

## INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E ATUAÇÃO DO JUIZ: VALORAÇÃO E CONTROLE DE LEGALIDADE

Eduarda Freitas Maldonado

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada.

**Resumo** – o Anteprojeto do Código de Processo Penal (CPP) consolidou a utilização da investigação defensiva, trazendo de forma expressa a possibilidade da utilização do instituto. No entanto, devido ao fato de que, por ora, existe apenas um dispositivo legal sobre o assunto, surgem diversos questionamentos a respeito do impacto na análise da justa causa para os fins de recebimento da denúncia, bem como sobre a atuação do magistrado diante da utilização deste meio de defesa. No presente trabalho, visa-se à análise das consequências que o uso da investigação defensiva traz, estabelecendo parâmetros, com a finalidade de compatibilizar esta modalidade de investigação com o princípio do *in dubio pro societate*, que vigora no momento do recebimento da denúncia, elencando também situações em que o uso desse meio de defesa deve ser negado a partir do controle de legalidade exercido pelo magistrado. Para tanto, defende-se a interpretação do artigo 13, §2 do Projeto de Lei n. 8045/2010 como um limite ao exercício da investigação defensiva, incumbindo ao magistrado negar eventual requerimento quando puder gerar qualquer dano à vítima.

**Palavras-chave** – Processo Penal. Investigação Defensiva. Atuação do Juiz.

**Sumário** – Introdução. 1. Investigação Defensiva: consolidação de uma tendência e a necessidade de compatibilização com o sistema inquisitivo da fase pré-processual 2. Valoração da Investigação Defensiva: seu impacto na análise da justa causa para o recebimento da denúncia sob a ótica do *in dubio pro societate*. 3. Posição Judicial na Investigação Defensiva: controle de legalidade. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico discute a compatibilidade da investigação defensiva com o ordenamento jurídico brasileiro e o impacto que este instituto traz na atuação do magistrado em um contexto de controle de legalidade, fixação de limites e valoração dos elementos obtidos.

Com o Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), regulamentou-se o exercício da prerrogativa profissional do advogado na realização de diligências investigatórias para a instrução em procedimentos administrativos e judiciais.

O respectivo provimento gerou discussões sobre a sua constitucionalidade, questionando-se os limites das atribuições conferidas à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). No entanto, ainda que seja discutível a constitucionalidade do ato em questão, fato é que, para além de a investigação defensiva ter se tornado aceita pela jurisprudência, se tornando uma tendência cada vez mais perceptível, o Anteprojeto do Código de Processo Penal (CPP)



consolidou a utilização deste instituto, trazendo de forma expressa a possibilidade da investigação defensiva.

Procura-se demonstrar, por meio de um estudo preventivo, possíveis casos em que o magistrado precisaria autorizar previamente a atuação, bem como deixar de admitir, impondo limites a este instituto.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir se a investigação defensiva é compatível com o caráter inquisitivo da fase pré-processual e se é possível que os elementos probatórios colhidos no âmbito da investigação defensiva possam afastar a justa causa, levando-se em conta o *in dubio pro societate*.

O tema é controvertido e merece atenção, uma vez verificado que a investigação realizada pela defesa passou a ser utilizada no ordenamento atual e que o projeto do Novo CPP, em princípio, trará de forma expressa a utilização deste instituto.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando a compatibilidade da investigação defensiva com o caráter inquisitivo da fase pré-processual que vigora no ordenamento jurídico brasileiro atual.

Segue-se verificando, no segundo capítulo, se é possível que os elementos probatórios colhidos por meio da investigação defensiva possam ser valorados, de modo a não receber uma denúncia, porque quando analisados em confronto com as informações obtidas pelo Ministério Público, afastam a justa causa suficiente para o recebimento da peça acusatória.

O terceiro capítulo defende a necessidade de serem estabelecidos alguns parâmetros, para que o juiz faça a análise da legitimidade da investigação defensiva no caso concreto, exemplificando possíveis casos em que o magistrado precisaria autorizar previamente a atuação, bem como deixar de admitir, impondo limites a este instituto.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua hipótese.

## 1. INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: CONSOLIDAÇÃO DE UMA TENDÊNCIA E A NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM O SISTEMA INQUISITIVO DA FASE PRÉ-PROCESSUAL

É inegável que a utilização da investigação defensiva se tornou uma realidade. No entanto, o fato de ter se tornado um instituto utilizado pela defesa não retira a necessidade de analisar a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico.

