

JNT-FACIT BUSINESS AND TECHNOLOGY JOURNAL - ISSN: 2526-4281 QUALIS B1



A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO FORMA DE ALCANÇAR UM PROCESSO PENAL JUSTO E EQUILIBRADO

DEFENSIVE CRIMINAL INVESTIGATION AS A WAY TO ACHIEVE A FAIR AND BALANCED CRIMINAL PROCEEDING

Guilherme da Silva MARINHO
Centro Universitário Tocantinense Presidente Antônio
Carlos (UNITPAC)
E-mail: guisaga08@gmail.com

Pedro Henrique Silva SOUSA
Centro Universitário Tocantinense Presidente Antônio
Carlos (UNITPAC)
E-mail: pedrohenriso10@gmail.com

Lara de Paula RIBEIRO
Centro Universitário Tocantinense Presidente Antônio
Carlos (UNITPAC)
E-mail: lara.ribeiro@unitpac.edu.br



RESUMO

Este artigo objetiva verificar se a investigação criminal defensiva consubstancia-se em um meio efetivo de se assegurar um processo penal justo e equilibrado, assegurando a igualdade real entre as partes e contribuindo para que ocorram menos erros por parte do judiciário e que a justiça penal seja mais célere. Para tanto, explica o modelo de investigação criminal adotado no Brasil; expõe os possíveis benefícios e óbices que a adoção da investigação criminal defensiva pode trazer; e explora os dispositivos constitucionais que podem fundamentar a recepção ou não da investigação criminal defensiva no Brasil. No que concerne à metodologia, a mesma foi bibliográfica, pois se valeu de conteúdos de doutrinas, artigos científicos e de outras pesquisas acadêmica que se debruçaram sobre o tema em epígrafe permitindo concluir que é certo que existe viável aspiração no sentido de implementar a investigação criminal defensiva no Brasil, exposta inclusive por estudiosos e por defensores de investigados, porém entende-se que a possibilidade de se introduzir a chamada paridade de armas na etapa investigatória pela investigação defensiva importa, necessariamente, contemplá-la também com a adoção efetiva do princípio do contraditório, de maneira a proporcionar aos futuros sujeitos processuais igualdade de tratamento já no curso da investigação.

Palavras-chave: Investigação Criminal Defensiva. Inquérito. Paridade de armas.

ABSTRACT

This article aims to verify whether the defensive criminal investigation is an effective means of ensuring a fair and balanced criminal process, ensuring real equality between the parties and contributing to fewer errors by the judiciary and criminal justice to be faster. For that, it explains the model of criminal investigation adopted in Brazil; exposes the possible benefits and obstacles that the adoption of defensive criminal investigation can bring; and explores the constitutional provisions that can support the reception or not of defensive criminal investigation in Brazil. Regarding the methodology, it was bibliographical, as it drew on the contents of doctrines, scientific articles and other academic research that focused on the topic in question, allowing the conclusion that it is

Guilherme da Silva MARINHO; Pedro Henrique Silva SOUSA; Lara de Paula RIBEIRO. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO FORMA DE ALCANÇAR UM PROCESSO PENAL JUSTO E EQUILIBRADO Facit Business And Technology Journal. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculadefacit.edu.br/index.php/JNT>. Out/Nov - 2021. Ed. 31; V. 1. Págs. 118 - 144.

certain that there is a viable aspiration to implement the investigation. Criminal defense in Brazil, exposed even by scholars and defenders of the investigated, but it is understood that the possibility of introducing the so-called parity of arms in the investigative phase through defensive investigation must, necessarily, also contemplate it with the effective adoption of the adversarial principle, in order to provide future procedural subjects with equal treatment in the course of the investigation.

Keywords: Defensive Criminal Investigation. Inquiry. Weapons parity.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, cabe ressaltar que o artigo em epígrafe, ressalta e põe em pauta no cenário jurídico brasileiro, a probabilidade de o imputado por um ato delituoso, coordenar, comandar, através de seu defensor, uma investigação particular sobre o delito a ele imputado, com o mero intuito de arrecadar provas que porventura venham beneficiá-lo.

Neste ínterim, este trabalho destaca a importância e a essencialidade da investigação criminal defensiva, uma vez que esta modalidade de investigação está diretamente relacionada aos princípios do contraditório e da ampla defesa, princípios estes de suma importância, não só na área criminal, mas, no ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

A investigação defensiva permite ao imputado dirigir uma investigação particular desde o início da imputação, com o intuito de provar que a mesma é indevida, evitando, assim, um processo e um trâmite desarrazoados. A investigação defensiva permite também economia tempo e menores gastos.

Neste sentido, busca-se defender que quando se alia os resultados da investigação realizada pelo imputado aos obtidos na investigação feita pelo poder público, a análise de todos os fatos, meios e provas obtidos em ambas as investigações, irá conferir uma maior eficácia à justiça, majorando ou não a certeza sobre a veracidade dos fatos imputados e, muitas vezes, evitando que uma ação penal desnecessária seja iniciada.

Porém, a investigação defensiva não está prevista no ordenamento jurídico brasileiro. No Brasil, o defensor do imputado tem acesso aos autos do inquérito policial, mas a ele não é permitido dirigir uma investigação com vistas a tentar encontrar provas que ajudem a inocentar seu cliente.

Guilherme da Silva MARINHO; Pedro Henrique Silva SOUSA; Lara de Paula RIBEIRO. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO FORMA DE ALCANÇAR UM PROCESSO PENAL JUSTO E EQUILIBRADO Facit Business And Technology Journal. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculadefacit.edu.br/index.php/JNT>. Out/Nov - 2021. Ed. 31; V. 1. Págs. 118 - 144.

Não é rara a ocorrência de erros judiciários. Esses erros ocorrem devido a vários fatores, como: perícias imprecisas, reconhecimento equivocado do autor do crime, falsas acusações, confissões forçadas, dentre outros fatores que na maioria das vezes possibilitam que um inocente seja condenado e cumpra vários anos de pena. Assim sendo, o objetivo da investigação defensiva é conferir maior celeridade e precisão às investigações e atos do poder público, e, complementarmente, reduzir as chances de ocorrência de erros por parte do poder judiciário brasileiro.

Feitas estas pontuações iniciais, este artigo visa responder ao seguinte problema de pesquisa: quais os possíveis benefícios e óbices à adoção da investigação criminal defensiva no Brasil?

Visando responder ao questionamento proposto, este artigo tem como objetivo geral verificar se a investigação defensiva consubstancia-se em um meio efetivo de se assegurar um processo penal justo e equilibrado, assegurando a igualdade real entre as partes e contribuindo para que ocorram menos erros por parte do judiciário e que a justiça penal seja mais célere.

Para atingi-lo, os seguintes objetivos específicos foram delineados: explicar o modelo de investigação criminal adotado no Brasil; expor os possíveis benefícios e óbices que a adoção da investigação criminal defensiva pode trazer; e explorar os dispositivos constitucionais que podem fundamentar a recepção ou não da investigação defensiva no Brasil.

