



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO COMO  
GARANTIA DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS

Aline do Amaral de Oliveira

Rio de Janeiro  
2017

ALINE DO AMARAL DE OLIVEIRA

A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO COMO  
GARANTIA DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS

Artigo apresentado como exigência de  
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato  
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro.

Professora Orientadora:  
Ana Lúcia da Costa Barros

Rio de Janeiro  
2017

## A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO COMO GARANTIA DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS

Aline do Amaral de Oliveira

Graduada pela Universidade Candido Mendes – Centro. Especialista em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada.

**Resumo** – o posicionamento hodierno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de legitimar a investigação direta pelo Ministério Público torna imperioso o reequilíbrio na atuação das personagens diretamente envolvidas na persecução penal, sopesando, em especial, a atuação dos representantes legais do investigado, atualmente obstados de buscar, *per si*, elementos de prova necessários ao exercício de sua ampla defesa.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Poderes de investigação. Procedimento investigatório. Legitimidade investigativa. Constitucionalidade da investigação. Ministério Público. Defesa.

**Sumário** – Introdução. 1. Investigação: titularidade à luz dos princípios constitucionais. 2. A investigação no Direito pátrio e comparado. 3. A investigação defensiva no processo penal brasileiro como garantia de observância ao princípio da paridade de armas: mudança de paradigma? Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho tem como escopo a análise da possibilidade de investigação criminal levada a efeito pelo imputado, por intermédio de seus patronos, com o objetivo de colher elementos de convicção aptos a embasar sua defesa, de forma paritária.

Considera-se, para tanto, o posicionamento hodierno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de legitimar a investigação direta pelo Ministério Público, que, embora também possua viés de *custos legis*, assume precipuamente, na seara penal, a figura de sujeito ativo, desempenhando função acusatória, em oposição ao acusado, no polo passivo.

Neste estudo busca-se demonstrar a imperatividade de reequilíbrio na atuação das personagens diretamente envolvidas na persecução penal, sopesando, em especial, a atuação dos representantes legais do investigado, atualmente obstados de buscar, *per si*, elementos probatórios necessários ao exercício efetivo de sua ampla defesa.

A necessidade de modificação da realidade atual resta demonstrada pelas inúmeras limitações na produção de prova durante a fase investigatória, no qual o imputado não passa de mero expectador, quedando-se a defesa técnica ao alvitre do sujeito adverso, sobretudo quando

a apuração se desenvolve exclusivamente no âmbito do órgão ministerial, violando, frontalmente, o princípio da paridade de armas.

Ademais, a doutrina mais atenta vem alertando para o fato de que se deve garantir às partes igual oportunidade de comprovarem suas alegações, pois se o nosso ordenamento jurídico permite que o próprio órgão acusador investigue, mister que se faculte, de igual modo, direito ao acusado, respeitando-se o regramento legal relativo à persecução penal.

Este contexto, somado ao projeto de reforma do Código de Processo Penal, por intermédio do projeto de lei nº 8.045/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados, indica a relevância e atualidade do tema analisado.

O primeiro capítulo analisa a titularidade da investigação penal perpetrada pelo Ministério Público e pela defesa, à luz dos princípios constitucionais, a fim de realizar uma abordagem científica e crítica sobre a compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, ao passo em que, enquanto ao adversário é atualmente deferido extenso alcance aos meios investigatórios, a defesa se vê cerceada, na prática, de obter, de forma independente, meios de prova relevantes para melhor assistência ao acusado.

Avançando no tema, o segundo capítulo tem como núcleo o debate sobre os Direitos pátrio e comparado (Estados Unidos da América e Itália), considerando, ademais, a proposta de regulamentação constante no projeto de Código de Processo Penal.

No terceiro capítulo, propõe-se uma mudança de paradigma na apuração criminal, no que tange ao poder de investigação defensivo, sob o enfoque constitucional do tema, sem descurar da proposta de alteração legislativa. Embora não haja regras específicas em nosso sistema legal pátrio, parece, assim, essencial estimular, ao menos, o debate sobre os princípios constitucionais da paridade de armas e ampla defesa no que tange à investigação defensiva.

A pesquisa é desenvolvida mediante estudo bibliográfico e jurisprudencial, análise de publicações, nacionais e internacionais, inclusive notícias, sobre o tema do trabalho, tendo como permanente referência a metodologia penal-constitucional, através do método misto.