A investigação defensiva pode ser entendida como a atividade de caráter investigatório, desenvolvida pela defesa, assistida ou não por um profissional legalmente habilitado, em qualquer fase da persecução penal, cujo objetivo seja coletar elementos de informação, de modo a garantir o exercício da ampla defesa<sup>1</sup>.

No contexto brasileiro, passou-se a discutir a sua compatibilidade com o sistema pré-processual. Teses defensivas passaram a sustentar que, diante de uma ampliação dos poderes investigatórios do Ministério Público, principalmente, através da possibilidade da instauração de procedimento investigatório criminal (PIC)<sup>2</sup>, restaria violada a paridade de armas, o que tornaria a investigação defensiva um meio para igualar o arsenal probatório.

Sustenta Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa:

Mesmo que os órgãos do Estado-acusação tendencialmente disponham de um maior arsenal de posições jurídicas para fazer valer o poder punitivo, o que é próprio ao exercício do poder penal, o direito à investigação defensiva se insere numa perspectiva de balanceamento, com o objetivo de um menor desequilíbrio entre as posições contrapostas, viabilizando ao implicado ao menos não depender do próprio Estado para obter os elementos materiais que subsidiam sua defesa.<sup>3</sup>

Alguns críticos, por outro lado, sustentam que o provimento n. 188/2018 do CFOAB seria incompatível com o sistema pré-processual que vigora no ordenamento brasileiro. Isso porque, o inquérito, sob o prisma do sistema brasileiro, é um instrumento anterior à provocação da jurisdição penal, tendo por desígnio principal a formação de lastro probatório mínimo para

<sup>1</sup> O provimento n. 188/2018 do CFOAB define as investigações defensivas nos seguintes termos: “Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte”. CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Provimento n. 188/2018*. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>>. Acesso em: 08 abr. 2023.

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 593.727-MG*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>>. Acesso em: 08 abr. 2023.

<sup>3</sup> CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n 127, p. 167-198, jan. 2017. p. 192.



convicção do representante do Ministério Público, ou da vítima, para os casos de ação penal privada.

De acordo com Aury Lopes Jr.:

Como regra geral, pode-se afirmar que o valor dos elementos coligidos no curso do inquérito policial somente serve para fundamentar medidas de natureza endoprocedimental (cautelares, etc) e, no momento da admissão da acusação, para justificar o processo ou o não processo (arquivamento).<sup>4</sup>

Assim, como a investigação sempre foi promovida, exclusivamente, pelos órgãos oficiais de investigação penal, cuja função era pesquisa probatória prévia, através de um procedimento sigiloso, de cunho inquisitivo, a doutrina sempre sustentou que não se deveria tolerar um inquérito com contraditório. Segundo Frederico Marques, a tentativa de adulterar a todo custo o caráter inquisitivo da investigação é fruto do que se definiu como demagogia forense.<sup>5</sup>

No entanto, não se mostra razoável ignorar que, o ordenamento brasileiro, com o passar dos anos, buscou consolidar o modelo acusatório, com a consagração do direito à prova. A doutrina, de forma crescente, foi se firmando no sentido de que a presença do contraditório no inquérito policial seria uma exigência constitucional.<sup>6</sup>

Tal entendimento se mostra enraizado, quando se verifica que a investigação realizada pela defesa está prevista no projeto do Novo CPP – “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 [...]”<sup>7</sup> – tendo este apenas consolidado uma tendência que já se constatava.

O novo código mitiga o sistema inquisitorial, trazendo traços do sistema acusatório para a primeira fase do procedimento. No entanto, importante destacar que, a partir da análise do artigo 13 do Projeto de Lei (PL) n. 8045/2010 - Novo CPP, a investigação defensiva não implica a participação do investigado no procedimento preliminar promovido pela polícia ou pelo Ministério Público, de modo que, para que seja possível compatibilizar a utilização dos elementos de informação colhidos pela defesa com o poder investigativo dos órgãos públicos, deve-se manter o entendimento de que não há contraditório no âmbito da investigação pré-processual promovida pela polícia ou pelo MP, continuando esta a ser sigilosa, sem ensejar a

<sup>4</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.161.

<sup>5</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, V. 1. 4. ed. São Paulo: Forense, 1961. p. 57.

<sup>6</sup> PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 67.