O estudo deste tema se mostra relevante, pois, no atual modelo investigatório brasileiro são colocados à disposição do investigado poucos recursos para que produza elementos investigativos e probatórios que possam beneficiar a si próprio, o que de certo modo viola os princípios da paridade das armas, contraditório e ampla defesa.

Com isso em mente, a investigação defensiva aparece como uma solução bastante efetiva, pois garante a igualdade entre órgão de acusação e o imputado, na medida em que torna possível a aquisição de elementos probatórios relevantes para a defesa apresentar em juízo, podendo afastar a acusação que lhe foi atribuída ou evitar que ações penais desprovidas de lastros probatórios mínimos sejam instauradas.

No que concerne à metodologia eleita para o desenvolvimento desta pesquisa, a mesma foi bibliográfica, pois se valeu de conteúdos de doutrinas, artigos científicos e de outras pesquisas acadêmica que se debruçaram sobre o tema em epígrafe, utilizando-se

Guilherme da Silva MARINHO; Pedro Henrique Silva SOUSA; Lara de Paula RIBEIRO. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO FORMA DE ALCANÇAR UM PROCESSO PENAL JUSTO E EQUILIBRADO Facit Business And Technology Journal. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdadefacit.edu.br/index.php/JNT>. Out/Nov - 2021. Ed. 31; V. 1. Págs. 118 - 144.

também do método dialético que consiste nas ideias, opiniões e argumentos diversos de vários autores sobre um determinado assunto, para o qual ainda não há uma sólida posição firmada no ordenamento jurídico.

Ressalta-se ainda, que o trabalho põe em pauta a ideia, opinião de autores sobre a legalização e implementação da investigação defensiva no ordenamento jurídico brasileiro, assegurando ao acusado o direito de buscar por informações e provas que lhe ajudem a provar sua inocência em ato a ele imputado desde a fase investigativa.

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

Investigação criminal e a fase inicial da persecução penal. É a verificação da atividade de determinado fato, que com suposição enseje criminoso.

No âmbito Jurídico, definimos a investigação criminal como a combinação de diligências preliminares que são formalizadas nos moldes legais.

A investigação nasce como ferramenta imprescindível da justiça criminal, afim de que comprove a verdade autêntica, viabilizando deste modo a apropriada aplicação das leis penais. Esta por sua vez vem a assegurar imputações infundadas (garantir); conservar a prova e os meios de sua aquisição (preservar); propiciar justa causa para a ação penal ou impedir que esta seja inaugurada (preparatória), apresentando assim a tríplice funcionalidade.

A efetiva investigação pressupõe que o estado assegure as garantias individuais, uma vez que direitos e garantias fundamentais são uma forma de coibir na medida em que dizem o que não se pode fazer na investigação criminal.

Premissas Conceituais Sobre a Investigação Criminal e a Prova Penal

Sob a ótica sociológica, pode-se dizer que o crime é um fenômeno que está presente em todas as sociedades. Segundo Durkhéim,

[...] não há nenhuma onde não haja criminalidade. Muda de forma, os atos assim qualificados não são os mesmos em todo o lado; mas sempre e em toda a parte existiram homens que se conduziram de modo a incorrer na repressão penal (DURKHÉIM, 2005, p. 82).

Por sua vez, o Direito Penal, material e processual, vem sendo aplicado como mecanismo de controle desse fenômeno social em todas as sociedades politicamente

Guilherme da Silva MARINHO; Pedro Henrique Silva SOUSA; Lara de Paula RIBEIRO. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO FORMA DE ALCANÇAR UM PROCESSO PENAL JUSTO E EQUILIBRADO Facit Business And Technology Journal. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br/index.php/JNT>. Out/Nov - 2021. Ed. 31; V. 1. Págs. 118 - 144.

organizadas, desde as mais primitivas até as complexas sociedades modernas, não obstante as variadas e seguidas crises de legitimidade que se impõem ao sistema penal.

Na verdade, a busca por esta legitimação nunca encontrou consenso, variando entre os extremos da defesa do abolicionismo à maximização do Direito Penal. O que de fato se observa nas sociedades contemporâneas, mesmo as com maior desenvolvimento democrático, é um aumento de normas incriminadoras e, conseqüentemente, de instrumentos a serviço da prevenção e do esclarecimento de infrações penais, muito em razão da difusão dos riscos e do medo crescentes na atualidade (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

Nesse quadro, a notícia da ocorrência de um crime faz surgir a obrigação dos órgãos estatais integrantes do sistema penal de dar início à busca pelo esclarecimento do fato noticiado¹, com o intuito de restabelecer a verdade e possibilitar a responsabilização do possível transgressor.

A verdade, especialmente a sua busca, é tradicionalmente apontada como o principal objetivo do processo penal, cujo conteúdo é objeto de complexo debate, tanto no campo filosófico quanto jurídico. O debate sobre o sentido da verdade no processo penal não é objeto desta pesquisa. Cabe, no entanto, aqui pontuar a visão da doutrina contemporânea que afasta a ideia de um realismo ingênuo, de uma verdade real absoluta, devendo ser concebida no âmbito processual penal sob a forma de reconstrução aproximativa dos fatos a partir das evidências obtidas no processo (TARUFFO, 2009).

Nessa perspectiva, reconhecendo-se a impossibilidade de se alcançar um grau absoluto de conformidade com os fatos ocorridos no mundo real, a atividade investigativa, assim como a instrução probatória, deve se orientar no sentido de buscar os mais qualificados elementos capazes de melhor se aproximar da reconstrução fática, com a devida obediência aos limites impostos pelo Estado Democrático de Direito.

A busca da verdade, no sentido da reconstrução fática aproximativa, é, pois, tarefa comum da investigação criminal e da prova penal em juízo. É por meio da investigação criminal que se inicia esse importante encargo estatal. Essa atividade traduz-se, portanto, no ponto de partida da persecução penal, instrumento essencial do sistema penal sem o

1 Considera-se aqui a obrigatoriedade da ação penal nos crimes de ação penal pública, que constituem a maioria dos crimes previstos na legislação brasileira.

qual o Estado não pode exercer o seu poder-dever de punir. Trata-se, assim, do alicerce da ação penal, onde se delimita o objeto do processo penal.

Nesse sentido, ao abordar o tema no âmbito do processo penal português, Costa Pinto (2018, p.9) sublinha que “é no inquérito que se desenvolve a investigação criminal, se delimita sucessivamente o objecto do processo, se identificam ou se eliminam suspeitos, se recolhe o essencial das provas e se decide levar ou não o caso a julgamento”.

Do ponto de vista normativo, não há na legislação brasileira uma definição taxativa de investigação criminal, não obstante esta atividade estatal esteja prevista na CRFB/1988, no CPP, e em outras legislações dispersas².