Como marco teórico, aponta-se a obra *Reação Defensiva à Imputação*, do professor Antonio Scarance Fernandes, que adequadamente norteia o tema objeto do arrazoado.

## 1. INVESTIGAÇÃO: TITULARIDADE À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

O incremento da atividade investigatória em decorrência da crescente sofisticação e complexidade dos delitos praticados, somado ao apelo da sociedade por uma maior eficiência no trabalho de apuração criminal, escancham o debate sobre a titularidade dos poderes investigatórios no Brasil, mormente, após a decisão do Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup>, no sentido de legitimar e balizar a investigação direta pelo Ministério Público.

André Augusto Mendes Machado<sup>2</sup>, sob a orientação do Professor Antonio Scarance Fernando, afirma, ao tratar da titularidade da investigação criminal, que:

no tocante ao aspecto subjetivo do titular da investigação criminal, é possível qualificá-la em pública, se for desenvolvida por órgãos estatais (Ministério Público, Polícia Judiciária ou Juiz de Direito); ou privada, se for conduzida por um particular (o defensor do imputado, do ofendido ou de qualquer outra parte privada). Nessa ótica, a investigação defensiva pode ser considerada espécie de investigação privada, por ser efetuada pelo defensor do imputado.

Embora o inquérito policial se traduza em uma forma tradicional de apuração e, hodiernamente, esteja em voga além do apuratório parquetário, o conduzido por Comissões Parlamentares de Inquérito e os procedimentos administrativos<sup>3</sup> com vistas ao oferecimento de denúncias criminais, a discussão sobre a investigação criminal defensiva começa a ganhar corpo, mas ainda é incipiente na doutrina e jurisprudência pátria, sobressaindo a flagrante desigualdade entre as personagens envolvidas diretamente envolvidas na persecução penal em razão das limitações de se buscar, *per si*, elementos de prova necessários ao exercício da ampla defesa.

Importante frisar que os órgãos acusatórios vêm desenvolvendo mecanismos cada vez mais sofisticados de investigação, tanto no que se refere a recursos materiais, como, por exemplo, através de desenvolvimento de softwares de cruzamento de dados, quanto na concepção de novos métodos de trabalho com o implemento de grupos de trabalho, tais como

---

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 593.727. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+593727%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+593727%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/atcdbck>. Acesso em: 24 out. 2017.

<sup>2</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

<sup>3</sup> São exemplos os inquéritos civis, processos administrativos disciplinares, procedimentos do Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Imobiliários, Conselho Administrativo de Defesa Econômica e Tribunais de Conta.

o Grupo de Apoio aos Promotores (GAP), no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, e a Força Tarefa, na esfera do Ministério Público Federal<sup>4</sup>.

A desigualdade se torna ainda mais evidente ao se considerar que a maioria dos imputados não tem condições econômicas de empreender diligências de forma independente, sendo elas custosas e de difícil feitura<sup>5</sup>.

Adite-se, ainda, que a falta de regulamentação na legislação pátria sobre os limites dos defensores em suas investigações, gera infundada suspeita de parcialidade, havendo o risco de criminalização do investigador defensivo por obstrução de justiça, que nada mais é do que os chamados crimes contra a administração da justiça, previstos nos arts. 338 a 339 do Código Penal<sup>6</sup>, bem como o previsto nos art. 2º, §1º, da Lei 12.850/2013<sup>7</sup>.

A problematização da investigação defensiva visa a mudança deste paradigma, tirando a defesa do papel de mero espectador dos acontecimentos, atribuindo-lhe autonomia para colaborar com o trabalho de apuração, utilizando-se de todos os meios legais e necessários a comprovação de suas teses, com vistas a garantir aos investigados os direitos fundamentais de paridade de armas e ampla defesa, esculpidos na Carta Magna e basilares da investigação defensiva, assim como, para evitar ou embasar eventual processo penal contra seu cliente.

Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner<sup>8</sup> lecionam que quanto maior a parcialidade das partes, mais garantida está a imparcialidade do juiz, alicerçando-se a investigação preliminar em três pilares básicos, quais sejam: (a) necessidade de buscar e esclarecer o fato oculto, diminuindo os índices de *criminal case mortality*; (b) dimensão simbólica, com vistas a impedir a consumação do delito ou amenizar seus efeitos, bem como frear os excessos de uma perseguição policial desordenada; e, por último, (c) o principal fundamento consiste em evitar as acusações infundadas, que leva em consideração o custo do processo, o sofrimento que causa ao acusado e a estigmatização social e jurídica gerada.

