

ANÁLISE CRÍTICA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E DEFENSIVA NO BRASIL

CRITICAL ANALYSIS OF CRIMINAL AND DEFENSIVE INVESTIGATION IN BRAZIL

Pablo Rodrigo França¹

Mário Furlaneto Neto²

José Eduardo Lourenço dos Santos³

RESUMO

Estuda-se o inquérito policial presidido pela Polícia Judiciária no Brasil enquanto modelo prevalente na investigação preliminar brasileira visando identificar indícios de autoria e prova da materialidade de fato definido como ilícito, bem como o instituto da investigação criminal defensiva, com o viés garantista, a partir de sua evolução na Itália e os reflexos contemporâneos no processual penal brasileiro. Assim, por meio de revisão bibliográfica e legislativa, busca-se demonstrar as semelhanças e diferenças estruturais da Itália e do Brasil na abordagem da investigação defensiva no contexto da investigação preliminar almejando discutir os princípios garantistas, conformação das normas e estruturas que atendam ao dinamismo social. Concluiu-se ser possível a adoção da investigação defensiva no Brasil, a ser promovida exclusivamente pelo advogado e Defensor Público, no bojo do inquérito policial, a fim de que referido procedimento seja fomento da investigação criminal garantista.

Palavras-chave: Inquérito Policial; Ampla Defesa; Contraditório; Garantismo.

¹ Mestrando em Teoria Geral do Direito e do Estado no Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Especialista na área de concentração Direito Constitucional e Administrativo – Escola Paulista de Direito (EPD). Delegado de Polícia do Estado de São Paulo e Professor da Universidade do Oeste Paulista-SP (UNOESTE). *E-mail*: p.r.franca@hotmail.com

² Doutor em Ciência da Informação pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Professor do Mestrado e Graduação em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Líder do Grupo de Pesquisa denominado Núcleo de Estudos em Direito e Internet (NEPI), mantido pelo UNIVEM e cadastrado no CNPQ. Professor da Academia da Polícia Civil do Estado de São Paulo. Delegado de Polícia do Estado de São Paulo. *E-mail*: mariofur@univem.edu.br

³ Pós-Doutor pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Professor do Mestrado e Graduação em Direito do UNIVEM. Líder do Grupo de Pesquisa denominado Novos Direitos, Controle Social e Aspectos Criminológicos (NODICO), mantido pelo UNIVEM e cadastrado no CNPQ. Delegado de Polícia do Estado de São Paulo. *E-mail*: jels@univem.edu.br

ABSTRACT

Study the police investigation presided over by the Brazilian Judicial Police as a prevailing model in the Brazilian preliminary investigation aiming to identify evidence of authorship and proof of materiality defined as illicit, as well as the institute of defensive criminal investigation, with the guarantee bias, from of its evolution in Italy and the contemporary reflexes in Brazilian criminal proceedings. Thus, through a bibliographical and legislative review, it is sought to demonstrate the similarities and structural differences between Italy and Brazil in the approach to defensive research in the context of the preliminary investigation, aiming to discuss the principles of guarantee, the conformation of norms and structures that attend to social dynamism . It was concluded that it is possible to adopt the defensive investigation in Brazil, to be promoted exclusively by the lawyer and Public Defender, within the scope of the Police Inquiry, in order that said procedure is to foment the criminal investigation.

Keywords: Police Inquiry; Wide Defense; Contradictory; Garantismo.

INTRODUÇÃO

O advento da Constituição Federal de 1988 trouxe novo panorama para a investigação criminal, alterando o paradigma na produção de provas que visam elucidar a materialidade do crime e sua autoria. Adotou-se o modelo garantista de investigação criminal cujos princípios e garantias individuais da pessoa humana passaram a norteá-la.

Por conta disso, passa-se a discutir a interpretação que se deve conferir ao Código de Processo Penal (CPP), no caso, em relação à investigação criminal preliminar, em face da Lei Maior, nomeadamente em virtude dos momentos políticos antagônicos em que foram edificadas.

O modelo de investigação criminal brasileiro segue o sistema inglês, onde a investigação criminal é presidida pelo Delegado de Polícia de carreira. Utiliza-se o emprego do inquérito policial enquanto instrumento para materialização das provas. Ganha força, no entanto, a corrente que visa admitir os princípios do contraditório e a ampla defesa na fase da investigação criminal.

Recentes alterações legislativas e que marcam a nova interpretação do CPP vão ao encontro dessa premissa ao prever, por exemplo, a participação obrigatória do advogado nos atos de colaboração premiada e a obrigatoriedade da participação do advogado constituído em atos de investigação que necessita a participação do investigado, assim como o direito de postular a produção de provas.

O Projeto de Lei (PL) nº 8.045/2010, que disciplina o Novo Código de Processo Penal, confere nova roupagem à Investigação Criminal, assim como estabelece o instituto da Investigação Defensiva.

Diante disso, por meio de revisão doutrinária e legislativa, busca-se enfrentar a investigação criminal preliminar e suas novas perspectivas sob o viés da CF e visão garantista, enquanto referencial teórico para discutir a investigação defensiva.