Em regra³, a investigação criminal no Brasil é conduzida pela polícia judiciária, por meio do inquérito policial, qualificado como procedimento administrativo informativo, constituído por um conjunto de diligências devidamente formalizadas com vistas a apurar a existência de um delito, identificar os seus autores e recolher provas e elementos informativos de tudo que possa servir ao esclarecimento do fato para instruir e subsidiar futura ação penal (NUCCI, 2020).

Ao contrário do Brasil, o ordenamento jurídico português apresenta um conceito legal de investigação criminal definindo-a como um “[...] conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher as provas, no âmbito do processo”⁴.

No âmbito doutrinário, numa perspectiva mais clássica, a investigação criminal é definida como o conjunto de atividades do Estado, implementadas em um procedimento administrativo preparatório da ação penal, direcionadas a reunir elementos suficientes para a apuração da autoria e da materialidade de uma infração penal, destinados à formação do convencimento do responsável pela acusação⁵.

2 Dentre as legislações dispersas, pode-se citar a Lei 12.830/2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia; e a Lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

3 Diz-se, em regra, pois a investigação criminal no Brasil pode ser conduzida diretamente pelo Ministério Público, conforme entendimento pacificado no STF (RE 593727, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 14/05/2015).

4 Lei nº 49 de 27 de Agosto de 2008.

5 Nesse sentido, Nucci (2015).

Ao abordar o inquérito policial enquanto principal instrumento de investigação criminal no Brasil, Nucci (2015) aponta que:

O inquérito policial é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. [...] Seu objetivo precípua é servir de lastro à formação da convicção do representante do Ministério Público (*opinio delicti*), mas também para colher provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime. Não se pode olvidar, ainda, servir o inquérito à composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação penal privada (NUCCI, 2015, p. 98).

Sob a mesma conotação pragmática, Valente (2009) também destaca a função preparatória da investigação criminal ao destacar que:

A investigação criminal, levada a cabo pela polícia, procura descobrir, recolher, conservar, examinar, e interpretar provas reais e também procura localizar, contactar e apresentar as provas pessoais que conduzam ao esclarecimento da verdade material judicialmente admissível dos factos que consubstanciam a prática de um crime, ou seja, a investigação criminal pode ser um motor de arranque e o alicerce do processo crime que irá decidir pela condenação ou pela absolvição (VALENTE, 2009, p. 102).

Pelas definições apresentadas, nota-se que a investigação criminal tem por principal finalidade amearhar um conjunto de elementos informativos e probatórios, de cognição sumária, capazes de subsidiar um juízo de probabilidade acerca da ocorrência de um crime e de sua autoria destinados a quem tem competência para oferecer a acusação (ou seu arquivamento). Esse conjunto de elementos probatórios razoáveis reveladores da materialidade e autoria do delito é o que se chama de justa causa para a ação penal (GRECO FILHO, 2019).

A justa causa, entendida no sentido da existência de um suporte probatório mínimo, de cognição sumária, sobre a existência de um crime e da presença de indícios de sua autoria (*fumus comissi delicti*), constitui requisito específico para o recebimento da denúncia no ordenamento jurídico brasileiro, sem a qual não é possível a denúncia ser recebida⁶.

6 É o que dispõe o artigo 395, inciso III, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal brasileiro).

No entanto, em que pese a busca pelo esclarecimento do fato apontado como criminoso constitua objetivo imediato da investigação, esta não é a única razão de sua existência. Tampouco se presta à mera satisfação jurídica de uma pretensão acusatória, que só pode se iniciar sob a presença de justa causa, mas sim constitui instrumento para o eficaz funcionamento da justiça penal.

Denota-se, então, o caráter instrumental da investigação criminal a serviço de outro instrumento (o processo penal). Nesse sentido, Lopes Jr. (2003) sabiamente dispõe que:

O processo penal, em teoria, pode prescindir da investigação preliminar. Mas a investigação preliminar existe para o processo. É importante frisar que “em teoria” o processo pode não necessitar da investigação preliminar, inclusive porque pode ter o caráter facultativo. Sem embargo, na prática, quanto maior for a gravidade do delito, maior será a importância da instrução, ao ponto de poder-se afirmar que, excetuando-se os delitos de menor potencial lesivo, nenhum promotor ou juiz prescinde dessa investigação prévia (LOPES JR., 2003, pp. 40-41).

Discorda-se, todavia, do sobredito autor quanto à prescindibilidade, ainda que teórica, da investigação criminal. Na verdade, a lei processual penal brasileira autoriza o Ministério Público a dispensar o inquérito policial para o oferecimento da denúncia⁷, desde que disponha de elementos que o autorizem a promover a ação penal. Assim, mesmo em casos mais simples que possam prescindir da formalização de um inquérito policial, a investigação preliminar mesmo que sumária é indispensável.

Na verdade, compreende-se a investigação criminal como instrumento imprescindível para a efetiva garantia processual constitucional e para a busca da concretização da justiça. Nesse sentido, Paulo Rangel destaca que:

[...] a verdade é que o inquérito policial tem uma função garantidora. A investigação tem nítido caráter de evitar a instauração de uma persecução penal infundada, por parte do Ministério Público, diante do fundamento do processo penal, que é a instrumentalidade e o garantismo penal (RANGEL, 2020, p. 71).

Nessa perspectiva, a investigação criminal não pode ser compreendida somente como uma ferramenta a serviço do Estado para reunir informações e evidências capazes de fundamentar uma acusação contra um suspeito da prática de um crime. Mais do que isso, a investigação preliminar traduz-se em importante instrumento de proteção dos direitos e

7 Cf. artigo 39, parágrafo 5º, e artigo 28, do Código de Processo Penal brasileiro.

garantias individuais à medida em quem exerce a função de filtro processual para evitar a ocorrência de acusações infundadas, desprovidas de lastro probatório suficiente, assegurando-se ao cidadão investigado que ele não será processado e muito menos punido de forma arbitrária (LOPES JR., 2020).

Sobre essa função garantidora da investigação criminal, Mendes de Almeida destacava que:

A instrução preliminar é uma “instituição indispensável à justiça penal”. Seu primeiro benefício é “proteger o inculpaado”. Dá à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os fatos e de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento (ALMEIDA, 1973, p. 11).

Na mesma linha de pensamento, ao discutir sobre o papel do inquérito policial, Bonfim (2019) leciona que:

O inquérito policial tem caráter essencialmente instrumental. Sua finalidade é possibilitar a reunião de elementos de prova que reforcem e fundamentem as suspeitas acerca da prática de delito de natureza penal. Nesse sentido o inquérito policial é um procedimento preparatório para eventual ajuizamento de ação penal. Além disso, o inquérito policial serve também como elemento de “filtragem” do sistema penal, ao prevenir a movimentação do Poder Judiciário para o processamento de fatos não esclarecidos ou de autoria desconhecida (BONFIM, 2019, pp. 104-105).

