

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Karoline Maria Buffon

A ATUAÇÃO DA DEFESA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Porto Alegre

2018

KAROLINE MARIA BUFFON

A ATUAÇÃO DA DEFESA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Trabalho de Conclusão de curso
apresentado como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Direito, junto à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul

Orientador: Mauro Fonseca Andrade

Porto Alegre

2018

KAROLINE MARIA BUFFON

A ATUAÇÃO DA DEFESA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

BANCA EXAMINADORA

Professor Mauro Fonseca Andrade

Professor Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Professor Odone Sanguiné

Porto Alegre

2018

“Importante não é ver o que ninguém nunca viu, mas sim, pensar o que ninguém nunca pensou sobre algo que todo mundo vê.”

Arthur Schopenhauer

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente ao meu orientador Mauro Fonseca Andrade por todo o auxílio prestado, bem como pela paciência, aconselhamento e pela disponibilidade para sanar minhas dúvidas desde o princípio do presente trabalho. Agradeço também aos familiares e amigos por todo o apoio recebido em mais esta etapa acadêmica.

RESUMO

Esse estudo pretende expor a atuação defensiva na fase de investigação preliminar, sob a ótica da aplicação dos direitos e garantias fundamentais instituídos na Constituição Federal, ao passo que demonstra-se a necessidade de uma reflexão sobre a inserção do modelo estabelecido no novo projeto de Código de Processo Penal: a investigação criminal defensiva. Para tanto, no capítulo inicial, conceitua-se os diferentes modelos de investigação criminal, esclarecendo os aspectos gerais do inquérito policial aplicado no ordenamento pátrio, bem como, os elementos característicos da investigação judicial, e da investigação a cargo do Ministério Público, reconhecida em plenário no Supremo Tribunal Federal. Em seguida, aborda-se, especificamente, os direitos e garantias fundamentais do investigado, assegurados na Carta Magna, envolvendo princípios basilares como o contraditório e a ampla defesa. Decorrente disso, explora-se a evolução jurídica em prol da efetividade desses institutos, por meio do advento da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal, e das modificações ocorridas, principalmente no artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Após, introduz a investigação criminal defensiva, fundamentada pelo objetivo de se alcançar a paridade de armas na persecução penal desde o início, abrangendo a questão da parcialidade vivida na concessão da investigação ministerial, e na utilização do inquérito policial por autoridade, de forma tendencialmente acusatória. Por fim, cuida-se de apresentar as experiências do direito italiano e norte-americano, a fim de analisar o possível desenvolvimento da investigação criminal defensiva no direito brasileiro.

Palavras-chave: Investigação Criminal. Inquérito Policial. Direitos e garantias fundamentais. Paridade de armas. Investigação Criminal Defensiva.

ABSTRACT

This study intends to expose the defensive performance in the preliminary investigation phase, from the point of view of the application of the fundamental rights and guarantees established in the Federal Constitution, while demonstrating the need for a reflection on the insertion of the model established in the new draft Code of Criminal Procedure: the defensive criminal investigation. For this purpose, in the initial chapter, the different models of criminal investigation are conceptualized, clarifying the general aspects of the police investigation applied in the country, as well as the characteristic elements of the judicial investigation, and the investigation by the Public Prosecutor, recognized in plenary session in the Supreme Court. Next, the fundamental rights and guarantees of the investigated one, guaranteed in the Magna Carta, are presented, involving fundamental principles such as the contradictory and the ample defense. As a result, the legal evolution for the effectiveness of these institutes is explored, through the advent of Binding Precedent No. 14 of the Supreme Court, and of the changes that occurred, mainly in Article 7 of the Statute of the Brazilian Bar Association. Afterwards, it introduces the defensive criminal investigation, based on the objective of achieving parity of arms in criminal prosecution from the outset, covering the issue of bias experienced in the granting of ministerial investigation, and the use of police investigation by authority, in a tendentially accusatory manner. Finally, it is necessary to present the experiences of Italian and American law, in order to analyze the possible development of defensive criminal investigation in Brazilian law.

Keywords: Criminal Investigation. Police Inquiry. Fundamental rights and guarantees. Weapon parity. Defensive Criminal Investigation.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	09
2. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	13
2.1 Conceito	13
2.2 O Inquérito Policial	14
2.3 Investigação preliminar judicial.....	21
2.4 Investigação criminal a cargo do Ministério Público	23
3. DIREITO DE DEFESA NAS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES: LIMITES E POSSIBILIDADES	27
3.1 Os direitos e garantias fundamentais do investigado	28
3.1.1 O direito ao contraditório e ampla defesa.....	31
3.1.2 A Súmula Vinculante nº 14 do STF e as controvérsias com o artigo 5º, LV da CF/1988.....	35
3.2 Lei 13.245/2016: a alteração no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.....	37
4. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA	44
4.1 Fundamentos para a investigação criminal defensiva	44
4.2 O projeto de novo Código de Processo Penal.....	50
4.3 Investigação criminal defensiva no direito estrangeiro	53
4.3.1 Itália.....	53
4.3.2 Estados Unidos	55
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	60

1. INTRODUÇÃO

O tema do presente estudo refere-se a uma análise da atuação da defesa no âmbito da investigação criminal preliminar brasileira, em contraponto com um novo modelo alternativo em voga: a investigação criminal defensiva.

Inicialmente, cumpre referir que a investigação criminal é uma manifestação do *ius persecuendi* estatal, que deve agir com o objetivo de elucidar fatos, compondo um conjunto probatório inicial, apto à continuidade de uma instrução penal, ou ao resguardo do instrumento processual, em caso de negativa de algum requisito, óbice da pretensão acusatória ministerial.

A investigação criminal compõe, facultativamente, uma das fases da persecução penal, que também é integrada pela ação penal. Essa fase preliminar, no entanto, mostra-se de extrema importância, à medida que a autoridade policial, ou outro órgão responsável pelo procedimento, examinam a possível infração penal, a fim de munir-se de elementos suficientes a fundamentar a segunda fase da *persecutio criminis*. Extrai-se desta investigação, a materialidade do crime, bem como, indícios circunstanciais, relativos a autoria delitiva, respaldando a peça acusatória oferecida pelo Ministério Público, ou, apontando para razões de um pedido de arquivamento, como excludentes de ilicitude.

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro estar pautado em garantias e direitos fundamentais, o que se percebe são sistemas distintos nas duas fases. A ação penal é de cunho acusatório, enquanto a instrução preliminar é inquisitorial. Nesses termos, o que infere-se é a desvantagem da defesa na produção de provas, que acabam baseando condenações. É cediço que há dispositivos infraconstitucionais, como o artigo 155 do Código de Processo Penal, que asseveram sobre a utilização das provas condicionadas ao contraditório processual; no entanto, é indubitável que a convicção do magistrado institui-se a partir dos elementos investigativos.

Nesse contexto, verifica-se que a defesa se encontra à mercê das requisições e da aquiescência dos órgãos investigativos e judiciais. Dito isso, apresenta-se a problemática: o sistema tradicional no âmbito da investigação criminal brasileira é pautado pela ótica garantista, cuja característica preponderante

é assegurar os direitos e garantias estabelecidos na Constituição Federal, ao passo que os atos exarados no inquérito, seja pela investigação policial ou ministerial, mostram-se superiores na busca acusatória.

Cumprir referir que o direito brasileiro, regido sob a ótica garantista, referente ao descrito principalmente no artigo 5º da Constituição Federal, e corroborada pelos princípios basilares e pactos internacionais, encontra-se em desacordo com o referido sistema judiciário, carecendo de efetividade. Nesse, o Estado, na figura da Polícia Judiciária, mediante todo seu aparato humano e material necessário, promove a colheita dos elementos de informação acerca da possível prática delituosa, amparada pelo poder de polícia, reservando ao investigado, um papel de mero expectador do seu próprio destino.

Ante o exposto, as limitações do modelo de investigação tradicional brasileira abrem espaço para modelos alternativos. Entre essas alternativas está a implementação da investigação criminal defensiva, que propõe uma nova forma de intervenção penal, pautada por procedimentos que possibilitam à defesa, de maneira mais equânime em relação à acusação, delinear sua própria produção de provas, autonomamente, – ainda que sujeita a anuência judicial para inserção dos dados nos autos procedimentais – visando o restabelecimento do equilíbrio das relações jurídicas. Importante ressaltar que a investigação criminal defensiva já é aplicada, com suas peculiaridades, em sistemas estrangeiros, de modo a exemplificar a concretização deste modelo no Brasil.

O objetivo da presente monografia é, desse modo, analisar os modelos investigativos, principalmente aqueles aplicados no sistema judicial criminal brasileiro e contrapor o uso da investigação criminal defensiva como método alternativo, disposto a concretizar os princípios basilares contidos na legislação atual. Outrossim, importante ressaltar que o trabalho pretende analisar de forma crítica a inserção da investigação criminal defensiva no Brasil, visto que o Projeto de novo Código de Processo Penal, coloca em eminência a sua implementação no ordenamento pátrio.

A observância da realidade processual, cotidianamente apresentada na seara jurídico-penal, sobretudo o descaso para com a atuação da defesa na fase de investigação em relação à fase de instrução judicial, mostra inequivocamente o papel

secundário ocupado pelo imputado. A relevância do tema e seu conseqüente debate no âmbito doutrinário, fazem com que o presente trabalho busque demonstrar a real necessidade da devida investigação criminal defensiva no âmbito do processo penal pátrio, mormente considere-se o inquérito policial, momento pré-processual.

Quanto à linha metodológica adotada, o trabalho foi dividido em três capítulos distintos. No primeiro capítulo, tratar-se-á da conceituação da investigação criminal, e as diferentes formas, pelas quais ela se exprime em distintos ordenamentos jurídicos. Com finalidade de explicar as diferentes formas de manifestação do *ius persecuendi*, ainda na fase preliminar, será realizada uma breve exposição das principais características de cada investigação, que buscam angariar fundamentos para a pretensão acusatória ministerial ou arquivamento judicial, explorando materialidade, autoria e circunstâncias delitivas.

Em relação ao segundo capítulo, este tem, como finalidade, explorar as possibilidades e os limites impostos à atuação da defesa, em um modelo essencialmente inquisitivo na fase pré-processual. No capítulo anunciado, serão apresentados os direitos e garantias determinados na Carta Magna, sob a ótica evolutiva do direito brasileiro para a preservação eficaz destes ideais garantistas. Outrossim, abordar-se-á a representação do imputado, pela sua defesa técnica, analisando as alterações contidas no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Por fim, o último capítulo tem a finalidade de apresentar a investigação criminal defensiva, como conceito a ser aplicado futuramente no ordenamento pátrio, à medida que o Projeto de novo Código de Processo Penal traz inovações nesse sentido. Serão explanados os fundamentos para a inserção deste novo modelo, a fim de alcançar o equilíbrio entre defesa e acusação, buscando a concretização da paridade de armas. Não obstante, analisar-se-á os dispositivos introduzidos no Projeto do Senado nº 156/2009, enfrentando opiniões favoráveis e dissidentes, bem como, apresentando as peculiaridades do modelo nos ordenamentos estrangeiros.

Face ao exposto, em linhas gerais, o presente estudo busca apresentar a atuação defensiva na fase pré-processual na sistemática penal tradicional, propondo uma reflexão sobre a manutenção do atual modelo e, como alternativa, expor a investigação criminal defensiva, cuja aplicação já ocorre nos ordenamentos italiano e norte-americano.

A finalidade é fazer uma análise crítica sobre as possibilidades de atuação do investigado, diretamente ou por meio de sua defesa técnica, no território brasileiro e realizar uma oposição frente ao atual modelo de investigação criminal. Diante disso, analisar-se-á a aplicação da investigação criminal defensiva como um modelo à sistemática da defesa tradicional no Brasil.

2. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

2.1 Conceito

O ordenamento jurídico brasileiro, em seu procedimento criminal, tem, na persecução penal, ou *persecutio criminis*, dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal.¹

A investigação criminal, fase pré-processual, é regulamentada pela Lei 12.830, de 20 de junho de 2013, que atribui ao delegado de polícia a função de elucidar fatos por meio da “apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais”.²

Não há, no entanto, nesta fase, obrigação do órgão investigador em provar o delito, mas tão somente de munir-se de dados suficientes que apontem para a materialidade e autoria delitivas. Neste contexto, Aury Lopes Jr.³, define a investigação criminal preliminar como:

conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime⁴, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo.

Nesse sentido, aduz Bonfim⁵ que a investigação criminal será indispensável quando o autor não estiver munido minimamente para a propositura da ação penal, ou seja, não dispuser da prova da materialidade, ou existência da infração penal, bem como indícios da autoria delitiva, procedendo a finalidade de busca e produção probatória.

¹ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal. O direito da defesa: repercussão, amplitude e limites*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 51.

² BRASIL. *A investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia*. Lei nº 12.830, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em 28 de abril de 2018.

³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 176.

⁴ O inciso I do artigo 5º do CPP estabelece a possibilidade de instauração do inquérito policial de ofício, caso a autoridade policial tome conhecimento da existência de um crime, de ação pública incondicionada, passando a investigá-la, assim que baixada a Portaria pelo delegado de polícia. Nesse sentido, Nucci diferencia os meios citados como: “a ciência da autoridade policial de um fato criminoso, podendo ser: direta quando o próprio delegado de polícia, investigando por qualquer meio, descobre o acontecimento; indireta, quando a vítima provoca a sua atuação, comunicando-lhe a ocorrência, bem como quando o promotor ou o juiz provocar a sua atuação”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 64.

⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal: rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 135

A investigação criminal pode ser definida, ainda, como procedimento no qual o Estado, detentor do *ius persecuendi*, destina-se a averiguar fatos supostamente delituosos, ao passo que apresenta funcionalidade tripla: evitar imputações infundadas; preservar a prova e os meios de sua obtenção; e propiciar justa causa para a ação penal ou impedir sua inauguração.⁶

Quanto à natureza jurídica da investigação criminal, esta dependerá da natureza jurídica dos atos predominantes. A respeito, Machado⁷ explana que:

(...) a investigação criminal pode ser um procedimento judicial ou administrativo, caso o órgão encarregado pela investigação pertença ou não ao Poder Judiciário, respectivamente. Na primeira hipótese, enquadram-se os sistemas de juizado de instrução, conduzidos por Autoridade Judiciária cujos atos, naturalmente, são judiciais. Na segunda, ajustam-se as investigações a cargo da Polícia Judiciária, que pratica atos de caráter administrativo.