<sup>7</sup> BRASIL. *Projeto de Lei n. 8.045/2010*. Art. 13, *caput*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=9348656210F60E72793CA75938001A\\_C1.proposicoesWebExterno2?codteor=831788&filename=Tramitacao-PL+8045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9348656210F60E72793CA75938001A_C1.proposicoesWebExterno2?codteor=831788&filename=Tramitacao-PL+8045/2010)>. Acesso em: 08 abr. 2023.

necessidade de conhecimento prévio e imediato da investigação em curso, apesar de gerar a possibilidade da defesa, de forma autônoma, colher seus elementos informativos.

Ademais, é de se verificar que, até o momento, o dispositivo legal que prevê a investigação promovida pela defesa, dispõe em seu texto: “o material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial”<sup>8</sup>, o que, apesar de estar sofrendo críticas pela doutrina, demonstra que os elementos coligidos no curso do inquérito ainda tem como objetivo principal confirmar a existência de elementos mínimos de autoria e materialidade para fins de propositura da ação penal, tendo como principais legitimados para tanto os órgãos oficiais de investigação penal.

Seria possível, portanto, manter o entendimento da decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 69.405-SP<sup>9</sup>, ao determinar a realização de diligências requeridas pela defesa, ao tempo em que assinalava que, naquele caso concreto, a medida não implicaria nenhum prejuízo ao procedimento investigatório.<sup>10</sup>

Neste sentido, é de se reconhecer que, atualmente, sob o prisma das legislações atuais e do projeto do novo CPP, consolidou-se a ideia de que é possível que a defesa, de forma autônoma, colha os elementos investigativos que entende conveniente. No entanto, isso não retirou, por si, o caráter inquisitivo da investigação preliminar promovida pelos órgãos oficiais, que permanecem com o poder de investigar a autoria e materialidade sem precisar garantir o contraditório, visto que o inquérito continua tendo como marca essencial a mera busca pela justa causa.

A partir da constatação de que é possível compatibilizar a utilização da investigação defensiva com o caráter inquisitivo da fase pré-processual, percebe-se que surge a problemática de como estabelecer limites e de como valorar os elementos colhidos pela defesa. Isso porque, o projeto do Novo Código de Processo Penal, por ora, restringe-se a um único dispositivo. Sob a sua ótica, evidencia-se que essa permissão legal irá respaldar de forma inevitável na atuação do magistrado, visto que os seus parágrafos trazem, superficialmente, um controle por parte do Judiciário.

Adicionalmente, é irrefutável que a ausência de uma regulamentação mais extensa acarreta o questionamento sobre a profundidade da valoração dos elementos probatórios colhidos por meio da investigação defensiva. Tal indagação se relaciona à possibilidade de que,

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, Art. 13, §5.

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 69.405-SP. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200602405114&dt\\_publicacao=25/02/2008](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200602405114&dt_publicacao=25/02/2008)>. Acesso em: 08 abr. 2023.

<sup>10</sup> PACELLI, *op. cit.*, p. 68.



estes, ao serem analisados, em confronto com as informações obtidas pelo Ministério Público, podem ou não afastar a justa causa suficiente para o recebimento da peça acusatória.

À luz dessas considerações, analisar-se-á no tópico subsequente as repercussões que o instituto da investigação defensiva traz para a atuação do magistrado, a fim de aferir em que medida o magistrado pode deixar de receber uma denúncia, levando em conta o *in dubio pro societate*.

## **2. VALORAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: SEU IMPACTO NA ANÁLISE DA JUSTA CAUSA PARA O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA SOB A ÓTICA DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE***

O princípio do *in dubio pro societate* traz a ideia de que “na dúvida, quanto à existência do crime ou em relação à autoria ou participação deve o juiz sumariamente pronunciar o acusado.”<sup>11</sup>

A aplicação desse princípio vem sendo criticada por grande parte da doutrina, principalmente pela ausência de previsão legal ou constitucional expressa, sendo um preceito de natureza predominantemente jurisprudencial, acompanhado de certas correntes doutrinárias.

Há quem defenda, contudo, que a utilização do respectivo princípio gera um confronto direto com o princípio da presunção de inocência, cujo acento é constitucional.