Além das funções essenciais de descoberta da “verdade” (busca do fato oculto) e de filtro processual contra acusações sem fundamentos (função garantidora), a doutrina moderna destaca, ainda, que a investigação criminal desempenha importante função simbólica, a partir da visibilidade da atividade investigativa, contribuindo-se para dissuadir a prática de crimes e afastar o sentimento de impunidade (LOPES JR., 2020).

Assim, em que pese o caráter instrumental da investigação criminal, pelo que não se lhe impõe a missão de conter a violência, a sua função simbólica exerce valiosa influência na confiança social no sistema de justiça penal e, conseqüentemente, na redução do índice de criminalidade oculta. Assim, quanto mais eficaz for a investigação criminal na busca do fato oculto, menor será o índice de criminalidade desconhecida. Nesse sentido, ensina Lopes Jr. (2003) que:

Guilherme da Silva MARINHO; Pedro Henrique Silva SOUSA; Lara de Paula RIBEIRO. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO FORMA DE ALCANÇAR UM PROCESSO PENAL JUSTO E EQUILIBRADO Facit Business And Technology Journal. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br/index.php/JNT>. Out/Nov - 2021. Ed. 31; V. 1. Págs. 118 - 144.

Existe uma clara relação entre a eficácia da instrução preliminar e a diminuição dos índices de *criminal case mortality*, de modo que, quanto mais eficaz é a atividade destinada a descobrir o fato oculto, menor é a criminalidade oculta ou latente, ou ainda, as *cifras de la ineficiencia de la justicia*, como prefere Ferrajoli. Em síntese, quando menor é a diferença entre a *criminalidade real* e a *criminalidade conhecida* pelos órgãos estatais de investigação, mais eficaz será o processo penal como instrumento de reação e controle formal da criminalidade (LOPES JR., 2003, pp. 40-41).

Essa tríplice funcionalidade da investigação criminal destacada pela doutrina moderna traduz o paradigma constitucional garantista, alicerçado no respeito aos direitos humanos fundamentais inalienáveis, que deve orientar o sistema penal no Estado Democrático de Direito. Nesse quadro, o investigado passa a ser visto como sujeito de direitos e não um mero objeto de investigação.

Para o cumprimento das destacadas funcionalidades, a investigação criminal busca afastar as dúvidas e presunções, e reunir um “conjunto probatório” capaz de conferir um juízo de probabilidade suficiente à abertura de uma ação penal. Também de caráter instrumental, busca-se no processo penal a descoberta da verdade por meio da produção de provas.

Direitos e Garantias Fundamentais no Contexto da Investigação Criminal

127

A investigação criminal efetivada tanto pela autoridade policial é um procedimento, já que prevê uma sequência formal de atos procedimentais cuja finalidade é a preparação de um provimento estatal. Resta verificar se, em sendo procedimento, comporta ou não, a aplicação do contraditório e dos demais princípios constitucionais estruturadores do modelo constitucional de processo.

Segundo Mendes (2020) tem prevalecido o entendimento de que a fase investigatória não comporta a observância do contraditório, sendo aplicável no processo penal apenas na “fase processual”, afirmando também, que o texto da Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988) mantém tal situação ao mencionar no art. 5º, inc. LV, que o contraditório é aplicável em processo administrativo ou judicial. Da mesma opinião é também Eduardo Espínola Filho, para quem “[...] o inquérito policial é de natureza inquisitiva, não podendo ter, em consequência, o caráter contraditório” (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 333).

Na clássica obra “Teoria geral do processo”, escrita em conjunto por Cintra, Grinover e Dinamarco, estes autores reconhecem não apenas a natureza de procedimento do inquérito policial, mas também afirmam que, após o indiciamento, surge uma espécie de “conflito de interesses” o que representaria a ideia de “litigantes”, prevista no art. 5º, inc. LV, da CRFB/1988. Assim, seria necessária a observância do contraditório no inquérito policial após o indiciamento (CINTRA, GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 59).

A CRFB/1988 estabelece no art. 5º, inc. LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988, s.p.). Assim, para saber se o contraditório deve ser aplicado em determinado tipo de procedimento é preciso verificar se a norma que o disciplina prevê a participação dos interessados na fase de formação do provimento estatal, bem como se o ato final incide imperativamente sobre direitos dos administrados a impor a aplicação do princípio do devido processo legal (MENDES, 2014).

No que se refere à fase de investigação criminal há a previsão da prática de atos tanto pela vítima (*notitia criminis*, requerimento de instauração do inquérito policial nos crimes de iniciativa privada, representação nos crimes de iniciativa pública condicionada, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, participação em reconstituição de crime, requerimento de diligências) quanto pelo investigado (interrogatório, participação em reconstituição de crime, acareação, requerimento de diligências, dentre outros) (MENDES, 2020).

É salutar que se esclareça sobre a importância da chamada “investigação criminal defensiva”, que foi timidamente inserida no projeto de Lei 156/2009 do Senado da República e no 8.045/2010 na Câmara dos Deputados. Segundo Diogo Malan (2012), é preciso reconhecer um verdadeiro “direito fundamental à investigação defensiva”, já que existe uma reconhecida desigualdade material entre o Estado e o acusado.

Essa atividade seria viabilizada pela possibilidade de incorporação, pela defesa, de material probatório e elementos informativos que sejam favoráveis ao investigado. Assim, a defesa técnica efetiva estaria garantida, sobretudo se adotado um dever ético de investigação defensiva (PRADO, 2019).

No mesmo sentido é a posição de Schünemann (2013) em relação à previsão de uma defesa técnica obrigatória na fase de investigação preliminar, com direito à inquirição

própria e privada de testemunhas e com possibilidade de controle das medidas secretas de investigação.

A BUSCA DA VERDADE REAL E A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Sem dúvida, a prova é a alma do processo e é por ela que as partes tentam provar em Juízo a ocorrência de determinado fato, ou, excepcionalmente, o direito, quando invocado direito estadual ou municipal, consuetudinário ou estrangeiro.

A palavra “prova” tem sua origem no latim *probatio* e significa verificação, ensaio, inspeção, exame, razão, confirmação, e deriva do verbo *probare*, cujo significado é provar, ensaiar, constatar, examinar, reconhecer pela experiência, aprovar, persuadir alguém sobre alguma coisa e demonstrar (NUCCI, 1997).

Verifica-se, pois, que as provas ajudam a esclarecer sobre os fatos que deram origem ao processo e ajudam o magistrado na formação de seu convencimento.

Santos (2014), profundo conhecedor e estudioso do assunto, sobre a prova, disse que: “Provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa” (SANTOS, 2014, p. 327). Prossegue o autor afirmando que:

Quem se propõe a provar terá que valer-se de meios adequados, que variam conforme o objeto da prova. Outrossim, deverá utilizar-se dos meios apropriados segundo determinados métodos, que também variam conforme o objeto e, até mesmo, conforme o destinatário da prova. Diversos são os meios de prova da eficácia de um produto farmacêutico e o das consequências de um fato histórico; e diversos serão os métodos a adotar-se, conforme o destinatário da prova seja o próprio agente, terceiro ou terceiros (SANTOS, 2014, p. 327).