Entende-se, portanto, que a investigação criminal é um procedimento pré-processual com a finalidade de apurar elementos suficientes para formar um juízo de possibilidade a respeito de uma infração penal, podendo ser de natureza administrativa ou judicial, dependendo do órgão responsável por sua condução.

2.2 O Inquérito Policial

O inquérito policial é o principal meio de investigação na persecução penal brasileira. Nele, pode-se observar um conjunto de diligências, presidido pela “autoridade policial, da chamada Polícia Judiciária, estadual ou federal, que se distingue da polícia preventiva porque atua em face do fato criminoso já ocorrido”.⁸ Objetiva-se, por meio dele, a “apuração da existência de infração penal e a respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos que o autorizem a promovê-la”.⁹

⁶ PERAZZONI, Franco. *Investigação Criminal e Prova na CF/88: Objetivos, destinatários e limites da atividade probatória no curso do inquérito policial*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,investigacao-criminal-e-prova-na-cf88-objetivos-destinatarios-e-limites-da-atividade-probatoria-no-curso-do-in,40098.html>. Acesso em 28 de maio de 2018.

⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 18

⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122.

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processual penal*. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 116-117.

Trata-se, portanto, de um instrumento pré-processual, cuja finalidade consiste em fundamentar a peça inicial interposta pelos titulares da ação penal pública ou da ação penal privada. Neste sentido, a sua utilidade também se estende ao magistrado¹⁰, que formará seu juízo de convicção para receber ou não a denúncia oferecida pelo Ministério Público¹¹, ou a queixa-crime pelo ofendido¹², bem como para decretar medidas cautelares, caso necessárias.

Nesse contexto, insta salientar o caráter inquisitivo da primeira fase da persecução penal. A inquisitividade é marcada pela iniciativa na produção do conjunto probatório concentrada no órgão investigador. Tal preceito, porém diferencia-se da arbitrariedade, uma vez que a autoridade policial que preside o inquérito, ao passo que determina diligências, também deve fundamentar juridicamente seu entendimento para tal atuação.

Tal modelo caracteriza-se, segundo Capez, pela centralização das atividades persecutórias em uma autoridade, facultada sua atuação de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e da sua autoria. Diante disso, o autor afirma que a natureza inquisitiva do inquérito pode ser evidenciada pelo artigo 107 do Código de Processo Penal, ao proibir a arguição de suspeição das autoridade policiais, e pelo artigo 14, “que permite à autoridade policial indeferir qualquer diligência requerida pelo ofendido ou indiciado, com exceção do exame de corpo de delito, de acordo com o previsto no artigo 184 do CPP”.¹³

10 Guilherme de Souza Nucci entende que o juiz deverá certificar-se quanto aos “enfoques necessários (segurança pública e garantia individual de ampla defesa) ao devido processo legal”, agindo com discernimento, podendo atuar para: “a) desprezar toda e qualquer prova que possa ser renovada em juízo sob o crivo do contraditório (ex.: não levar em conta os depoimentos das testemunhas colhidos pela polícia, uma vez que pode colhê-los diretamente); b) permitir à defesa que contrarie, em juízo, os laudos e outras provas realizadas durante o inquérito, produzindo contraprova; c) tratar como mero indício e jamais como prova direta eventual confissão do indiciado; d) exercer real fiscalização sobre a atividade da polícia judiciária, aliás, é para isso que há sempre um magistrado acompanhando o desenrolar do inquérito; e) ler o inquérito antes de receber a denúncia ou queixa para checar se realmente há justa causa para a ação penal; f) aceitar aquela prova colhida na fase policial, desde que seja incontroversa, ou seja, não impugnada pelas partes, em momento algum” NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13º rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pg. 127.

11 Assim dispõe o artigo 129, I, da Constituição Federal de 1988: “São funções institucionais do Ministério Público: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (...)”.

12 Assim dispõe o artigo 30, do Código de Processo Penal: “Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada”.

13 CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 24a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 119.

Nesse ponto, Lopes Jr.¹⁴ acrescenta que:

“(...) dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156, incisos I e II, do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo.”

Afirma-se, então, que o conjunto probatório colhido até esta fase não é submetido ao contraditório da defesa, resguardado este para a fase processual, caso a investigação culmine em ação penal posteriormente. Saad¹⁵, no entanto, diverge de tal ponto, apontando para um juízo antecipado de convencimento:

O inquérito policial traz elementos que não apenas informam, mas de fato instruem, convencem, tais como as declarações de vítimas, os depoimentos das testemunhas, as declarações dos acusados, a acareação, o reconhecimento, o conteúdo de determinados documentos juntados aos autos, as perícias em geral (exames, vistorias e avaliações), a identificação dactiloscópica, o estudo da vida pregressa, a reconstrução do crime. Assim, não é senão em consequência do inquérito que se conserva alguém preso em flagrante: que a prisão preventiva será decretada, em qualquer fase dele, mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência de crime e indícios suficientes da autoria, e como garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal; que à autoridade cumpre averiguar a vida pregressa do indiciado, resultando dessa providência, como é sabido, sensíveis repercussões na graduação da pena”.

Neste âmbito, José Frederico Marques destaca a cautelaridade do inquérito policial, ao afirmar que “a investigação não passa do exercício do poder cautelar que o Estado exerce, através da polícia, na luta contra o crime, para preparar a ação penal e impedir que se percam os elementos de convicção sobre o delito cometido”¹⁶.

O inquérito policial é, então, um procedimento de natureza preparatória e informativa à ação penal, presidido pelo Delegado de Polícia, nos termos da Lei 12.830/2013. Verifica-se nesse dispositivo, outrossim, que essa fase pré-processual é de atribuição da Polícia Judiciária¹⁷, distribuída conforme a organização das autoridades policiais de cada circunscrição.¹⁸

¹⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 75.

¹⁵ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 161.

¹⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I, p. 145.

¹⁷ A função de Polícia Judiciária da União pertence, exclusivamente, à competência da Polícia Federal, como instituída no art. 144, § 1º, IV, da Constituição Federal.

¹⁸ Existem outras formas de investigação para ilícitos não penais: (i) inquérito parlamentar – investigações conduzidas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito,

Essa atribuição da polícia abrange o estabelecimento formal da linha de investigação a ser adotada, instituindo o meio de produção de provas técnicas, bem como, a maneira e a data a serem colhidas tais provas. Não se olvida, porém, que alguns atos estão resguardados ao poder jurisdicional à medida que possam limitar direitos fundamentais, nos quais são incompatíveis com a autoridade policial que é órgão da administração pública.¹⁹

Em seu artigo 6º, o Código de Processo Penal lista um rol de ações a serem desempenhadas pela polícia quando comunicada da prática de um crime.²⁰ Tais atos inferidos à autoridade policial referem-se, principalmente, à cadeia de custódia, processo exercido essencialmente para preservação do local para a coleta de

cujos poderes estão fixados no artigo 58, § 3º, da Constituição da República. Tais comissões são regulamentadas pela Lei n.º 1.579, de 18 de março de 1952, e Lei n.º 10.001, de 08 de maio de 2000, e pelos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; (ii) inquérito civil – procedimento administrativo não disciplinar, presidido pelo Ministério Público, previsto no artigo 8º, §1º, da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, cuja finalidade é identificar violação a bens de interesse público e, se for o caso, embasar Ação Civil Pública; (iii) inquérito administrativo em sentido estrito ou sindicância – procedimento administrativo disciplinar, que apura responsabilidade de funcionários ou servidores públicos por conta de um ilícito administrativo; (iv) inquérito judicial trabalhista – procedimento previsto no artigo 494 da Consolidação das Leis do Trabalho, para averiguar falta grave cometida por empregados com mais de 10 anos de serviço na mesma empresa, sem o qual não poderá ser dispensado. Por fim, até recentemente, existia o inquérito judicial falimentar, regulado nos artigos 103 e seguintes do Decreto-Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, e artigo 509 do Código de Processo Penal. Tal investigação era realizada pela Autoridade Judiciária. No Estado de São Paulo, por força da Lei n.º 3.947/83, o Juiz da Vara de Falências era o competente para efetuar a investigação e, se fosse o caso, julgar a ação penal por crime falimentar. Todavia, essa modalidade de investigação criminal foi abolida pela Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 (nova Lei de Falências). Atualmente, se existir prova da ocorrência de crime falimentar, o Ministério Público deve apresentar denúncia, se possuir elementos para tanto, ou requisitar a instauração de inquérito policial, nos termos do artigo 187, *caput*, da Lei n.º 11.101/05.

¹⁹ Assim dispõe o artigo 2º, § 2º, da Lei 12.830/2013: “Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.”

²⁰ Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

provas periciais que oportunizam um melhor esclarecimento dos fatos. Esse dispositivo relaciona-se diretamente com o art. 169 do CPP, o qual dispõe que:

“Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos.”

Importante destacar, entretanto, que as ações elencadas não são indispensáveis em sua integralidade, devendo o órgão investigador analisar as circunstâncias do delito, bem como a natureza do crime para então agir em consonância com a situação apresentada.

Após efetuadas as diligências requisitadas pelo magistrado e pelo membro do Ministério Público, bem como os outros procedimentos já citados, a autoridade policial deverá prover o órgão judiciário responsável pela instrução e julgamento de informações a respeito da investigação, cumprindo, se necessário, os mandados acerca de restrições à liberdade.

Nesse contexto, pode-se verificar duas características inerentes a essa fase pré-processual: a autonomia e a instrumentalidade. A primeira delas, se manifesta na forma distinta, na qual a investigação se apresenta em relação ao processo penal, especialmente no que se refere à natureza da intervenção dos sujeitos, uma vez que não existem partes, ao objeto, na forma da notícia-crime, e à forma dos atos pelo predomínio da escritura e do sigilo.²¹

Quanto à instrumentalidade, esta infere-se da sua função instrutória, já que por meio desta não ocorre a efetiva pretensão jurídica acusatória, motivada do *ius puniendi* estatal, mas apenas um procedimento auxiliar no funcionamento jurisdicional.

Além dessas, é importante citar outros elementos típicos do procedimento efetuado na fase de inquérito. Segundo Bruno Calabrich²², as principais características do inquérito são:

²¹ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 41.

²² CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 88.

(a) discricionariedade - faculdade de atuação da autoridade presidente, pautada em juízos de conveniência e oportunidade, a serem aferidos no caso concreto, nos termos da lei e sempre fundamentados na adequada e eficiente consecução dos propósitos da atividade de investigação - o esclarecimento dos fatos; (b) procedimento escrito - por ser necessária a avaliação posterior tanto pelo órgão de acusação quanto pelo Judiciário, é necessário que os atos praticados no curso do inquérito estejam documentalmente registrados (art. 9.o do CPP); (c) sigilosidade - “a autoridade assegurará ao inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade” (art. 20 do CPP); (d) obrigatoriedade e indisponibilidade - tendo notícia da prática de uma infração penal, é dever da autoridade policial instaurar o inquérito, que não poderá mandar arquivar (art. 17 do CPP); (e) inquisitividade - ao inquérito policial não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5.o, LV, da CF/88), considerando que, nesta fase, ainda não há acusação em sentido técnico-jurídico, nada impedindo, contudo, que sejam produzidas provas requeridas pelo investigado, a critério da autoridade presidente, bem como que sejam manejados, pelo interessado, todos os meios de impugnação cabíveis contra quaisquer dos atos praticados no curso desse procedimento que venham a caracterizar uma lesão ou ameaça de lesão a direito, como o habeas corpus e o mandado de segurança.

Nesse sentido, vale destacar novamente que o inquérito não está adstrito ao princípio do contraditório. Por tratar-se de fase anterior à ação penal, não se verificando, portanto, uma acusação propriamente dita, Lopez Jr.²³ afirma que:

“(...) o inquérito policial busca apenas a verossimilhança do crime, a mera fumaça (*fumus commissi delicti*), não havendo possibilidade de plena discussão das teses, pois a cognição plenária fica reservada para a fase processual.”

A investigação preliminar tem início com um mero juízo de possibilidade instituído na *notitia criminis*, ou, ainda, na *delatio criminis*, na qual a autoridade toma conhecimento sobre um fato delituoso indireta ou diretamente pela vítima, respectivamente. Iniciada a investigação, na figura do inquérito policial, ocorre apenas a apuração dos dados, através de perícias e outras diligências, já elencadas, caracterizando um procedimento de cognição sumária.

Para a efetiva garantia da sumariedade do procedimento investigatório, o Código de Processo Penal dispõe dos artigos 4º e 10, que versam a respeito das restrições qualitativa e quantitativa ou temporal. O artigo 4º, como já exposto exhaustivamente, limita a atuação do órgão investigador, à medida que considera o inquérito como meio para a reunião de elementos que justifiquem a instauração da ação penal ou o arquivamento. A quantitativa, por seu turno, prevista no artigo 10 do Código de Processo Penal, impõe prazo temporal para a duração da investigação preliminar, definindo como limite temporal o prazo de 10 dias, se o indiciado estiver

²³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 201.

preso, e 30 dias quando estiver solto, para o término do inquérito policial. Atenta-se, ainda, que na esfera federal, o artigo 66, caput, da Lei 5.010/1996, determina o prazo de 15 dias, prorrogáveis por mais 15, quando o indiciado estiver preso; e nos crimes dispostos na Lei 11.343/2006, o prazo é de 30 dias, quando preso o investigado, e 90 dias se solto, segundo a redação do artigo 51.²⁴

Na prática, entretanto, a atuação da autoridade policial extrapola sua atribuição, servindo como juízo de convicção, que deveria ser alcançado apenas em fase processual. Nesse sentido, Aury Lopes Jr.²⁵ argumenta:

O problema de ordem prática, está na efetividade da sumariedade, que é sistematicamente negada pela polícia, que investiga até que ela entenda provado o fato, quando na verdade a convicção deve partir do titular da Ação penal. Ademais, o fato não deve estar “provado”, senão demonstrado em grau de probabilidade.