Neste sentido, Aury Lopes Jr.:

Importante destacar que a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* não podem ser afastados no rito do Tribunal do Júri. Ou seja, além de não existir a mínima base constitucional para o *in dubio pro societate* (quando da decisão de pronúncia), é ele incompatível com a estrutura das cargas probatórias definida pela presunção de inocência.<sup>12</sup>

Apesar do amplo debate em torno da aplicação do *in dubio pro societate*, fato é que, atualmente, tal preceito ainda tem espaço em decisões nos tribunais<sup>13</sup> de todo o Brasil, tanto em sentenças quanto em acórdãos, prevalecendo a ideia de que deve também ser utilizado no momento do recebimento da denúncia e na pronúncia.

<sup>11</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 1154.

<sup>12</sup> LOPES JUNIOR, *op. cit.*, p.359.

<sup>13</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Recurso em Sentido Estrito n. 0418417-74.2013.8.19.0001*. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000415C27773ACD0709E650308519A9B3516C506632A2B35>>. Acesso em: 29 jul. 2023.

Em julgado recente, *Habeas Corpus* n. 69.405/31, o Supremo Tribunal Federal, reiterou o entendimento de que permanece vigorando a aplicabilidade do *in dubio pro societate*:

[...] Quanto à alegação de conflito entre o princípio *in dubio pro societate* e o princípio da inocência, melhor sorte não assiste à defesa, porquanto a jurisprudência desta Corte é no sentido de que, na fase da pronúncia, vigora a regra do *in dubio pro societate*, resguardando-se, assim, a competência do Tribunal do Júri.<sup>14</sup>

O Superior Tribunal de Justiça vai igualmente ao encontro da decisão do Supremo, deixando claro que a corte mantém, predominantemente, o seu posicionamento de aplicação do princípio, como se extrai de parte da ementa do *RHC* n. 76.569/RO:

[...] Para o oferecimento da denúncia, exige-se apenas a descrição da conduta delitiva e a existência de elementos probatórios mínimos que corroborem a acusação. Provas conclusivas da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despídos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do *in dubio pro societate*. De igual modo, não se pode admitir que o julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o *jus accusationis* do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.<sup>15</sup>

Assim, ainda que possa existir discussão sobre a constitucionalidade desta aplicação, o que se observa é que, majoritariamente, ainda se utiliza da ideia de que na dúvida, havendo indícios mínimos da autoria, deve-se dar prosseguimento à ação penal, ainda que, naquele momento, não se tenha convicção incontestável a respeito de quem seja o autor do suposto delito.

A partir da constatação de que a investigação defensiva passou a também corroborar com elementos de informação colhidos em momento anterior ao recebimento de eventual denúncia ou queixa, surge para o juiz o ônus de valorar e compatibilizar, de uma forma sistêmica, elementos colhidos pela defesa e pelo Ministério Público, analisando-os igualmente sob a ótica do *in dubio pro societate*. Isso porque, é inegável que se o instituto da investigação defensiva passou a ser permitido, o juiz terá que valorar o que foi trazido por ambas as partes, ainda que em caráter precário e superficial, pois, caso contrário, estará, na prática, anulando o instituto.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 113156-RJ. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3883687>>. Acesso em: 25 jul. 2023.

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus* n. 76569-RO. Disponível em <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201602567744&dt\\_publicacao=16/02/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602567744&dt_publicacao=16/02/2018)>. Acesso em: 25 jul. 2023.



Importante destacar que, a despeito do juiz ter o dever de analisar os elementos colhidos pelas partes, tal valoração não é sinônimo de oferta de contraditório<sup>16</sup> propriamente dito, uma vez que este surgirá em momento posterior, no decorrer do processo.

Assim, em sede de recebimento ou não da denúncia, deve o juiz valorar ambos os elementos colhidos, sem a necessidade de ofertar contraditório, de modo a verificar se ainda existem elementos capazes de, ao menos, tornar viável a aplicação do *in dubio pro societate*. Caso contrário, deverá o juiz rejeitar a denúncia na forma do artigo 395, III do *Código de Processo Penal*.

O que se observa, portanto, é que a utilização da investigação defensiva acaba trazendo a inevitável consequência de que o Ministério Público, apesar de possuir o poder de investigar a autoria e materialidade sem precisar garantir o contraditório, visto que o inquérito continua tendo como marca essencial a mera busca pela justa causa, bem como não ser necessariamente obrigado a rebater todos os elementos trazidos pela defesa, em virtude de ausência de previsão legal, corre o risco de que, caso não o faça, a aplicação do *in dubio pro societate* não seja suficiente para considerar como existente a justa causa, gerando o consequente não recebimento da denúncia.