Traz à colação tanto a investigação defensiva prevista no Código de Processo Penal italiano, sob o manto do sistema de investigação criminal europeu ou promotor-investigador, assim como o instituto previsto no PL 8.045/2010, que mantém o sistema de investigação criminal inglês, tudo com o objetivo de se realizar a análise crítica da viabilidade de implementação ou não do instituto no ordenamento jurídico, quanto sobre o ponto de vista da legitimidade para promovê-la.

Para tanto, é necessário analisar, inicialmente, o Inquérito Policial no Brasil, o que se fará a seguir.

1 O INQUÉRITO POLICIAL NO BRASIL

Preliminarmente, é importante fixar a premissa de que, em face do móvel do presente trabalho, além da amplitude doutrinária e das controvérsias, a abordagem sobre o tema não se esgotará e será delimitada na essência, de acordo com o referencial e a objetividade eleita.

São inúmeros os pensamentos sobre a origem, mesmo que remota, do inquérito policial, adotando-se a que indica que o ponto mais distante da origem é encontrado em Roma onde o acusador recebia do magistrado o direito a proceder todas as espécies de diligências. Havia a *inquisitio generalis*, apuração do próprio Estado e apontada como a fonte da polícia judiciária, com atuação e investigação da polícia imperial que, ao final, repassava a conclusão daquele inquérito aos órgãos judiciários.⁴

No Brasil sempre houve uma maneira de investigação inicial dos delitos. Durante o tempo colonial, nas Ordenações, havia a *devassa*, forma de inquirição ordinária, sem a indicação de indícios ou autoria, e a *querela*, caracterizada pela inquirição sumária com apontamento prévio da autoria e todos os indícios.⁵ Referidos procedimentos perduraram até a independência do Brasil, em 1822, quando se instituíram os juizados de paz, conferindo-se aos seus membros poderes preventivos e repressivos que foram mantidos, mesmo com o advento do Código Criminal de 1832.

Em 1841, com a Lei nº 261, de 03 de dezembro (regulamentada pelo Decreto nº 120, de 31 de janeiro de 1842), surgiu a figura do chefe de polícia para o município da corte e para cada uma das províncias do Império, bem como os cargos do Delegado de Polícia e dos subdelegados. Com estes, também, a tarefa de remessa, quando entendesse pertinente, de tudo que fosse arrecadado para o esclarecimento do delito com a completa exposição do caso aos juízes, visando à formação da culpa.⁶

Apenas em 1871 foi editada a Lei nº 2.033, de 20 de setembro, regulamentada pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro do mesmo ano, que enalteceu o instituto do inquérito policial como procedimento preliminar da persecução penal. Assim, desde a segunda metade do século XIX, é o instrumento protagonista e legal de apuração dos fatos delinquentes.⁷

⁴ MACIEL, José Fábio Rodrigues. Inquérito policial no Brasil: origens. **Carta Forense**, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/inquerito-policial-no-brasil---origens/415>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

⁵ ALMEIDA, J. Canuto Mendes. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 195-197.

⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

⁷ Ibid.

Hodiernamente, o inquérito policial está consagrado entre os artigos 4º e 23 do vigente Decreto-Lei nº 3.689⁸. Sofreu inúmeras emendas legislativas, havendo discussões legislferantes atuais para sua substituição total, nos termos do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal.

Perazzoni⁹ retrata que somente após o Ministério Público passar a sustentar a ideia da implementação do sistema investigativo continental europeu, o qual retrata a figura do promotor-investigador, é que se observam estudos mais aprofundados sobre o inquérito policial e a investigação criminal no contexto da ordem jurídica brasileira.

Ao delimitar pontos específicos sobre o inquérito policial atualmente aplicado no Brasil, enquanto importante modelo investigatório de fatos considerados criminosos, pode-se conceituá-lo como “atuação investigatória da Polícia Judiciária, com a finalidade de apurar a materialidade da infração penal cometida e respectiva autoria”¹⁰.

No mesmo sentido, Mirabete¹¹ o enfatiza como “todo procedimento policial destinado a reunir elementos necessários à apuração de uma infração penal e de sua autoria [...] uma instrução provisória, preparatória, informativa em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária”.

Salienta-se, pela importância, que não apenas o conceito, mas as características, a finalidade, o valor e tudo que se refere ao regime da investigação preliminar e, respectivamente, do inquérito policial, deve refletir a exegese da norma fundamental, em face da condição superior de nossa Carta Magna.¹²

Em outras palavras, a leitura do inquérito policial deve respeitar todos os princípios constitucionais que apontam para uma elogiável garantia ao indivíduo suspeito e que influenciam toda a persecução criminal e são limitadores do direito de punir do próprio Estado. Assim, para sopesar a balança da justiça, donde de um lado está o indivíduo suspeito e do outro a força pública (Estado), foram consagrados como fundamentais muitos direitos, dentre os quais o ônus da prova ao acusador, a presunção de não culpa, o *in dubio pro reo*, a proteção contra tortura ou excessos (abusos), o direito ao sigilo e à

⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-LEI/Del3689.htm>. Acesso em: 17 jul. 2018.

⁹ PERAZZONI, Franco. Delegado de polícia: um breve histórico e análise do papel que desempenha atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Org.). **Inquérito policial: doutrina e prática**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

¹⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 43.

¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 76.