Uma das maiores críticas que se faz ao IP é a repetição na produção de prova. O inquérito policial é normativamente sumário, inclusive com limitação quantitativa ou temporal, mas o que se sucede na prática é que ele se transforma de fato em plenário. Essa conversão – de *normativamente* sumário em *efetivamente* plenário – é uma gravíssima degeneração. A polícia demora excessivamente a investigar, investiga mal e, por atuar mal, acaba por alongar excessivamente a investigação. O resultado final é um inquérito inchado, com atos que somente deveriam ser produzidos em juízo, e que por isso desborda os limites que o justificam.

Parte da culpa vem dada pela má valoração dos atos realizados, pois, se realmente fossem considerados meros *atos de investigação*, não haveria justificativa em estender uma atividade que esgota sua eficácia no oferecimento da ação penal.

Soma-se a isso à:

“falta de controle da investigação policial por parte do Ministério Público - destinatário final do inquérito e titular da ação penal -, que deveria ser o responsável em definir o que e o quanto a ser investigado, pois, como titular da ação penal, saberá definir que nível de cognição deve existir naquele caso específico”²⁶

O que se observa, portanto, é a conversão do inquérito em instrução processual com pretensão acusatória.

2.2 Investigação Preliminar Judicial

²⁴ SANTOS, Bárbara Pedroso dos. *Investigação Criminal Defensiva*. Dissertação (Bacharelado em Direito). UFRGS. Porto Alegre, 2016, p. 15-16.

²⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 201-202.

²⁶ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 95.

A investigação preliminar judicial caracteriza-se pela figura central do juiz instrutor, autoridade máxima e detentora dos poderes necessários à realização das diligências e dos demais atos do procedimento investigatório.

Segundo Aury Lopes Jr.²⁷,

“a tarefa do juiz durante a fase instrutória é qualitativamente distinta daquela desempenhada no processo, pois, na instrução preliminar, leva a cabo atividades de investigação, ao passo que, na fase processual, realiza atividades próprias do processo de declaração”.

Trata-se, portanto, de um juiz togado que difere daquele atuante na fase processual, à medida que apura fatos e circunstâncias suficientes a proporcionar um juízo de convicção tanto para o defensor do investigado quanto para o órgão acusador.

A Polícia Judiciária atua adstrita ao juiz instrutor, o qual também decidirá acerca da imprescindibilidade das diligências, dirigindo a atividade investigativa, ao receber a notícia-crime; participar da oitiva de testemunhas e vítimas; comparecer ao local do delito, requerendo perícias; e etc.

As principais vantagens deste sistema são decorrentes da natureza supra-partes, inerente ao órgão investigador, o qual garante maior imparcialidade e independência, principalmente em relação ao Poder Executivo, empregando também maior credibilidade quanto à qualidade da produção de provas. Soma-se a isso, a utilidade das provas para acusador e defensor do investigado, bem como a disposição facilitada acerca da aplicação de medidas cautelares e busca e apreensão, já que o próprio investigador detém poder jurisdicional.²⁸

Não se olvida da origem do juiz instrutor como inquisidor, o qual investigava, acusava e julgava, no entanto, o que se verifica atualmente difere consideravelmente daquela remota época. Os modelos atuais, em sua maioria, determinam-se pela divisão entre investigação preliminar e fase processual, instituindo magistrados diferentes para cada etapa, ou seja, aquele juiz que investigou não poderá julgar o mérito da pretensão acusatória.

²⁷ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 73.

²⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 183.

No que se refere às desvantagens do sistema do juiz instrutor, Lopes Jr.²⁹ aponta para: I) a incongruência no fato de caber à mesma pessoa a decisão sobre a necessidade de um ato investigatório e a sua própria valoração; II) este sistema já ser superado, já que relacionada à figura histórica do juiz inquisidor, atuante *ex officio* na posição de investigador, acusador e defensor; III) a situação de desamparo criada, pela falta de alguém que atue como garante, causando conflito entre o inquirido, o juiz inquisidor, o promotor e a polícia judiciária; IV) a tendência da investigação em se tornar plenária, deixando de atender à celeridade necessária nesta fase; V) a contradição que há no fato do juiz investigar para o promotor acusar, o que pode ocorrer inclusive em desacordo com as convicções do membro do Ministério Público; VI) o prejuízo processual, devido a indefinição e a desordem causadas pelo conflito entre as funções de acusar e julgar; e, V) a conversão da investigação em uma fase geradora de provas em razão de seu caráter inquisitivo, o que possibilitaria apenas uma ratificação das provas colhidas em investigação preliminar, sem contraditório, culminando na formação de um juízo condenatório.

O Ministro da Justiça do governo Vargas, Francisco Campos, na exposição de motivos do Código Processual Penal vigente apresentou argumentos, apontando para a impossibilidade de implantação dos juizados de instrução no Brasil, os quais ainda se mostram atuais:³⁰

O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juizados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade. (...) Seria imprescindível, na prática, a quebra do sistema: nas capitais e nas sedes de comarca em geral, a imediata intervenção do juiz instrutor, ou a instrução única; nos distritos longínquos, a continuação do sistema atual. [...] há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos...

(...) Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema

²⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 184.

³⁰ BRASIL. *Vade Mecum Penal: Processo Penal e Constituição Federal*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 224.

tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória e mais prudente e serena.

Em que pese tenha sido rechaçado na elaboração do código vigente, o Projeto de novo Código de Processo Penal introduz uma figura semelhante: o juiz das garantias.

2.3 Investigação Preliminar a cargo do Ministério Público

À luz do que sucede na investigação preliminar presidida pelo juiz instrutor, há também a figura do promotor investigador. A respeito, Lopes Jr.³¹ explana:

Nesse modelo de investigação, o promotor é o diretor da investigação, cabendo-lhe receber a notícia-crime diretamente ou indiretamente (através da polícia) e investigar os fatos nela constantes. Para isso, poderá dispor e dirigir a atividade da Polícia Judiciária (dependência funcional), de modo que tanto poderá praticar por si mesmo as diligências como determinar que as realize a polícia segundo os critérios que ele (promotor) determinou. Assim formará sua convicção e decidirá entre formular a acusação ou solicitar o arquivamento (visto como não processo em sentido lato).

Inicialmente, vale destacar que há no ordenamento brasileiro uma extensa discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da atuação do Ministério Público como titular da investigação.

A legislação brasileira define em seu artigo 129 da Constituição Federal³², as funções instituídas ao Ministério Público. Isso não significa, no entanto, que o Ministério Público esteja impedido de exercer atribuições estranhas àquelas elencadas no referido dispositivo. A respeito, Alexandre de Moraes³³, afirma que:

³¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 183.

³² Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

³³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 460.

Importante ressaltar, novamente, que o rol (do art. 129) constitucional é exemplificativo, possibilitando ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade constitucional, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Os favoráveis a possibilidade de investigação criminal pelo Ministério Público, compreendem da mesma forma, ao alegar que há garantia constitucional instituída no artigo 128, § 5º, da Constituição Federal, que expande a capacidade atributiva do *parquet* viabilizada pela edição da Lei Complementar 75/1993, em seu artigo 8º. Por esse motivo, entende-se que não haveria óbice à atuação, ou inexistiria monopólio policial para a realização de diligências investigatórias.

Nesse sentido, várias instituições podem apurar um fato no âmbito de suas competências, em procedimentos administrativos próprios³⁴. Hugo Nigro Mazzilli³⁵ defende que:

O Ministério Público não está adstrito à apuração pela polícia dos fatos de interesse para a promoção da ação penal pública. Sem prejuízo de poder requisitar documentos, certidões e diligências na forma da lei, e poder efetuar notificações para comparecimento e oitiva de pessoas, poderá e até deverá propor a ação penal diretamente, se dispuser de elementos de convicção bastantes que lhe possibilitem formar de plano a *opinio delictis*, ainda que sem o inquérito policial.

O argumento contrário à titularidade do Ministério Público na fase pré-processual reflete, portanto, uma equivocada interpretação do artigo 144³⁶ da Constituição Federal. Não há exclusividade da autoridade policial como investigadora. Ainda que as polícias federal e estadual exerçam a função de Polícia Judiciária, não se verifica impedimento na legislação vigente para que outros órgãos,

34 ZIESEMER, Henrique da Rosa. *Resolução n. 181 do CNMP - artigo 18*. In: FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca (organ.). *Investigação Criminal pelo Ministério Público: Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*. / Douglas Fischer, Mauro Fonseca Andrade (organizadores); Airton Pedro Marin Filho ... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 24.

35 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 268.

36 Dispõe o art. 144 da Constituição Federal: A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

(...)

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

eventualmente e em concordância com o disposto no ordenamento jurídico, influam direta ou indiretamente na apuração de infrações penais. Veja-se o entendimento de Mauro Fonseca Andrade³⁷ acerca da dissonância:

(...) passemos então à análise do regramento constitucional dado à Polícia Civil. E, ao assim procedermos, a primeira coisa que nos chama a atenção é que o § 4o do art. 144 da Constituição Federal em nenhum momento se utilizou da palavra exclusividade - e muito menos monopólio - à hora de definir as funções das polícias civis, tal como anteriormente havia feito em relação à Polícia Federal. Da mesma forma, o legislador constituinte tampouco afirmou que a Polícia Civil seria titular da função investigatória nos crimes de competência dos Estados, manejando uma expressão que anteriormente havia utilizado - no próprio texto constitucional - para referir que, dentro dos prazos processuais que lhe são conferidos, o Ministério Público é o único que pode acusar em relação às ações penais públicas. Por esse motivo, não encontramos uma razão técnica que justifique a existência de manifestações apregoando que a Constituição Federal teria conferido a dita exclusividade ou monopólio à Polícia Civil.

No mesmo sentido, Fernando Capez³⁸ afirma:

As expressões “com exclusividade” (CF, art. 144, § 1o, IV), relacionada à polícia federal, e “ressalvada a competência da União” (CF, art. 144, § 4o) destinam-se a destacar o campo de atuação de cada polícia, na presidência de seus respectivos inquéritos. Nada tem que ver com as atribuições investigatórias do Ministério Público em seus procedimentos, distintos dos inquéritos federais e estaduais. Assim, nada autoriza, em nosso entender, o posicionamento restritivo da atuação do MP em defesa “da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127).

Pois bem, em Sessão Plenária, no dia 14 de maio de 2015, o Supremo Tribunal Federal, negou provimento ao recurso extraordinário nº 593727 e reconheceu o poder de investigação do Ministério Público, nos seguintes termos:³⁹

“O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7o, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”.

³⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua Investigação Criminal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 105.

³⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 24a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 194.

³⁹ STF. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 593727*. Brasília: 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184#>. Acesso em 5 de maio de 2018.

Como se não bastasse a repercussão geral, bem como, a normatização mencionada acima e disposta na Resolução nº 13/2006, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamentava o referido artigo 8º da Lei Complementar 75/1993, recentemente foi publicada a Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. A resolução passou a regular detalhadamente os procedimentos de investigação criminal realizados pelo Ministério Público, alterando artigos específicos da resolução anterior e trazendo novos temas importantes para o processo penal brasileiro.⁴⁰

O centro das alterações ocorreu na “imprescindível agilização da investigação e promoção de sua efetividade, que, no caso, se pretende ver materializada, como se verá, na abertura da possibilidade de realização de acordo de não-persecução penal”, bem como na “modernização da investigação e para proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e prerrogativas dos advogados”.⁴¹

⁴⁰ TEIXEIRA, Janaína Nelpis Mattos. *Investigação criminal instaurada pelo Ministério Público: Comentários à Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público*. Dissertação (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017, p. 58.

⁴¹ CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. *Autos n. 01/2017 Procedimento de Estudos e Pesquisas*. Brasília, 2017. Disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf Acesso em: 4 de Junho de 2018.

3. O DIREITO DE DEFESA NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: LIMITES E POSSIBILIDADES

O direito de defesa, em sede de investigação criminal pode ser exercido pelo acesso aos autos, bem como, pela participação da defesa na produção de provas no curso das investigações.

Os meios, pelos quais a assistência advocatícia se apresenta referente a estes atos, são classificados por Távora⁴² como exercício exógeno, no qual “trata-se de manejo de técnica paralela ao inquérito, mediante o ajuizamento, por exemplo, de ação autônoma de impugnação com o fito de obter o trancamento da investigação preliminar”, e exercício endógeno, que “dá ideia de ato praticado no curso da investigação, declarações do acusado ou intervenção do advogado em situação excepcional, para garantir o acatamento às garantias individuais”.

Nesse sentido, Marta Saad⁴³ afirma que o direito de defesa é classificado como endógeno ou exógeno de acordo com o meio pelo qual é exercido: interna ou externamente. A autora destaca que, em que pese o meio exógeno seja amplamente reconhecido pela doutrina, – por meio do *habeas corpus*, mandado de segurança, requerimento ao Promotor Público, petição de relaxamento de prisão em flagrante, etc – o direito de defesa, em sua forma endógena, deve ser praticado no curso do inquérito policial para que haja a efetiva aplicação do artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

O artigo 14 do Código de Processo Penal é exemplo de manifestação endógena do direito de defesa no inquérito policial. Machado⁴⁴ afirma que o imputado:

“tem direito a exigir que a autoridade o interrogue, forme o corpo de delito, realize quaisquer perícias necessárias ao esclarecimento da verdade, ouça o ofendido, inquirá testemunhas por ele apontadas, desde que indispensáveis ou úteis à elucidação das circunstâncias do fato, junte documentos nos autos etc”.

⁴² TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. Rev., ampl. e atl. Juspodivm: Salvador, 2015, p.116-117.

⁴³ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 270-271. Apud Rafael Francisco Marcons de Moraes. *A Defesa no Inquérito Policial*. Revista de Direito de Polícia Judiciária: Brasília, ano 1, v. II, 2017, p. 83. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RDPJ/article/view/508/299>. Acesso em: 17 de junho de 2018.

⁴⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 92.