Pode-se, assim, constatar três possíveis situações a partir da valoração, pelo juiz, dos elementos colhidos pela defesa em confronto com os colhidos pelo Ministério Público:

i) Se os elementos colhidos pela defesa forem suficientes para afastar, flagrantemente, a existência de qualquer indício de autoria e materialidade, deve o juiz rejeitar a denúncia, na forma do artigo 395, III do CPP.

ii) Se os elementos colhidos pela defesa forem aptos a diminuir a justa causa produzida pelo Ministério Público, de modo a tornar duvidosa a presença de indícios quanto à existência do crime, autoria ou participação, deve o juiz receber a denúncia, na forma do artigo 396, Caput, do CPP, aplicando o princípio do *in dubio pro societate* e privilegiando o exercício do direito de ação do Estado, dando continuidade ao processo.

iii) Se os elementos colhidos pela defesa em nada afetarem a justa causa, sendo clara a existência de autoria e materialidade, deve o juiz receber a denúncia na forma do artigo 396, Caput, do CPP.

É de se notar, portanto, que, atualmente, com a aplicação incontestada do instituto da investigação defensiva, surge para o juiz um novo dever, qual seja, equilibrar o direito à

---

<sup>16</sup> PACELLI, *op. cit.*, p. 67.

investigação defensiva com a atividade investigatória do Ministério Público, equilíbrio tal, que deverá ser realizado considerando o *in dubio pro societate*.

Fica evidente, por conseguinte, que os elementos colhidos pela defesa não serão aptos a impedir a continuidade do processo se ainda existir qualquer elemento apto a indicar possível existência de autoria e materialidade, devendo o juiz receber a denúncia, ainda que tenha dúvida<sup>17</sup>, pois, à luz da jurisprudência majoritária dos tribunais superiores, o *in dubio pro societate* continua tendo aplicação nessa fase inicial<sup>18</sup>.

Infere-se, portanto, que é correto afirmar ser possível que os elementos probatórios obtidos por meio da investigação defensiva possam ser valorados de modo a ocasionar um não recebimento da denúncia, pois, quando analisados em confronto com os elementos colhidos pelo Ministério Público, afastam qualquer justa causa para o recebimento da peça acusatória.

No entanto, isso só ocorrerá quando os elementos colhidos pela defesa gerarem o efeito de afastar completamente os indícios de autoria ou materialidade. O que significa dizer que, *a contrario sensu*, quando restar qualquer dúvida para o juiz, a partir de uma valoração superficial, a denúncia deverá ser recebida.

Dessa forma, ficou evidenciado que a adoção do instituto da investigação defensiva trouxe ao juiz uma nova incumbência, qual seja, valorar, *a priori*, a capacidade dos elementos colhidos pela defesa afastarem, ou não, a justa causa existente para fins de recebimento da denúncia.

Ademais, é notório que a investigação defensiva traz outros impactos na atuação do magistrado, dentre eles, o próprio controle de legalidade e a fixação de limites para o uso do instituto, em virtude do vácuo normativo a respeito, motivo pelo qual far-se-á uma análise exemplificativa a seguir dos possíveis casos em que a atuação do Judiciário será necessária.

### **3. POSIÇÃO JUDICIAL NA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: CONTROLE DE LEGALIDADE**

Atualmente, ao se analisar a redação do Projeto de Lei n. 8045/2010 que, por sua vez, traz as possíveis reformas ao Código de Processo Penal, verifica-se a previsão de apenas um artigo tratando da investigação defensiva, tendo este a seguinte redação:

<sup>17</sup> BONFIM, Edilson Mougén. *Júri: do inquérito ao plenário*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 176-177.

<sup>18</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Recurso em Habeas Corpus n. 13.0300-RJ*. Disponível em <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202001703038&dt\\_publicacao=27/10/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001703038&dt_publicacao=27/10/2020)>. Acesso em: 04 set. 2023.

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.

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

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

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

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

§5 O material produzido poderá ser juntados aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.

§6 As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.<sup>19</sup>

Apesar da escassez legislativa a respeito do tema, é possível perceber que o legislador demonstrou ser importante a existência de um controle de legalidade sobre a utilização da investigação defensiva, por meio do juiz das garantias. Isso porque, assim como todo e qualquer direito, o uso deste instituto não pode ser abusivo. Esta interpretação é possível de ser extraída do §3 do artigo 13, quando prevê a necessidade de autorização, por parte do magistrado, para que seja possível a defesa realizar entrevista da vítima.

