

## INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: UMA PRÁTICA A SER DIFUNDIDA

### DEFENSIVE CRIMINAL INVESTIGATION: PRACTICE TO BE PROMOTED

Tatiane Imai Zanardi<sup>1</sup>

#### RESUMO

O presente artigo científico trata-se de um estudo sobre a necessidade de existir a concreta possibilidade de defesa do imputado na investigação preliminar, por meio de defesa técnica, pois o que se observa no inquérito policial – que é o meio mais comum de investigação no Brasil – é o acusado sendo tratado como um mero expectador. Assim, pretende-se demonstrar a crise do modelo investigatório brasileiro, que é ainda inquisitório. Entretanto, as provas produzidas nele sem observância do contraditório são utilizadas em posterior ação penal e não são valoradas apenas como elementos de informação. Além disso, analisar-se-á de forma sucinta a investigação criminal defensiva existente no Direito Italiano e Norte-Americano, bem como será abordado o Projeto de Lei n. 8.045/2010 que pretende introduzir o tema no ordenamento jurídico pátrio e o que efetivamente mudou com a edição da Lei n. 13.245/2016 que alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados no Brasil (EOAB). Por fim, propõe-se que os operadores do Direito introduzam no dia a dia forense a investigação defensiva, já que com essa possibilidade de investigação haveria maior paridade de armas entre acusação e defesa do imputado, tendo como consequência a obtenção de uma instrução prévia mais justa.

Palavras-chave: Investigação Criminal Defensiva. Inquérito Policial. Direito ao Contraditório. Paridade de Armas.

---

<sup>1</sup> Pós-Graduada em Processo Penal pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Advogada criminal. *E-mail:* advocaciazanardi@hotmail.com

## ABSTRACT

This paper studies the need of a concrete possibility of defense of the accused in the preliminary investigation, by means of technical defense. What can be noticed in the police inquiry – which is the most usual means of investigation in Brazil – is that the accused is treated as a mere spectator. The aim of this paper is to demonstrate the crisis of the Brazilian investigation model, which remains inquisitorial. Nevertheless, the evidence obtained from it regardless of the adversarial principle is to be used in further legal action and are not valued as information elements only. Furthermore, defensive criminal investigation in the Italian and American Laws will be briefly analyzed, there will also be considerations regarding bill 8,045/2010, which seeks to introduce this topic in the Brazilian law system, and the effective changes brought by the edition of Law 13,245/2016, which changed the Statute of Brazilian Bar Association (EOAB). Finally, there is a proposition that legal practitioners introduce defensive investigation in daily court practices, as this investigation alternative would allow for greater equality of arms between accusation and defense of the accused, resulting in a fairer preliminary inquiry stage.

Keywords: Defensive Criminal Investigation. Police Inquiry. Adversarial Principle, Equality of Arms.

## INTRODUÇÃO

Nas legislações mais evoluídas, há constante preocupação em garantir o direito de defesa do investigado na investigação preliminar, com o objetivo de diminuir a disparidade de armas na fase pré-processual. Essa disparidade de armas no Brasil é bem presente, pois, no inquérito policial, principal modelo de investigação criminal positivado, o acusado, na maioria das vezes, é tratado como mero expectador, não participando de forma alguma dos atos da investigação.

Assim, o primeiro problema diz respeito à valoração probatória dos atos praticados e elementos produzidos na persecução prévia e, em que pese parte da doutrina entender que se tratem apenas de elementos informativos, é certo que esse fantasioso e otimista entendimento há de ser superado, pois o que se observa ordinariamente no cenário atual são decisões baseadas em elementos coletados na fase investigativa, momento em que não houve observância do contraditório.

Observe-se também que o art. 155 do Código de Processo Penal apresenta um comando legal para que o Magistrado forme sua convicção “pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão *exclusivamente* nos elementos informativos colhidos na investigação”, cumprindo destacar que estão “ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”<sup>2</sup>. Há que se admitir que, o uso da palavra *exclusivamente* não retira o valor probatório.

Logo, o questionamento que se pretende fazer é: Como continuar aceitando a não aplicação do contraditório no inquérito policial, bem como a não possibilidade de o investigado defender-se provando, nessa fase prévia, se o material colhido na instrução preliminar poderá ser usado para formar o convencimento do magistrado? Se a prova produzida durante a instrução criminal deve respeitar o contraditório, ou seja, ter a participação do acusador, do acusado e a supervisão do julgador, a mesma prova<sup>3</sup> produzida na investigação também deverá ser submetida ao crivo do contraditório, pois as duas poderão acabar se destinando ao mesmo fim.

---

<sup>2</sup> Grifo nosso. BRASIL. Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm)>. Acesso em: 28 jul. 2016.

<sup>3</sup> Costuma-se fazer distinção entre fonte de prova, meio de prova e objeto de prova. A fonte de prova corresponde a todos os elementos materiais que se prestam ao esclarecimento de um fato, por exemplo, um documento ou uma pessoa. Sua existência, portanto, é anterior e autônoma ao processo. Já o meio de prova somente existe no processo, sendo o instrumento destinado a levar a fonte de prova ao juízo. É o caso das declarações de uma testemunha; da juntada de um documento ou de um exame pericial. Objeto de prova é o fato a ser provado, que se infere da fonte e se introduz no processo pelo meio de prova (MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação Criminal Defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 112).

Deve-se lembrar também que, de acordo com os atos da investigação preliminar, poderão ser decretadas prisões cautelares e realização de medidas assecuratórias (como retirar os bens de uma pessoa, mesmo que temporariamente).

Sendo assim, o presente estudo deseja comprovar a crise do modelo investigatório brasileiro, pois, embora se esteja diante de um sistema acusatório, o que se percebe é uma primeira fase inquisitória e a segunda regida pelo princípio do contraditório, valendo no entanto, nela tudo que foi produzido naquela.

Além disso, o que se observa na investigação preliminar é uma defesa omissa, já que a atividade investigativa defensiva é vista com preconceito e, na maioria das vezes, a prova trazida pelo defensor não tem o mesmo valor probatório que a prova introduzida pela acusação ou pela polícia judiciária.

Por isso, estudar-se-á aqui a importância da investigação criminal defensiva, pois somente com uma defesa técnica efetiva haverá equilíbrio entre as partes em um processo penal acusatório, com a permissão de obtenção dos meios de prova relevantes para a defesa e melhor averiguação dos fatos tidos como criminosos no inquérito policial, já que é inegável que a Polícia Judiciária e o Ministério Público (MP) desempenham funções relacionadas ao exercício do poder punitivo estatal.

Modelo oposto nos oferecem países como Itália e Estados Unidos, onde se busca a coerência entre a gestão probatória pelas partes e a paridade de armas, logo, experiência que merece ser observada, não para ser imitada, pois cada sistema possui suas peculiaridades.