A respeito da produção probatória, corrobora Gomes Filho⁴⁵, 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”, afirmando que, por essa perspectiva, a possibilidade de investigar também estaria assegurada, já que adstrita à produção de provas. Esclarece, ainda, que embora a tradição inquisitória atribua, exclusivamente, as atividades relacionadas à busca por elementos probantes aos órgãos oficiais de investigação penal: Polícia Judiciária e Ministério Público; o modelo acusatório, ao consagrar o direito à prova, cria óbice à negativa probatória para ambas as partes, acusador ou defensor, já que há o intuito de obter material apto a fundamentar suas teses.

Vale salientar, no entanto, que o direito de defesa, assegurado no referido dispositivo não se confunde com a investigação criminal defensiva – que será detalhada em capítulo oportuno – à medida que esta caracteriza-se pelo afastamento da autoridade pública quanto às escolhas da própria linha de investigação. Neste estágio do trabalho, dar-se-á ênfase aos direitos e garantias da defesa, bem como, sua aplicação, presentes no inquérito policial.

3.1 Os direitos e garantias fundamentais do investigado

A Constituição Federal determina, em seu preâmbulo, que o Estado é “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos”.⁴⁶

A Carta Magna assegura, portanto, direitos e garantias fundamentais⁴⁷ a todos os indivíduos, sem distinções entre pessoas investigadas ou não, destinando-

⁴⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 86.

⁴⁶ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 de junho de 2018.

⁴⁷ Rui Barbosa distinguiu direitos e garantias fundamentais, ainda na análise da Constituição de 1891, como “as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*, estas as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito”. Rui Barbosa, *República: teoria e prática* (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Seleção e coordenação de Hilton Rocha), Petrópolis: Vozes, apud Pedro Lenza. *Direito constitucional esquematizado*. 16ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 961.

se a proteger também a atuação das partes envolvidas no processo ou procedimento criminal. Conforme expõe Calabrich, a condição de investigado não pode suprimir nem limitar, por si só, qualquer dos direitos fundamentais inerentes às pessoas, como o direito à honra, à vida, à integridade física e ao patrimônio.⁴⁸

Segundo Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco⁴⁹, as garantias fundamentais endossam a viabilidade de cada indivíduo em agir no intuito de exigir dos Poderes Públicos o respeito aos direitos que instrumentalizam, como aqueles inseridos nos incisos do artigo 5º da Constituição Federal. Salienta-se, nesse ponto, que a ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais.

O que pode ocorrer em alguns atos, no entanto, é a limitação de certo direito fundamental amparada por determinação de juízo competente, caso manifestamente prevista no ordenamento jurídico. Nesse sentido, infere-se que “apenas a qualidade de investigado não restringe direitos, mas sim em virtude de atos, administrativos ou judiciais, praticados no interesse da investigação”.⁵⁰

A forma como se dá esse procedimento, sendo realizada por autoridade policial ou Ministério Público, também não deve ser óbice à concretização desses direitos, como aponta Machado:⁵¹

Independentemente de a investigação pública ser realizada pela Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público, o que importa é o tratamento do imputado como sujeito de direitos, desde o início da persecução penal, garantindo-lhe o efetivo exercício do direito de defesa e a paridade de armas com a acusação.

Os direitos e as garantias fundamentais relativos à persecução penal estão dispostos no artigo 5º da Constituição Federal. O rol extenso assegura garantias da defesa, como o *habeas corpus* (artigo 5º, LXVIII), o *habeas data* (LXXII) e o mandado de segurança (LXIX).

Importante destacar que tais previsões jurídicas, assecuratórias da defesa, não estão limitadas ao texto constitucional, ao passo que podemos constatá-las

⁴⁸ CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 149.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*/Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7ª Ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 63.

⁵⁰ SANTOS, Bárbara Pedroso dos. *Investigação Criminal Defensiva*. Dissertação (Bacharelado em Direito). UFRGS. Porto Alegre, 2016, p. 39.

⁵¹ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 29.

também na legislação infraconstitucional, disciplinadas para resguardar a efetividade da Carta Magna, e nos tratados internacionais. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, aprovada em cidade homônima em 22 de novembro de 1969, e integrada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, estabeleceu em seu artigo 8º⁵², outras garantias, como a duração razoável do processo, além de corroborar com outros princípios já aplicados (presunção de inocência, igualdade, publicidade, etc), que protegem a eficácia da atuação defensiva.

As garantias do investigado, evidentemente, se estendem ao advogado responsável por sua defesa técnica. Lopes Jr.⁵³ destaca que “para exercer sua atividade com plena eficácia, o defensor deve atuar rodeado de uma série de garantias que lhe permita uma completa independência e autonomia em relação ao juiz, promotor e à autoridade policial.” Nesse contexto, o artigo 133 da Constituição

⁵² Artigo 8. Garantias judiciais:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
 - g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
 - h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São José, 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 13 de junho de 2018.

⁵³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 317.

Federal salvaguarda a atuação da advocacia, enfatizando a essencialidade do defensor.⁵⁴

Além das disposições constitucionais e dos tratados internacionais, o próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, nos termos da Lei 8.906/1948, em seu artigo 7º - que sofreu recentes alterações pela Lei 13.245, de 12 de janeiro de 2016 – assevera, principalmente em seus incisos XXV, XXI e parágrafos 10, 11 e 12, os direitos de acesso aos autos da investigação criminal. Acerca dessas alterações, trataremos adiante.

3. 1 Princípios do contraditório e ampla defesa

Os princípios constituem-se em fontes basilares para qualquer ramo do direito, influenciando tanto em sua formação como em sua aplicação. São vistos como os pontos principais e que servem de fundamento para a composição e execução do direito.

Para Bonavides “os princípios são a alma e o fundamento de outras normas”, sendo que “uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”.⁵⁵

O modelo tradicional brasileiro de investigação preliminar tem como característica preponderante a natureza inquisitorial do inquérito policial. Por isso, entende-se que a investigação é procedimento, e não processo, não devendo guardar, portanto, o princípio constitucional do contraditório da defesa. Explica Joaquim Canuto Mendes de Almeida:⁵⁶

Não sendo a atividade de investigação policial, que o inquérito registra, destinada a servir de base à decisão da causa, é, do ponto de vista constitucional, perfeitamente admissível que se desenvolva sem necessidade de defesa. A autoridade policial é, assim, puramente inquisitiva, o que lhe assegura, com a maior liberdade de ação e a melhor oportunidade de segredo das diligências, o necessário êxito na descoberta do fato e na pesquisa e conservação dos meios de prova.

⁵⁴ Dispõe o artigo 133 que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 231.

⁵⁶ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937, p.212. Apud Fernando de Almeida Pedroso. *Processo Penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.59.

A visão garantista, no entanto, irresigna-se contra a ausência deste contato inicial da defesa, ao passo que fundamenta-se no disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal. De fato, com o advento da Constituição Federal em 1988, institui-se um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, inerentes ao Estado Democrático de Direito que, naquele momento, se consolidava. Destes, destaca-se, além daquele supracitado, o disposto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, que expõe a respeito de um dos pilares garantistas, o devido processo legal.⁵⁷

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, em que pese semanticamente distintos, exprimem características comuns ao mesmo direito subjetivo, uma vez que a efetividade da execução do direito de defesa depende de sua coexistência. Nesse contexto, podemos ver que o constituinte abordou os dois princípios em um único dispositivo, valendo-se da premissa de que um deriva do outro, e ambos auxiliam no entendimento do direito de defesa de forma geral. A respeito, Cintra, Grinover e Dinamarco, explicam:⁵⁸

No Brasil, o contraditório na instrução criminal vinha tradicionalmente erigido em expressa garantia constitucional, sendo deduzido da própria Constituição, indiretamente embora, para o processo civil. Idêntica postura era adotada quanto à garantia da ampla defesa, que o contraditório possibilita e que com este mantém íntima ligação, traduzindo-se na expressão *nemo inauditus damnari potest*.

No ordenamento brasileiro, o surgimento do contraditório ocorreu na Constituição da República de 1937 no artigo 122, nº 11, segunda parte, mantendo-se na Constituição de 1946, em seu artigo 141, § 25, na Constituição de 1946, no artigo 140, § 16, na Constituição de 1967, artigo 153, §16 renumerada pela emenda de 1969, bem como, no artigo 5º, VL, da Carta Magna vigente.⁵⁹

O contraditório, como conceito básico, trata do acesso das partes envolvidas à informação, a fim de conhecer o objeto de investigação, bem como, as provas

⁵⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - 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; (...).”

⁵⁸ CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 61-62.

⁵⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 80.

colhidas, gozando de liberdade para agir a partir do conhecimento do conteúdo do procedimento, e para influir no juízo de convencimento da autoridade responsável, confrontando os fatos adversos ao investigado. Infere-se, portanto, que tal princípio deve ser observado em todas as etapas de cunho probatório: a postulação, a admissão, a produção e a valoração.⁶⁰

A ampla defesa, por seu turno, está presente no direito pátrio desde a primeira Constituição Federal, de 1824, em seu artigo 179, VIII⁶¹. Ela se mostra como a capacidade de exercer a defesa de diferentes formas, quais sejam: por meio da autodefesa, classificada como positiva quando consiste em apresentar-se pessoalmente em seu favor, e negativa, de maneira a se abster da produção de provas contra si; e, na forma de seu defensor, chamada de defesa técnica.⁶²

Acerca da diferença principiológica, Helena de Toledo Coelho Gonçalves⁶³ corrobora:

A distinção é semântica, pois ampla defesa tem por referencial o direito de alguém se defender por todos os meios permitidos na lei e em igualdade de condições, e o contraditório significa o direito de apresentar razões e contrarrazões, prova e contra prova.

Observa-se distinção entre os dois preceitos fundamentais, então, quanto à obrigatoriedade. É cediço que à defesa deve ser, obrigatoriamente, concedida

⁶⁰ Aury Lops Jr. dispõe que “Especificamente em matéria probatória, o contraditório deve ser rigorosamente observado nos quatro momentos da prova: 1º Postulação (denúncia ou resposta escrita): contraditório está na possibilidade de também postular a prova, em igualdade de oportunidades e condições.

2º Admissão (pelo juiz): contraditório e direito de defesa concretizam-se na possibilidade de impugnar a decisão que admite a prova.

3º Produção (instrução): o contraditório manifesta-se na possibilidade de as partes participarem e assistirem a produção da prova.

4º Valoração (na sentença): o contraditório manifesta-se através do controle da racionalidade da decisão (externada pela fundamentação) que conduz à possibilidade de impugnação pela via recursal”. LOPES Jr., Aury, *Direito Processual Penal*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 511.

⁶¹ Dispõe a Constituição Federal de 1824:

“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...)

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.”

⁶² MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 105.

⁶³ GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. *Contraditório e Ampla Defesa*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 43.

informação sobre o procedimento instaurado a seu respeito. A atuação que sucederá, no entanto, é facultada à parte defensiva para agir ou se abster conforme sua vontade.⁶⁴ Aliás, importante destacar que o contraditório atinge essencialmente também a parte acusatória, enquanto a ampla defesa, por si só já limita sua adoção apenas ao polo passivo da investigação ou ação penal.⁶⁵

No que tange ao entendimento dissidente quanto a aplicabilidade do contraditório à fase investigativa, elucidam Moura e Saad⁶⁶ que a “integridade do sistema constitucional depende do valor que se atribua à liberdade individual e à valorização do acusado – ainda que informalmente acusado, no inquérito policial – como sujeito de direitos e não mero objeto de investigação”.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. afirma que “o texto constitucional é extremamente abrangente, protegendo os litigantes tanto em processo judicial, como em procedimento administrativo”, ressaltando que a expressão “acusados em geral” engloba o investigado, uma vez que a imputação e o indiciamento são formas de acusação em sentido amplo.⁶⁷

A respeito, Tucci⁶⁸ também salientam a interpretação pretendida pelo constituinte acerca do alcance desejado ao utilizar a palavra procedimento no dispositivo constitucional:

“(…) de modo também inquestionável, reafirmou os regramentos do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, estendendo sua incidência, expressamente, aos procedimentos administrativos (...) ora, assim sendo, se o próprio legislador nacional

⁶⁴ Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho existem dois momentos do contraditório: “A primeira manifestação do contraditório e pressuposto básico da referida participação é a informação, uma vez que sem a ciência efetiva a respeito de tudo o que se passa no processo seria inviável o exercício daquele complexo de atividades pelos interessados no provimento. Daí a grande relevância para o contraditório dos atos de comunicação processual (...). Num segundo momento, de participação ativa propriamente dita, o contraditório engloba um amplo e complexo feixe de prerrogativas, poderes e faculdades utilizadas pelas partes, que convergem para a obtenção de um resultado favorável por intermédio do processo”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 40-41).

⁶⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 80.

⁶⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis e SAAD, Marta. *Constituição da República e exercício do direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁶⁷ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processual penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 240-241.

⁶⁸ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jursdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 25. Apud Aury Lopes Jr. *Introdução crítica ao processual penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 239.

entende ser possível a utilização do vocábulo processo para designar procedimento, nele se encarta, à evidência, a noção de qualquer procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal, que é o inquérito policial.”

Nesse sentido, Tucci⁶⁹ ainda discorre que:

“(...) à evidência que se deverá conceder ao ser humano enredado numa *persecutio criminis* todas as possibilidades de efetivação de ampla defesa, de sorte que ela se concretize em sua plenitude, com a participação ativa, e marcada pela contrariedade, em todos os atos do respectivo procedimento, desde a fase dos atos do respectivo procedimento, desde a fase pré-processual da investigação criminal, até o final do processo de conhecimento, ou do de execução, seja absolutório ou condenatória a sentença proferida naquele.”

O direito de defesa ainda encontra-se fundamentado no artigo 14 do Código de Processo Penal, o qual dispõe acerca da requisição de diligência, abrangendo a defesa técnica e a autodefesa: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.”

