um mero espectador passivo da atividade

investigatória, elevado a um papel diametralmente oposto, isto é, de ator no desenrolar das investigações, eis que guiará sua própria coleta probatória, buscando elementos que infirmem a sua culpabilidade e exigindo da polícia judiciária a realização de investigações mais aperfeiçoadas.

2. Sistemas processuais penais: cada parte em seu lugar

Sistemas processuais penais são os grandes modelos adotados pelos processos penais realmente existentes, no que tange à separação funcional das partes no interior do processo penal, bem como da gestão da prova no desenrolar da instrução criminal. Os sistemas processuais penais são dois, o acusatório e o inquisitório, respectivamente informados pelos princípios dispositivo e inquisitivo (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 55).

O Sistema Acusatório encontraria origens remotas no Direito Grego, no qual havia a participação direta dos cidadãos como julgadores e acusadores. No entanto, no Direito Romano houve uma considerável inovação no Direito Processual Penal, pois a persecução e o exercício da ação criminal eram solicitados a órgãos diversos dos magistrados, não integrantes do Estado, mas sim representantes voluntários da coletividade (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 56-57).

O Sistema Acusatório teria se mostrado insuficiente para a repressão dos crimes à época, levando os magistrados a gradativamente usurparam as atribuições dos acusadores, unindo num mesmo órgão estatal as funções de acusar e julgar. No entanto, com o advento dos ideais iluministas, teria havido um abandono gradual do modelo inquisitório, abrindo espaço para modelos mais “garantistas” (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 58).

Em verdade, essa explicação não colabora para o entendimento das funções políticas do processo penal. Os sistemas que aí estão colocados, acusatório e inquisitório, tiveram origens muito próximas historicamente na Idade Média, como respostas políticas diametralmente opostas a problemas de contestação ao poder da época. No primeiro caso, a estratégia acusatória consistia em uma divisão dos poderes para melhor governar, inclusive com a criação da instituição do *Trial by Jury*, na Inglaterra; no segundo caso, a estratégia inquisitória consistia na implementação de instrumentos de terror e perseguição contra todos aqueles e aquelas que pudessem representar algum tipo de contestação aos dogmas da Igreja Católica, por isso mesmo estigmatizados como *hereges*.

No modelo acusatório, dentro dos padrões garantistas, o juiz queda inerte, sendo a produção das provas atividade própria das partes, almejando assim uma estrutura dialética, na qual o acusado não é um mero ouvinte, evitando a formação daquilo que Franco Cordero definiu como “quadros mentais paranóicos” muito comuns nos processos dominados pela lógica inquisitória, onde ao magistrado é possibilitada a formação de uma pré-compreensão sobre os fatos e, por conseguinte a possibilidade de construção das provas que justificariam seu pré-julgamento com base em impressões pessoais, por vezes, derivadas de uma personalidade narcisista. (CORDERO, 1986, p. 51). Na lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, no sistema inquisitório (2009, p. 256.):

O juiz, senhor da prova, sai em seu encaço guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato, privilegiando-se o mecanismo ‘natural’ do pensamento da civilização ocidental que é a lógica dedutiva, a qual deixa ao inquisidor a escolha da premissa maior, razão por que pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão.

Um sistema processual penal acusatório visa garantir uma estrutura dialética, com paridade de armas e isonomia das partes, eximindo assim o acusado da posição processual de mero espectador da persecução penal contra ele empreendida pelos agentes de Estado (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 59). Tudo gira no entorno de uma definição mais clara dos papéis funcionais de cada parte dentro do processo: ao Ministério Público cabe produzir a prova da culpabilidade do acusado; ao acusado e seu defensor cabe a produção da contraprova da culpabilidade do acusado e ao magistrado cabe a análise imparcial da prova produzida pelas partes, sem possibilidade de gerenciá-la ou manipulá-la, o que não acontece hoje no Brasil, onde o Código de Processo Penal concede poderes de ingerência probatória ao Magistrado bastante estendidos.

A matriz democrática, do modelo processual acusatório, encara o magistrado como um terceiro imparcial, sem poderes de gestão probatória que transmitam quaisquer máculas ao processo; o dignifica na função de garantidor dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988, mediante a criação de mecanismos que o tornem mero observador das provas produzidas em contraditório, com poder final de decisão. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2009, p. 255-256) assevera:

No sistema acusatório, por outro lado, o juiz tem, primordialmente, a função de garante das regras do jogo, cabendo às partes apresentarem suas provas, lícitamente obtidas, razão por que é imprescindível a paridade de armas. O acusado é, assim, sujeito de direitos, pois pode se defender em posição de igualdade em relação à acusação (logo, em liberdade: ganha expressão capital a presunção de inocência), buscando apresentar o que lhe couber de favorável. Visualiza-se o processo como ‘uma discussão, luta ou duelo que entre acusador e defensor se estabelece, perante o

olhar imparcial do juiz.