Por fim, analisar-se-á também a tentativa de inserção de regra autorizadora da investigação criminal pela defesa, prevista no art. 13 do Projeto de Lei n. 8.045/2010, que ainda está em fase de tramitação. Muitos que já escreveram sobre o tema vislumbram o início de uma mudança significativa no atual modelo investigatório no tocante à investigação criminal defensiva a partir da introdução do mencionado artigo no Código de Processo Penal; no entanto, o que a maioria não debate é a demora dessa introdução legislativa e o que fazer até que ela seja aprovada.

O presente trabalho versará sobre a necessidade de existir a possibilidade de o investigado defender-se produzindo provas na investigação preliminar, bem como a aplicação do contraditório nesta fase. Além disso, apresentará o que já existe no tocante a esse assunto no direito italiano e norte-americano.

Por fim, pretende-se discutir as tentativas de inserção do tema investigação produzida pela defesa do imputado no ordenamento jurídico, como o projeto de Lei n. 8.045/2010 que prevê no art. 13 essa inovação legislativa no Código de Processo Penal, e também discutir o que a Lei n. 13.245/2016, que trouxe mudanças no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB), realmente contribuiu para o assunto.

# 1 CRISE DO INQUÉRITO POLICIAL

## 1.1 A NECESSIDADE DA APLICAÇÃO DO CONTRADITÓRIO NA PERSECUÇÃO PRÉVIA

Está cada vez mais evidente que deve haver o impedimento ou a restrição da influência do material colhido durante a investigação no convencimento do julgador, já que os atos produzidos na persecução penal prévia não se submetem ao contraditório e os que vivenciam e estudam o tema percebem que não são apenas produzidos elementos informativos como quer fazer crer o Código de Processo Penal brasileiro e parte da doutrina.<sup>4</sup>

Além disso, muitos entendem que as peças do inquérito policial ou da investigação realizada pelo MP deveriam ser excluídas dos autos do processo penal, pois a investigação preliminar só deve se propor à viabilidade ou não da acusação.<sup>5</sup>

Para Edson Luís Baldan, o inquérito policial é o pior meio de investigação; à exceção de qualquer outro, parafraseando a frase dita por Winston Churchill em relação à democracia e as demais formas de governo, ressaltando que ninguém pretende que a democracia seja perfeita ou sem dano.<sup>6</sup>

O inquérito policial também está longe de ser perfeito e mesmo sendo alvo de merecidas críticas severas, é o meio mais comum de investigação criminal no Brasil e se corretamente utilizado, terá a função de impedir acusações apressadas e destituídas de suficiente base<sup>7</sup>. Nessa esteira, a função de evitar acusações infundadas deve ser perquirida na investigação preliminar, assegurando à sociedade de que não haverá abusos por parte do poder persecutório estatal, pois se a impunidade causa uma grave intranquilidade social, não menos grave é o mal causado por se processar um inocente.<sup>8</sup>

Para Aury Lopes Jr., a atividade de “filtro processual” do inquérito policial resta plenamente concreta se levar em consideração três fatores: o custo do processo, o

---

<sup>4</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 75.

<sup>5</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. Op. cit. p. 112.

<sup>6</sup> Winston Churchill disse certa vez que a democracia é o pior dos regimes, com exceção de todos os outros (BALDAN, Edson Luís. *Investigação defensiva: o direito de defender-se provando*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 64, v. 15, p. 253-273, jan./fev. 2007).

<sup>7</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit. p. 75.

<sup>8</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 108.

sofrimento que causa ao sujeito passivo (estado de ânsia prolongada) e a estigmatização social e jurídica que gera<sup>9</sup>.

Delineada está a importância dessa prévia apuração para se evitar acusações temerárias, pois o acusado sofre com a imputação da prática da infração delituosa que lhe é feita – mesmo sendo absolvido ao final.

No entanto, como se percebe, o inquérito policial, bem como a investigação promovida pelo MP, tem cunho inquisitivo, e por isso alguns sustentam que essa fase preliminar deveria acabar, a fim de existir apenas uma instrução criminal no crivo do contraditório. Assim, para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, há que se dar cabo do inquérito policial, para aproximar-se da matriz acusatória, permitir-se tão só uma única instrução, no crivo do contraditório. Para mencionado jurista, o inquérito policial nasceu com a desvantagem de ser um procedimento administrativo e, de consequência, inviabiliza a extensão, para si, do contraditório, conforme art. 5º, LV, Constituição Federal (aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes)<sup>10</sup>.

Ocorre que mencionado artigo constitucional não pode ser objeto de interpretação restritiva, já que a postura do legislador foi garantista, sendo que o equívoco terminológico (falou processo administrativo quando deveria falar em procedimento administrativo) não pode ser óbice para aplicação do contraditório na investigação preliminar.<sup>11</sup>

Portanto, sustenta-se aqui que o princípio do contraditório, que pode ser conceituado como o direito de cada uma das partes de ser informada e de participar dos atos processuais, em contraposição aos argumentos sustentados pela outra parte, deve nortear também a instrução prévia.<sup>12</sup>

Ainda sobre a definição do contraditório, sabiamente ensina Carnelutti:

Desenvolve-se, assim, perante os olhos do juiz, o que os técnicos chamam contraditório e o que é, na verdade, um duelo. O duelo serve para o juiz superar a dúvida. É interessante observar que duelo, assim como dúvida, provém de *duo*. No duelo, personifica a dúvida. É como se, no cruzamento de duas ruas, dois valentes se enfrentassem para arrastar o juiz por uma ou por outra via. As armas que os valentes utilizam são as razões. Defensor e acusador são dois esgrimistas,

---

<sup>9</sup> Ibidem. p. 111.

<sup>10</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

<sup>11</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit. p. 468.

<sup>12</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. Op. cit. p. 103.

que não raro apresentam uma esgrima de má qualidade, porém algumas vezes oferecem aos entendidos um espetáculo formidável<sup>13</sup>.

Mesmo que não seja observado o contraditório pleno sob pena de ineficácia da investigação, corrobora-se com Aury Lopes Jr. ao elencar garantias mínimas na investigação preliminar que devem ser observadas como: comunicação imediata da existência de uma imputação do suspeito (na comunicação deverá constar uma síntese da imputação e esclarecer em que qualidade comparece para declarar, além de ser comunicado o direito de comparecer acompanhado de advogado ou solicitar nomeação caso não tenha condições econômicas para constituir); direito ao silêncio, bem como o direito de indicar provas e solicitar diligências; ausência de segredo interno, pois com a súmula vinculante 14 não há que se falar em sigilo dos atos já realizados; participação ativa na produção antecipada de provas e provas técnicas irrepetíveis; fase intermediária contraditória para que exista um juízo de pré-admissibilidade da acusação, presidido pelo juiz garante e valor probatório dos atos de investigação e exclusão de peças que compõem o inquérito, para que os autos do processo penal não sejam contaminados.<sup>14</sup>

Como acertadamente assevera o autor mencionado, ainda que não seja razoável exigir um contraditório pleno na investigação preliminar (seja inquérito ou outra modalidade), até porque seria contrário ao próprio fim investigatório, comprometendo o esclarecimento do fato oculto, é perfeitamente exigível a existência de um contraditório mínimo. Com esse contraditório mínimo, haveria garantia da comunicação e participação do sujeito ativo em determinados atos e mesmo sendo mínimo, não afastaria uma participação mais efetiva do sujeito passivo quando, conforme o caso, o segredo interno não se justifica.