¹² KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

intimidade, o direito a julgamento por juiz competente, a irretroatividade da lei penal *in pejus*, a inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito, o contraditório, a ampla defesa e o *habeas corpus*. Há, ainda, entre os fundamentos da Carta da República, a dignidade da pessoa humana, bem como entre os objetivos, internos ou internacionais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a promoção do bem estar de todos; a defesa da paz; a solução pacífica dos conflitos.

Essas premissas têm força cogente e refletem em todo o sistema criminal, pois, “[...] no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e mais imóvel que uma lei comum”, de forma que a Constituição de um País é a lei fundamental da nação e “[...] uma força ativa que faz, por uma exigência de necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são”¹³.

O inquérito policial, apesar de antigo, modificou-se com o dinamismo social, não apenas em sua estrutura objetiva, mas, especialmente, em sua alma que contamina a hermenêutica a ser consumada. Não há dúvidas de que a investigação realizada pela polícia judiciária foi democratizada com a vigente Constituição Cidadã.

Grande equívoco daqueles que insistem em tratar o inquérito policial como uma simplória ferramenta de acusação do Estado. Não! O objetivo de todas as diligências é a busca da verdade real dos fatos, inclusive como instrumento de defesa de falsas ou equivocadas acusações, em busca de justiça. Claro, e não menos verdade, que um procedimento bem realizado acaba por encerrar com o conjunto de provas que fixam a materialidade de um crime cometido e os indícios veementes (não apenas suficientes) de autoria.

Doutrinariamente e de maneira disseminada nas fileiras acadêmicas, pontua-se o inquérito policial por possuir algumas características (dentre outras), como o fato de ser formal, ou seja, escrito, sigiloso; resguardar a intimidade das partes e o sucesso da investigação; ser inquisitivo, sob o argumento da ausência da obrigatoriedade do contraditório amplo, e dispensável, por se admitir formas de investigação extrapoliciais.¹⁴

Por força da Constituição Federal, a atribuição da presidência da investigação criminal, no inquérito policial, compete exclusivamente ao Delegado de Polícia, servidor público pertencente aos quadros da polícia civil ou federal, investido no cargo depois de aprovado em concurso público de provas e títulos, onde se exige do candidato o preenchimento de inúmeros requisitos técnicos, como o bacharelado em Direito, além de

¹³ LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 8-10.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 12. ed. São Paulo: RT, 2015.

reconhecida conduta ilibada e boa reputação. Logo, desde 1988, afasta-se a nomeação política ou sem critério legítimo e meritório de escolha do profissional de carreira jurídica, garantidor da lei e da justiça, sem vínculo obscuro e sim compromissado com a verdade cristalina, e que deve pautar as decisões técnicas em fundamentos jurídicos.

Assim, desde o fato consumado, com todas as diligências empregadas durante o procedimento formal e escrito, fiscalizado pela sociedade, imprensa, corregedoria, Ministério Público e juiz competente, com a adoção de todas as medidas cautelares autorizadas pela justiça, sempre após o parecer do membro do *Parquet*, até o deslinde com o indiciamento e o relatório final, constata-se que o inquérito policial é procedimento preliminar de investigação altamente revistado, titularizado por servidor independente e comprometido exclusivamente com a verdade.

Com o advento da CF de 1988, nomeadamente em face da aplicação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da corrente majoritária de adoção do sistema acusatório no Brasil, passa-se a vislumbrar uma maior participação da defesa na investigação criminal, motivo pelo qual se impõe analisar a investigação criminal defensiva na Itália e, posteriormente, as alterações legislativas brasileiras que, aos poucos, vão permitindo nova roupagem à investigação criminal preliminar, o que se fará a seguir.

2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NA ITÁLIA

A Itália modificou, nas últimas décadas, o modelo e a estrutura de sua legislação processual penal, passando do sistema misto para o acusatório. No primeiro, a atividade investigativa preliminar estava nas mãos do juiz, sem a participação das partes e nem mesmo do Ministério Público. O contraditório assegurado era apenas postergado ou diferido, ocorrendo na fase dos debates das provas, ou seja, em momento posterior.¹⁵

Com a mudança ocorrida e a promulgação do novo Código de Processo Penal, em 1988, instaurou-se um novo sistema, de característica acusatória.

Leciona Amodio¹⁶ que os juristas responsáveis pela elaboração do novo Código de Processo Penal, com o propósito de suprimir os aspectos inquisitórios antes vigentes, pautaram-se por três objetivos primordiais: (1) superar toda manifestação residual e o autoritarismo do Código Rocco; (2) efetivar os princípios constitucionais que tutelam os

¹⁵ VENTURA, Pasquale. **Le indagini difensive**. Milano: Giuffrè, 2005.

¹⁶ AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 25, jan./mar. 1999. p. 16.

direitos de liberdade e de defesa no processo penal; (3) construir um sistema normativo livre de contradições decorrentes de um ordenamento marcado por um “garantismo inquisitório”, isto é, uma estrutura essencialmente autoritária, incrementada superficialmente pela concessão de algumas garantias.