A determinação da separação entre acusador e julgador, além de ser consequência imprescindível da transferência da gestão da prova para as partes, é proveniente da exigência jurídica de imparcialidade do órgão julgador, sendo o mais importante princípio do processo penal acusatório de matriz liberal-democrática, com funções similares à própria separação das funções de Estado: coibir a concentração do poder; estabelecer um inteligente sistema de *checks and balances* processual; enfim, evitar abusos por parte das autoridades (BADARÓ, 2003, p. 107).

No entanto, o critério da separação das pessoas do julgador e do acusador não pode ser entendido como uma separação de ordem pessoal, mas *funcional*: ou seja, não basta que sejam pessoas diferentes, sendo necessário que cada parte esteja no seu lugar, exercendo as funções que lhes cabem no jogo processual penal democrático.

Os sistemas processuais penais não se efetivam da mesma forma em todos os lugares. Ao contrário, cada nação possui o seu próprio processo penal, com preponderância de aspectos acusatórios ou inquisitórios, o que só pode ser apreendido pelo estudo de cada ordenamento jurídico penal concreto.

Não existe um princípio misto. Em matéria de sistemas processuais penais, ou estaremos diante do princípio dispositivo ou do princípio inquisitivo que mesclados nos processos penais realmente existentes, comporão um gradiente processual preponderantemente inquisitivo ou preponderantemente acusatório. Daí que a afirmação, comumente feita na doutrina, de que a maioria dos sistemas processuais seria *misto*, é uma forma de fuga ao debate, já que abre mão de verificar as preponderâncias sistêmicas de cada caso específico.

Oportuno salientar que países que adotam a *Common Law*, por motivos históricos, têm como regra básica o *adversary system*, no qual há a efetiva participação das partes, em especial na iniciativa de produção de provas, porém, o magistrado age equidistante, permanecendo passivo em relação à produção probatória. Pode-se citar como exemplo o sistema inglês, onde se originou o sistema acusatório (BADARÓ, 2003, p. 126-128).

No sistema preponderantemente inquisitivo adotado do Brasil observa-se, em tese, a obediência aos princípios da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, os quais alcançaram o patamar de Direitos Fundamentais, consagrados no Art. 5º

da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas condicionados sistemicamente ao funcionamento de um processo penal onde o magistrado possui prevalência probatória sobre as partes, o que se não anula, condiciona de maneira determinante o exercício dos direitos fundamentais no processo.

Esse modo de “fazer processo” encontra origens históricas na Europa no século XII, onde os poderes dos Magistrados foram paulatinamente violando as esferas de atribuições correspondentes ao acusador privado, atingindo seu ápice na reunião das funções de acusar e julgar no mesmo órgão estatal, sendo *a priori* tal sistema adotado pela Igreja e subsequentemente, pelos legisladores da época nas nações em formação histórica (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 60-61).

O Concílio de Latrão, de 1215, foi o início, no interior da Igreja, do processo de submissão de quase toda a Europa cristã ao pelo sistema inquisitório, com o intuito de reprimir os dissidentes da Igreja Católica, os quais contestavam o poder papal. Logo as autoridades vislumbraram nesse sistema uma poderosa arma de dominação, espalhando-se rapidamente como prática nos tribunais. (COUTINHO, 2010, p. 54).

Evidente que, na contemporaneidade, não se identificam sistemas processuais penais inquisitórios na sua forma clássica, medieval. Chega a ser caricatural, pela forte marca histórica, a descrição dada por Souza Netto (2003, p. 25) do processo inquisitório clássico:

O processo tipo inquisitório puro é a antítese do acusatório. Nele, não há o contraditório, e por isso mesmo, inexistem as regras de igualdade e liberdade processual. As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma só pessoa: o juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e quem, ao final, profere a decisão, podendo, no curso do processo submeter o acusado a torturas (na origem), a fim de obter a chamada rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito, nenhuma garantia se confere ao acusado.