## 1.2 DA PARIDADE DE ARMAS

Conforme concluiu Carnelutti, acusador e defensor são dois esgrimistas – há que haver a paridade de armas para poderem lutar de forma igualitária.

Se a prova tem o seu regime jurídico ligado ao contraditório judicial, produzida com a participação do acusador e do acusado e mediante a direta e a constante supervisão do julgador<sup>15</sup>, a mesma prova produzida na investigação prévia também deve ser submetida ao crivo do contraditório, pois o que se observa no dia a dia forense é o convencimento do

---

<sup>13</sup> CARNELUTTI, Francesco Carnelutti. **As misérias do processo penal**. Campinas: Edcamp, 2002. p. 41-42.

<sup>14</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit. p. 407-408.

<sup>15</sup> ZILLI, Marcos. O pomar e as pragas. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 16, n. 188, jul. 2008. p. 2.

magistrado pelo material confeccionado no inquérito policial. Logo, os erros do inquérito podem repercutir para sempre na ação penal.

Frederico Marques sustentava a necessidade de o inquérito policial ser inquisitório, não se tolerando um inquérito contraditório, salientando que a tentativa de adulterar a todo custo o caráter inquisitivo da investigação é fruto daquilo que definiu como demagogia forense.<sup>16</sup>

No entanto, é evidente que já passou da hora de o modelo investigatório brasileiro ser reformado, a fim de que acusado não seja apenas um mero expectador, para que a defesa possa ser atuante nessa fase preliminar, mudando o antigo conceito que somente o corpo policial seria responsável pela investigação.<sup>17</sup> O suspeito e o indiciado não podem ser vistos como estranhos, excluindo-se o exercício do direito de defesa<sup>18</sup>.

Denominar-se-á aqui como *prova* todos os elementos produzidos no inquérito policial, uma vez que é o que se tem observado nos processos criminais, pois são utilizados como provas e não apenas como elementos informativos.

O que se há de afirmar é a crise do inquérito policial, pois se denominado o sistema como acusatório<sup>19</sup>, não se poderia admitir uma instrução preliminar de cunho inquisitório, na qual são produzidas provas a fim de sustentar a acusação em face do investigado, visto que muitas vezes o acusado só tem ciência da produção das provas no momento de sua citação, ou seja, com o início da ação penal. Logo, questiona-se: teve o acusado direito de defender-se no momento da produção daquela prova (base para a acusação)? A resposta é não. Laudos, perícias e oitivas de testemunhas são realizados sem qualquer possibilidade de defesa do investigado, que, muitas vezes, é inquirido pela Autoridade Policial como declarante e, no meio da persecução penal prévia, torna-se indiciado sem qualquer justificativa.

---

<sup>16</sup> MACHADO, André Augusto Mendes (Org.). **Estudos de processo penal**. São Paulo: Scortecci, 2011.

<sup>17</sup> BALDAN, Edson Luís. Op. cit. p. 271.

<sup>18</sup> PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Inquérito policial: exercício do direito de defesa. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 7, n. 83 (esp.), p. 11-12, out. 1999.

<sup>19</sup> *A contrario sensu*, o sistema acusatório se perfaz com a observância das garantias fundamentais resguardando os direitos individuais do acusado. Para tanto, verifica-se a divisão de partes; os sujeitos processuais agora são juiz, acusação e defesa. Assegurados a imparcialidade do julgador e a paridade de armas entre as partes, o procedimento é oral e público; este, somado à presença inarredável do contraditório e a livre iniciativa de provas, garante a ampla defesa do acusado, que passa a ter a liberdade como regra e, sua privação é admitida somente após a decisão condenatória definitiva (MAURÍCIO, Bruno; HENRIQUE, Diego. A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/158-REFLEXAO-DO-ESTUDANTE](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/158-REFLEXAO-DO-ESTUDANTE)>. Acesso em: 21 jul. 2016.

Ainda vivencia-se o modelo do Code Napoleón, com a primeira fase inquisitória e a segunda fase, processual, amplamente contraditória, mas valendo nesta a prova produzida naquela.<sup>20</sup>

Há que se atentar também que tanto a Polícia Judiciária quanto o MP desempenham funções relacionadas ao exercício do poder punitivo estatal e por isso é discutível a imparcialidade desses órgãos.<sup>21</sup> Não se pode admitir que a autoridade policial e seus agentes se tornem perseguidores obsessivos da culpa do investigado, sem que este possa se defender na investigação prévia, sob pena de ferimento irreversível ao direito de defesa.

Para Luiz Rascovski<sup>22</sup>, é impossível acreditar que o MP seja imparcial no sentido de conduzir uma investigação de modo a perseguir tão somente a reconstrução verdadeira dos fatos e não o sucesso da tese investigatória. Na realidade, o que se constata é que o inquérito policial possui nítido perfil inquisitório, pois a Polícia também está viciada no sentido de que se faz justiça quando se tem a condenação.

Para o sucesso nas investigações, a Polícia deve principalmente ter ciência de quais são os limites da sua atuação para garantia dos direitos dos acusados, pois o mínimo erro pode significar o fracasso mais rotundo do Estado de Direito.<sup>23</sup>

Para André Augusto Mendes Machado, acusador e acusado estão em posições desiguais na persecução penal, por isso a necessidade de garantir o equilíbrio de oportunidades entre as partes a fim de demonstrarem as suas teses, sendo coerente a possibilidade da defesa ser ativa na instrução prévia.<sup>24</sup>

### 1.3 DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Com a aplicação do contraditório e a observância da paridade de armas na investigação, a investigação criminal defensiva ganhará força.

---

<sup>20</sup> NELSON, Jacinto Nelson de Miranda; COUTINHO, Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

<sup>21</sup> MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, v. São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012.

<sup>22</sup> RASCOVSKI, Luiz. Investigação criminal defensiva: uma luz no fim do túnel com sua previsão no novo código de processo penal (projeto de lei 156/09). **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 219, p. 14-15, 2011.

<sup>23</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Processo penal e Estado de Direito**. Campinas: Edicamp, 2002. p. 221.

<sup>24</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. Op. cit. p. 102.

A investigação criminal defensiva pode ser entendida como a possibilidade da defesa participar da fase pré-processual, a fim de defender-se provando.