---

<sup>4</sup> “Es entonces em este juego de “igualdad de armas” entre las partes contrapuestas, equiparación que debe darse en el marco de las facultades como un intento de nivelar la ya descompensada relación que habitualmente se da entre la acusación pública que, como órgano del Estado, está provista de medios, estrutura y tecnosalogia frente a una defensa que sólo tiene a la ‘razón’ como mejor herramienta, que cada contraparte debe hacerse cargo de la posibilidad de asegurar la producción de la prueba que debe ser desplegada en el escenario natural del procedimiento penal, esto es el juicio oral y público”

CARRAL, Daniel. *El Derecho a Confrontar los Testigos de Cargo*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2011, p. 143.

<sup>5</sup> FERNANDES, Antonio Fernando. *A Reação Defensiva à Imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 119.

<sup>6</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 25 out 2017.

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei nº 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm). Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>8</sup> LOPES JR. Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 506.

Imprescindível, portanto, a atuação da defesa como forma de sustentar os três vértices acima apontados, pois o agir do advogado está pautado em princípios constitucionais que conferem legitimidade e viabilizam a investigação defensiva criminal, bem como em pactos e convenções dos quais o Brasil é signatário, assegurando a paridade de armas na persecução penal, cuja admissão deve se dar tanto na investigação policial quando na ministerial.

O investigado passa de mero objeto de investigação a sujeito de direitos, o que impõe a observância, ainda na fase apuratória, dos preceitos constitucionais afetos ao modelo processual acusatório, em especial, os princípios da igualdade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, constituindo a investigação defensiva garantia de equilíbrio entre o órgão de persecução e o acusado. Neste sentido, André Machado<sup>9</sup>, assim aduz:

de acordo com o princípio da isonomia, as partes devem ter paridade de armas, ou seja, os mesmos direitos, ônus e deveres, em cada grau e estado do procedimento. Assim, se um sistema jurídico prevê investigação pública propensamente acusatória, seja dirigida pelo Ministério Público ou por qualquer outro órgão, também deve admitir a atividade investigatória do defensor do imputado, para suportar as teses defensivas.

Já o direito de defesa, em suas facetas do direito à prova e à investigação, preceitua a possibilidade de reagir aos atos da parte contrária com meios de prova lícitos. Para o exercício eficaz deste direito, é indispensável que o imputado possa colher elementos probatórios, desde a fase preliminar, por meio da investigação defensiva.

O postulado constitucional da ampla defesa avaliza a livre busca de fonte de provas a fim de que seja atendido o melhor interesse do acusado, por intermédio de uma investigação defensiva independente, perquirindo um melhor arcabouço jurídico e factual.

Quanto ao princípio da igualdade, embora acusador e investigado estejam em posições desiguais no curso da apuração criminal, por todo o aparato disponível à acusação, deve-se buscar a paridade de armas, assegurando o equilíbrio de forças na busca de elementos de prova, com a mesma independência, objetivando contrabalançar o material colhido por ambas os sujeitos. Segundo Alexandre Morais da Rosa<sup>10</sup>, no sistema acusatório, a gestão da prova, funções de iniciativa e de produção é dos jogadores, havendo igualdade entre eles, sendo o juiz um árbitro sem iniciativa investigatória.

Em relação ao princípio do contraditório, se revela inquestionável a viabilização da reconstrução dos fatos a partir de elementos colhidos na fase pré-processual, com o fito de ser

---

<sup>9</sup> MACHADO. op. cit, p. 148.

<sup>10</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal*. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 57.

deferido ao imputado o direito de defesa ao passo em que evitará a aplicação de medidas cautelares descabidas ou eventual ação penal sem fundamento.

Conceder apenas ao *parquet* a condução da investigação preliminar importa dizer que a fase pré-processual não servirá para preparar o processo, com a destinação da informação a todos os envolvidos, mas será uma via de mão única, servindo apenas para a acusação, gerando esse desequilíbrio um gravíssimo cerceamento de defesa<sup>11</sup>

Nesta toada, Diogo Malan<sup>12</sup> assevera, ainda, ser legítimo o direito do acusado em amealhar já na fase pré-processual, elementos a seu favor, seja por ensejarem juízo de inadmissibilidade da acusação seja por influenciarem favoravelmente o convencimento do juiz na sentença, o levando a decidir pela improcedência da acusação.