Veja que a marca fundamental dessa forma de ver o processo inquisitório coloca toda a ênfase na separação das pessoas do Órgão Acusador e do Órgão Julgador. Mas essa forma tradicional de ver o problema cria uma espécie de “cortina de fumaça” no debate, porque o que está em jogo não é a separação física dos órgãos envolvidos, mas *funcional*, ou seja, a separação das partes por *funções* no interior do processo e em relação à prova produzida nos autos: no jogo do processo, às partes cabe a tarefa de produzir e gerenciar as provas e ao árbitro cabe a tarefa de guardar a regularidade processual, analisar as provas produzidas pelas partes e, ao final, julgar o caso concreto.

Porém, em processos penais dominados pelo princípio inquisitivo, preponderam

poderes discricionários por parte das autoridades incumbidas de julgar, consoante os quais a obtenção da verdade acaba embasada na concepção demonstrativa da prova, conforme os modelos científicos experimentais, diretamente relacionados aos poderes conferidos ao investigador (BADARÓ, 2003, p. 105).

O sistema inquisitório está em descompasso com a Constituição de 1988, que concebeu um Estado Democrático de Direito. Seria conveniente que o processo penal brasileiro eliminasse os vestígios de inquisitorialidade que ainda prevalecem no processo penal brasileiro (RANGEL, 2008, p. 47), fazendo valer o princípio da dignidade da pessoa humana, valor central a justificar a transição de um sistema processual penal preponderantemente inquisitório para outro, predominantemente acusatório.

3. A possibilidade de adoção da investigação criminal defensiva no Brasil

No Brasil a investigação criminal dá-se preponderantemente por intermédio do inquérito policial investigativo, com estrutura e dinâmica próprias, definidas no Código de Processo Penal e em outras legislações extravagantes, dirigido pelas Polícias Judiciárias, com a finalidade declarada de colecionar indícios de autoria e provas da materialidade delitiva, elementos que servem para fundamentar o exercício do direito de punir por parte dos órgãos acusadores, ou seja, para corroborar a responsabilidade penal dos investigados. Nada na investigação policial induz ao levantamento de provas imparciais, que pudessem corroborar o contrário, uma possível inocência do investigado.

O pensamento tradicional do processo penal nos brinda com definições clássicas, como aquela fornecida por um autor como José Frederico Marques (1997, p. 139), que define a investigação criminal como “atividade estatal de persecução criminal, preparatória e informativa, destinada a angariar os elementos necessários para a conclusão da pretensão punitiva na ação penal”, demonstrando toda a tendenciosidade acusatória do modelo de investigação brasileiro. O Código de Processo Penal de 1941, no entanto, não nos legou uma definição de investigação, o que pode ser extraído da própria regulamentação da investigação ali exposta.

Na ausência de uma definição de investigação criminal no Código de Processo Penal

brasileiro, seguindo o pensamento de Paulo Rangel (2009, p. 70), poder-se-ia fazer uso do conceito fornecido pelo Código de Processo Penal português, aqui aplicado de forma analógica:

ART. 262 [...]

1 – O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher provas, em ordem à decisão sobre acusação.

ART. 263 [...]

1 – A direção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal.

2 – Para efeito do disposto no número anterior, os órgãos de polícia criminal actuam sob directa orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional.

O conceito previsto no inciso I, do art. 262, acima transcrito, é uma perfeita definição legal de investigação criminal. Transcrevem-se, também, os incisos do art. 263 que estabelecem a presidência do Inquérito Policial português pelos agentes do Ministério Público. No Brasil, como se sabe, a presidência do Inquérito Policial é do Delegado de Polícia, sob a supervisão do Ministério Público, já que é a este órgão que cabe a atribuição de exercitar a função acusatória do Estado.

A finalidade declarada da investigação criminal é a restauração histórico-documental de determinado fato penalmente relevante, conduzida pelos órgãos estatais, por intermédio da aquisição de elementos informativos em sentido amplo, os quais visam a formação da *opinio delicti*, as decisões judiciais e a atividade probatória das partes. O objeto material da investigação criminal é o fato penalmente típico, antijurídico e culpável e sua função prática juntar evidências, indícios, provas que demonstrem a presença dos elementos exigidos para o recebimento da denúncia ou queixa-crime.