Com a atuação da Defesa, mas não de uma defesa omissa, e sim efetiva, além de assegurar o direito do acusado a um processo justo, também promoverá maior qualidade na atuação da polícia judiciária, que muitas vezes afasta o modelo garantista do processo penal nessa fase preliminar. O que se nota é uma estrutura inquisitória, na qual a Polícia Judiciária primeiramente “decide” se o acusado é culpado, para depois buscar a prova necessária para a acusação, o que também pode acontecer com o juiz marcado pelo Complexo de Nicolas Marshall.<sup>25</sup>

Além disso, somente com a defesa técnica efetiva haverá um verdadeiro confronto da prova de acusação em Juízo, que é a finalidade precípua do chamado *processo penal das partes*.<sup>26</sup>

A palavra *processo* provém de *pro caedere* (andar adiante), pode-se inferir que o processo caminha sobre a ação do acusado e do defensor e, portanto, que a prova se constrói, sobre “duas pernas”. Daí, como observa Baldan, ser inadmissível a figura do “saci pererê” processual (que faz o devido processo não caminhar, e sim claudicar, saltando sobre as garantias do imputado).<sup>27</sup>

Os dez mandamentos de Luigi Ferrajoli, na marca do garantismo, com o decálogo do garantismo penal – 1) Nenhuma pena sem crime; 2) Nenhum crime sem lei; 3) Nenhuma lei sem necessidade; 4) Nenhuma necessidade sem lesão; 5) Nenhuma lesão sem ação; 6) Nenhuma ação sem culpa; 7) Nenhuma culpa sem processo; 8) Nenhum processo sem acusação; 9) Nenhuma acusação sem prova; 10) Nenhuma prova sem defesa – nos fazem refletir sobre a importância da defesa na produção dos atos investigativos.<sup>28</sup>

Quanto ao valor probatório da atividade investigativa defensiva, o que se observa é que há preconceito, desconfiança na prova trazida pelo Defensor e isso precisa mudar, surgindo aqui o problema de valoração dos elementos de prova trazidos pela defesa. Baldan ressalta que “não se faz ciência com os olhos toldados pelo preconceito, já que advogado não é bandido jurídico, policial não é criminoso oficial, promotor não é querubim de ‘hollerith’ e juiz não é uma contemplativa Têmis”.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> ROSA, Alexandre Morais da. Retorno sedutor do complexo de Nicholas Marshall no processo penal brasileiro. **Consultor Jurídico**, 2 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-02/diario-classe-retorno-sedutor-complexo-nicholas-marshall-processo-penal>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

<sup>26</sup> MALAN, Diogo Rudge. Op. cit. p. 284.

<sup>27</sup> BALDAN, Edson Luís. Op. cit. p. 261.

<sup>28</sup> Ibidem. p. 261.

<sup>29</sup> Ibidem. p. 261.

Por isso, o material produzido pela Defesa na fase persecução prévia deverá ter idêntica natureza do material introduzido pela acusação ou pela polícia, não sendo crível ao julgador fazer qualquer distinção objetiva ou subjetiva entre esses materiais no momento da formação de sua convicção. Não deve ser como uma forçada prova documental em que há pré-concepções negativas à sua valoração, mas sim como devidamente regulamentado (quando isso acontecer, se acontecer!).<sup>30</sup>

Diogo Malan<sup>31</sup> ressalva que muitas vezes os prazos processuais e/ou o clamor da opinião pública pressionam a Polícia Judiciária e o MP a encarar com presteza a fase investigação preliminar do crime, sendo que a pressão para solucionar o caso não permite que sejam adequadamente pesquisadas todas as possíveis linhas investigativas e fontes de prova favoráveis ao investigado. Eventuais fontes de prova favoráveis ao acusado tendem a desaparecer na fase judicial e, por isso, a investigação criminal defensiva deve ocorrer no bojo do caderno investigatório e não somente na instrução processual.

O mesmo autor, ao escrever sobre o tema, trouxe uma única pesquisa existente sobre a prática da investigação criminal defensiva no dia a dia do sistema brasileiro, que foi feita pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) em parceria com o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). Essa pesquisa analisou todas as apelações interpostas por condenações por crime de roubo perante o extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, no período compreendido entre 1º de janeiro de 2000 e 31 de dezembro de 2000.<sup>32</sup> A pesquisa concluiu que só houve exercício de defesa técnica no que tange as peças processuais que são consideradas obrigatórias pela jurisprudência, sob pena de nulidade processual, como alegações finais e razões de apelação. Sobre outros aspectos, a pesquisa concluiu que:

- 97,69% não tiveram qualquer tipo de defesa ao ensejo da lavratura do auto de prisão em flagrante;
- 77% não tiveram requerimento de qualquer medida em favor da sua liberdade (pedido de relaxamento de flagrante, de liberdade provisória, de revogação de prisão preventiva ou de *habeas corpus*);
- 92,89% não tiveram acesso à defesa técnica logo após o oferecimento da denúncia;

---

<sup>30</sup> SAMPAIO, Denis. Reflexões sobre a investigação criminal defensiva: possível renovação da influência italiana pós “Código Rocco” sobre a indagine difensiva. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Org.). **Advocacia criminal: direito de defesa, ética e prerrogativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 114.

<sup>31</sup> MALAN, Diogo Rudge. Op. cit. p. 284.

<sup>32</sup> Ibidem. p. 300.

- 21,82% não contaram com a assistência de defensor por ocasião do interrogatório;
- 9,09% não tiveram alegações preliminares (art. 395 do CPP);
- 35,7% não tiveram pedido de diligências (art. 499 do CPP) e
- 98,84% não tiveram sustentação oral recursal.

Malan<sup>33</sup> também sugere que o diagnóstico da efetividade da defesa técnica penal no país também se beneficiaria de pesquisa empírica semelhante, focada no cumprimento do dever ético da investigação criminal defensiva, que deveria ser direito fundamental assegurado a qualquer acusado e não privilégio de poucos que possuem condições financeiras. Explanando sobre o tema:

Tal pesquisa poderia indagar de determinada amostragem desses profissionais, por meio de formulários padronizados, se eles têm por hábito: (a) entrevistar pessoalmente com o acusado e seus familiares; (b) requerer cópia da íntegra dos elementos informativos amealhados pela Polícia Judiciária ou parte processual acusadora; (c) tentar localizar fontes de prova testemunhal defensiva; (d) pesquisar elementos de prova sobre os antecedentes sociais do ofendido e das testemunhas de acusação, a fim de contraditá-los; (e) visitar o local do crime; (f) efetuar pesquisas sobre os fatos imputados em bancos de dados, registros comerciais, repartições públicas, na imprensa e/ou na rede mundial de computadores; (g) solicitar pareceres técnicos a peritos particulares; (h) contratar investigadores particulares, (i) requerer em Juízo a produção de elementos probatórios etc.

Os benefícios da investigação defensiva na investigação, trazidos por Baldan<sup>34</sup>, são muitos e podem ser resumidos, como o autor o fez, em: a) aprimoramento da investigação policial como contraponto eficaz às provas produzidas pelo defensor, obrigando a Polícia Judiciária e o MP a buscarem contínuo aperfeiçoamento técnico-científico; b) criação (ou hipertrofia) de uma categoria profissional: os investigadores privados; c) estímulo ao culto das ciências afins ao Direito Penal, como Criminalística, Criminologia, Medicina Legal, com a conseqüente necessidade de adequação do ensino técnico e superior; d) redimensionamento da estatura jurídica do advogado (dentro e fora do processo), transmudando-o da condição de mero espectador inerte e inerte para a posição de ativo protagonista na formação da prova criminal; e) obrigação da motivação judicial na admissão da acusação, criando-se verdadeiro juízo de prelibação que arredaria a instauração da instância judicial quando insuficientes os elementos indiciários e de prova e f) maior proximidade do processo penal com a verdade “real” atingível pelo fortalecimento da prova

---

<sup>33</sup> Ibidem. p. 300.