Exalta-se a adoção do princípio do contraditório na formação da prova, com a decisão judicial na fase dos debates. O magistrado passou a ter função que garantia a sua imparcialidade, fiscalizando (o que está sendo produzido) e decidindo (a matéria de mérito), com iniciativa probante complementar e de caráter absolutamente excepcional, com vista à preservação da atividade reta.¹⁷

Assim, a investigação preliminar passou a ser responsabilidade direta do Ministério Público (que integra o Poder Judiciário, mas sem funções judiciais), ou através da Polícia Judiciária (a quem requesta a intervenção, ministrando o mote do ato a ser investigado), intitulada *indangini preliminari*. O juiz deixa de ser instrutor e passa a ser eminentemente garantista.

No contexto dos sistemas de investigação criminal, adota-se o sistema do promotor-investigador ou sistema continental europeu, em contraposição ao sistema inglês, em que as investigações “são conduzidas pela Polícia, a qual age em virtude de um poder que lhe é próprio”¹⁸.

Percebe-se que a Polícia Judiciária, no sistema adotado pelo Código de Processo Penal italiano, possui atribuição delegada e complementar ao Ministério Público, no cumprimento estrito da norma, e encarregado de dar ciência de todos os atos ao *Parquet*, que mantém tudo registrado, em forma escrita, junto ao cartório (não em delegacias). Atenta-se para a ausência do contraditório nesta fase em que os atos são de investigação e não tratados como provas, salvo nos casos de risco de desaparecimento, quando se instaura incidente específico com a participação da defesa.

Aliás, o defensor do investigado pode se manifestar junto ao Ministério Público, diretamente e de maneira escrita, participando de atos da investigação, a exceção das cautelares que possam colocar em risco o cumprimento da medida.

Findo o procedimento, caso o Ministério Público, com a dupla função, não verifique indícios de autoria ou prova de materialidade, ou mesmo constate a atipicidade do fato, poderá postular o arquivamento ao *Giudice Per le Indangini Preliminari* (GIP), que se trata de um magistrado especial para a fase de investigação, diferente do magistrado do

¹⁷ Ibid.

¹⁸ PERAZZONI, Franco. Op. cit., p. 28.

julgamento, que resguarda os direitos e garantias e analisa todas as medidas restritivas e cautelares. Contudo, se existirem os pressupostos necessários, o Ministério Público oferecerá a ação penal, comunicando ao investigado e ao seu defensor sobre o fim da *indagini preliminari* e designando a audiência preliminar.¹⁹

Este alerta ao sujeito passivo se justifica para garantir a absoluta defesa do investigado e também para demonstrar a amplitude exata da investigação preliminar.²⁰

Anotada esta análise precedente, em aprimoramento, surgiu na Itália, com a reforma processual e com total respaldo da carta constitucional, a investigação criminal defensiva (*investigazioni difensive* ou *indagini difensive*), possibilitando que todas as partes possam gerir a elaboração de prova, especialmente a defesa, que antes era exclusivamente estática e espectadora.

Assim, a defesa passou, de maneira ativa, a participar da investigação, seja através do procedimento conduzido pelo Ministério Público, seja em investigação independente.²¹ A intenção de alteração do procedimento foi equalizar o sistema de justiça em uma atuação equilibrada do Estado e da parte investigada.

Sobre o assunto, Souza²² enfatiza que

o pensamento da conveniência da instituição da investigação também pela defesa foi, na Itália, fruto da verificação de que o Ministério Público, a quem fora passada a supervisão da investigação, conservara uma tendência natural de parte, posto que devesse em tese também colher elementos do interesse da defesa.

O instituto da investigação defensiva pelo Código de Processo Penal italiano repercutiu nas reflexões apontadas por processualistas penais brasileiros. Nesse sentido, Fernandes²³ enfatiza que “a experiência está evidenciando que este órgão [o Ministério Público], apesar de instado a agir também em favor do investigado, atua, em regra, no sentido de evidenciar a acusação que pretende formular”. O autor concluiu que “Há, por isso, prejuízo ao suspeito, devendo-se abrir, então, oportunidade para que também ele possa investigar, como sucedeu recentemente na Itália”²⁴.

¹⁹ Ibid.

²⁰ STEFANI, Eraldo. **Codice dell'indagine difensiva penale commentato ed annotato com la giurisprudenza e la deontologia**. Milano: Giuffrè, 2005.

²¹ VENTURA, Pasquale. Op. cit.

²² SOUZA, José Barcelos de. Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa. **Migalhas**, dez. 2004. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8498,41046-Poderes+da+defesa+n+a+investigacao+e+investigacao+pela+defesa>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

²³ FERNANDES, Antonio S. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 148.

²⁴ Ibid., p. 148.

O fato é que no sistema processual penal italiano, depois de diversas exegeses e hermenêuticas restritivas, a investigação defensiva encontra-se regulamentada e detalhada pela lei processual penal vigente. Depois de convergências e divergências, naquele País, há uma busca incessante pelo equilíbrio de posições e atribuições das partes na investigação preliminar, com a fixação de poderes ao defensor semelhantes aos aplicados ao Ministério Público e à Polícia Judiciária.

Sob o título *Investigazione difensiva*, permite-se ao advogado entrevistar informalmente e coletar declarações de pessoas capazes de relatar circunstâncias úteis para fins de atividade investigativa, salvo se responsável civil, pessoa civilmente obrigada por sentença pecuniária, pessoas que no mesmo processo tenham atuado como juízes, procuradores ou seus auxiliares, defensor que tenha realizado investigação defensiva ou compuseram a tomada de declarações ou coleta de informações de interesse da defesa.