Por outro lado, o objeto formal da investigação é o somatório dos atos investigativos e seus resultados. Então, da junção dos objetos surgiria a sucessão lógica de três fases bem delimitadas: *instauração*, *desenvolvimento* e *conclusão*, mediante apresentação de um relatório final, teoricamente opinativo, pelo presidente das investigações, ou seja, um delegado de polícia (GOMES FILHO, 2009, p. 250), mas que exerce poder de influência decisivo na fase jurisdicional, eis que a construção da prova no inquérito produz narrativas específicas, evidentemente marcadas pela natureza inquisitorial do procedimento, e que acabam por direcionar não só atividade jurisdicional que se exerce no processo penal, mas o próprio convencimento dos membros do Ministério Público e do Judiciário.

Como acima ficou demonstrado, a teoria processual penal mais moderna no Brasil vem considerando que o sistema processual penal pátrio ainda é marcadamente inquisitório, mesmo na fase jurisdicional propriamente dita. Esta última, transcorrendo no Poder Judiciário, não se caracteriza apenas pela separação entre as pessoas do julgador e do acusador (critério meramente formal), mas pela gestão da prova dentro do processo (critério funcional). Em havendo uma preponderância da gestão da prova nos autos pelo magistrado que julgará a causa, o processo acaba se caracterizando como profundamente marcado pelo princípio inquisitivo.

Ou seja, as partes não ocupam lugares ainda bem definidos na medida em que as funções se confundem. O ideal de “cada parte no seu lugar” (caracterizado por um Ministério Público que produz a prova da culpabilidade, uma defesa criminal que produz a contraprova da culpabilidade e um Judiciário imparcial que apenas observa a prova e julga a causa, sem manipulá-la) ainda não se efetivou no Brasil e parece distante da vontade política tanto de membros do Poder Judiciário quanto dos legisladores que teriam o poder de alterar o sistema.

É nesse contexto que a investigação defensiva surge no Brasil como uma possibilidade de democratização do acesso à justiça criminal, se entendermos por acesso à justiça criminal uma maior possibilidade de defesa do imputado, com maior paridade de armas, em face da acusação, num modelo ainda marcado pela preponderância do princípio inquisitivo. Ela possibilita ao investigado ou ao imputado a produção e gestão de evidências que possam ser melhor aproveitadas em seu favor na fase jurisdicional do devido processo legal, aumentando o poder dialético do processo em contraditório.

A investigação defensiva é apenas um passo, mas um passo importante para que as relações de acesso à justiça criminal por parte do investigado e do futuro réu do processo penal possam ser democratizadas, mediante um maior equilíbrio e paridade de armas dentro do processo. Se a comunidade jurídico-científica parece não aceitar a possibilidade de participação efetiva do investigado na fase policial na qualidade de um sujeito de direitos (no atual sistema ele é considerado “objeto de investigação”), o inquérito defensivo surgiria como uma alternativa que precisaria ser levada a sério pelos juristas, com o fim de produzir uma contraprova que aperfeiçoe os métodos de efetivação do contraditório e da ampla defesa, buscando balancear a tão desequilibrada balança da paridade de armas no processo penal brasileiro.

O Pacto de São José da Costa Rica, inclusive, prevê “a concessão ao acusado do

tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa” e o “direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos” (vide Art. 8.º, 2, ‘c’ e ‘f’). O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos garante os direitos a: “dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa” e “obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação” (vide art. 14, 3, ‘b’ e ‘e’). Esses direitos se coadunam perfeitamente com a investigação defensiva, configurando ampliação de direitos fundamentais.

Por outro lado, analisando a estrutura do procedimento penal brasileiro, a investigação defensiva teria a função de aperfeiçoar a “entrada” do acusado na fase contraditória, permitindo que os instrumentais de julgamento antecipado do caso penal (teoricamente previstos) pudessem finalmente ganhar efetividade prática no Brasil, o que ainda não aconteceu. Segundo os artigos 396 e 396-A, do CPP:

Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias (BRASIL, 1941)

Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário (BRASIL, 1941).

Este momento processual, consistente na entrada jurídica do acusado no processo penal, mediante sua citação válida e oportunidade de apresentação de sua resposta preliminar, teoricamente capaz de levar a um resultado definitivo antecipado do processo, seria imensamente valorizado com a possibilidade de apresentação de outros elementos de convicção que não fossem exclusivamente produzidos pela Polícia Judiciária. O acréscimo ao direito do acusado mediante provas e elementos colhidos em investigação defensiva, segundo Diogo Malan (2012, p. 304), incrementaria o direito à prova defensiva e à paridade de armas, patrocinado por procuradores constituídos ou defensores públicos.