Em que pese as diferentes interpretações, Lopes Jr.⁷⁰ parece apresentar, então, o melhor entendimento, à medida que expõe a necessária atuação do contraditório, mas de forma limitada, a fim de resguardar o sigilo assegurado no artigo 20 do Código de Processo Penal⁷¹, bem como garantir o melhor desfecho ao procedimento:

É importante destacar que quando falamos em “contraditório” na fase pré-processual estamos fazendo alusão ao seu primeiro momento, da informação. Isto porque, em sentido estrito, não pode existir contraditório pleno no inquérito porque não existe uma relação jurídico-processual, não está presente a estrutura dialética que caracteriza o processo. Não há o exercício de uma pretensão acusatória. Sem embargo, esse direito à informação – importante faceta do contraditório – adquire relevância na medida em que será através dele que será exercida a defesa.

A respeito, deve-se tratar da Súmula Vinculante 14 do Superior Tribunal Federal, concebida para resolver esta discordância interpretativa.

⁶⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 1993. Tese (Concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993. p. 205.

⁷⁰ LOPES Jr., Aury, *Direito Processual Penal*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 239.

⁷¹ O artigo 20 do Código de Processo Penal fixa que “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.”

3.1.2 A Súmula Vinculante 14 do STF e as controvérsias com o artigo 5º, LV da CF/1988

No âmbito do conflito interpretativo constitucional, o Supremo Tribunal Federal, com atribuição regulada artigo 102 da Constituição Federal, editou a Súmula Vinculante nº 14, a fim de tratar das divergências concebidas pelas diferentes interpretações ao aludido artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

O relator da proposta de Súmula Vinculante, Ministro Menezes Direito, apontou, ao aditar seu voto, as razões para a sua aprovação à época:⁷²

“(...) se trata de um direito substantivo do exercício do direito de defesa, ou seja, numa palavra, trata-se de assegurar especificamente ao advogado a defesa do seu constituinte pelos meios próprios, um direito que está inserido na cláusula fundamental do art. 5º. E, por este motivo, na reiteração dos pronunciamentos da Corte Suprema, seria razoável que se avançasse para consolidar esta posição no sentido de vincular-se a posição da Suprema Corte a esta específica manifestação de assegurar aos advogados o direito de amplo acesso aos autos de qualquer investigação.”

O resultado da discussão no Supremo Tribunal Federal foi a redação da referida súmula, assegurando a amplitude do direito de defesa, em sede de inquéritos policiais, inclusive nos sigilosos, ainda que reconhecendo que esta garantia não deve interferir no *ius puniendi* estatal, prejudicando o andamento do procedimento investigatório. Assim, o texto final da Súmula Vinculante 14 dispôs que

“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.”

Em suma, deliberou-se que o advogado terá acesso aos autos do inquérito policial, já que se trata de tutela às garantias e direitos individuais do investigado, instituídos no artigo 5º da Constituição Federal, ainda que limitado aos elementos de prova que já tenham sido documentados e introduzidos nos autos do procedimento investigatório, realizado pela polícia judiciária. Outrossim, a atividade investigatória estaria comprometida pelo acesso irrestrito, que poderia afetar a eficácia das diligências e providências ainda em curso na investigação criminal.

Lopes Jr.⁷³ relata mais detalhadamente estes aspectos sumulares:

⁷² STF. Supremo Tribunal Federal. *Proposta de Súmula Vinculante*. Brasília: 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_14__PSV_1.pdf. Acesso em 16 de junho de 2018.

(i) É direito do defensor: logo, pode ser mantido o sigilo externo (para os meios de comunicação, por exemplo).

(ii) No interesse do representado: quer dizer que, pode ser exigida procuração para comprovação da outorga de poderes e também justificar a restrição de acesso aos elementos que sejam do interesse de outros investigados não representados por aquele defensor (sublinha-se que isso pode ter relevância na restrição de acesso aos dados bancários ou fiscais de outros investigados que não são representados por aquele advogado constituído). Oportuno frisar que o interesse é jurídico e associado à plenitude do direito de defesa.

(iii) Ter acesso amplo aos elementos de prova já documentados: o acesso é irrestrito aos atos de investigação, desde que já documentados. Sendo assim, resguarda-se o necessário sigilo aos atos de investigação não realizados ou em andamento, por exemplo, no caso de escuta telefônica em andamento ou um mandato de prisão ou busca e apreensão ainda não cumpridos.

(iv) Procedimento Investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária: portanto o mandamento encaminha-se à autoridade judiciária e os atos realizados no curso do inquérito policial. Não obstante, vislumbra-se plena aplicação, também, nas eventuais investigações realizadas pelo Ministério Público ou ainda no âmbito de CPIs ou sindicâncias administrativas. Com isso reconhece-se que o acesso deve ser assegurado a qualquer procedimento investigatório, ainda que realizado por outras autoridades, mas que naquele ato equiparam-se à polícia judiciária no que se refere ao conteúdo e à finalidade dos atos praticados.

Apesar da tentativa em resolver as dissonâncias doutrinárias e jurisprudenciais, na prática, a referida Súmula não satisfaz a discussão, que seria retomada em 2016, pela Lei 13.245.

3.2. Lei 13.245/2016: a alteração no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil

A Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, mais conhecida como Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, dispõe sobre a atividade profissional do advogado. É cediço que a lei passou por alterações advindas da Lei 13.245, de 12 de janeiro de 2016, provocando mudanças substanciais em seu artigo 7º. Antes de discorrer sobre as alterações, no entanto, vale salientar as principais garantias asseguradas previamente nos incisos III, VI, alínea “b”, XIII e XIV:

“comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

⁷³ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processual penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 243-244.

ingressar livremente 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;

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;

examinar, em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.”⁷⁴

A Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal, supracitada, significou, portanto, um avanço na reflexão do tema, que já vinha ascendendo em meio as garantias elencadas nessa antiga redação do artigo 7º do Estatuto da OAB, como resume Costa:

A súmula de nº 14 do STF representou um acanhado avanço ao dar uma interpretação parcialmente garantista ao artigo 7º do Estatuto da OAB, isso, obviamente, antes do advento da Lei 13.245/2016, no sentido de que o acesso aos advogados aos autos da fase policial somente fosse autorizada para apurar provas já documentadas e também exigir que os defensores estivessem munidos de procuração do seu cliente, e, em contrapartida, outorgou poderes à autoridade policial para separar partes de suas investigações que se acham inconclusas, colocando-as em arquivos apartados com o fim de investigação.⁷⁵

Nesse sentido, as alterações ao referido artigo 7º do Estatuto da OAB, com advento da Lei 13.245/2016, apresentam-se com o objetivo de sedimentar este entendimento. A alteração se deu precisamente no último inciso destacado acima, além do acréscimo do inciso XXI e dos parágrafos 10, 11 e 12. O inciso XIV, após a promulgação da lei de 2016, passou a ter a seguinte redação:

“Art. 7º. São direitos do advogado:
(...)
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;”

Percebe-se, de antemão, um viés ampliativo em diferentes pontos do texto. Inicialmente frisa-se que há um reconhecimento quanto a outras formas de investigação, senão aquela tradicional realizada por autoridade policial. O advogado

⁷⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 237.

⁷⁵ COSTA, Carina Silva. *O Advento da Lei 13.245/16 e os direitos fundamentais do indiciado no Inquérito Policial*. Dissertação (Bacharelado em Direito). Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito: Salvador, 2017, p. 51.

não encontra-se mais adstrito a examinar apenas autos de prisão em flagrante e de inquérito policial, possibilitando o exame em qualquer tipo de investigação.

Outro apontamento diz respeito à complementação quanto aos meios disponíveis para acesso dos autos, claramente acompanhando a evolução tecnológica, completamente arraigada no nosso ordenamento jurídico atual. Nesse sentido, Costa⁷⁶ aduz que o legislador considerou a fragilidade da atuação dos advogados ao conceder-lhes a prerrogativa inafastável de examinar os autos da investigação, abrangendo outros órgãos responsáveis, como nos casos do Ministério Público e das Comissões Parlamentares de Inquérito, uma vez reconhecida a possibilidade destes em empreender investigações.

O inciso XXI introduzido pela referida lei, por seu turno, dispõe que na assistência prestada a seus clientes investigados, o defensor pode apresentar razões e quesitos no curso da apuração criminal extrajudicial:

“Art. 7º. São direitos do advogado:

(...)

XXI – 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, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) Apresentar razões e quesitos.”

Neste inciso, percebe-se uma reafirmação da possibilidade quanto à requisição de diligências, garantida à defesa e assentada no artigo 14 do Código de Processo Penal⁷⁷. A respeito, Moraes⁷⁸ entende ser uma inovação favorável, indicando a manifesta compatibilidade com a paridade de armas na fase pré-processual, bem como, reforçando o “lado militante” da defesa, “consubstanciado em um conhecimento ativo, (...), naquilo que é levado ao conhecimento por parte do imputado aos autos da investigação criminal”.

⁷⁶ COSTA, Carina Silva. *O Advento da Lei 13.245/16 e os direitos fundamentais do indiciado no Inquérito Policial*. Dissertação (Bacharelado em Direito). Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito: Salvador, 2017, p. 53.

⁷⁷ Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

⁷⁸ MORAES, Rafael Francisco Marcons. *A Defesa no Inquérito Policial*. Revista de Direito de Polícia Judiciária: Brasília, ano 1, v. II, 2017, p. 83. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RDPJ/article/view/508/299>. Acesso em: 17 de junho de 2018.

Salienta-se, no entanto, que, em que pese o poder e dever concedido à defesa para atuar de forma mais incisiva, apresentando razões e quesitos à autoridade responsável pela investigação; requerendo diligências, inclusive de cunho pericial, nos termos do artigo 176 do Código de Processo Penal⁷⁹; reunindo documentos e pareceres técnicos, a admissão de tais providências e provas depende da apreciação de quem preside a persecução penal. Nesse sentido, Moraes⁸⁰ afirma que as provas, bem como as diligências investigatórias citadas

“serão submetidas à avaliação do Delegado de Polícia, que deve indeferir somente quando fundamentadamente as considerar ilegais, ou, de maneira excepcional e concreta, irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, aplicando por analogia a disciplina da instrução judicial (CPP, art. 400, §1º).”
81

⁷⁹ Art. 176. A autoridade e as partes poderão formular quesitos até o ato da diligência.

⁸⁰ MORAES, Rafael Francisco Marcondes. *A Defesa no Inquérito Policial*. Revista de Direito de Polícia Judiciária: Brasília, ano 1, v. II, 2017, p. 83. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RDPJ/article/view/508/299>. Acesso em: 17 de junho de 2018.

⁸¹ Aury Lopes Jr. argumenta acerca do intuito ampliativo da norma: “Nota-se que a participação do advogado no inquérito policial continua não sendo obrigatória, mas o procurador do investigado tem o direito de participar da inquirição do cliente. Trata-se mais de prerrogativa do advogado constituído do que um direito do suspeito, cujo exercício da ampla defesa, conquanto seja mitigado na fase pré-processual, será pleno apenas na etapa processual. Afinal, o artigo 6º, V do CPP admite o emprego das regras do interrogatório judicial à fase policial apenas no que for aplicável, em respeito justamente à natureza inquisitiva do inquérito policial.

O causídico atuará imperativamente a partir da produção da “prova” oral relativa a seu cliente, ou seja, desde sua oitiva como indiciado (“interrogatório”) ou como mera testemunha (“depoimento”). É dizer, o advogado tem direito a assistir o seu cliente no curso do procedimento apuratório, mas não necessariamente desde o seu início formal. Até porque na maioria das investigações inexistente *a priori* um rol de investigados. À medida que as várias linhas investigativas vão submergindo e imergindo no arenoso terreno da apuração é que os envolvidos passam a se inserir verdadeiramente no contexto apuratório policial, quando são intimados a prestar seus esclarecimentos no bojo do procedimento apuratório, sejam como vítimas, testemunhas ou suspeitos. É nesse ponto que passa a ser necessário que a legislação dê garantias ao advogado para que ele possa acompanhar o seu cliente na oitiva (independentemente de já o ser considerado suspeito), sob pena de ele acabar produzindo, inadvertidamente, elementos em seu desfavor.

(...)

Ora, sempre foi uma luta dos advogados ter voz ativa no contexto de apurações inquisitoriais, principalmente quando da realização de oitivas. Frequentemente, os advogados queriam expor razões ao presidente das investigações, bem como fazer questionamentos circunstanciados a seus clientes, e acabavam sendo silenciados, sob o argumento de que não deveriam interferir no curso da oitiva. Certamente, esse parece ser um dos motes de tal dispositivo, o qual permite ao defensor apresentar razões e quesitos nesse contexto, ou seja, garante ao causídico, além de poder assistir o seu cliente quando de sua oitiva, também justificar fatos e formular perguntas que auxiliem na apuração dos fatos. Evidentemente, a participação do defensor no interrogatório policial não deve se convolar em protagonismo na direção da colheita de elementos. A condução do ato deve ser feita pela autoridade policial, que ao final pode admitir perguntas pertinentes e relevantes (artigo 188 do CPP).

LOPES JR., Aury. *Advogado é importante do inquérito policial, mas não obrigatório*. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio>. Acesso em: 17 de junho de 2018.

Temerosa à interpretação extensiva, a ex-presidente da República, Dilma Rousseff, vetou a alínea “b”⁸², nos seguintes termos:

“Da forma como redigido, o dispositivo poderia levar à interpretação equivocada de que a requisição a que faz referência seria mandatória, resultando em embaraços no âmbito de investigações e consequentes prejuízos à administração da justiça. Interpretação semelhante já foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade de dispositivos da própria Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 1127/DF). Além disso, resta, de qualquer forma, assegurado direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, nos termos da alínea ‘a’, do inciso XXXIV, do art. 5º, da Constituição.”⁸³

Diante deste entendimento, se extrai que a autoridade avalia os pedidos de diligência, bem como, a juntada de provas aos autos, respaldada a fundamentação para sua recusa. Observa-se no curso do procedimento investigatório que “a presença do advogado pode atrapalhar a finalidade dele, (...) seria o caso por exemplo de uma interceptação telefônica no curso de uma investigação”, já que a informação ensejaria em manifesto prejuízo à investigação. Essa ressalva ao acesso da defesa “existe com o intento de a finalidade do procedimento investigativo não seja desnaturado”.⁸⁴

Não respeitado tal requisito – a fundamentação da autoridade em caso de recusa – a defesa poderá demandar contra a arbitrariedade policial, intentando a admissão dos seus pedidos diretamente ao Poder Judiciário⁸⁵ ou ao Ministério Público.