Assim, acompanhando o raciocínio de Santos (2014, p. 327), “o objeto da prova judiciária são os fatos da causa”, ou seja, os fatos que forem deduzidos pelas partes como justificativa da ação ou da exceção; seu objetivo é formar a convicção referente à existência dos fatos da causa, sendo o destinatário o Juiz. Acrescente-se, apenas, que em situações excepcionais, segundo o art. 376 do Código de Processo Civil, o direito também deverá ser demonstrado, quando ele for estadual, municipal, consuetudinário ou estrangeiro.

Dessa forma, o significado de “provar” é demonstrar a verdade sobre algo, persuadindo o espírito do Julgador com vistas a convencê-lo da veracidade do que foi alegado.

Enquanto a prova objetiva convencer o espírito do Julgador sobre a ocorrência de determinado fato, os meios de prova são os recursos diretos ou indiretos empregados para se chegar à verdade dos fatos em âmbito processual, ou seja, são os métodos pelos quais as informações referentes aos fatos (provas) são introduzidas no processo (NUCCI, 1997). São desta forma exemplos de meios de prova: depoimentos, perícias, reconhecimentos e interrogatórios.

A lei enumera os meios de prova que podem ser empregados no processo. Porém, isso não implica que as hipóteses discriminadas pelo diploma legal seja taxativo, posto que o legislador não conseguiria pensar em todos os meios possíveis. Assim, todos os meios de prova estão aptos a demonstrar que algum fato ocorreu, desde que sejam legais e morais.

Neste contexto, entende-se que independentemente de quem obtenha a prova, o que importa é o objetivo que esta cumpre, qual seja, auxiliar no alcance da verdade real, garantindo o contraditório e a ampla defesa.

Atualmente o princípio do contraditório está consagrado na CRFB/1988, no 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” (BRASIL, 1988, s.p).

O direito de defesa do acusado engloba sua faculdade de intervir no processo, após ser citado, para colocar em prática todas as atividades que se fizerem necessárias para esvaziar a resposta penal ou reduzir a consequência jurídico-penal. No entanto, não existe na legislação brasileira, um dispositivo legal que disponha sobre o princípio do contraditório na etapa de inquérito policial (BADARÓ, 2019).

O contraditório assegura, por exemplo, que o acusado seja informado da acusação que sobre ele recai e cópia integral dos termos. Já pelo princípio da ampla defesa, tem-se que é direito do investigado dispor de todos os meios cabíveis para defender-se, seja nas ações públicas ou privadas, de forma a resguardar seu direito à liberdade. Como explica Moraes:

Os elementos que constituem estes princípios são a informação e a reação. A informação porque é através dela que as partes tomarão

conhecimento dos andamentos da ação e dos momentos corretos de se manifestarem. A reação é referente ao direito de defender-se – assegurando a isonomia das partes. Já o direito à igualdade não se confunde com o contraditório, mas eles se comunicam, na medida em que para que haja igualdade no processo, é necessária a existência do contraditório (MORAES, 2013, pp. 67-68).

A discussão contraditória é elementar ao sistema de processo acusatório. E é pelo contraditório, abrigado no art. 5º, inc. LV, da CRFB/1988, que se observa a concretização da relação processual na forma de triangulação: as participações da acusação e do réu perfectibilizam-se mediante a oitiva sucessiva de ambos pelo Juiz (GUIMARÃES, 2018).

Na fase de investigações, a autoridade policial trabalha, inicialmente, com hipóteses ou conjecturas sobre a autoria de algum ilícito penal. Dessa forma, ouvem-se as pessoas envolvidas nos fatos, inclusive, por óbvio, aquelas sobre as quais recaem as suspeitas; submete-as ao reconhecimento (art. 226, CPP); quando surgem indícios sobre alguém, interroga, informa dados de sua vida pregressa (art. 6º, inc. IX, CPP), e procede à identificação criminal (art. 6º, inc. VIII, c.c. Lei 12.037/2009). São expedientes que estigmatizam a pessoa investigada e que, se divulgados amplamente, repercutem em sanção moral e até mesmo em riscos de ações penais frágeis, sem justa causa. Essa circunstância colocará em causa alguns bens jurídico-constitucionais de relevo, como a honra, a privacidade, a imagem (GUIMARÃES, 2018).

Decerto que à luz dos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal (*due process of Law*), inseridos nos incs. LIV e LV da CRFB/1988, não mais se sustenta que as provas unicamente inquisitórias, ou seja, aquelas denominadas repetíveis e colhidas apenas na fase do inquérito possam, no momento da fundamentação da sentença, servir de fundamento para a formação do livre convencimento motivado do juiz (SOUZA, 2017).

A discussão sobre a aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa na etapa de investigação criminal perpassa a análise sobre o valor probatório das investigações preparatórias e sobre o direito do investigado a ser assistido por advogado na fase de inquérito.

Em atos como o interrogatório do indiciado ou investigado, não importando o órgão que conduza as investigações, o advogado tem o direito de assistir ao seu cliente, exercendo mais uma fiscalização sobre tais atos do que um efetivo contraditório, ainda que

mitigado, pois embora agora haja expressa previsão dessa atuação na Lei 8.906/1994, a partir das alterações introduzidas em seu art. 7º, pela Lei 13.245/2016, entende-se que “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 indiretamente [...]” (BRASIL, 2016, s.p.), não alcança o direito a fazer perguntas ou mesmo de orientar o cliente durante o ato praticado pela autoridade investigante, mas tão somente a faculdade de o investigado ser acompanhado por advogado e o direito deste profissional acompanhar os atos em questão e intervir em casos de afronta aos direitos e garantias do investigado (SOUZA, 2017).

Mudança mais significativa, decorrente das alterações ao art. 7º da Lei 8.906/1994, foi a previsão de colaboração do investigado com a produção da prova, inserida através da nova alínea “a” do inc. XXI e consiste no direito a “apresentar razões e quesitos”, o que evidencia a possibilidade de questionar, impugnar ou propor algum meio de prova e apresentar as razões respectivas ou de apresentar quesitos em relação às provas periciais que forem produzidas após a habilitação do advogado nos autos, o que deixa clara a possibilidade de o investigado, quando assistido por advogado, não permanecer inerte ou alijado do contraditório na fase investigatória, evidenciando a opção legislativa por garantir o exercício de um contraditório mitigado, na fase extrajudicial, alcançando principalmente o direito a impugnar a prova pericial realizada ou apresentar quesitos a serem respondidos em relação às perícias ainda, mas não se limitando a essas situações, pois poderá também haver a impugnação de prova proibida (a título de exemplificação cita-se o art. 207 do CPP) ou ilícita (exemplo: juntada do resultado de interceptação telefônica não autorizada judicialmente), sofrendo limites em relação ao § 3º do art. 159, apenas pela impossibilidade de apresentar assistente técnico, embora possa apresentar parecer técnico acompanhado de razões em benefício do investigado (SOUZA, 2017).