Além dos corolários constitucionais expressos, temos ainda os postulados implícitos do direito à prova e à investigação do crime que consente ao acusado definir seu método de investigação, com o propósito de reunir, de forma lícita, dados materiais aptos a dar suporte à persecução penal.

Desta feita, é plenamente possível garantir às partes igual oportunidade de comprovarem suas alegações, pois se o nosso ordenamento jurídico permite que o próprio órgão acusador investigue, imperioso que se faculte, de igual modo, direito ao acusado, para que a sociedade seja melhor atendida ao permitir aos investigados os direitos fundamentais de paridade de armas e ampla defesa, esculpido na Carta Magna e basilares da investigação defensiva, alinhando-se com os ideais de eficiência e garantismo, bem como com o Estado democrático de direito.

## 2. A INVESTIGAÇÃO NO DIREITO PÁTRIO E COMPARADO.

Como patenteado alhures, a investigação defensiva não possui regulamentação específica na legislação infraconstitucional, contudo, por encontrar guarida nos princípios fundamentais entalhados na Lei Maior, viabiliza, desde já, a atividade de investigação defensiva, fazendo com que o vácuo legislativo não obste a apuração levada a efeito pela defesa técnica.

---

<sup>11</sup> LOPES. op. cit. p. 165.

<sup>12</sup> MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 96. p. 279-309, maio-jun. 2012.

O vácuo legislativo no que tange ao tema proposto nos faz voltar os olhos para os países cujos ordenamentos adotam a defesa técnica efetiva, direcionada para a descoberta de fontes de prova dotadas de capacidade de serem utilizadas para a produção probatória em juízo<sup>13</sup>, em especial o ordenamento norte-americano, que, conquanto seja pautado no *common law*, homenageia a tradição adversarial, e no italiano, influenciado pela experiência americana, com relevantes reflexos nas reformas brasileiras.

Em razão do modelo adotado pelos Estados Unidos da América, pautado em um conjunto de princípios e normas não escritas, a análise será desenvolvida a partir de uma noção geral de seu funcionamento, trazendo os pontos mais importantes sobre a investigação defensiva.

O regime estadunidense é baseado, precipuamente, na questão adversarial, no qual a gestão da prova fica a cargo das partes, condutores da marcha processual, lhes sendo facultada, além da investigação dos fatos, a instrução do procedimento, oitiva de testemunhas, consultas de expertos etc, distanciando-se o juiz da atividade probatória<sup>14</sup>.

Ademais, segundo exposto por Diogo Malan<sup>15</sup>, a apuração defensiva constitui um dever, cuja a prática é estimulada pelo Estado, estabelecendo-se parâmetros de atuação nos estatutos de advocacia americanos, bem como, padrões mínimos de qualidade a se esperar da atuação do causídico.

No que tange a investigação, as normas para Justiça Criminal, estabelecem verdadeiro código de postura profissional, dispondo a norma sobre o "4-4.1 Dever de investigar". Caso entenda por se desincumbir da obrigação de investigar, ao defensor americano é garantido amplo acesso à investigação policial, devendo, o advogado, ainda que o cliente seja confesso, perquirir todas as circunstâncias do caso.<sup>16</sup>

É de se registrar que a Suprema Corte americana decidiu que a persecução defensiva inexistente ou deficitária possui reflexos negativos sobre as bases mínimas de efetividade e diligência almejados pelo advogado<sup>17</sup>, pois, ao revés do que ocorre no sistema italiano, como se verá adiante, a investigação defensiva não constitui um mero direito do imputado, mas um poder/dever de seu representante.

---

<sup>13</sup> BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida; VILARES, Fernanda Regina. *Investigação criminal: o projeto de código de processo penal e investigação defensiva*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 107. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2014, p. 310.

<sup>14</sup> MACHADO. op. cit, p. 98.

<sup>15</sup> MALAN. op. cit. 292.

<sup>16</sup> *Ibid.*, 290.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 292.

Já no sistema italiano, embora já prevista na legislação anterior, a investigação defensiva só passou a ter uma normatização mais abrangente a partir do ano de 2000, voltando as luzes para o princípio da paridade de armas entre defesa e Ministério Público no curso das investigações, ao atribuir aos atos praticados pelas partes o mesmo valor probatório.

Em que pese o debate se limitar à investigação pela defesa, importante frisar que a lei italiana não está circunscrita a ela, podendo ser efetivada por qualquer das partes privadas (vítima, parte civil etc.), em qualquer fase do processo, não se restringindo a fase pré-processual.