Para tanto, o advogado de defesa, seu substituto, os investigadores privados autorizados ou os consultores técnicos estão autorizados a agir sobre certas premissas legais: a) alertar as pessoas entrevistadas de sua qualidade e propósito da entrevista; b) o dever de esclarecer os métodos e a forma de documentação; c) o dever de esclarecer se a pessoa entrevistada é investigada ou acusada no mesmo processo, em um processo relacionado ou por infração análoga; d) garantir o direito ao silêncio; e) a proibição de divulgar quaisquer questões levantadas pela polícia ou o Ministério Público e as respostas dadas; f) da responsabilidade criminal resultante da declaração falsa (ITÁLIA, 2014a).

Em caso de coleta de declarações ou entrevista para obter informações de pessoa investigada ou acusada no mesmo processo, em um processo relacionado ou por infração análoga, deve-se notificar, com pelo menos vinte e quatro horas de antecedência, o advogado constituído, cuja presença ao ato é obrigatória. Se a pessoa estiver sem advogado de defesa, a pedido do defensor investigador, o juiz nomeará um defensor para acompanhar o ato.

Na hipótese de entrevistas e coletas de declarações de menores, quando relativos aos crimes de maus tratos contra familiares e conviventes (art. 572), redução ou manutenção à escravidão ou servidão (art. 600), prostituição infantil (art. 600-bis), pornografia infantil (art. 600-ter), posse de material pornográfico (art. 600-quater), pornografia virtual (art. 600-quater.1), iniciativas turísticas voltadas à prostituição infantil (art. 600-quinquies), tráfico de pessoas (art. 601), compra e venda de escravos (art. 602), violência sexual (art. 609-bis), atos sexuais com menores (art. 609-quater), corrupção de menores (art. 609-quinquies), violência sexual em grupo (art. 609-octies), aliciamento de menores (art. 609-undecies) e atos de perseguição (art. 612-bis), previstos no Código Penal italiano, o advogado deverá se valer da ajuda de um especialista em psicologia ou psiquiatria infantil (ITÁLIA, 2014b).

As declarações recebidas, bem como as informações tomadas com violação a uma das obrigações ou condições impostas pela lei, geram vício e inviabilizam a produção da prova defensiva, impondo ao juiz comunicar o órgão governamental com poder disciplinar.

No caso de pessoa presa, o advogado deve obter autorização específica do juiz competente, o que pode ser tanto o que atua na fase da investigação preliminar, quanto o da ação penal ou o da execução da pena, depois de ouvido o advogado de defesa do preso e o Ministério Público.

Estipula-se ainda que a coleta de informações não possa ser presenciada pela vítima ou partes privadas.

Impõe-se o dever de o advogado interromper a coleta de informações de pessoa não sujeita à investigação, quando esta referendar dados que possam caracterizar autoacusação, impedindo-se que tais declarações possam ser utilizadas contra ela.

Quando a pessoa capaz de relatar circunstâncias úteis para os fins da atividade investigativa tenha exercido a faculdade de não responder ou de não prestar declarações, o promotor público, a pedido do advogado, postula audiência que será realizada dentro de sete dias a contar do pedido. Esta disposição não se aplica às pessoas submetidas a investigações ou acusadas no mesmo processo e a pessoas submetidas a investigações ou acusadas em um procedimento diferente, mas em caso relacionados. A audiência ocorre na presença do defensor, encarregado de primeiro formular as perguntas.

Em relação ao levantamento de informações por parte do Ministério Público em referida audiência, vale frisar que as pessoas já ouvidas pelo advogado ou seu substituto não podem receber informações sobre as perguntas feitas e as respostas dadas. Ademais, a testemunha deverá ser cientificada de que se compromete a dizer a verdade e não poderão figurar como testemunhas as pessoas impedidas, as que não estão obrigadas a depor por conta de seu parentesco com o acusado, salvo se na qualidade de ofendida. Obriga-se, também, que o Ministério Público se valha do auxílio de um especialista em psicologia ou psiquiatria infantil no caso de oitiva de menor ou no caso de adulto em condição de vulnerabilidade, vedando-se o contato desta com a pessoa investigada, exceto quando a medida for indispensável ao esclarecimento dos fatos.

Como alternativa à referida audiência, o advogado pode solicitar que seja feito incidente probatório para a coleta do testemunho ou exame da pessoa que exerceu a faculdade de permanecer em silêncio, em especial quando haja urgência em sua oitiva, como no caso de enfermidade, testemunha sob coação ou até mesmo em caso de depoimentos divergentes entre a versão apresentada à defesa e ao Ministério Público.

Conforme exarado por Machado²⁵, a Investigação Criminal Defensiva é tema que na Itália sempre foi profundamente estudado e aperfeiçoado. A prova é a existência, ainda hoje, de portal jurídico italiano específico sobre o assunto (no endereço www.indaginidifensive.it), onde são lançadas jurisprudências e doutrinas, além de modelos a serem executados e de dúvidas sanadas.