<sup>34</sup> BALDAN, Edson Luís. Op. cit. p. 261.

criminal, com a conseqüente serenidade maior do Magistrado ao proferir seu *decisium* com ouvidos às razões produzidas por acusação e defesa em perfeita *égalité des armes*.

Não se pode confundir com investigação defensiva o que se tem no art. 14, do Código de Processo Penal, já que nesse dispositivo qualquer diligência requerida pela defesa pode ou não ser deferida pela Autoridade Policial, de acordo com sua conveniência. Logo, a defesa técnica efetiva na investigação preliminar não pode ser privilégio de poucos abastados<sup>35</sup>, devendo ser buscada cada vez mais no dia a dia forense.

## 2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DIREITO ESTRANGEIRO

### 2.1 CENÁRIO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DIREITO ITALIANO

Modelo diferente nos oferece a Itália (onde se buscou a coerência entre a gestão probatória pelas partes e a paridade de armas)<sup>36</sup> e não se sugere aqui a imitação desse modelo, mas sim a adoção do que pode dar certo no sistema pátrio, pois plagiar significa obviar as peculiaridades próprias, e aí, a primeira pedra do fracasso.<sup>37</sup>

Na Itália, após a superação do modelo inquisitivo e com as mudanças legislativas que ensejaram finalmente a Lei n. 397, de 7 de dezembro de 2000, houve a introdução de disposições específicas em matérias de investigação defensiva, com a atribuição ao advogado o direito-dever de – coadjuvado ou não por peritos, técnicos e investigadores privado – empreender inúmeras ações tendentes à produção de evidências probatórias favoráveis ao seu assistido, sendo-lhe possível:

- Promover o colóquio não documentado, consistente na entrevista pessoal e informal a potenciais testemunhas;
- Receber ou colher (sem a presença do imputado, da vítima ou de outras partes privadas) a declaração escrita de pessoas, com a cominação de crime de falso testemunho (excluídas as que, já ouvidas no inquérito ou processo, estão proibidas de depor perante o defensor);

---

<sup>35</sup> MALAN, Diogo Rudge. Op. cit. p. 304.

<sup>36</sup> VILARES, Fernanda Regina. Investigação criminal: o projeto de código de processo penal e investigação defensiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 107, p. 309-336, abr. 2014.

<sup>37</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. Op. cit. p. 230.

- Requerer laudos periciais ou, então, produzi-los através de assistentes técnicos;
- Efetuar vistoria em coisas ou inspecionar lugares públicos ou privados (exceto aqueles abrangidos pela expressão “casa”), em caso de dissenso do particular requerendo expedição de autorização judicial;
- Solicitar documentos em poder da Administração Pública, deles extraindo cópias;
- Formar o instrumento para documentação dessas atividades visando ao seu posterior encarte em qualquer estágio do inquérito ou processo.<sup>38</sup>

Salienta-se que a testemunha não é obrigada a prestar esclarecimentos ao advogado de defesa, mas uma vez prestando, terá o compromisso de dizer a verdade. Quanto à apresentação da documentação ao Juiz, o defensor deverá apresentá-la de maneira fiel, mesmo que eventuais trechos sejam desfavoráveis à defesa. Dessa forma, o advogado fica livre em apresentar ou não a mencionada documentação, mas uma vez escolhendo apresentar, deve retratar fielmente o resultado das entrevistas.<sup>39</sup>

Destaque se faz ao papel do advogado na investigação defensiva, pois evidenciada está a responsabilidade funcional, e a atuação dele na produção de prova defensiva torna-se um dever. Para Denis Sampaio<sup>40</sup>, a função do advogado não é a de esclarecer todos os fatos, mas sim a de buscar fontes e elementos de prova para o benefício do seu defendente. O autor conclui que há que haver uma mudança de *difesa disposizione* para uma *difesa di movimento*: defesa vigilante, atenta e eficiente. Uma defesa ativa na busca de melhores resultados defensivos e de contribuição efetiva na construção do conjunto probatório e conseqüentemente na formação do convencimento do julgador, sendo que o material trazido pela defesa terá o mesmo valor probatório do material apurado pela acusação.

Observa-se que, em contraponto, a *indagine preliminar* foi instituída a *indagine difensive* (investigação defensiva), prevista nos arts. 24, inc. II, da Constituição da República Italiana e no Título VI-bis (arts. 391-bis a 391-decies) do Código de Processo Penal.<sup>41</sup> Isso não representa a total paridade entre a defesa e a acusação, mas, um grande avanço.

---

<sup>38</sup> BOIANI, André; BALDAN, Edson Luiz. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 11, n. 1013, 10 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8220>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

<sup>39</sup> VILARES, Fernanda Regina. Op. cit. p. 327.

<sup>40</sup> SAMPAIO, Denis. Op. cit. p. 104.

<sup>41</sup> SOUZA, Luiz Roberto Salles. Op. cit. p. 67.

## 2.2 CENÁRIO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DIREITO NORTE-AMERICANO

No modelo norte-americano, a gestão da prova é incumbência das partes e não do juiz, vigorando o princípio da liberdade de provas, ou seja, o uso de determinado meio de prova em juízo não depende de previsão legal, basta que seja produzida e considerada apta a convencer o julgador. O verdadeiro senhor da investigação criminal é o MP e seu poder discricionário permite decidir sobre a submissão do caso à preliminar *hearing* e ao *grand jury*, para a confirmação da existência de uma *probable cause*, e também negociar com o investigado a troca de uma admissão de culpa por uma pena mais reduzida ou desqualificação do delito para tipos com sanções menos severas.<sup>42</sup>

A doutrina norte-americana prevê o acesso amplo e irrestrito aos elementos de convicção amealhados pela Polícia Judiciária ou parte acusadora, para que o defensor saiba quais são os fatos passíveis de investigação, pois há acusados que nada sabem sobre os fatos em apuração, por esquecimento, retardo mental, uso de drogas ou inocência.<sup>43</sup> Fala-se muito em efetividade da defesa técnica, pois somente com ela haverá um duelo com igualdade entre as provas trazidas pela acusação e provas trazidas pela defesa.

Sobre o tema da investigação criminal defensiva, há as normas para a Justiça Criminal: função persecutória e defensiva que se trata do verdadeiro Código de Conduta Profissional e as normas sobre a Função Defensiva que contêm na Parte I alguns deveres genéricos do advogado criminalista, por exemplo, instituindo o dever do defensor técnico de propiciar representação efetiva e de qualidade ao acusado. Sobre a Norma 4-4.1, que dispõe sobre o dever de instigação, vale transcrever o inteiro teor da sobredita norma:

O advogado de defesa deve conduzir uma pronta investigação das circunstâncias do caso, e explorar todas as vias que levem a fatos relevantes para o julgamento mérito da causa e a aplicação da pena, no caso de condenação. A investigação deve incluir esforços para obter informação na posse acusadora e da Polícia Judiciária. O dever de investigar existe independentemente da confissão do acusado, ou de afirmações para o advogado de defesa sobre fatos que configuram culpa, ou a afirmação da intenção do acusado de se declarar culpado.