Edson Luis Baldan cita as principais inovações ocasionadas por um sistema de investigação defensiva: 1) A investigação defensiva obrigaria o aprimoramento da investigação policial ou do Ministério Público, a fim de que esta possa se opor à investigação realizada pela defesa; 2) Fomentaria o desenvolvimento das ciências ligadas ao Direito Penal – Criminalística, Criminologia, Medicina Forense; 3) Redimensionaria a atuação jurídica da função do advogado na constituição da prova criminal, antes visto como mero espectador

passivo, agora como produtor efetivo de provas; 4) Induziria a uma motivação judicial mais efetiva no momento da admissão da acusação, com uma análise mais veemente sobre os elementos indiciários e de prova; 5) Fortaleceria a própria prova criminal, eis que produzida tanto pela defesa como pela acusação de maneira mais igualitária, favorecendo a busca da certeza processual e dando maior base empírica à decisão judicial. Eraldo Stefani e Fabrizio Donato (1991, p. 02), por exemplo, afirmam que:

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 de paridade que, como já dito, constitui uma das pilastras sobre a qual se funda a reforma do justo processo'.

Existe uma crítica que pode ser feita à investigação defensiva: ela possui um evidente viés elitista, economicamente falando. A tendência é que as investigações defensivas se constituam em formas de defesa economicamente caras e inacessíveis ao grande público do Sistema Penal. No Brasil, a clientela do sistema é composta de pobres e desfavorecidos que não terão, efetivamente, acesso a essa modalidade de produção de provas. No entanto, embora a crítica seja verdadeira, não parece constituir um motivo suficiente para descartar a legalidade e possibilidade de adoção da medida no Ordenamento Jurídico brasileiro.

Diante da premência de adoção do instituto da investigação defensiva no Ordenamento Jurídico brasileiro, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com fundamento no art. 54, V, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, e consoante o decidido nos autos da Proposição n. 49.0000.2017.009603-0/COP, elaborou o seguinte texto normativo, regulamentando a investigação defensiva como uma das prerrogativas da advocacia nacional:

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 54, V, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 – Estatuto da Advocacia e da OAB, e considerando o decidido nos autos da Proposição n.49.0000.2017.009603-0/COP,

RESOLVE:

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

Art. 2º A investigação defensiva pode ser desenvolvida na etapa da investigação preliminar, no decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer.

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

- I – pedido de instauração ou trancamento de inquérito;
- II – rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa;
- III – resposta a acusação;
- IV – pedido de medidas cautelares;
- V – defesa em ação penal pública ou privada;
- VI – razões de recurso;
- VII – revisão criminal;
- VIII – habeas corpus;
- IX – proposta de acordo de colaboração premiada;
- X – proposta de acordo de leniência;
- XI – outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

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

Art. 4º Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição.

Parágrafo único. Na realização da investigação defensiva, o advogado poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo.

Art. 5º Durante a realização da investigação, o advogado deve preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas.

Art. 6º O advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados.

Parágrafo único. Eventual comunicação e publicidade do resultado da investigação exigirão expressa autorização do constituinte.

Art. 7º As atividades descritas neste Provimento são privativas da advocacia, compreendendo-se como ato legítimo de exercício profissional, não podendo receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades.

Art. 8º Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Brasília, 11 de dezembro de 2018.

Essa medida do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil representa mais um elemento na tentativa de superação do modelo inquisitorial da Justiça Penal existente no Brasil, buscando efetivar os princípios do acesso à justiça, do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas no processo penal.

No entanto, a regulamentação da Ordem dos Advogados do Brasil é insuficiente para

garantir segurança jurídica aos procedimentos de investigação defensiva. Há que considerar a necessidade desse instrumento ser regulamentado por Lei Ordinária, com regras claras e de obrigatoriedade *erga omnes*, com evidentes funções simbólicas perante a comunidade jurídica.

Por fim, mais que ser incorporado ao Ordenamento Jurídico por lei ordinária, os atores jurídicos precisam ser ganhos para essa inovação, eis que sem uma efetiva mudança da mentalidade inquisitorial reinante, o inquérito defensivo poderá acabar sendo mais uma das novidades que não ganham efetividade prática, eis que o sistema como um todo trabalha para manter e neutralizar as inovações contrassistêmicas.

Considerações finais

O objetivo do presente artigo foi apresentar, conceituar, contextualizar e apontar os principais convenientes da adoção, no Brasil, de um sistema de investigação criminal defensiva, como forma de aperfeiçoar o Sistema Acusatório brasileiro, que até agora permaneceu na condição de um dever-ser constitucional, com pouquíssima aceitação prática diante do ser sistêmico existente no Código de Processo Penal, ainda preponderantemente marcado pela gestão da prova processual em mãos do Judiciário.