Nesse sentido, é de se notar que a utilização da investigação defensiva, para além de trazer um novo dever para o magistrado, qual seja, valorar também os elementos colhidos pela defesa, ainda que de forma precária, para verificar se subsiste qualquer justa causa para o recebimento da denúncia, traz ainda o ônus de controlar a utilização deste meio de defesa, a fim de evitar o abuso do direito.

Assim, tendo em mente que cabe ao judicante o controle da legalidade do uso do instituto, pode-se estabelecer alguns parâmetros para esta supervisão através da exemplificação de dois casos em que há a necessidade da ingerência por parte do Judiciário.

Uma primeira situação é extraída do próprio dispositivo do projeto do Novo CPP, isto é, quando defesa tiver a intenção de entrevistar a vítima. Neste caso, é notória a preocupação do legislador em proteger a vítima de uma eventual revitimização, cuidado este que passou a ser enfatizado em diversas alterações legislativas recentes, dentre elas, aquelas oriundas da Lei Mariana Ferrer (Lei n. 14.1245/2021).<sup>20</sup>

<sup>19</sup> BRASIL, *op. cit.*, nota 7.

<sup>20</sup> A Lei n. 14.1245/2021, incluída no Código de Processo Penal, define: “Art. 400-A. Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: [...]”. BRASIL, *Decreto-Lei n. 3.689/1941*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 04 set. 2023. Art. 400-A.

### Sobre a revitimização, elucida Flavia.ne de Magalhães Barros:

A vitimização secundária, também denominada de sobrevivimização pode ser compreendida como aquela gerada a partir da atuação dos órgãos responsáveis pelo controle social, incluindo todo o aparato policial, que receberá os primeiros reclamos relacionados à vítima, até os sujeitos que participarão do processo penal: juízes, promotores, peritos oficiais e serventuários de justiça.<sup>21</sup>

Importa ainda destacar que a busca pelo fim da vitimização secundária em nada afeta o contraditório e ampla defesa. Nesse mesmo sentido, Caio Affonso Bizon afirma:

A adoção de mecanismos que impeçam a revitimização no processo penal, a exemplo do depoimento especial, da intermediação de um profissional especializado e capacitado para inquirição da vítima, da preparação de ambiente adequado para a realização do ato ou do afastamento visual do acusado, não implica prejuízo ao exercício da ampla defesa e contraditório ao réu, que, assistido por advogado ou defensor público, formulará perguntas à pessoa ofendida de acordo com sua estratégia processual.<sup>22</sup>

Busca-se, assim, evitar que, ao longo do processo, aquele que já foi vítima de algum crime, siga experimentando do sofrimento, através de constrangimentos processuais desnecessários. No mesmo sentido, o artigo 13, §2, do Projeto de Lei n. 8045/2010, já rejeita, em regra, a possibilidade da vítima ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo autorização do juiz.

Excepciona-se, portanto, a impossibilidade de a vítima ser entrevistada quando houver autorização do juiz, desde que resguardado o consentimento da mesma. Surge para o magistrado o dever de averiguar a verdadeira necessidade de permitir esta interpelação, bem como de controlar a legalidade desta modalidade de investigação defensiva.

Pela leitura do texto legal, ainda que seja possível constatar o incentivo ao exercício da investigação defensiva, nota-se que essa entrevista, prevista no artigo 13, §2 do Projeto de Lei n. 8045/2010, como um meio de colher elementos probatórios em favor da defesa, deve ser utilizado como *ultima ratio*, cabendo ao magistrado autorizar apenas quando presentes três requisitos cumulativos:

- (i) o consentimento da vítima;
- (ii) a defesa não tiver qualquer outro meio para exercer a investigação defensiva e;
- (iii) o juiz, ao ponderar o caso concreto, constatar que, pelo tipo de crime e pelas circunstâncias, a interpelação é eficiente para afastar eventual justa causa existente.

---

<sup>21</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.70.

<sup>22</sup> BIZON, Caio Affonso. Medidas contra a vitimização secundária no processo penal. *Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, ano XXIII, n. 40, p. 205-218, jul./dez. 2020. p.212.

Vale, contudo, ressaltar que, ainda que preenchidos os requisitos acima, terá o magistrado o dever de controlar a legalidade do ato, de modo a garantir que não haja a revitimização, sob pena de incorrer em abuso de autoridade, conforme os ditames do art. 15-A da Lei n. 13.869/2019<sup>23</sup>.