Levando em conta que o modelo de investigação preliminar brasileiro estabelece que, em regra, esta será presidida por delegado de polícia de carreira e se valendo do inquérito policial, é necessário realizar apontamentos da participação da defesa na etapa preliminar da persecução criminal.

3 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL

O modelo de investigação criminal no Brasil, até a vigência da Constituição Federal de 1988, era eminentemente presidencialista e inquisitivo.

Assim, a participação da defesa em sede de investigação criminal se limitava ao disposto no artigo 14 do Código de Processo Penal (CPP), ao prever que o “Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”²⁶ (BRASIL, 2018).

Com a vigência da Constituição Cidadã, passou-se a discutir a possibilidade de uma atuação mais efetiva da defesa em sede de investigação preliminar.

Um passo importante nesse processo foi materializado pela Lei 12.850/2013, denominada de a Nova Lei do Crime Organizado, ao disciplinar a obrigatoriedade da presença do defensor do colaborador em todos os atos da colaboração premiada, ou seja, desde a celebração do acordo às oitivas posteriores do colaborador.

Mais recentemente, a Lei Federal nº 13.245/2016 alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados, em especial o inciso XXI do artigo 7º, ao estipular ser direito do advogado

assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente²⁷

²⁵ Ibid.

²⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-LEI/De13689.htm>. Acesso em: 17 jul. 2018.

²⁷ BRASIL. Lei Federal nº 13.245/2016. Altera o Art. 7º da Lei Nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da

de forma que no exercício do referido mister, poderá apresentar, inclusive, razões e quesitos.

Paralelamente às alterações pontuais positivadas na legislação pátria, encontra-se em discussão na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) n. 8.045/2010, do Senado Federal, que tem por objetivo editar o novo Código de Processo Penal. Interessante consignar que o artigo 3º do referido PL prevê a adoção do contraditório e ampla defesa em todo o processo penal, garantindo, portanto, a manifestação do defensor técnico em todas as fases da persecução criminal, dando ênfase, portanto, ao sistema acusatório e direcionando o processo penal ao encontro do art. 5º, LV, da CF.

Inova a investigação criminal, cujo objetivo passa a ser a busca por fontes de prova e não mais a produção de provas, tornando-a mais célere e, sob o enfoque da investigação defensiva, estipula no artigo 13 a faculdade do investigado, por meio de seu advogado, defensor público ou outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fonte de prova em favor de sua defesa, podendo, inclusive, entrevistar pessoas, sempre com o prévio esclarecimento dos objetivos do ato e desde que haja consentimento formal da pessoa a ser entrevistada.

Veda-se que a vítima seja interpelada para fins de investigação defensiva, salvo por autorização do juízo de garantias, que poderá estabelecer os limites da entrevista, reservado o consentimento formal da vítima para a realização do ato.

Prevê-se que as entrevistas sejam realizadas com reserva e discrição, sempre em dias úteis e horário comercial, de forma que o material produzido enquanto resultado das entrevistas poderá ser juntado ou não aos autos do inquérito ao critério da autoridade policial.

Isso não impede, logicamente, a defesa fazer uso do material produzido em prol de sua defesa em juízo, caso a autoridade policial indeferida sua juntada aos autos do inquérito policial.

Ressalva-se que o PL em questão prevê a responsabilidade civil, criminal e disciplinar por excessos praticados pelo advogado, Defensor Público e pelo mandatário com poderes expressos.

Preocupa a definição de quem poderia figurar enquanto mandatário do investigado, em especial por eventualmente se permitir que a investigação defensiva pudesse ser realizada por pessoa externa aos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil e da

Ordem dos Advogados do Brasil). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jan. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm>. Acesso em: 17 jul. 2018.

Defensoria Pública, instituições sérias e que possuem seus órgãos correicionais, a viabilizar a apuração disciplinar decorrente do excesso.

O que se observa dos argumentos dos defensores da investigação criminal defensiva no Brasil é o fato de que o Ministério Público, quando investiga, o faz sem a doutrina principiológica da imparcialidade, ou seja, aqui (bem verdade que em quase todos os países), os membros do *Parquet* investigam para acusar posteriormente, sem o concreto compromisso com a defesa e, em resultado, contaminam o próprio julgamento crítico, a justiça e o seu equilíbrio.

Fato diverso se verifica no inquérito policial, ao se garantir à defesa o requerimento de diligências ou a juntada de provas, visando exclusivamente à verdade concreta dos fatos.

Contudo, se fosse dada a atribuição à mesma polícia para também iniciar e conduzir posteriormente a ação penal, certamente tudo o que fosse elaborado na fase preliminar estaria comprometido com julgamento de validade. Não há como acreditar que o servidor, caso apontasse a autoria indiciária a alguém, pudesse logo depois, analisando os mesmos documentos, deixar de proceder à ação penal. Haveria indubiosamente quebra do equilíbrio da justiça e da isonomia no tratamento da defesa. Este é um forte argumento que justifica o apego pela igualdade de condutas na fundamentada investigação defensiva típica.