⁸² A alínea “b”, do artigo 7º, XXI, tinha a seguinte redação: XXI - 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, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos; “b) requisitar diligências.”

⁸³ BRASIL. *Mensagem nº 21*, de 13 de janeiro de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Msg/VEP-10.htm. Acesso em: 15 de junho de 2018

⁸⁴ COSTA, Carina Silva. *O Advento da Lei 13.245/16 e os direitos fundamentais do indiciado no Inquérito Policial*. Dissertação (Bacharelado em Direito). Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito: Salvador, 2017, p. 58.

⁸⁵ Lopes Jr. assevera que “Por se tratar de decisão que nega eficácia à Sumula Vinculante, o remédio processual adequado é a Reclamação, feita diretamente ao STF, nos termos dos arts. 102, I, “1”, e 103-A, § 3º, da Constituição. Mas nada impede que o defensor interponha, primeiramente, *Mandado de Segurança* junto ao juízo de primeiro grau (quando a negativa de acesso for da autoridade policial) ou ao respectivo tribunal (quando o ato coator emana de juiz). Ainda que historicamente o STF e o STJ tenham (felizmente) admitido o *habeas corpus* para uma tutela dessa natureza, entendemos que o desrespeito às prerrogativas profissionais do advogado deve ser remediado através de mandado de segurança, instrumento mais adequado para tutelar tal pretensão. Sem embargo, sublinhamos que a

Foram acrescentados, ainda, os parágrafos 10, 11 e 12 ao mesmo artigo, assim dispostos:

§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV.

§ 11. No caso previsto no inciso 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.

§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.

As três adições referem-se ao inciso XIV do artigo 7º, do Estatuto da OAB, porém, enquanto os dois primeiros se concentram em assegurar o sigilo, inerente em determinadas diligências da investigação criminal, o parágrafo 12 institui consequências, caso não sejam observadas as normativas inseridas nos textos dos parágrafos 10 e 11.

Os parágrafos décimo e décimo primeiro, não implementaram grandes inovações; apenas regulamentaram o teor da Súmula Vinculante nº 14 do STF, preservando o sigilo das investigações em andamento, com o objetivo de obter um resultado satisfatório no curso da investigação criminal. Há possibilidade de acesso aos elementos de prova já documentados ao advogado, outorgado com procuração especial para aquilo que guardar sigilo.

Por fim, o parágrafo décimo segundo inclui a responsabilização funcional e criminal para quem inobservar as regras previstas nos parágrafos anteriores, além de implementar a nulidade do ato, e do que dele decorrer. Nesse sentido, incorrerá criminalmente, por abuso de autoridade, a autoridade policial que obstar ao advogado, o acesso aos autos, por meio da retirada de peças juntadas ao processo previamente, ou, ainda, fornecer-lhe os autos de maneira incompleta. Quanto a nulidade absoluta, esta repisa-se em relação à negativa de participação no

cada dia vem tomando força a aceitação do HC diante da flagrante ilegalidade e cerceamento de defesa. Ademais, perfeitamente invocável a fungibilidade entre as ações constitucionais para que seja conhecida no lugar da outra. O que imorta nesse momento é a eficácia da tutela jurisdicional.”
LOPES Jr., Aury, *Direito Processual Penal*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 238-239.

interrogatório ou depoimento de testemunhas, que abrange, conseqüentemente, todos as provas derivadas destes atos.⁸⁶

Depreende-se do exposto, que as modificações e os incrementos da Lei 12.345 de 2016, determinaram um avanço, ainda que, no âmbito regulatório de direitos já instituídos, sem abandonar o caráter inquisitivo, zelando pelo êxito do procedimento. Infere-se que a referida lei não impõe inovações ao ponto de estabelecer o pleno contraditório, ou solucionar os problemas da fase pré-processual, ainda que signifique uma pequena ampliação da esfera defensiva na investigação preliminar.⁸⁷

O que ainda se vê, na prática, é um inquérito policial designado a tutelar seus interesses mais relevantes, principalmente seus direitos fundamentais, em detrimento da limitada participação do investigado.

⁸⁶ COSTA, Carina Silva. *O Advento da Lei 13.245/16 e os direitos fundamentais do indiciado no Inquérito Policial*. Dissertação (Bacharelado em Direito). Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito: Salvador, 2017, p. 55.

⁸⁷ LOPES JR., Aury. *Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter "inquisitório" da investigação*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>. Acesso em 16 de junho de 2018.

4. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

A investigação criminal defensiva caracteriza-se pela legitimação do investigado em procedimento pré-processual para que nele “produza fontes de provas em seu escritório, como normalmente faz o Ministério Público, quando requer esclarecimentos, ou tem alguma dúvida sobre o fato, em tese, delituoso”.⁸⁸

Ela pode ser entendida, então, como a ação efetiva da defesa em produzir provas, mas de maneira autônoma à Polícia Judiciária ou Ministério Público, na fase de investigação preliminar. Nesse sentido, a investigação criminal defensiva pode ser definida como um conjunto de diligências e métodos investigatórios, desenvolvido com a devida produção e identificação probatória, que pode, ou não, ser coordenada documentalmente em um único instrumento, lógica ou cronologicamente, a fim de preservar os interesses dos cidadãos, – incluindo pessoas jurídicas – estejam eles na posição de acusado ou vítima.⁸⁹

Tal modelo investigatório, já difundido nos Estados Unidos e na Itália, tem ganhado espaço nas discussões doutrinárias nacionais e estrangeiras. No Brasil, tal debate se fortaleceu com a criação do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009.

O reconhecimento desse tipo de investigação parece uma salutar inovação nos sistema brasileiro, uma vez que poderia trazer a equidade entre direitos e poderes defensivos e acusatórios, de modo a compensar a investigação reconhecida e desempenhada pelo órgão ministerial, como se verá mais detalhadamente a seguir.

4.1 Fundamentos para a investigação criminal defensiva

Inicialmente, importa repisar que a adoção da investigação criminal defensiva significaria uma tentativa mais concreta de alcançar a paridade de armas no ordenamento pátrio, já que “se trata de modelo mais igualitário, frente aos

⁸⁸ SILVA, Gilvan Naibert e. *A Fase da Investigação na Perspectiva do Projeto do Novo Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p. 115-116.

⁸⁹ BULHÕES, Gabriel. *Investigação defensiva e a busca da paridade de armas*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/gabriel-bulhoes-investigacao-defensiva-paridade-armas>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

poderes investigatórios que foram concedidos ao Ministério Público que, na prática, conduz sua investigação com a finalidade de embasar sua futura acusação”.⁹⁰

Nesse sentido, expõe Machado⁹¹:

Na investigação defensiva, que se desenvolve totalmente independente da investigação pública, cabe ao defensor traçar a estratégia investigatória, sem qualquer tipo de subordinação às autoridades públicas, devendo apenas respeitar os critérios constitucionais e legais de obtenção de prova, para evitar questionamentos acerca da sua licitude e do seu valor. De maneira simplificada: enquanto na investigação pública o defensor é mero coadjuvante, na investigação defensiva ele assume o papel de protagonista.

Em suma, o que se pretende é ampliar o alcance defensivo, ao passo que ao investigado possibilita-se a busca direta pela fonte probatória, ao invés de permitir o acesso ao conjunto probatório fornecido por outra autoridade responsável. Como explicitado por Machado⁹² “o direito de defesa, que se desdobra nos direitos à prova e à investigação, preceitua a possibilidade de reagir aos atos da parte contrária com os meios de prova admitidos em Direito”. No entanto, como afirma Tucci⁹³, o direito à prova manifesta-se:

“(…) na concessão aos sujeitos parciais (no processo penal, da *persecutio criminis*), de idênticas possibilidades de oferecer e materializar, nos autos, todos os elementos de convicção demonstrativos da veracidade dos fatos alegados, bem como de participar de todos os atos probatórios e manifestar-se sobre os seus respectivos conteúdos”.

Segundo Malan⁹⁴, a investigação criminal se coaduna tanto no direito à prova defensiva quanto à paridade de armas, uma vez que, podendo a defesa reunir elementos que julgue necessários à defesa do interessado, conseqüentemente estará exercendo os mesmos direitos que a acusação.

Essa independência em relação ao *parquet* ou qualquer autoridade policial, a propósito, é o que difere tal modelo investigativo da participação da defesa técnica

⁹⁰ JULIANI, Majorrye Santos. *Investigação Criminal Defensiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Dissertação (Bacharelado em Direito). UTP. Curitiba, 2017, p. 43.

⁹¹ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 32.

⁹² MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 95.

⁹³ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 1993. Tese (Concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993. p. 227.

⁹⁴ MALAN, Diogo. *Investigação defensiva no processo penal*. RBCCrim, ano 20, vol. 96, 2012, p. 304.

instituída no atual ordenamento. Nesse sentido, Zanardi⁹⁵ explica que a investigação criminal defensiva conta:

“com a atuação da Defesa, mas não de uma defesa omissa, e sim efetiva, além de assegurar o direito do acusado a um processo justo, também promoverá maior qualidade na atuação da polícia judiciária, que muitas vezes afasta o modelo garantista do processo penal nessa fase preliminar”.

Na Constituição de 1988, o direito pátrio elegeu o sistema acusatório como basilar de toda a persecução penal em reverência aos direitos e garantias fundamentais, estabelecidos na Magna Carta, e já elencados aqui. Devido a este viés garantista, ratificado pela anuência à tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, não dever-se-ia vislumbrar qualquer estranheza à possível adoção de instrumento investigatório defensivo.

Aliás, o princípio da isonomia, instituído no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, descreve que as partes devem ter paridade de armas⁹⁶, mantendo idênticos direitos, obrigações e efeitos em todas as esferas e fases procedimentais. Assim, se, de um lado, existe a investigação pública, cujo objetivo precípua é reunir material probatório para amparar a *opinio delicti* do Ministério Público ou da acusação privada, de outro, deve-se permitir que o imputado, por meio de seu defensor, efetue atividade investigatória para suportar as suas teses de defesa.⁹⁷

Como bem explicita Costa⁹⁸, sendo a Polícia Judiciária ou o Ministério Público, os encarregados pelo procedimento investigatório, estes podem valer-se da possibilidade representar ou requerer a aplicação de medidas cautelares, tais como: interceptação telefônica, busca e apreensão e, a mais drástica, prisão processual.

⁹⁵ ZANARDI, Tatiane Imai. *Investigação Criminal Defensiva: uma prática a ser difundida*. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 8, nº 14, 2016. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/71/67>. Acesso em: 19 de junho de 2018.

⁹⁶ Conforme Luigi Ferrajoli, “para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo o estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 490.

⁹⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 148.

⁹⁸ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins. *Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 98-101.

A defesa, porém, além da clara supressão de direitos na investigação atual, vê, ainda, sua atuação de forma díspar àquela realizada com a assistência advinda do Estado. A respeito Juliani⁹⁹ cita que:

“(...) a exemplo do art. 396 do CPP quando prevê a possibilidade de efetiva defesa do acusado antes do recebimento da denúncia, ou seja, antes da ação penal propriamente dita. Embora a defesa possa levar a juízo elementos que evitem o recebimento da inicial acusatória, estas seriam desprovidas de sustentabilidade, inferior aos elementos trazidos pelo acusação munida de elementos coletados sob o auxílio de todo um aparato estatal, impossibilitando que a defesa “concorra” ao convencimento do magistrado de maneira igualitária.”

Ademais, a condução da investigação preliminar pelo Ministério Público é questionada na doutrina brasileira, sob o argumento que o órgão ministerial agiria com o intuito de reunir provas para uma possível acusação, desprendendo-se da incumbência de resguardar qualquer indício favorável à defesa. Ao investigado, por seu turno, é atribuído papel ínfimo de espectador com alguns atos participativos, restando afetado seus fundamentos absolutórios, caso extraviados os elementos aptos a comprovação de sua inocência no processo penal.

Nesse sentido, não há falar em melhor solução do que aquela de oferecer, desde o princípio, todas as armas necessárias à demonstração de qualquer tese defensiva elencada. Ora, se ao órgão ministerial é concedida a prerrogativa de responsável pela investigação, por que ao investigado também não pode ser atribuída tal função investigativa?

Outrossim, em que pese a presunção de imparcialidade como característica inerente à investigação realizada por uma autoridade policial como responsável, “não se pode olvidar que, na prática, a investigação pela polícia se limita a apontar um possível réu”.¹⁰⁰ Acerca dos recursos disponíveis à Polícia Judiciária, Andrade¹⁰¹ aponta que:

Por natureza, o Estado, na sua incumbência de investigar e desvendar o crime e suas circunstâncias, possui larga vantagem sobre o investigado, vantagem essa que se inicia pelo próprio número de agentes, meios de investigação, peritos e estrutura postos a serviço unicamente deste fim. Assim, suponhamos que o crime foi cometido por um só homem.

⁹⁹ JULIANI, Majorrye Santos. *Investigação Criminal Defensiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Dissertação (Dissertação em Direito). UTP. Curitiba, 2017, p. 43.

¹⁰⁰ JULIANI, Majorrye Santos. *Investigação Criminal Defensiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Dissertação (Dissertação em Direito). UTP. Curitiba, 2017, p. 44.

¹⁰¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua Investigação Criminal*. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2008. p. 121.

Teoricamente, poderia o Estado colocar toda a polícia judiciária na incumbência de identificar tal crime e prender seu autor. Também teria o estado ao seu dispor todos os recursos técnicos existentes, tais como o exame de DNA, perícias grafotécnica, contábil e eletrônica, fotografias por satélites, interceptações telefônicas, entre tantos outros.¹⁰²

Destarte, decorre a necessidade de implementação desse instrumento aliado à defesa, “como forma de assegurar a efetiva isonomia entre as partes na persecução penal e o direito de defesa do imputado”. Nesse sentido, infere-se que “a investigação defensiva deve ser admitida tanto nos ordenamentos que adotam a investigação ministerial quanto a policial”.¹⁰³

Há, no entanto, entendimento dissidente, quanto à viabilidade da adoção da investigação criminal defensiva, na doutrina brasileira. O argumento desfavorável repousa-se, principalmente, na patente desigualdade social, que poderia acarretar em prejuízo aos investigados menos abastados.