Na primeira seção, foi apresentado um breve histórico da evolução do Sistema Processual Penal Italiano, que transitou de um sistema preponderantemente inquisitório para outro, marcadamente acusatório, buscando eliminar os traços do seu passado autoritário, adotando, inclusive, o expediente defensivo investigativo objeto do presente trabalho. A análise do caso italiano ganhou relevo no presente trabalho pela influência que o Direito Processual Penal Italiano exerceu sobre o brasileiro, já que nosso Código de 1941 foi em tudo influenciado pela legislação penal italiana da primeira metade do século XX.

Na segunda seção foram abordados os aspectos definidores dos sistemas processuais penais acusatório e inquisitório, marcados respectivamente pelos princípios dispositivo e inquisitivo. Viu-se como a moderna teoria processual penal transitou de um pensamento sobre as diferenças entre um e outro sistema, de aspecto mais tradicional (ligado à separação física entre os órgãos de acusação e julgamento), para outro de caráter funcional (baseado na diferença funcional dos papéis das partes no interior do processo e à gestão da prova, sem manipulação por parte do Judiciário).

Na terceira seção, avaliou-se a conveniência de implementação no Brasil de um sistema de inquérito defensivo, passando pela análise das funcionalidades do inquérito policial clássico como atualmente realizado pelas Polícias Judiciárias e chegando à funcionalidade de uma investigação patrocinada pelo próprio interessado no caso. Enfim, foi apresentado o recente provimento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que em dezembro de 2018 considerou legal a prática por parte dos seus associados, considerando a importância prática da transposição desses critérios para a legislação ordinária brasileira.

Enfim, a investigação defensiva permitirá a coleta de elementos que em oposição à investigação meramente policial ampliará o campo cognitivo do Magistrado, que terá disponível um maior espectro de dados probatórios a embasar suas decisões no transcorrer da ação penal, colaborando para o trânsito ao tão sonhado processo penal acusatório no Brasil, além de dar maior efetividade a direitos fundamentais clássicos como o acesso à justiça, o contraditório, a ampla defesa e a paridade de armas no processo penal.

Referências

AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 25, jan./mar., 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Decreto nº 3689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 27 ago. 2018.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Norma. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/norma-conselho-federal-oab-investigacao.pdf>>. Acesso em: 27 fev 2019.

CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Milano: UTET, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). **O Novo Processo Penal á Luz da Constituição**. (Análise Crítica do Projeto de Lei

nº 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um Devido Processo Legal (Constitucional) é Incompatível com o Sistema do CPP, de Todo Inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coordenadores). **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di diritto processuale penale**. 5. ed. Milano: CEDAM, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

GARCIA, Ismar Estulano. **Procedimento policial: inquérito**. 6. ed. Goiânia: AB Editora, 1995.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 9.6.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (Org.). **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 246-297.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistema de investigação preliminar no processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 20, v. 96, maio/junho. 2012, p. 279-309.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

NOCETTI, Alessandro. **Indagini difensive, parità sostanziale o finzione normativa?** Disponível em: <www.criminologia.it/diritto>. Acesso em: 14 set. 2008.

- NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. 14a edição. São Paulo: Saraiva, 1981.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. Coimbra: Editora Almedina, 2008.
- PITOMBO, Sergio M. Moraes. **Inquérito policial: novas tendências**. Belém/PA: Edições CEJUP, 1986.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SILVA, Alexandre Alberto Gonçalves; SANCHEZ, Pedro Luis Próspero. A perícia como garantidora dos direitos humanos no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito**, São Bernardo do Campo, a. 14, n. 16, anual, 2010, p. 1-14.
- SIRACUSANO, Delfino; TRANCHINA, Giovanni; ZAPPALÀ, Enzo. **Elementi di diritto processuale penale**. Milano: Giuffrè, 2007.
- SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.
- STEFANI, Eraldo; DONATO, Fabrizio *di*. **L'Investigazione Privata nella Pratica Penale, Guida alla Indagine Difensiva per Avvocati, Investigatori Privati e Consulenti Tecnici**. Milano: Giuffrè, 1991.
- TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2002a.
- TONINI, Paolo. **Le investigazioni difensive**. Milano: Giuffrè, 2002b.
- VENTURA, Pasquale. **Le indagini difensive**. Milano: Giuffrè, 2005.