A Lei 13.245/2016 ainda inseriu no mesmo art. 7º do Estatuto dos Advogados a expressa previsão do direito de

[...] 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 (BRASIL, 2016, s.p.).

Restou também consignado no § 11 do art. 7º do Estatuto dos Advogados a possibilidade de restrição ao acesso, mesmo do advogado constituído, em situações em que a prova ou diligência sujeita a sigilo ainda esteja efetivamente em andamento e o seu conteúdo não possa ser anexado aos autos, para não inviabilizar as investigações⁸, estando a regra legal em consonância com a jurisprudência consolidada e representada pela Súmula Vinculante nº 14 do STF⁹.

Outra questão que vem sendo muito discutida é a possibilidade de adotar a investigação criminal defensiva no Brasil conforme se verá na próxima seção.

A POSSIBILIDADE DE ADOTAR A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO BRASIL

Conforme foi exposto nos tópicos anteriores, fica evidente que a investigação acerca dos fatos criminosos sempre foi de monopólio do Estado, sendo este o responsável por apurar os crimes e aplicar as devidas sanções. É nesse cenário que se mostraria bastante benéfico para o ordenamento jurídico brasileiro o instituto da investigação defensiva que tem como um dos objetivos dar maior igualdade nas relações processuais e pré-processuais, fazendo com que ambos os lados tenham condições de angariar provas e elementos informativos sobre a possível conduta delitiva analisada.

Corrêa (2017) sustenta que há clara violação à paridade de armas na previsão legal que determina que a decisão judicial de recebimento de uma acusação penal seja realizada com base em elementos informativos colhidos exclusivamente pelo órgão responsável pela acusação, sem que ao órgão de defesa, em igualdade de condições, sejam disponibilizadas semelhantes possibilidades procedimentais.

Em virtude desta discrepância de armas em atuação pré-processual, em que o órgão de acusação pública aparelhado pelo Estado pode, em seus escritórios reservados, preparar

⁸ Art. 7º... XIV – 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; [...] § 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inc. XIV. § 11. No caso previsto no inc. XIV, 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 (SOUZA, 2017, p. 94)

⁹ É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa (SOUZA, 2017, p. 94).

elementos para subsidiar uma peça acusatória, é que Correa (2017) defende a atribuição da investigação defensiva para subsidiar uma defesa capaz de embasar uma resposta à acusação com elementos suficientes à rejeição da denúncia.

Trata-se de um expediente relativamente comum no ordenamento jurídico norte-americano e também no Italiano (na Itália, a investigação defensiva foi criada pela Lei 397/2000), embora em cada um desses países as previsões legais sejam bastante distintas.

No sistema italiano a investigação defensiva é faculdade que pode ser exercida antes mesmo de iniciado o inquérito policial. Está prevista no art. 327-Bis e no art. 391 Bis a 391 decies do CPP, além de dispositivos esparsos. Ela pode se dar antes do inquérito, conjuntamente a ele, durante o processo (em qualquer grau do procedimento) e até mesmo após o trânsito em julgado (DEZEM, 2020).

Isto posto, tem-se que além da forma tradicional de se investigar a ocorrência de um crime comum, cuja providência geralmente se executa pela instauração do inquérito policial, sendo também considerada a possibilidade de eventual instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), bem como de procedimento administrativo de natureza investigativa, o certo é que existem outros meios válidos de apuração de infração criminal.

Um deles condiz com o exercício de investigação particular. Embora não exista previsão no CPP, nada impede ao investigado colaborar com o esclarecimento do fato que lhe é imputado, fazendo-o por meio de “investigação defensiva”, contando com a sua participação ativa e de seu defensor, no pleno exercício da defesa, para além da participação passiva ou impugnativa de atos abrangidos pela primeira fase da persecução penal, desde que tudo seja aproveitado em benefício do descobrimento da verdade (BARROS, 2020).

Aliás, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 11.12.2018, editou o Provimento 188, que: “regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais” (OAB, 2018, s.p.), ou seja, regulamenta a atividade de investigação criminal defensiva a ser desempenhada por advogado.

Especificamente quanto aos atos investigativos, o art. 4º¹⁰ do Provimento 188 estabelece funções do advogado que sinalizam para o reconhecimento da investigação defensiva.

Entretanto, ainda que se admita a possibilidade de realização de atividade investigativa por parte da defesa, o maior problema é que, inexistindo um regime legal específico, que garanta ao advogado do investigado, poderes para levar a cabo, por si ou por intermédio de investigadores privados, as atividades investigativas, sua eficácia será reduzida. E, nesse sentido, assinala-se que essa iniciativa da OAB não é totalmente aceita por órgãos vinculados ao Ministério Público e à Polícia, sob o argumento de que o provimento peca pela iniciativa inconstitucional de sua implantação, já que associa a congregação de conceitos e de atividades de investigação criminal, consideradas exclusivas de polícia judiciária, previstas no art. 144 da CRFB/1988.

Machado (2010) expõe que é importante destacar que em caso de os investigados serem hipossuficientes, o Estado, por meio da Defensoria Pública, poderia proceder a essa investigação.

Baldan, a seu turno apresenta um conceito para investigação defensiva. Segundo o autor:

Investigação defensiva é o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na ante judicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial (BALDAN, 2007, p. 69).

De acordo com essa afirmação Baldan (2007), nota-se que a investigação realizada pela defesa, se adequa perfeitamente aos parâmetros constitucionais, tendo em vista que ao se permitir uma postura mais ativa da defesa no que concerne à colheita probatória, se cria

¹⁰ Art. 4º - Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição.

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

um processo penal com maior imunidade contra abusos que muitas vezes vem do Estado. Ademais

Importante acrescentar que a investigação defensiva pode também ser favorável a outros sujeitos processuais, como, por exemplo, a vítima ou terceiro interessado no resultado do processo.

Advindos dos devido processo legal são prestigiados três princípios ao se adotar a investigação defensiva no Brasil, a saber: igualdade, contraditório e ampla defesa. Referidos princípios devem ser respeitados em qualquer fase procedimental inclusive na fase investigativa preliminar, tendo em vista que muitos elementos ali trazidos podem influenciar no convencimento do juiz.

Além disso, não é correto confundir a investigação realizada pela defesa do indiciado com o que é previsto no art. 14 do CPP. O CPP dispõe que o delegado de polícia tem a capacidade de escolha sobre o atendimento, ou não, de diligência requisitada pelo ofendido ou seu representante legal. Por outro lado, na investigação defensiva não se é necessário fazer requerimentos a autoridade pública, tendo em vista que é o próprio defensor que realiza os atos investigatórios. Sendo assim, o acusado não é prejudicado por eventuais decisões arbitrárias por parte da autoridade pública. Lopes Jr. dispõe que:

[...] apesar de ambas as formas serem concretização do direito de defesa e, mais particularmente, dos direitos à prova e à investigação, elas não se equivalem. Ao participar da investigação pública, o defensor está circunscrito aos rumos dados à persecução prévia pelo órgão público e sua intervenção restringe-se à proteção dos interesses mais relevantes do imputado, principalmente seus direitos fundamentais (LOPES JR., 2003, p. 96).