Para além disso, um segundo caso em que far-se-á necessário o controle de legalidade por parte do Judiciário, se refere ao momento em que a defesa pretender ter acesso à dados e informações que, possivelmente, conflitem com o direito à privacidade e intimidade.

Esta situação torna-se possível de ocorrer na medida em que no Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados, em seu artigo 4º<sup>24</sup>, consta a previsão de que o advogado pode, na condução da investigação defensiva, obter dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados.

Tratando-se de dados acobertados por sigilo, eventual aquisição só deve ser permitida com a devida autorização judicial. No entanto, ainda que seja possível deferir, em casos excepcionais, o acesso à dados necessários para investigação defensiva, entende-se não ser cabível a aquiescência por parte do magistrado quando esses puderem atingir a intimidade ou a privacidade da vítima, pois, caso contrário, inverter-se-ia a lógica de que nesta fase processual vigora a ideia do *in dubio pro societate* e de que a vítima não deve ter seu sofrimento ampliado, o que inevitavelmente ocorreria caso o julgador acolhesse o pedido de acesso aos seus dados.

Desse modo, o artigo 13,§2 do projeto de lei n. 8045/2010 pode ser interpretado como um limite ao exercício da investigação defensiva, devendo o juiz negar eventual requerimento quando este puder gerar qualquer dano à vítima.

Isto posto, é irrefutável que a investigação defensiva traz impactos diretos no exercício da judicatura, podendo elencar a intenção de entrevistar a vítima e de ter acesso aos dados acobertados por sigilo como casos em que a intervenção do Judiciário será necessária.

---

<sup>23</sup> “Art. 15-A. Submeter a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade:

I - a situação de violência; ou

II - outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Se o agente público permitir que terceiro intimide a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena aumentada de 2/3 (dois terços).” BRASIL, *Lei n. 13.869/2019*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113869.htm)>. Acesso em: 04 set. 2023. Art 15.

<sup>24</sup> O provimento n. 188/2018 do CFOAB define as investigações defensivas nos seguintes termos: “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.” CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, *op. cit.*, nota 1.



Assim, ainda que não se pretenda dispor, de forma exaustiva, casos em que o juiz das garantias deverá atuar para fiscalizar o uso da investigação defensiva, bem como parâmetros rígidos para esta intervenção, fato é que, surge para o magistrado o dever de exercer o controle de legalidade sobre o uso deste instituto, devendo o mesmo, ao decidir, buscar impedir o abuso de direito e a ocorrência de revitimização.

## CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o trabalho apresentado objetivou demonstrar os efeitos da investigação realizada pela defesa sob a ótica do projeto do Novo CPP que, em princípio, trará de forma expressa a utilização deste instituto, bem como as repercussões que seu uso terão na atuação do magistrado ao longo da persecução penal.

Buscou-se, a partir dos apontamentos da doutrina e jurisprudência, evidenciar que o tema é novo e provoca relevantes discussões, na medida em que a previsão expressa do instituto, *a priori*, se esgotará em um único dispositivo legal, apesar dos grandes impactos por ele provocados.

Verificou-se que a ausência de uma regulamentação mais extensa acarreta o questionamento sobre a profundidade da valoração dos elementos probatórios colhidos por meio da investigação defensiva, bem como nos limites impostos ao uso deste instituto, partindo-se da premissa de que nenhum direito é absoluto.

Constatou-se que, atualmente, sob o prisma das legislações atuais e do projeto do Novo CPP, o fato de a defesa poder, de forma autônoma, colher elementos investigativos que considere conveniente, não alterou o caráter inquisitivo da investigação preliminar promovida pelos órgãos oficiais.

Nesse sentido, afirmou-se que, apesar de incontestado o fato de que a utilização da investigação defensiva é uma realidade atual e que com o Novo CPP restará positivada expressamente, permanece o caráter inquisitivo da investigação preliminar promovida pelos órgãos estatais, cujo objetivo é a mera busca pela justa causa, através da perquirição da autoria e materialidade, sem necessidade de garantir contraditório.

A pesquisa ainda possibilitou a apuração da viabilidade de os elementos probatórios colhidos pela defesa serem valorados a ponto de gerar a rejeição de uma denúncia, porque quando analisados em confronto com as informações obtidas pelo Ministério Público, retirariam a justa causa suficiente para o recebimento da peça acusatória.