Lopes Jr.¹⁰⁴ opina:

Seria impossível na prática, principalmente no Brasil, devido à precária situação econômica dos imputados, que não teriam condições de sustentar defensor particular. Por conta disso, haveria uma maior desigualdade entre os imputados, já que apenas uma minoria seria capaz de efetuar atividade investigatória.

Machado¹⁰⁵, entretanto, combate tal argumento, sustentando que, por ser dever estatal subsidiar em caso de hipossuficiência econômica, “o Estado deve

¹⁰² No mesmo sentido, Marcos Alexandre Coelho Zilli afirma que “(...) a concessão de poderes investigatórios ao Ministério Público no caso brasileiro é aspecto setorial que não pode ser desvinculado de um sistema que lhe empresta coerência. Em outras palavras, o reforço dos poderes de uma das partes da relação processual não pode ser arquitetado sem um correspondente reforço em favor da parte contrária. E, nessa dinâmica, não se pode olvidar figurar o acusado, invariavelmente, em uma posição inferiorizada e que será tão mais acentuada quanto mais graves forem os desníveis sociais do país. Logo, mudanças constitucionais e processuais dirigidas à implementação de poderes investigatórios ao Ministério Público deverão vir acompanhadas, necessariamente, de uma permissão, em igual medida, para o investigado”. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. “Os bons ventos de Haia” in Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.o 190, setembro/2008, p. 14. Apud MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 31.

¹⁰³ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 46.

¹⁰⁴ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 96.

¹⁰⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 32.

fornecer defensor público para conduzir a investigação”, não encontrando, portanto, o imputado, óbice à aplicação deste modelo defensivo.¹⁰⁶

Ainda que se possa encontrar dificuldades, o que pode se concluir é que o atual modelo investigativo brasileiro deve ser reconsiderado, a medida que não se percebe apto a suprir os direitos e garantias propostos pelo próprio ordenamento pátrio. A investigação criminal defensiva, embora abordada de forma evasiva no Projeto de Lei nº 156/2009, como veremos a seguir, parece verter o melhor caminho para a concretização da paridade de armas entre defesa e acusação em todas as fases da persecução penal, respeitando a isonomia almejada, e guardando coerência com a Constituição Federal:

O inquérito policial, por prestigiar o viés acusatório da investigação, não atende, a contento, a necessidade da defesa de obter informes favoráveis ao imputado, sendo mister o desenvolvimento de investigação particular. Para tanto, deve-se instituir procedimento detalhado, que estipule os principais aspectos formais e substanciais da atividade investigatória do defensor, em conformidade com as diretrizes e os pressupostos de eficiência e do garantismo. Manter o imputado refém de uma investigação pública, na qual ele pouco pode intervir, desrespeita os fundamentos de um processo penal acusatório e não se coaduna com um Estado Democrático de Direito.¹⁰⁷

Zanardi¹⁰⁸ elenca, resumidamente, os benefícios da investigação criminal defensiva. São eles:

a) aprimoramento da investigação policial como contraponto eficaz às provas produzidas pelo defensor, obrigando a Polícia Judiciária e o MP a

¹⁰⁶ Acerca desta solução, importante destacar o entendimento crítico de Giacomolli: “O projeto 156, em seu artigo 13 (redação dada pela Comissão Temporária de Estudo da Reforma de Processo Penal no Senado – parecer nº 1.636, de 2010), também faculta a investigação autônoma do suspeito, por meio de seu advogado, defensor público ou mandatário, com poderes expressos. Assim, poderá tomar a iniciativa de identificar fontes de prova, podendo, inclusive, entrevistar pessoas. O material colhido poderá integrar os autos do inquérito policial, mas a critério da autoridade policial (§ 5º). Porém, a falta de implementação integral das Defensorias Públicas e a impossibilidade da grande massa de suspeitos e investigados constituírem advogados ou mandatários para investigar de forma autônoma, continuará privilegiando os sujeitos com condições de contratar os escritórios com estrutura técnica e profissional capacitada à investigação criminal. Ademais, possibilitar-se-á a criação de agências e escritórios de investigação, paralelos à investigação oficial, mesclando espionagem, contrainteligência e corrupção, com perigosos desvios das finalidades da *persecutio criminis* preliminar. Igualmente, a previsão legal abre um perigoso caminho à privatização da investigação e à atuação de investigadores privados na fase preliminar do processo penal.” GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 48-49.

¹⁰⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 184.

¹⁰⁸ ZANARDI, Tatiane Imai. *Investigação Criminal Defensiva: uma prática a ser difundida*. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 8, nº 14, 2016. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/71/67>. Acesso em: 19 de junho de 2018.

buscarem contínuo aperfeiçoamento técnico-científico; b) criação (ou hipertrofia) de uma categoria profissional: os investigadores privados; c) estímulo ao culto das ciências afins ao Direito Penal, como Criminalística, Criminologia, Medicina Legal, com a conseqüente necessidade de adequação do ensino técnico e superior; d) redimensionamento da estatura jurídica do advogado (dentro e fora do processo), transmudando-o da condição de mero espectador inerte e inerte para a posição de ativo protagonista na formação da prova criminal; e) obrigação da motivação judicial na admissão da acusação, criando-se verdadeiro juízo de prelibação que arredaria a instauração da instância judicial quando insuficientes os elementos indiciários e de prova e f) maior proximidade do processo penal com a verdade “real” atingível pelo fortalecimento da prova criminal, com a conseqüente serenidade maior do Magistrado ao proferir seu *decisium* com ouvidos às razões produzidas por acusação e defesa em perfeita *égalité des armes*.

Como conclui Machado¹⁰⁹ “se um ordenamento jurídico prevê procedimento investigatório público, de cunho nitidamente acusatório, é imprescindível que admita também a investigação autônoma do crime pela defesa”. Nesse contexto, passemos à análise da tentativa de implementação desse recurso no direito brasileiro.

4.2 O Projeto de novo Código de Processo Penal

O Projeto de Lei nº 156 de 2009, de autoria do Senador José Sarney, visa a reforma do Processo Penal brasileiro, instituindo um novo código. O projeto, aprovado no Senado, tramita na Câmara como Projeto de Lei 8.045, de 2010, com objetivo de reexaminar o texto, nos termos do artigo 65 da Constituição Federal¹¹⁰. Nesse sentido, instituiu-se um comitê especial para análise da reforma, bem como, para indicar eventuais emendas à lei.

No que diz respeito à investigação criminal defensiva, esta apresentou-se como inovação singular no ordenamento jurídico brasileiro, tendo a seguinte redação final:

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

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

¹⁰⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 95.

¹¹⁰ *In verbis*: Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

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

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

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

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

§ 6º As pessoas mencionadas no *caput* deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.¹¹¹

Verifica-se que, apesar do viés evolutivo do projeto de lei, o texto se mostra, muitas vezes, evasivo em relação a própria regulamentação do modelo defensivo. Expõe Andrade¹¹², algumas críticas:

Em seu artigo 13, o projeto cria a *investigação da defesa*, a exemplo do que já existe no direito italiano. Ao assim prever, o Senado Federal dá um importante passo ao reconhecer que a investigação criminal não só não é uma atividade exclusiva da polícia judiciária, mas que também poderá ser realizada por quem futuramente figure como parte no processo penal de natureza condenatória.

Contudo, tal proposição carece de melhor regulamentação por parte do projeto, já que qualquer pessoa, desde que se considere *investigada*, poderá instaurar tal investigação defensiva, mesmo que juridicamente não ostente essa condição. Logo, necessária seria a criação de um controle judicial prévio para sua instauração, de modo que o magistrado juridicamente considere o postulante à instauração dessa investigação como *investigado*, segundo os parâmetros constantes no artigo 9º do projeto.

De igual modo, ao contrário das investigações criminais conduzidas por autoridades públicas, não há a indicação de limite temporal para a realização da aludida investigação defensiva, somente havendo a indicação de que o material produzido “poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial” (artigo 13, § 5º).

Por fim, não há a delimitação do objeto dessa *investigação defensiva*, ou seja, se ela se presta a investigar a própria infração penal que já vem sendo apurada por um órgão estatal (leia-se, polícia judiciária, Ministério Público ou Comissões Parlamentares de Inquérito), ou, ao contrário, qualquer outro fato que o investigado considere relevante para o exercício do que entenda estar inserido em seu direito de defesa. Neste último caso, corre-se o risco de a *investigação defensiva* ser utilizada com o único propósito de atingir a honra da autoridade pública que conduza a investigação criminal estatal – como se verdadeira *devassa* fosse sobre sua vida privada –, podendo ser utilizada, até mesmo, como substrato para requerimento de interceptação telefônica pela defesa, conforme autoriza o artigo 249 do presente projeto.

¹¹¹ BRASIL. Congresso Nacional. *Parecer nº 1.636, de 2010*. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal, 2010. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4575260&disposition=inline>. Acesso em 19 de junho de 2018.

¹¹² ANDRADE, Mauro Fonseca. *Parecer 01/2011*. AMPRGS, 2011. Disponível em: http://www.amprs.org.br/docs/amprs-parecer-novo_cpp.pdf, Acesso em 20 de junho de 2018.

No *caput* do artigo, considera-se como aptos a ingressar na investigação “advogado, defensor público ou outros mandatários com poderes expressos”. Essa composição poderá dar margem a uma interpretação ampliada, como salienta Silva:¹¹³

Como primeira característica, vemos que não é só o advogado ou defensor público que pode realizar a investigação defensiva, mas também outros mandatários com poderes expressos. Note-se que o PLS não refere se este outro mandatário terá que ser bacharel em direito, ou possuir outro curso superior, sendo que, de início, o projeto pode apresentar discussões, quando a investigação criminal defensiva, não for realizada por advogado ou defensor público.

Outro ponto a ser destacado é a manutenção da diferença entre o representante da defesa e outros órgãos de investigação, quanto aos poderes para requisitar documentos ou penalizar testemunhas, em caso de não comparecimento injustificado. Aliás, a defesa limita-se a entrevistar testemunhas, se presente um consentimento formal, salvo a vítima, que também dependerá de autorização do juiz das garantias para ser ouvida. Nesse sentido:

“(...) a investigação defensiva, por ser, espécie de investigação privada, não goza de imperatividade. Ou seja, o defensor não tem poderes coercitivos no exercício de suas atividades investigatórias e, por isso, depende do consentimento do titular do direito para obter determinada informação. Caso encontre algum obstáculo para apuração dos fatos, deve recorrer a autoridade judiciária, a qual poderá analisar se determinada circunstância quebra ou não o princípio da paridade de armas.”¹¹⁴

Quanto ao § 5º, este também parece incerto, uma vez que a juntada das provas colhidas aos autos do inquérito policial fica a cargo da autoridade policial, sem se estabelecer, no entanto, parâmetros para sua aceitação ou não.

Nesse ponto, aponta Zanardi¹¹⁵, citando outros autores:

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

¹¹³ SILVA, Gilvan Naibert e. A Fase da Investigação na Perspectiva do Projeto do Novo Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p. 120.

¹¹⁴ SILVA, Gilvan Naibert e. A Fase da Investigação na Perspectiva do Projeto do Novo Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p. 122.

¹¹⁵ ZANARDI, Tatiane Imai. *Investigação Criminal Defensiva: uma prática a ser difundida*. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 8, nº 14, 2016. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/71/67>. Acesso em: 19 de junho de 2018.

O que se percebe, portanto, é a necessidade de melhor regulamentação do modelo defensivo, para alcançar, de fato, a substancialidade da investigação criminal defensiva. A propósito, Silva apresenta os requisitos essenciais da investigação criminal defensiva, listados por Machado:¹¹⁶

(a) prática de atos de investigação, e não de prova; (b) pelo defensor do imputado, com ou sem o apoio de auxiliares técnicos; (c) em qualquer momento da persecução penal; (d) fora dos autos da investigação pública e como contraponto a esta; (e) com o objetivo de reunir elementos de convicção lícitos e relevantes para a defesa do imputado.

Esse modelo já foi empreendido nos direitos italiano e norte-americano. Vejamos, então, a experiência estrangeira com a investigação criminal defensiva.

4.3 Investigação criminal defensiva no direito estrangeiro

4.3.1 Itália

A introdução da investigação criminal defensiva na Itália ocorreu por meio de “uma reforma no processo penal com a finalidade de suprimir resquícios do autoritarismo do Código Rocco, garantir a efetividade dos princípios constitucionais, etc.”¹¹⁷ Havia uma busca por afastar o modelo inquisitivo, com a adoção do sistema acusatório já na fase investigatória. Essas alterações legislativas ensejaram finalmente a Lei nº 397, de 7 de dezembro de 2000, responsável por ampliar o rol defensivo.

As atribuições concedidas ao advogado, a fim de empreender inúmeras ações tendentes à produção de evidências probatórias favoráveis ao seu assistido, são assim elencadas:¹¹⁸

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

¹¹⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 48.

¹¹⁷ MOREIRA, Matheus Carvalho. *A investigação criminal defensiva como pressuposto da paridade de armas na dinâmica do processo*. Dissertação (Bacharelado em Direito). Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora, 2014, p. 27.

¹¹⁸ ZANARDI, Tatiane Imai. *Investigação Criminal Defensiva: uma prática a ser difundida*. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 8, nº 14, 2016. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/71/67>. Acesso em: 19 de junho de 2018.

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

As investigações preliminares, ou *indagini preliminari*¹¹⁹, à semelhança do direito brasileiro, são de atribuição do Ministério Público ou da Polícia Judiciária, com objetivo de reunir elementos aptos a fundamentar uma possível ação penal, bem como para respaldar medidas cautelares.