Rascovski (2012) afirma que a investigação defensiva torna possível à defesa preparar-se de forma adequada, obtendo suporte para sua própria tese, além de provocar um alargamento das provas, já que novos elementos probatórios serão trazidos pela defesa, tornando o campo de convencimento judicial mais amplo e pautado pela reconstrução dos fatos que estiverem mais próximos à verdade. Enfim, existirá maior profundidade na busca pelas circunstâncias benéficas ao imputado, descondicionando o rumo ordinário das investigações, que normalmente rumam no sentido acusatório.

Como consequência dos princípios da ampla defesa e da igualdade, no curso da investigação defensiva devem ser dadas ao defensor, seja advogado particular ou

defensorias públicas, prerrogativas iguais às que os órgãos públicos possuem sob pena de dificultar a aplicação do instituto. Em alguns casos a investigação exercida pelo particular sofrerá limitações. Como exemplo citam-se as situações que dizem respeito a direitos fundamentais que possuem cláusula de reserva de jurisdição sendo necessário a autorização judicial.

Segundo Santos (2016), uma grande diferença entre uma investigação realizada por um órgão público daquelas realizadas pela defesa do imputado se dá pela falta de imperatividade que este segundo possui. O particular não tem poder coercitivo que o possibilite impor decisões. Desse modo o advogado necessita contar com o auxílio de indivíduos ou entidades públicas ou privadas para realizar a colheita probatória de maneira independente.

Outro ponto citado por Santos (2016) e que deve ser analisado é que a investigação defensiva só irá se preocupar em colher aqueles elementos que se mostrarem realmente vantajosos ao indiciado não se preocupando em analisar todos os fatos contidos na prática tida como criminosa, visto que essa é uma atividade que será exercida na investigação realizada pelos entes públicos.

Assim, no entendimento de Santos (2016), fica demonstrado que é de suma importância oferecer os meios para que o indivíduo que se encontra na posição de acusado procure os indícios e elementos que considere pertinentes para provar sua tese defensiva. Tratar o investigado como estranho na relação processual penal, significa desrespeitar as garantias dispostas na Constituição Federal.

Vilares, Bedin e Castro (2014) compartilham do entendimento de que a CRFB/1988 autoriza a investigação defensiva. O principal problema, porém, seria a carência de uma legislação no plano infraconstitucional, pois o atual CPP não traz previsão expressa mas também não a proíbe. Aliás, não se pode desconsiderar que o art. 8.2, c, da CADH, assegura a “concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para preparação de sua defesa” (BADARÓ, 2015, s.p.), o que inclui, sem dúvida, o direito de investigar fontes de provas. A mera previsão do art. 14 do CPP, de que o indiciado “requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade” (BRASIL, 1941, s.p.), é claramente insuficiente.

A Lei nº 13.432/2017, que dispôs sobre o exercício da profissão de detetive particular, perdeu uma boa oportunidade de trazer uma disciplina, ainda que não exaustiva,

Guilherme da Silva MARINHO; Pedro Henrique Silva SOUSA; Lara de Paula RIBEIRO. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO FORMA DE ALCANÇAR UM PROCESSO PENAL JUSTO E EQUILIBRADO Facit Business And Technology Journal. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br/index.php/JNT>. Out/Nov - 2021. Ed. 31; V. 1. Págs. 118 - 144.

da atividade de investigação defensiva para fins criminais. Mais do que isso, expressamente parece ter impossibilitado em grande medida tal atividade. Isso porque, o art. 2º, caput do citado diploma legal, ao definir o que se entende por detetive particular, considera-o quem

[...] habitualmente, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeje e execute coleta de dados e informações de natureza não criminal, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante (BRASIL, 2017, s.p.).

Logo, restou aparentemente vedada, portanto, a utilização da atividade de investigador particular para realização da investigação penal e, no caso, a investigação defensiva no processo penal.

Todavia, o dispositivo não veda totalmente a investigação por detetive particular, no processo penal, na medida em que o art. 5.º da mesma Legislação dispõe que “o detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante” (BRASIL, 2017, s.p.).

A compatibilização dos dispositivos exige que se considere que o detetive particular não pode instaurar, por si só, uma investigação criminal. Isto é, não pode realizar investigação criminal independente, mas poderá colaborar com investigação criminal já instaurada por autoridade policial. O contratante poderá ser tanto o investigado quanto a vítima ou seus representantes legais e sucessores. Todavia, a atividade de investigação defensiva privada fica indevidamente condicionada ao poder discricionário da autoridade policial, na medida em que o § único do art. 5.º prevê que “o aceite da colaboração ficará a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo” (BRASIL, 2017, s.p.).

Enfim, nos termos do CPP e da Lei nº 13.432/2017, é praticamente nulo o regime legal de investigação defensiva no processo penal. A investigação particular dependerá do “aceite” do Delegado de Polícia. Por outro lado, na própria investigação policial, as diligências por ele requeridas, muitas vezes, são indeferidas também discricionariamente, para não se dizer arbitrariamente.

Além da maior dificuldade de implantação tendo em vista a ausência de regulamentação, conforme já se discutiu em momento anterior desta pesquisa, o maior

problema é, indiscutivelmente, a ausência de recursos financeiros para custear a investigação defensiva, pois sabe-se que a maioria das pessoas acusadas na esfera criminal no Brasil são pessoas carentes economicamente (BADARÓ, 2019).

Conforme já se adiantou, o entendimento de Machado (2010) é que nesses casos deveria a Defensoria Pública atuar promovendo a investigação defensiva. Entretanto, isso levaria a outro problema prático, pois infelizmente, no Brasil as Defensorias Públicas (sejam elas estaduais ou da União) não contam com estrutura para implementar a investigação defensiva.

Finalizando esta discussão, cita-se decisão judicial relacionada com a almejada investigação defensiva.

Em um caso ocorrido em São Paulo, mediante a alegação de que a irmã do investigado, que fora denunciado pela prática de crime de roubo, tentou várias vezes obter as imagens de câmeras de segurança da rua onde ele reside, por entender que elas têm o condão de provar a sua inocência, já que iriam demonstrar que ele encontrava-se em casa no momento em que ocorreu o fato, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo formulou tal pedido ao juízo competente.

Referida postulação foi indeferida pelo magistrado nos seguintes termos:

Em que pese a manifestação do defensor público em relação à paridade de armas, tal medida não se aplica, por ora, em nosso ordenamento jurídico. Ainda, acrescento que não houve prova da recusa das pessoas e estabelecimentos mencionados pela defesa que demonstre a necessidade de intervenção do judiciário para obtenção da prova que pretende a defesa juntar aos autos (BRASIL, 2019, s.p.).