---

<sup>42</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. Op. cit. p. 126.

<sup>43</sup> MALAN, Diogo. Op. cit. p. 282.

O Advogado de defesa não deve buscar adquirir a posse de elementos de prova pessoalmente ou por intermédio de um investigador quando seu único propósito for o de obstruir o acesso a essa prova.<sup>44</sup>

Sobre o assunto, concluiu André Mendes Machado que “a investigação defensiva é plenamente admissível nos Estados Unidos da América, até mesmo por ser consequência natural do regime jurídico adotado neste país” e mais ainda: “que atribui às partes a iniciativa investigatória e probatória. Os meios de prova obtidos na investigação defensiva podem ser utilizados na fase judicial, desde que expressamente admitidos pelo juiz na fase adjudicatória”<sup>45</sup>.

### **3 TENTATIVAS DE INSERÇÃO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO BRASIL**

#### **3.1 O PROJETO DE LEI N. 8.045/2010**

A problemática toda poderia tomar outro rumo com a inserção de regra (mesmo que um tanto principiante) autorizadora da investigação criminal pela defesa, prevista no art. 13 do Projeto de Lei n. 8.045/2010, com a seguinte redação:

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

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

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

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

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

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

§ 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Ibidem. p. 291.

<sup>45</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. Op. cit. p. 127.

<sup>46</sup> VILARES, Fernanda Regina. Op. cit. p. 329.

O que parece ter sido inspirado no modelo italiano pois traz elementos desse modelo, mas de forma superficial; no entanto, com a indicação de ser uma introdução ao tema investigação preliminar realizada pela defesa, pode significar o início de uma mudança significativa no modelo investigatório, no qual o envolvido não é tratado mais como estranho e jamais deveria ter sido tratado assim, pois afastá-lo para obstar o direito de defesa quebra a Constituição da República.<sup>47</sup>

O § 5º é um pouco duvidoso, pois o material produzido só será juntado aos autos de inquérito se a autoridade policial permitir.<sup>48</sup> Assim, todo material produzido pela defesa deverá passar pelo crivo da autoridade policial, sem que sejam apontados critérios objetivos para que seja aceito ou não.

Muitos que já escreveram sobre o tema vislumbram a possibilidade do desenvolvimento da ideia de que o investigado possa a partir desse artigo defender-se provando na investigação preliminar. No entanto, o que não se debate é a demora de o Projeto de Lei ser aprovado no Congresso Nacional e uma vez não aprovado, como ficam todas essas discussões acerca das dificuldades que enfrentam os investigados? Por isso, o presente trabalho pretende encorajar os defensores – e não só eles, mas todos os envolvidos na investigação pré-processual – a praticarem e aceitarem a investigação defensiva.

Para André Augusto Mendes Machado, o inquérito policial por prestigiar o viés acusatório da investigação não atende a necessidade da defesa de obter informes favoráveis ao imputado e por isso, deve-se instituir procedimento detalhado, que estipule os principais aspectos formais e substanciais da atividade investigatória do defensor, em conformidade com as diretrizes constitucionais e pressupostos da eficiência e do garantismo.<sup>49</sup>

Mesmo não existindo qualquer limitação à livre investigação de fatos e informações por qualquer cidadão, essa atuação sempre esbarra em alguns óbices<sup>50</sup>, pois praticamente, sem exceção, a polícia é realmente a dona e senhora da investigação. Como disse Fauzi, redefinir estes papéis parece tarefa ingente, porém é necessário afrontá-lo e fazê-lo.<sup>51</sup>

Há que se derrubar a ideia de que uma investigação bem sucedida é somente aquela que enseja uma condenação, pois a colheita dos elementos no inquérito somente tem a função de sustentar ou não uma futura acusação pelo MP. Segundo Antonio Scarance

---

<sup>47</sup> PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Op. cit. p. 116.

<sup>48</sup> VILARES, Fernanda Regina. Op. cit. p. 330.

<sup>49</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. Op. cit. p. 120.

<sup>50</sup> VILARES, Fernanda Regina. Op. cit. p. 281.

<sup>51</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. Op. cit. p. 210.

Fernandes<sup>52</sup>, a utilização dos elementos colhidos durante esse período pré-processual não podem ir além de sua finalidade essencial: permitir acusação.

A polícia conta com agentes especializados para promover a persecução penal preliminar, enquanto que a Defesa não tem qualquer ajuda daquela, bem como a Defensoria Pública não está aparelhada para tanto e a vasta maioria da clientela do sistema penal depende de assistência judiciária que é precária. Além disso, não há nenhuma previsão de qualquer espécie de sanção nos casos em que o defensor técnico do acusado é omissivo ou ineficiente.

No sentido de suprir tais obstáculos, deve-se começar pela necessidade de sedimentação no caldo cultural dos legisladores e operadores jurídicos brasileiros da ideia de que existe dever ético de investigar imposto ao defensor técnico, como parte integrante do seu dever de propiciar defesa penal efetiva, por meio de uma atuação profissional com capacitação técnica e empenho pessoal.<sup>53</sup>

### 3.2 A LEI N. 13.245, DE 12 DE JANEIRO DE 2016

A Lei n. 13.245/2016 contribuiu para a ampliação do espaço defensivo na fase pré-processual, mesmo que timidamente. Com a sua promulgação, alguns dispositivos do EOAB (Lei n. 8.906/1994) apresentaram mudanças, mas não perderam seu caráter inquisitório, pois primeiramente, conforme ensina Aury Lopes Jr., o que demarca o sistema inquisitório ou acusatório é a gestão da prova nas mãos de quem decide (acúmulo de funções) e na investigação preliminar incumbe ao delegado (ou ao MP) presidir o procedimento, praticar atos de investigação e também decidir nos limites legais. Delegado ou MP tomam decisões ao longo da investigação e ele mesmo realiza os atos de investigação, acumulando papéis.<sup>54</sup>

Estabelece o novel inciso XIV do art. 7º do EOAB que são direitos dos advogados:

Examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

A principal mudança que nos interessa deste inciso foi a substituição da expressão “qualquer repartição policial” por “qualquer instituição responsável por conduzir

---

<sup>52</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit. p. 76.

<sup>53</sup> MALAN, Diogo. Op. cit. p. 298.

<sup>54</sup> LOPES JR., Aury. Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>>. Acesso em: 29 jan. 2016.

investigação”, ampliando assim o acesso a qualquer procedimento investigatório de qualquer natureza. Isso resultou no alargamento do acesso aos atos do caderno investigativo em procedimentos conduzidos pelo MP, Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), entre outros, no entanto, essa previsão já existia na Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei Complementar n. 80/94).