Desta análise, buscou-se demonstrar que, diante dos contextos possíveis, o não recebimento da denúncia somente seria compatível com o princípio do *in dubio pro societate*, quando aquilo colhido pela defesa fosse suficiente para afastar, flagrantemente, a existência de todo e qualquer indício de autoria e materialidade, devendo o juiz, neste caso, rejeitar a denúncia, na forma do artigo 395, III do CPP.

Para além do estudo sobre o impacto que a investigação defensiva trouxe para o juiz no momento de receber a denúncia, asseverou-se também a respeito das consequências que o uso do instituto teve no exercício da judicatura, estabelecendo como ônus do magistrado a imposição de limites e o controle de legalidade deste meio de defesa.

Pela leitura do texto legal presente no projeto do novo CPP, depreendeu-se que, ainda que seja possível constatar o incentivo ao exercício da investigação defensiva, o artigo 13,§2 do Projeto de Lei n. 8045/2010 deve ser interpretado como um limite ao exercício dessa modalidade de investigação, devendo o magistrado negar o requerimento quando este puder gerar qualquer dano à vítima, uma vez que o ordenamento atual busca evitar a revitimização por meio de constrangimentos processuais inoportunos.

Imperiosa a tarefa de compreender como irrefutável o fato de que a investigação defensiva traz impactos diretos na atuação do magistrado, podendo elencar como encargo à função judicante o controle de legalidade nas situações em que a defesa tenha a intenção de entrevistar a vítima ou de ter acesso aos dados acobertados por sigilo, sendo estes, casos em que a intervenção do Judiciário será imprescindível.

Conclui-se, assim, que, ainda que não se pretenda estabelecer taxativamente as situações em que o juiz das garantias deva atuar como fiscal da investigação defensiva, bem como parâmetros rígidos para esta intervenção, é inegável o surgimento de novos deveres para o juiz. Dentre as novas incumbências, pode-se elencar o ônus de analisar, no momento do recebimento da denúncia, os elementos colhidos pela defesa no âmbito da investigação defensiva, bem como o dever de exercer o controle de legalidade sobre o uso deste instituto, devendo o mesmo, ao decidir, buscar impedir o abuso de direito e a ocorrência de revitimização, impondo limites quando necessário.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BIZON, Caio Affonso. Medidas contra a vitimização secundária no processo penal. *Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, ano XXIII, n. 40, p. 205-218, jul./dez. 2020.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Júri: do inquérito ao plenário*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689/1941*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 04 set. 2023.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 13.869/2019*. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato/2019-2022/2019/lei/113869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato/2019-2022/2019/lei/113869.htm) >. Acesso em: 04 set. 2023.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei n. 8.045/2010*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=9348656210F60E72793CA75938001AC1.proposicoesWebExterno?codteor=831788&filename=Tramitacao-PL+8045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9348656210F60E72793CA75938001AC1.proposicoesWebExterno?codteor=831788&filename=Tramitacao-PL+8045/2010) >. Acesso em: 08 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Recurso em Habeas Corpus n. 130.300-RJ*. Disponível em < [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202001703038&dt\\_publicacao=27/10/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001703038&dt_publicacao=27/10/2020)>. Acesso em: 04 set. 2023.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 69.405-SP*. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200602405114&dt\\_publicacao=25/02/2008](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200602405114&dt_publicacao=25/02/2008)>. Acesso em: 08 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus n. 76.569-RO*. Disponível em <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201602567744&dt\\_publicacao=16/02/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602567744&dt_publicacao=16/02/2018)>. Acesso em: 25 jul. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 113.156-RJ*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3883687> >. Acesso em: 25 jul. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 593.727-MG*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>>. Acesso em: 08 abr 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Recurso em Sentido Estrito n. 0418417-74.2013.8.19.0001*. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000415C27773ACD0709E650308519A9B3516C506632A2B35>>. Acesso em: 29 jul. 2023.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Provimento n. 188/2018*. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018> >. Acesso em: 08 abr. 2023.

CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n 127, p. 167-198, jan. 2017.



GOULART, João Pedro M. PAIANO, Daniela B. O Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB e a Regulamentação do Direito à Investigação Criminal Defensiva. *Revista Científica do UniRios*. v. 15, p. 204-231. ago. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação criminal defensiva*. 2009. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, V. 1. 4. ed. São Paulo: Forense, 1961.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.