O código de processo italiano, ao regular as entrevistas pessoas, determina que o defensor poderá colher depoimentos de testemunhas de forma oral ou escrita, podendo estas se recusar, total ou parcialmente, a prestar esclarecimentos, contudo, caso os faça, presta compromisso de dizer a verdade, devendo ser informada se está sendo ouvida na qualidade de fonte de informações ou na de suspeita.

No caso de recusa da testemunha, a defesa pode pugnar pela sua oitiva junto ao Ministério Público, nos autos da investigação estatal, ou suscitar a produção da prova em incidente jurisdicional. De acordo com André A. Mendes Machado<sup>18</sup>, a violação do rito previsto para a colheita de informações desagua na inutilização das declarações.

O advogado, ao apresentar o material ao juiz, deverá fazê-lo de maneira fiel, anexando aos autos o inteiro teor das oitivas, ainda que alguns excertos sejam desfavoráveis ao seu assistido, podendo descartar a fonte de prova em sua integralidade caso entenda ser melhor aos interesses de seu cliente.

Por outro lado, a obtenção de documentos junto à Administração Pública e o acesso a lugares privados, diante da recusa de quem tenha sua propriedade/posse, dependerão de determinação da acusação ou de ordem judicial.

Finda a investigação, os elementos colhidos podem ser remetidos ao juiz, que os encartará ao corpo da investigação pública, ou, então, remetê-los ao Ministério Público para que forme seu entendimento com base no material colhido pela defesa; repise-se que as fontes de provas apuradas pela defesa possuem igual valoração em relação aos apurados pela acusação, tendo reflexos na formação do convencimento do julgador da causa.

No ordenamento pátrio, embora de jeito incipiente, o projeto de reforma do Código de Processo Penal<sup>19</sup> contempla a hipótese de investigação defensiva, que, destoando da versão

---

<sup>18</sup> MACHADO. op. cit, p. 152-153.

<sup>19</sup> Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

original<sup>20</sup>, mantém o *caput* conforme concebido em sua forma primeva, desdobrando o parágrafo único em seis.

Não obstante ser relevante a inserção do tema em nossa legislação, a alteração legislativa limita a pesquisa de fontes de prova pela defesa, ao submeter, por exemplo, a colheita do depoimento da vítima à autorização judicial, ainda que com seu consentimento, além de deixar ao bom alvitre da autoridade policial a juntada do material colhido pela defesa aos autos do inquérito, não prevendo a possibilidade de encaminhar o resultado ao juiz; ainda no que se refere às testemunhas, dispõe o §1º que apenas poderão ser oitivadas se consentirem com o ato.

O ínfimo debate do tema na doutrina pode aclarar o fato de a alteração legislativa não ter se aprofundado na questão. Ainda assim, sua introdução no código de processo penal brasileiro já se traduz em importante avanço para seu debate e aplicação.

### 3. A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO COMO GARANTIA DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS: MUDANÇA DE PARADIGMA?

Conquanto não se discuta que a regulamentação da investigação defensiva no direito patrício é emergencial e de extrema relevância para que se alcance a substancial paridade de armas entre defesa e acusação, bem como para sejam definidos parâmetros de atuação suficientemente delineados, a ausência de normatização da matéria não impede que a atividade seja aplicada, de forma imediata, eis que a Constituição Federal e os acordos ratificados pelo Brasil, conferem legitimidade e a viabilizam.

---

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

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

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

§3º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial.

§4º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. §5º As pessoas mencionadas no *caput* deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.

<sup>20</sup> Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Parágrafo único. As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas.

Além das garantias já esposadas, a efetividade da persecução defensiva encontra guarida nos tratados internacionais, incorporados ao nosso ordenamento com status de normas constitucionais, por força do art. 5º, § 2º da Constituição da República<sup>21</sup>.

Entre eles tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>22</sup>, que prevê em seu art. 11, §1º, que ao acusado deverão ser “asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”. Já a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>23</sup> (Convenção Europeia de Direitos Humanos) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>24</sup> consagram que o acusado deve dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa, bem como de obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as de acusação.

A Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>25</sup> (Pacto de São José da Costa Rica) avaliza o direito da defesa de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

Por último, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional<sup>26</sup>, também atesta que aos acusados é deferido o direito a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação das suas defesas, obter o comparecimento das testemunhas de defesa na mesma condição das testemunhas da parte acusadora e apresentar defesa e a oferecer qualquer outra prova admissível.