É importante frisar que, segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), não há direito de vista se o peticionante não for investigado<sup>55</sup>. Aditou-se também o art. 7º, § 11º, prevendo que a:

[...] autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

Essa disposição não pode trazer limitação ao exercício do direito de defesa, sendo que o acesso só não poderá ser dado quando houver risco efetivo (e sério) de comprometimento da eficácia ou da finalidade das diligências. O resto poderá ser considerado abuso de poder, podendo a parte se valer de *Habeas Corpus* ou Reclamação Constitucional, com a responsabilização funcional e criminal da autoridade que prejudicar o exercício da defesa.<sup>56</sup> Vale lembrar que em se tratando de investigação referente a organizações criminosas, o acesso do advogado aos atos do caderno investigatório dependerá de autorização judicial, se foi decretado o sigilo do caderno investigatório.

Há duas correntes quanto à natureza da investigação preliminar<sup>57</sup>, a que mencionado procedimento está sujeito ao contraditório diferido e ampla defesa, argumenta que o art. 5º, inc. LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; não pode ser objeto de interpretação restritiva, como já falado neste trabalho, pois quando a Constituição Federal menciona processo, também quer abarcar o procedimento administrativo, como o inquérito policial ou outro procedimento investigatório. Quanto à

---

<sup>55</sup> CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; COSTA, Adriano Souza. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio>>. Acesso em: 25 jan. 2016. STF, Rcl 9.789, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 18/08/2010.

<sup>56</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade; ROSA, Alexandre Morais da. Lei Nova 13.245/16: saiba quando, onde e como o advogado deve ter vista da investigação preliminar. **Empório do Direito**, 13 jan. 2016. Disponível em: <<http://emporiოდodireito.com.br/lei-nova-13-24516-saiba-quando-onde-e-como-o-advogado-dever-ter-vista-da-investigacao-preliminar-por-romulo-de-andrade-moreira-e-alexandre-morais-da-rosa>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

<sup>57</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 190.

expressão “acusados em geral”, também não são apenas aqueles já denunciados, devendo ser lida como imputados, investigados, suspeitos, indiciados.

A corrente que entende que a investigação preliminar é procedimento inquisitorial (e assim deve continuar sendo) preconiza que, como dele não resulta sanção, o procedimento é meramente preparatório, instrumental, e a investigação está concentrada na discricionariedade da autoridade sob pena de esvaziamento da eficácia da instrução prévia.

No entanto, o ponto nevrálgico das discussões sobre mencionada lei diz respeito à inovação trazida no inciso XXI, do art. 7º: a previsão do direito do advogado de assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do interrogatório ou depoimento, bem como de todos os elementos investigatórios, podendo, inclusive, apresentar razões e quesitos (foi vetada a parte final que trazia a possibilidade de o advogado requerer diligências à autoridade investigativa).

Apesar de o atual presidente nacional da OAB, Marcus Vinicius Furtado Coêlho, considerar a medida uma vitória para a categoria, concluindo que:

O fato de ter o advogado no inquérito evita equívocos, principalmente, na fase de indiciamento de pessoas. O inquérito não é apenas uma peça informativa para o Ministério Público ou a instituição policial. Quando ele é mal construído, ofende frontalmente a imagem e a honra do cidadão. A aprovação reitera a essencialidade do advogado à defesa dos interesses das pessoas e à administração da Justiça.<sup>58</sup>

Deve ser levado em conta que a mudança não se deu no Código de Processo Penal e por isso não se pode concluir que a presença do advogado é obrigatória sob pena de nulidade.

Segundo Aury Lopes Jr., se vingar a interpretação de presença obrigatória do advogado no interrogatório sob pena de nulidade, realmente ter-se-ia uma mudança relevante, mas que irá gerar muita resistência, especialmente diante da impossibilidade de a defensoria pública dar conta da demanda (pela falta de defensores públicos no momento) e também porque poderá criar um grande obstáculo para a atuação policial nessas situações em que não há defensor constituído presente.<sup>59</sup>

No tocante à obrigatoriedade do advogado em todas as oitivas de testemunhas e demais atos da investigação, o mesmo autor entende que seria uma interpretação

---

<sup>58</sup> GONZAGA, Alvaro de Azevedo. Senado aprova obrigatoriedade do advogado no inquérito. **Gen Jurídico**, São Paulo, 16 dez. 2015. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/12/16/senado-aprova-obrigatoriedade-do-advogado-no-inquerito>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

<sup>59</sup> LOPES JR., Aury. Op. cit.

excessivamente elástica e incompatível com a própria natureza da investigação e que a lei assegura apenas a prerrogativa do advogado de assistir ao cliente em sua oitiva e em momento algum determina que a presença do advogado é imprescindível na oitiva de todas as testemunhas e vítima(s). Ressalta também que isso poderia resultar na duplicidade de instruções, com o perigo de transformar o que é ato de investigação em ato de prova, sem a garantia da ampla defesa, pleno contraditório, publicidade.

Nesse ponto, ousa-se discordar do renomado processualista, pois embora os elementos colhidos no inquérito não sejam considerados provas e não devem se dirigir à sentença, o que se observa é justamente o contrário, por isso, é preferível ocorrer a uma dupla instrução com a observância do contraditório em ambas as fases (instrução prévia e instrução processual) a ceifar o direito do acusado à efetiva defesa na investigação, pois se está a tratar constantemente da liberdade de um sujeito, mas é óbvio que a dupla instrução não é a solução mais adequada.

A nulidade absoluta apresentada se dá pelo fato de que o defensor é condição à validade do ato e sua ausência contamina, *ex vi legis*, a sua formação. Uma vez reconhecida a imprestabilidade dos atos investigatórios (e dos eventuais atos de prova) produzidos na fase investigatória, evidentemente que faltará justa causa para o MP oferecer denúncia (se for oferecida, deverá ser rejeitada om base no art. 395, inciso III do Código de Processo Penal e se for recebida, o processo deve ser trancado via *Habeas Corpus*).<sup>60</sup>

Quanto à apresentação de razões e quesitos, o advogado tem a possibilidade de participar mais efetivamente das apurações, fazendo questionamento ou expondo razões para a autoridade que preside a investigação, pois agora pode intervir nesse sentido. *Razões* pode-se entender como petição apresentada à autoridade, por exemplo, apontando elementos a justificar um desindiciamento; *quesitos* alguns limitam à indagações feitas ao perito, mas também pode-se interpretar como questionamentos dirigidos às testemunhas.

A alínea b do inciso XXI foi vetada. Ela trazia a possibilidade da defesa requisitar diligências no curso da investigação. Segundo o Ministério da Justiça, “da forma como redigido, o dispositivo poderia levar à interpretação equivocada de que a requisição a que faz referência seria mandatória, resultando em embaraços no âmbito de investigações e consequentes prejuízos à administração da justiça”. No entanto, há a previsão no art. 14 do Código de Processo Penal de que o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade, razão pela qual não se acompanha o veto presidencial.

---

<sup>60</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade; ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit.