Todavia, em sede do *Habeas Corpus* nº 166.694, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, foi deferida a liminar e posteriormente confirmada a concessão da ordem, sob o entendimento de não haver “dúvida de que o julgador deve realizar um controle de admissibilidade de provas requeridas pelas partes, a partir dos critérios de relevância e pertinência. E há no caso pertinência e relevância em obter as gravações” (BRASIL, 2019, s.p.), concluiu o ministro. Por isso, existindo “forte e contundente probabilidade de gerar prejuízo ao paciente” (BRASIL, 2019, s.p.), foi determinado ao juízo de 1º grau que intimasse os representantes de estabelecimentos comerciais e residenciais a fim de se preservar as imagens do dia, bem como forneçam cópia das imagens ao juízo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo foi verificar se a investigação criminal defensiva consubstancia-se em um meio efetivo de se assegurar um processo penal justo e equilibrado, assegurando a igualdade real entre as partes e contribuindo para que ocorram menos erros por parte do judiciário e que a justiça penal seja mais célere.

Foi visto que modernamente a investigação defensiva tem surgido em alguns países, que nada mais é do que a investigação realizada pela defesa. Trata-se de uma investigação particular, que é levada a cabo pelo defensor do imputado. Não diz respeito somente à participação do imputado na investigação tal como dispõe o art. 14 do CPP, mas, uma forma mais ampla de atuação.

Assim, a exemplo do que já ocorre nos citados países, entende-se que a implantação da investigação criminal defensiva, bem como a edição de normas que deem o suporte necessário para sua efetiva aplicação e produção de efeitos no ordenamento jurídico, seria um meio extremamente viável para se garantir uma justiça equilibrada e justa possibilitando a verdadeira paridade das armas no processo penal brasileiro.

O monopólio da investigação criminal a apenas um dos lados da relação processual pode gerar diversos arbítrios e violações a direitos que muitas das vezes podem vir a se mostrar de difícil reparação. Deste modo, o instituto da investigação defensiva mostra-se como um excelente meio de se obter uma justiça mais célere e que respeite as garantias fundamentais do investigado, como ocorre atualmente nos países que adotam tal prática.

Restou claro, com tudo que foi demonstrado, que não se deve impor excessivas limitações à defesa na fase investigativa ou em qualquer fase. É necessário garantir que o indiciado tenha meios efetivos para provar o que for alegado não só para o seu próprio benefício, mas também para se obter uma investigação criminal com menores chances de erros ou incertezas, a capacidade investigativa deve ser conferida a ambos os lados a fim de se evitar eventuais abusos que geralmente ocorrem pelo excesso de poder.

Assim, a investigação particular exercida dentro dos limites legais em conjunto com a investigação pública torna possível uma persecução penal mais correta, justa e igualitária dentro dos parâmetros estabelecidos pela CRFB/1988 para o ordenamento jurídico.

Por fim, é importante destacar que é certo que existe viável aspiração no sentido de implementar a investigação defensiva no Brasil, exposta inclusive por estudiosos e por

defensores de investigados, porém entende-se que a possibilidade de se introduzir a chamada paridade de armas na fase investigatória por meio da investigação defensiva importa, necessariamente, contemplá-la também com a adoção efetiva do princípio do contraditório, de maneira a proporcionar aos futuros sujeitos processuais igualdade de tratamento já no curso da investigação. Sendo assim, por ora, a investigação defensiva pode produzir benefícios tão somente ao indiciado que reúna condições de contratar uma investigação particular.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. O Ministério Público pode investigar: mas são necessárias mudanças no sistema. **Empório do Direito**, 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-ministerio-publico-pode-investigar-mas-sao-necessarias-mudancas-do-sistema>. Acesso em: 22 ago. 2021.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

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

BARROS, Marco Antonio de. **Processo Penal: da investigação até a sentença**. Curitiba: Juruá Editora, 2020.

BONFIM, Edilson M. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 22 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abril 2021.

BRASIL. **Lei 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). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113245.htm. Acesso em: 22 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.432, de 11 de abril de 2017**. Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113432.htm. Acesso em: 22 ago. 2021.

Guilherme da Silva MARINHO; Pedro Henrique Silva SOUSA; Lara de Paula RIBEIRO. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO FORMA DE ALCANÇAR UM PROCESSO PENAL JUSTO E EQUILIBRADO *Facit Business And Technology Journal*. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br/index.php/JNT>. Out/Nov - 2021. Ed. 31; V. 1. Págs. 118 - 144.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 166.694** – Rel. Min. Gilmar Mendes – 2ª T. – v.u. – j. em 12.02.2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5612630>. Acesso em: 22 ago. 2021.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CÔRREA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Constitucionalismo Cosmopolita, Igualdade de Armas e a Investigação Defensiva: Apontamentos sobre um Direito Humano-Fundamental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s.l.], v. 127, p. 167–198, jan. 2017.

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda. A Fase de Inquérito e a Evolução do Processo Penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 20, nº 1, jan-abr., 2018.

DEZEM, Guilherme. **Curso de Processo Penal**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2020.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Campinas: Bookseler, 2000. V. III.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Processo Penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação Criminal Defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. **Tecnoinvestigação criminal: entre a proteção de dados e a infiltração por software**. Salvador: Editora Juspodium, 2020.

MENDES, Emerson Castelo Branco. **A atuação da Defensoria Pública como garantia da efetividade da defesa do acusado juridicamente necessitado no devido processo penal constitucional**. 2014. 214 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2014.

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

Guilherme da Silva MARINHO; Pedro Henrique Silva SOUSA; Lara de Paula RIBEIRO. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO FORMA DE ALCANÇAR UM PROCESSO PENAL JUSTO E EQUILIBRADO *Facit Business And Technology Journal*. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br/index.php/JNT>. Out/Nov - 2021. Ed. 31; V. 1. Págs. 118 - 144.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral**. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, vol. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 19 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – OAB. **Provimento nº 188/2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. 11.12.2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 23 ago. 2021.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia de prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

RASCOVSKI, Luiz. **Temas Relevantes de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Bárbara Pedroso dos. **Investigação Criminal Defensiva**. 2016. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/153370/001009766.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 ago. 2021.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SOUZA, Sérgio Ricardo de Souza. **Manual da Prova Penal Constitucional**. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

TARUFFO, Michele. **Consideraciones sobre la prueba judicial**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

Guilherme da Silva MARINHO; Pedro Henrique Silva SOUSA; Lara de Paula RIBEIRO. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO FORMA DE ALCANÇAR UM PROCESSO PENAL JUSTO E EQUILIBRADO *Facit Business And Technology Journal*. QUALIS B1. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdadefacit.edu.br/index.php/JNT>. Out/Nov - 2021. Ed. 31; V. 1. Págs. 118 - 144.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação criminal: o Projeto de Código de Processo Penal e investigação defensiva. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, n. 107, mar-abr, p. 309-336, 2014.