Verifica-se que as normas de cariz, formalmente ou materialmente, constitucionais corroboram, ainda que de jeito implícito, o princípio da ampla defesa e, por consequência o direito à busca de elementos de prova pela defesa técnica, calcado (a) no direito à prova defensiva<sup>27</sup>, na medida em que o seu exercício em juízo pressupõe prévia atividade investigativa; (b) na observância da paridade de armas entre as partes.

---

<sup>21</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>22</sup> *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/U\\_DHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/U_DHR_Translations/por.pdf). Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>23</sup> *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>24</sup> BRASIL. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>25</sup> BRASIL. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf). Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>26</sup> BRASIL. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>27</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 85.

Quanto ao primeiro fundamento, consistente no uso em juízo da prova colhida pelo acusado, imperioso lembrar que com a reforma do código de processo penal<sup>28</sup>, no ano de 2008, introduziu-se, no art. 396, fase intermediária entre o procedimento prévio e a ação penal, na qual o acusado poderá contestar, antes mesmo da instrução processual, a acusação contra ele formulada, tornando indispensável a investigação defensiva, a fim de que tenha condições de melhor responder às imputações.

Antonio Magalhães Gomes Filho<sup>29</sup> é preciso ao lecionar que:

o direito à prova também deve ser reconhecido antes ou fora do processo, até como meio de se obter elementos que autorizem a persecução, ou possam evitá-la. Partindo dessa constatação, parece possível identificar, num primeiro momento, um direito à investigação, pois a faculdade de procurar e descobrir provas é condição indispensável para que se possa exercer o direito à prova; na tradição inquisitorial, as atividades de pesquisa probatória prévia constituem tarefa confiada exclusivamente aos órgãos oficiais de investigação penal (Polícia judiciária e Ministério Público), mas, no modelo acusatório, com a consagração do direito à prova, não ocorre ser possível negá-las ao acusado e ao defensor, com vistas à obtenção do material destinado à demonstração das teses defensivas.

Exemplo de permissivo legal, ainda que de jeito acanhado, no que tange a investigação defensiva, é o disposto no art. 14 do Código de Processo Penal<sup>30</sup>, por intermédio do qual se viabiliza requerimento de diligências, sujeitas ao alvitre do responsável pela condução do apuratório.

Avançando sobre a participação da defesa na persecução penal, a Lei nº 13.245/2016 introduziu no Estatuto da Advocacia<sup>31</sup>, expressamente, o direito ao advogado de exame dos autos da investigação, de qualquer natureza, conduzida por toda e qualquer autoridade pública, por meio físico ou digital, sendo a inovação mais relevante o direito de participação ativa, permitindo a assistência ao cliente durante toda a fase preliminar, sob pena de nulidade, além da possibilidade de apresentação de razões e de formulação de quesitos<sup>32</sup>.

É de se registrar que a previsão de que o advogado é indispensável à administração da justiça, e no seu ministério privado, presta serviço público e exerce função social, buscando uma decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, constituindo seus

---

<sup>28</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>29</sup> GOMES FILHO, op. cit. p. 86-87.

<sup>30</sup> BRASIL. nota 28.

<sup>31</sup> BRASIL. *Lei nº 8.906*, de 4 de julho de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm). Acesso em: 17 nov. 2017.

<sup>32</sup> LOPES, Anderson Bezerra; SIDI, Ricardo (org.) *Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 438

atos múnus público, viabiliza o empreendimento de pesquisas por meios próprios ou por investigador particular.

Além disso, são direitos do advogado que permitem a investigação defensiva, (a) exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional; (b) ingressar livremente: (b.1) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, escritórios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares; (b.2) em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado; (c) examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos.

Destaque-se, ainda, a novel legislação que disciplina a profissão de detetive particular, Lei nº 13.432/2017<sup>33</sup>, estabelecendo, em seu art. 5º que “o detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante” e no parágrafo único que “o aceite da colaboração ficará a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo”; é vedada a participação direta nas diligências policiais (art. 10, IV).