Decorrentes do devido processo legal são enaltecidos três princípios norteadores do fundamento para a adoção da investigação defensiva no Brasil:

1. *Princípio da igualdade*, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Não é apenas a igualdade perante a lei, mas a igualdade material. Trata-se de direito fundamental que deve ser respeitado pelo legislador e essencialmente pelos aplicadores da norma. Essa é a essência, também, da busca pela justiça penal. É a garantia do tratamento igual aos que estão em posições jurídicas diversas, mas idênticas no processo, com as mesmas oportunidades para prova dos argumentos.

Acerca da defendida igualdade de oportunidades ou chances, sem o desnivelamento das relações, Bobbio salienta que:

[...] em uma totalidade ordenada, a injustiça pode ser introduzida tanto pela alteração das relações de igualdade quanto pela não observância das leis: a alteração da igualdade é um desafio à legalidade constituída, assim como a não observância das leis estabelecidas é uma ruptura do princípio da igualdade no qual a lei se inspira.²⁸

²⁸ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 15.

Assim, levando em conta que o investigado é a parte mais fraca da relação, possibilitar a ele que na fase da investigação preliminar possa apontar fontes de prova minimiza essa circunstância.

2. *Princípio do contraditório*, estabelecido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República. O princípio que surgiu no Brasil na Constituição da República de 1937 (artigo 122, nº 11, segunda parte) e foi mantido em todos os demais textos, abrange o direito de ciência (prévia) e de participação (ativa no convencimento do magistrado). Deve ser garantido em todos os momentos da atividade probante (postulação, admissão, produção e valoração). No processo penal

o contraditório deve ser pleno e efetivo: pleno, porque deve ser observado durante toda a relação jurídico-processual, até o seu final; efetivo, porque devem ser proporcionados à parte meios reais de contrariar os atos de seu oponente.²⁹

3. *Princípio da Ampla Defesa*, também estabelecido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República. Tal princípio sempre foi previsto nos diplomas constitucionais. Trata-se de uma garantia, mais que direito, tanto do acusado como do processo justo. Divide-se em defesa técnica (assistência jurídica indispensável) e em autodefesa (disponível, mas garantindo-se, contudo, a resistência pessoal no direito de audiência e de presença).

Salienta-se, pela demasiada importância, a íntima relação entre os dois últimos princípios, os quais, no entanto, são autônomos (independentes). No contraditório, há necessariamente partes em litígio, em sentido diverso, com a atuação de terceiro imparcial. A ampla defesa, que sempre precede, existe independentemente do conflito. Essa diferença, para muitos, é o que sustenta que o direito de defesa é garantido no inquérito policial, e não o contraditório (o que reafirma a independência desta espécie de investigação).

No entanto, a peleja jurídica aumentou com a edição da vigente Carta da República que fez previsão expressa no artigo 5º, inciso LV, *verbis*: “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”.

De um lado, a utilização dos termos “processo administrativo” e “aos acusados em geral” tornou indubitosa a aplicação destes dois princípios no inquérito policial que, por natureza, é definido como procedimento administrativo investigatório. Nega-se a

²⁹ FERNANDES, Antonio S. Op. cit., p. 58.

possibilidade do contraditório no inquérito policial, porque seria uma forçosa e demasiada extensiva interpretação do precitado artigo, tanto por incluir este procedimento prévio na categoria de processo, quanto pelo fato de que no inquérito policial não há acusados e nem mesmo conflitos, apenas meras suspeições genéricas e abstratas, com o objetivo de buscar a verdade real, livre da essencial existência de averiguados.

De outro, em defesa diametralmente oposta, demanda ser incontestável que o resultado da investigação preliminar, em muito forma o convencimento do julgador. Logo, indispensável que sejam tais princípios garantidos.

Cabe esclarecer e ressaltar que, objetivando afastar danos irreparáveis e constrangimentos desnecessários a inocentes, independentemente da doutrina adotada, a ampla defesa já permite por si só que o suspeito possa requerer diligências à Autoridade Policial, além de acompanhar os termos do inquérito policial, desde que não se trate de termo revestido pelo sigilo necessário para evitar o comprometimento da investigação (a exemplo da interceptação telefônica).

Discute-se se a investigação de defesa em sede de inquérito policial, que visa à descoberta da verdade dos fatos (não a indevida e despropositada imputação de culpados), pode se amoldar ao contraditório, mesmo que diferido ou restrito, ou se apenas trata da adequação e consagração do direito a ampla defesa.

Entretanto, a despeito de tal discussão, caso não exista qualquer prejuízo à elucidação dos fatos ou à celeridade necessária, especialmente nas demandas sem conotação organizada ou de sujeitos ativos profissionais, não parece haver dano na consagração, mesmo que não expressa, do contraditório relativizado. Se a busca do inquérito policial é a verdade real e se há qualquer dúvida ou resquício de que eventual injustiça possa ser cometida, desde que não exista tumulto ou má-fé da defesa, não se vê motivos para rechaçar prematuramente o direito de ciência ou participação daquele que é investigado.

Sobre a mudança ou alteração dos procedimentos, dos sistemas, das interpretações e dos órgãos estatais, estes devem acompanhar o dinamismo das sociedades. Nesse sentido Reale³⁰ enfatiza que:

Todo modelo social, e o jurídico em particular, é uma estrutura dinâmica e não estática: é-lhe inerente o movimento, a direção no sentido de um ou mais fins a serem solidariamente alcançados, o que demonstra ser incompreensíveis a experiência jurídica sem se levar em conta, como vimos, a sua natureza dialética.