Nessa fase, um juiz específico atua com finalidade dupla: em função do requerimento das partes, assegurando os direitos e garantias do investigado, e fiscalizando a atividade do órgão ministerial, ao passo que delibera sobre pedidos efetuados pelos envolvidos no procedimento investigatório. Machado, chama a atenção para atuação da defesa do investigado:¹²⁰

O defensor da pessoa investigada possui direito de apresentar manifestações escritas endereçadas ao Ministério Público e de participar de certos atos das *indagini preliminari* (artigos 365 a 367 do Código de Processo Penal). Dentre estes, existem aqueles que não precisam ser comunicados previamente ao defensor (é o caso do seqüestro) e aqueles cuja execução válida depende de prévia comunicação ao defensor (atos que podem vir a ser utilizados na fase judicial, como os exames técnicos irrepetíveis, o interrogatório, a inspeção etc.).

¹¹⁹ Art. 327 - Direzione delle indagini preliminari.

1. Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria che, anche dopo la comunicazione della notizia di reato, continua a svolgere attività di propria iniziativa secondo le modalità indicate nei successivi articoli.

Art. 327-bis. - Attività investigativa del difensore.

1. Fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI-bis del presente libro.

2. La facoltà indicata al comma 1 può essere attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione.

3. Le attività previste dal comma 1 possono essere svolte, su incarico del difensore, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, da consulenti tecnici.

¹²⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 108.

Acerca do contraditório, versa Machado¹²¹ que, nesta fase, não se aplica, porque:

“os elementos reunidos não servirão de prova em futuro processo, servindo somente como fundamento a futura ação penal. No entanto, alguns atos, irrepetíveis, poderão ser utilizados como provas no processo, devendo, no entanto, contar com a participação da defesa do investigado.”

Na investigação defensiva, ou *indagini difensive*, a defesa aufer o poder de realizar sua própria investigação, nos termos do artigo 391¹²², desenvolvendo sua linha investigatória. Segundo Moreira¹²³, “foi possibilitada a investigação pela defesa, como alternativa à investigação pelo Ministério Público, forma de se potencializar o sistema acusatório”.

A implementação da investigação defensiva, para alguns, no entanto, não teve resultado satisfatório em relação à garantia de paridade de armas entre as partes, pois

“a defesa, no curso da *indagini preliminare*, encontra-se em posição de nítida inferioridade em relação à acusação, não só pela dificuldade, de ordem essencialmente prática para desenvolver uma autônoma atividade investigatória, voltada à descoberta de fontes de provas a favor do investigado, mas sobretudo pela relevância que tem no *dibattimento* muitos dos atos atribuídos ao Ministério Público”.¹²⁴

Outro argumento trazido, diz respeito aos custos elevados para a contratação, por exemplo da defesa técnica, em adição às provas periciais, que acarretaria em um elemento limitador natural para aqueles mais desprovidos financeiramente.

4.3.2 Estados Unidos

O sistema jurídico americano rege-se pelo *common law*, o qual não contém normas positivadas, se pautando em um conjunto de normas e princípios

¹²¹ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 109.

¹²² ITÁLIA. Código de Processo Penal. 1930. Disponível em: <http://www.altalex.com/documents/news/2013/12/19/investigazioni-difensive>. Acesso em 20 de junho 2018.

¹²³ MOREIRA, Matheus Carvalho. *A investigação criminal defensiva como pressuposto da paridade de armas na dinâmica do processo*. Dissertação (Bacharelado em Direito). Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora, 2014, p. 27.

¹²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 145. Apud André Augusto Mendes Machado. *Investigação criminal defensiva*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 113.

decorrentes de usos e costumes, e da jurisprudência. A instrução do processo é prerrogativa das partes, com atribuição para gerir a produção de provas, sendo elas técnicas, periciais ou testemunhais, nos termos do *adversarial system*.¹²⁵

A persecução penal nos Estados Unidos da América, pode ser organizada em três grandes fases. Sendo elas: a investigatória, ou *investigatory stage*; adjudicatória, *adjudicatory stage*; e a fase judicial propriamente dita, *judicial stage*.¹²⁶

Quanto à divisão das fases, marcada pela existência de um suspeito, Machado¹²⁷ afirma:

A investigação não possui rito formal previamente estabelecido, desenvolvendo-se a partir das especificidades de cada caso. Divide-se em duas fases: na primeira, reúnem-se os dados necessários à determinação dos fatos e identificação de um suspeito; na segunda, após a individualização do suspeito, assume a forma de persecução penal propriamente dita.

Machado dispõe, ainda, que “a defesa possui poderes investigatórios, podendo colher os meios de prova necessários para fundamentar suas alegações, devendo observar os mesmos requisitos processuais das provas obtidas em Juízo.”¹²⁸ Entretanto, segundo Ramos¹²⁹, em razão da onerosidade da Justiça criminal norte-americana, as partes preferem produzir as provas fora do Juízo e, posteriormente, introduzi-las nos autos, na forma documental, para a discussão durante o julgamento.

Infere-se, portanto, que a investigação criminal defensiva é plenamente admitida no direito norte-americano, uma vez que o próprio sistema jurídica utilizado, *adversarial system*, atribui às partes a iniciativa investigatória e probatória, nos termos das diretrizes traçadas na constituição, bem como decisões jurisprudenciais.

¹²⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 101.

¹²⁶ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 177.

¹²⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 99.

¹²⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 100.

¹²⁹ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 179.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal objetiva a tutela dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, sendo o Estado o detentor do *ius puniendi*. A fase de investigação criminal, essencialmente procedimental, tem no inquérito policial sua principal manifestação no direito brasileiro. Embora espere-se dos órgãos investigatórios total imparcialidade para buscar informações atinentes ao possível crime - principalmente a Polícia Judiciária – o que percebe-se é uma atuação com superiores armas ao propósito acusatório.

Aliás, acusatório foi o sistema adotado na Constituição Federal de 1988, distinguindo as funções de acusar, defender e julgar, asseverando um rol de princípios basilares, como a igualdade, o contraditório e a ampla defesa, cuja aplicabilidade tem natureza fundamental para a concretização do devido processo legal.

Nesse âmbito, afluíram-se a discussão doutrinária acerca do alcance atingido pelos princípios, uma vez que a fase pré-processual, por ter característica procedimental, não deveria resguardar tais direitos e garantias ao investigado. Pois bem, de fato a investigação criminal estatal segue as formas do modelo inquisitivo, fadado a manter sigilo em relação as diligências e demais atos, com o intuito de evitar prejuízo ao resultado da investigação.

De certa forma, todo o percurso investigativo estaria em risco, se diante dele, o investigado tomasse conhecimento das ações destinadas a desvendar a trama delituosa, impossibilitando a busca de informações e a execução de medidas cautelares. Percebe-se, no entanto, que o contraditório e ampla defesa objetivados nesta fase não é absoluto. De fato, não é viável um contraditório pleno, mas torna-se imprescindível ao direito de defesa, a informação prestada a ela, assim que for atribuído ao imputado esta qualidade, observando que tal concessão resguarda o sigilo disposto no artigo 20 do Código de Processo Penal.

Observou-se, nesse sentido, que houveram tentativas concretas para solucionar as dissonâncias interpretativas acerca do alcance do aludido artigo 5º, LV, da Constituição Federal, como a edição da Súmula Vinculante nº 14 do Superior

Tribunal Federal e a Lei n. 13.245/2016, que alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

As modificações e os incrementos dos referidos dispositivos, em que pese determinaram um avanço, ainda que no âmbito regulatório de direitos já instituídos, não são suficientes ao ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, percebe-se a necessidade de revisão do atual fase de investigação, a fim de resgatar os direitos elencados na Constituição Federal. A investigação criminal defensiva, insere-se, portanto, como oportunidade para esgotar as discussões quanto aos passos permitidos pela defesa dentro do inquérito policial. Difundido nos Estados Unidos e na Itália, a investigação criminal defensiva surge no Brasil, por meio do artigo 13 do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Entre outras alterações, o projeto mostra-se amplo, mas muitas vezes evasivo em sua regulamentação.

Destaca-se que a adoção de tal modelo não encontra óbice em qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional, permitindo ao direito brasileiro grande inovação.

Como instrumento para adoção de uma postura mais igualitária, a investigação criminal defensiva significaria uma tentativa mais concreta de alcançar a paridade de armas no ordenamento pátrio. A implementação resultaria na possibilidade da defesa em agir em prol da sua própria busca e produção de provas, aproximando-se da efetiva isonomia entre as partes na persecução penal.

Nesse sentido, questiona-se também a limitação da defesa em contrassenso à admissão da investigação pelo órgão ministerial. Não parece correto amparar uma parte, concedendo-lhe armas aptas a desenvolver uma investigação autônoma e eficiente, enquanto o imputado depende da vontade alheia para mover o aparato estatal, a fim de buscar meios que o favoreçam.

Não se acredita, no entanto, que a inserção de tal modelo ensejaria em solução definitiva e de alcance universal. O entendimento dissidente, quanto à viabilidade da adoção da investigação criminal defensiva na doutrina brasileira, apresenta argumento válido e em concordância com a realidade, ao se repousar, principalmente, na patente desigualdade social. Ainda que garantidos, na legislação

pátria, subsídios para arcar com a hipossuficiência econômica vivida por parte dos imputados, não causa estranheza que o acesso para muitos ainda é precário, o que poderia acarretar em prejuízo aos investigados menos abastados. Aliás, problema semelhante verificou-se no sistema italiano, onde os atos investigatórios se mostraram muito caros, causando certa inércia na atuação da própria defesa.

O que se infere, em suma, é que a investigação defensiva tem o intuito de atingir o equilíbrio esperado em uma persecução penal fundamentada em princípios constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa, para atingir a paridade de armas na atuação defensiva em relação a pretensão acusatória. O Estado deve empregar esforços para que seja pensado um modo de se fazer inserir no sistema jurídico brasileiro esse procedimento, de forma coerente às qualidades e peculiaridades do nosso ordenamento.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua Investigação Criminal*. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2008.

_____. *Parecer 01/2011*. AMPRGS, 2011. Disponível em: http://www.amprs.org.br/docs/amprs-parecer-novo_cpp.pdf, Acesso em 20 de junho de 2018.

BRASIL. *A investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia*. Lei nº 12.830, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em 28 de abril de 2018.

_____. *Código de Processo Penal* – Decreto Lei nº 3.689, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 28 de abril de 2018.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 de junho de 2018.

_____. *Mensagem nº 21*, de 13 de janeiro de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Msg/VEP-10.htm. Acesso em: 15 de junho de 2018.

_____. Congresso Nacional. *Parecer nº 1.636, de 2010*. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal, 2010. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4575260&disposition=inline>. Acesso em 19 de junho de 2018.

_____. *Vade Mecum Penal: Processo Penal e Constituição Federal*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal: rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BULHÕES, Gabriel. *Investigação defensiva e a busca da paridade de armas*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/gabriel-bulhoes-investigacao-defensiva-paridade-armas>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São José, 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 13 de junho de 2018.

CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. *Autos n. 01/2017 Procedimento de Estudos e Pesquisas*. Brasília, 2017. Disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf Acesso em: 4 de Junho de 2018.

COSTA, Carina Silva. *O Advento da Lei 13.245/16 e os direitos fundamentais do indiciado no Inquérito Policial*. Dissertação (Bacharelado em Direito). Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito: Salvador, 2017.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins. *Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. *Contraditório e Ampla Defesa*. Curitiba: Juruá, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ITÁLIA. Código de Processo Penal. 1930. Disponível em: <http://www.altalex.com/documents/news/2013/12/19/investigazioni-difensive>. Acesso em 20 de junho 2018.

JULIANI, Majorrye Santos. *Investigação Criminal Defensiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Dissertação (Bacharelado em Direito). Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba, 2017.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. *Advogado é importante do inquérito policial, mas não obrigatório*. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio>. Acesso em: 17 de junho de 2018.

_____. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Introdução crítica ao processual penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter "inquisitório" da investigação*. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>. Acesso em 16 de junho de 2018.

_____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MALAN, Diogo. *Investigação defensiva no processo penal*. RBCrim, ano 20, vol. 96, 2012.

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

_____. _____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. I. Campinas: Bookseller, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7ª Ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Rafael Francisco Marcons. *A Defesa no Inquérito Policial*. Revista de Direito de Polícia Judiciária: Brasília, ano 1, v. II, 2017, p. 83. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RDPJ/article/view/508/299>. Acesso em: 17 de junho de 2018.

MOREIRA, Matheus Carvalho. *A investigação criminal defensiva como pressuposto da paridade de armas na dinâmica do processo*. Dissertação (Bacharelado em Direito). Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora, 2014.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis e SAAD, Marta. *Constituição da República e exercício do direito de defesa no inquérito policial*.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13º rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal. O direito da defesa: repercussão, amplitude e limites*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PERAZZONI, Franco. *Investigação Criminal e Prova na CF/88: Objetivos, destinatários e limites da atividade probatória no curso do inquérito policial*. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,investigacao-criminal-e-prova-na-cf88-objetivos-destinatarios-e-limites-da-atividade-probatoria-no-curso-do-in,40098.html>. Acesso em 28 de maio de 2018.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Bárbara Pedroso dos. *Investigação Criminal Defensiva*. Dissertação (Bacharelado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2016.

SILVA, Gilvan Naibert e. *A Fase da Investigação na Perspectiva do Projeto do Novo Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

STF. Supremo Tribunal Federal. *Proposta de Súmula Vinculante*. Brasília: 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_14__P_SV_1.pdf. Acesso em 16 de junho de 2018.

_____. *Recurso Extraordinário nº 593727*. Brasília: 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184#>. Acesso em 5 de maio de 2018.

TÁVORA, Nestor. *Curso de Processo Penal*. Rev., ampl. e atl. Juspodivm: Salvador, 2015.

TEIXEIRA, Janaína Nelpis Mattos. *Investigação criminal instaurada pelo Ministério Público: Comentários à Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público*. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processual penal*. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 1993. Tese (Concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993.

ZANARDI, Tatiane Imai. *Investigação Criminal Defensiva: uma prática a ser difundida*. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 8, nº 14, 2016. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/71/67>. Acesso em: 19 de junho de 2018.

ZIESEMER, Henrique da Rosa. *Resolução n. 181 do CNMP - artigo 18*. In: FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca (organ.). *Investigação Criminal pelo Ministério Público: Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*. / Douglas Fischer, Mauro Fonseca Andrade (organizadores); Airton Pedro Marin Filho ... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.