Embora viável a investigação defensiva, a mudança de paradigma do cenário atual, no qual, repita-se, a defesa se vê obstaculizada de desenvolver uma efetiva investigação, sob a ameaça constante da indefectível obstrução de justiça, afigura-se de extrema relevância, ao passo que tanto a Polícia judiciária quanto o Ministério Público desempenham funções relacionadas ao exercício do poder punitivo estatal, não se afigurando despicendo gizar, que tais órgãos, não raro, estão sob a pressão do clamor popular, que cobra com presteza a solução do caso, não permitindo que seja feita uma pesquisa acurada de todas as linhas de investigação e fontes de prova favoráveis ao imputado.

Claro está que, para alcançar uma efetiva ampla defesa, assegurada aos acusados pela Carta Cidadã, se deve evitar a defesa penal inexistente em fase inquisitorial, decorrente da aplicação isolada da lei infraconstitucional hodierna, que reduz a atuação defensiva na busca da

---

<sup>33</sup> BRASIL. *Lei nº 13.432*, de 11 de abril de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm). Acesso em: 17 nov. 2017.

prova, demonstrando um afastamento do espírito da Constituição, que determina uma defesa penal ampla, com os meios e recursos a ela inerentes.

Alberto Binder<sup>34</sup> aduz que se por um lado a defesa técnica age em conjunto com as demais garantias processuais, por outro ela é a mais importante garantia do acusado, na medida em que, na prática, ela viabiliza as demais.

Destarte, o desafio contemporâneo não se limita à inovação legislativa no que diz respeito a investigação defensiva, mas sim tornar possível sua real aplicação no sistema penal brasileiro.

## CONCLUSÃO

Embora imperiosa a reforma do Estatuto Processual Penal de 1941 de modo a regulamentar o direito fundamental do acusado à investigação defensiva, pautada na garantia da busca da prova defensiva quanto na garantia da paridade de armas, verificou-se que, pela aplicação dos princípios esculpidos na Carta Constitucional, a persecução levada a efeito por intermédio de seu representante é plenamente possível, ainda que carente de normatização.

É de se registrar que o debate sobre o tema em questão no sistema brasileiro ainda é extremamente incipiente em nossa doutrina e jurisprudência, visto que nos países de tradição continental que, originariamente possuíam sistemas judiciais, o Ministério Público possui poderes investigatórios amplos, os quais estão sendo estendidos para a defesa, a exemplo da Itália e Estados Unidos da América.

Não obstante seja discutível a possibilidade de investigação pelo Ministério Público diante de nosso texto constitucional e, mesmo que o Supremo Tribunal Federal tenha interpretado no sentido da possibilidade, indispensável a regulamentação com vista a obstar abusos de poder, que passaram despercebido do Projeto de novo Código de Processo Penal. Igualmente sobre a investigação defensiva, insuficientes são as previsões.

Ressalte-se, ainda, a importância da previsão de uma fase intermediária contraditória entre o inquérito e o processo, para o caso de serem aplicados os poderes investigativos das partes. Assim, a exemplo do sistema adversarial, um filtro contraditório é exercido antes do

---

<sup>34</sup> BINDER, Alberto. *Introducción ai derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 155.

recebimento da denúncia, aumentando a legitimidade dos futuros processos e impedindo que provas viciadas deles façam parte.

Por derradeiro, independentemente da discussão sobre os poderes investigatórios das partes imperioso que se amplie o debate sobre o tema no Brasil, modificando não só os sujeitos ativos, como também a estrutura e forma dos atos.

## REFERÊNCIAS

BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida; VILARES, Fernanda Regina. *Investigação criminal: o projeto de código de processo penal e investigação defensiva. Revista Brasileira de Ciências Criminas*. vol. 107. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2014, p. 310.

BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 25 out. 2017

\_\_\_\_\_. *Código Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 25 out. 2017

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 25 out. 2017.

\_\_\_\_\_. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf). Acesso em: 25 out. 2017.

\_\_\_\_\_. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 25 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm). Acesso em: 17 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm). Acesso em: 25 out. 2017

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.432, de 11 de abril de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm). Acesso em: 17 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. *Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 25 out. 2017.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 25 out. 2017

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 593727*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+593727%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+593727%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bxpwdga>. Acesso em: 24 out. 2017.

FERNANDES, Antonio Fernando. *A Reação Defensiva à Imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 119.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOPES, Anderson Bezerra; SIDI, Ricardo (org.) *Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 438.

LOPES IR. Aury; Gloeckner, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

MALAN, Diogo. *Investigação defensiva no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 96. p. 279. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio-jun. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em: 25 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em: 25 out. 2017.

ROSA, Alexandre Moraes da. *A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal*. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 57.