³⁰ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2003. p. 108.

Em semelhante sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco salientam que:

[...] a tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar.³¹

Nessa linha de raciocínio, é possível democratizar, dentro do possível e das premissas éticas e principiológicas, a investigação penal preliminar. A consagração do princípio da ampla defesa, além do contraditório mitigado (ou quando possível) conduz a necessária adaptação de aspectos da investigação defensiva ao tradicional inquérito policial, tendo em vista que o objetivo final deste é a verdade real e não simples acusações infundadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O moderno direito, ante o complicado dinamismo social, busca acrescentar ferramentas e exegeses, visando direcionar o movimento popular em convergência ao garantismo essencial defendido internacionalmente.

Na seara penal, há infinita preocupação com a investigação preliminar que, apesar de não se tratar de processo judicial e ter, em regra, todos os seus atos refeitos após a instalação da ação penal, reforça ao investigado a possibilidade de maximar a ampla defesa e o contraditório diferido, fomentando a paridade de armas.

Para isso, é plenamente reconhecida e não rara é a utilização de conceitos e doutrinas alienígenas, cuja importância na formação do conhecimento e aprimoramento no estudo dos métodos, sempre almeja à evolução jurídica. Contudo, inegável também ressaltar que tais conceitos e doutrinas estrangeiras não podem ser importadas literalmente, como se fossem adequadas totalmente à realidade pátria, já que são oriundos de civilizações com origem, cultura, padrões e órgãos diferentes.

Nesse sentido, o estudo da investigação defensiva adotado pelo código de processo penal italiano, que se filia ao sistema de investigação criminal continental europeu ou promotor-investigador, difere-se do que está sendo tratado no PL 8.045/2010, que pretende alterar substancialmente o Código de Processo Penal brasileiro e prevê instituto análogo,

³¹ CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 19.

porém, no contexto do sistema de investigação inglês, com a permanência da investigação criminal preliminar presidida pelo Delegado de Polícia de carreira e do inquérito policial, enquanto ferramenta para apurar o crime e sua autoria com todas as circunstâncias.

Muda-se o panorama da investigação criminal preliminar, cujo principal objetivo passa a ser apontar fontes de provas, concretiza-se a investigação defensiva, com a atuação do advogado e da Defensoria Pública, porém o PL prevê ainda que tal atividade, também, pode ser realizada por outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fonte de prova em favor de sua defesa, podendo, inclusive, entrevistar pessoas, sempre com o prévio esclarecimento dos objetivos do ato e desde que haja consentimento formal da pessoa a ser entrevistada. Vale frisar que a investigação criminal é presidida por delegado de polícia, bacharel em Direito e que, portanto, apresenta-se preparado para juridicamente analisar as fontes e meios de provas, impelido pela motivação do esclarecimento da verdade real.

Nesse sentido, a investigação defensiva é uma conquista sublime para a consagração do sistema acusatório em sede da investigação criminal, porém permitir que qualquer pessoa possa promovê-la, bastante procuração com poderes específicos, pode gerar sérias ofensas a direitos fundamentais, tanto do investigado quanto das pessoas relacionadas com o fato em investigação, como testemunhas e a própria vítima.

Legitimar o advogado e o defensor público, de acordo com o caso concreto, a promovê-la parece a solução mais plausível para uma investigação defensiva garantista. Assim, envolvidos na investigação criminal preliminar, existiriam atores pertencentes a instituições que representam o Estado ou auxiliares da Justiça, comprometidos com a concretização dos princípios constitucionais que são o alicerce e referencial teórico do Estado Democrático de Direitos, fomentando a investigação criminal cada vez mais garantista.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, J. Canuto Mendes. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 25, p.16, jan./mar. 1999.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-LEI/Del3689.htm>. Acesso em: 17 jul. 2018.
- BRASIL. Lei Federal nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016. Altera o Art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jan. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm>. Acesso em: 17 jul. 2018.
- CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- ITÁLIA. **Codice di Procedura Penale**. Milano, 2014a. Disponível em: <www.altalex.com/2014/codice-di-procedura-penale>. Acesso em: 20 jan. 2018.
- _____. **Codice Penale**. Milano, 2014b. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale>>. Acesso em: 20 jan. 2018.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.
- MACIEL, José Fábio Rodrigues. Inquérito policial no Brasil: origens. **Carta Forense**, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/inquerito-policial-no-brasil--origens/415>>. Acesso em: 17 jul. 2018.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 12. ed. São Paulo: RT, 2015.
- PERAZZONI, Franco. Delegado de polícia: um breve histórico e análise do papel que desempenha atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Org.). **Inquérito policial: doutrina e prática**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015. p. 84-107.
- REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2003.

SOUZA, José Barcelos de. Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa. **Migalhas**, p. 2, dez. 2004. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8498,41046-Poderes+da+defesa+na+investigacao+e+investigacao+pela+defesa>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

STEFANI, Eraldo. **Codice dell'indagine difensiva penale commentato ed annotato con la giurisprudenza e la deontologia**. Milano: Giuffrè, 2005.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Persecução penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980.

VENTURA, Pasquale. **Le indagini difensive**. Milano: Giuffrè, 2005.