Tal juízo não deve ser mais um puro poder discricionário da autoridade policial, ditado por critérios de conveniência e oportunidade do êxito da sua investigação, pois devem ser observados: o interesse público na apuração do crime e a garantia individual da dignidade da pessoa humana, da isonomia, do devido processo legal. Assim, o único “juízo” possível, segundo Baldan,<sup>61</sup> consiste na aferição pelo Delegado de Polícia, quanto à legalidade da prova indicada pela pessoa investigada e só será passível de vedação no caso de ilegalidade (ilicitude ou ilegitimidade).

Certamente que a solicitação de diligências não pode ser um instrumento protelatório e, por isso, caberá à autoridade decidir sobre esse sentido, sem prejudicar o direito de defesa.

Leonardo Marcondes Machado<sup>62</sup> reconhece que, com a edição da lei em questão, a defesa ganhou novos mecanismos formais de atuação, e pode funcionar como importante instrumento de resistência a eventuais manobras fraudulentas durante o pré-jogo processual, pois entende que não só o processo penal pode ser estudado como a teoria dos jogos, mas também a investigação preliminar. A persecução prévia, em muitos casos, é o verdadeiro local do resultado e o placar (antecipado) tem sido constantemente definido na investigação.

Aury Lopes Jr. conclui que a nova lei não é a revolução copérnica da investigação, tampouco acaba com seu caráter inquisitório ou institui o contraditório pleno. No entanto salienta que contribui para a ampliação do espaço defensivo na fase pré-processual, mesmo que timidamente, mas ainda está muito longe de resolver os graves problemas da investigação preliminar.<sup>63</sup>

Portanto, tem-se com a nova lei uma ampliação tímida do direito dos advogados nas investigações, no entanto, qualquer mudança que direcione para o amadurecimento da investigação criminal defensiva é válida, a fim de que a garantia do direito de defesa dos investigados não seja violada.

---

<sup>61</sup> BALDAN, Edson Luís. Op. cit. p. 266.

<sup>62</sup> MACHADO, Leonardo Marcondes. O amadorismo na investigação cobra seu preço no jogo processual. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-26/academia-policia-amadorismo-investigacao-cobra-preco-jogo-processual>>. Acesso em: 2 mar. 2016.

<sup>63</sup> LOPES JR., Aury. Op. cit.

## CONCLUSÃO

Com os argumentos expostos, conclui-se que já passou da hora de o inquérito policial, bem como outros meios de investigação, como a presidida pelo MP, serem reformados, a fim de possibilitar a efetiva participação do imputado na persecução penal prévia. Com essa participação, haveria uma maior paridade de armas entre acusação e imputado.

No entanto, a investigação defensiva produzida pelo imputado na instrução prévia não pode se tornar privilégio de poucos acusados que possuem condições de arcar financeiramente com defesa técnica especializada e sim, deve se tornar um direito fundamental assegurado a qualquer cidadão.

Quanto à discussão da aplicação do contraditório, conclui-se que mesmo que não seja possível um contraditório pleno na investigação, sob pena de frustrar a eficácia desta, é forçoso admitir que é necessário um contraditório mínimo, e mesmo sendo mínimo, não afastaria uma participação mais efetiva do imputado. Repita-se, necessário sim é a investigação preliminar sob o crivo do contraditório, o inquérito policial não se trata de peça meramente informativa.

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

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

Conforme a conclusão brilhante de Baldan: “Por isso, façamos de nossos gabinetes e escritórios a trincheira da legalidade investigatória... não somos escravos do que é legal e sim discípulos do que é justo... a lei, ora a lei... abandonemos a lei, busquemos a Justiça...”<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> BALDAN, Edson Luís. Op. Cit.

## REFERÊNCIAS

- BALDAN, Edson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 64, v. 15, p. 253-273, jan./fev. 2007.
- BALDAN, Edson Luiz; BOIANI, André. A Preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 11, n. 1013, 10 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8220>>. Acesso em: 21 jul. 2016.
- BRASIL. Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm)>. Acesso em: 28 jul. 2016.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 jul. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm)>. Acesso em: 29 jul. 2016.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 13.245, de 12 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jan. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm)>. Acesso em: 29 jul. 2016.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 8.045/2010. Revoga o Decreto-lei n. 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei n. 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis n. 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 28 jul. 2016.
- CARNELUTTI, Francesco Carnelutti. **As misérias do processo penal**. Campinas: Edcamp, 2002.
- CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; COSTA, Adriano Souza. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio>>. Acesso em: 25 jan. 2016
- CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Processo penal e Estado de Direito**. Campinas: Edicamp, 2002.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GONZAGA, Alvaro de Azevedo. Senado aprova obrigatoriedade do advogado no inquérito. **Gen Jurídico**, São Paulo, 16 dez. 2015. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/12/16/senado-aprova-obrigatoriedade-do-advogado-no-inquerito>>. Acesso em: 26 jan. 2016.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.
- LOPES JR., Aury. Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação. **Consultor Jurídico**, São Paulo, jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>>. Acesso em: 29 jan. 2016.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, André Augusto Mendes (Org.). **Estudos de processo penal**. São Paulo: Scortecci, 2011.

\_\_\_\_\_. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Leonardo Marcondes. O amadorismo na investigação cobra seu preço no jogo processual. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-26/academia-policial-amadorismo-investigacao-cobra-preco-jogo-processual>>. Acesso em: 2 mar. 2016.

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

MAURÍCIO, Bruno; HENRIQUE, Diego. A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/158-REFLEXAO-DO-ESTUDANTE](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/158-REFLEXAO-DO-ESTUDANTE)>. Acesso em: 21 jul. 2016.

MIRZA, Flávio (Org.). **Advocacia criminal: direito de defesa, ética e prerrogativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 96-120.

MOREIRA, Rômulo de Andrade; ROSA, Alexandre Morais da. Lei Nova 13.245/16: saiba quando, onde e como o advogado deve ter vista da investigação preliminar. **Empório do Direito**, 13 jan. 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/lei-nova-13-24516-saiba-quando-onde-e-como-o-advogado-deve-ter-vista-da-investigacao-preliminar-por-romulo-de-andrade-moreira-e-alexandre-morais-da-rosa>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Inquérito policial: exercício do direito de defesa. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 7, n. 83 (esp.), p. 11-12, out. 1999.

RASCOVSKI, Luiz. Investigação criminal defensiva: uma luz no fim do túnel com sua previsão no novo código de processo penal (projeto de lei 156/09). **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 219, p. 14-15, fev. 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. Retorno sedutor do complexo de Nicholas Marshall no processo penal brasileiro. **Consultor Jurídico**, 2 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-02/diario-classe-retorno-sedutor-complexo-nicholas-marshall-processo-penal>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

SAMPAIO, Denis. Reflexões sobre a investigação criminal defensiva: possível renovação da influência italiana pós “Código Rocco” sobre a indagine difensiva. In: MALAN, Diogo; VILARES, Fernanda Regina. Investigação criminal: o projeto de código de processo penal e investigação defensiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 107, p. 309-336, abr. 2014.

ZILLI, Marcos. O pomar e as pragas. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 16, n. 188, p. 2-3, jul. 2008.

