



INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: PARTICIPAÇÃO ATIVA DO ACUSADO NA FASE PRELIMAR DA PERSECUÇÃO PENAL

DEFENSIVE INVESTIGATION: ACTIVE PARTICIPATION OF THE DEFENDANT IN THE PRELIMINARY PHASE OF THE CRIMINAL PROSECUTION

INVESTIGACIÓN DEFENSIVA: PARTICIPACIÓN ACTIVA DE LOS ACUSADOS EN LA FASE PRELIMINAR DEL PROCESO PENAL

Thallia Souza Santos¹, Marcos Vinicius dos Santos², José César Naves de Lima Junior³, Rodrigo Rodrigues da Luz⁴

e453058

<https://doi.org/10.47820/recima21.v4i5.3058>

PUBLICADO: 05/2023

RESUMO

O presente estudo propõe uma reflexão acerca de um instituto pouco falado na jurisdição brasileira. O objeto geral deste trabalho é destacar a importância da Investigação defensiva para o equilíbrio processual penal, garantindo ao acusado uma posição ativa no momento das investigações não mais se mantendo inerte. Será discutido a respeito do principal meio de investigação utilizado na primeira fase da persecução, que é o inquérito policial, levando em consideração o artigo 155 do CPP, e a possibilidade da condenação subsidiária do magistrado com base nos elementos colhidos na investigação. Além disso, analisar-se-á de forma breve a investigação defensiva no direito norte-americano e no direito italiano. Por fim, propõe-se aos operadores de direito que adotem a investigação defensiva, já que com essa forma de investigação seria propiciado ao acusado uma maior paridade de armas com a acusação, além de fortalecer o sistema acusatório que é o adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Investigação defensiva. Inquérito Policial. Direito a ampla defesa e contraditório. Paridade de armas.

ABSTRACT

The present study proposes a reflection about an institute little talked about in the Brazilian jurisdiction. The general object of this work is to highlight the importance of Defensive Investigation for the criminal procedural balance, guaranteeing the accused an active position at the time of investigations, no longer remaining inert. It will be discussed about the main means of investigation used in the first phase of the prosecution, which is the police investigation, taking into account article 155 of the CPP, and the possibility of the magistrate's subsidiary conviction based on the elements collected in the investigation. In addition, defensive research in North American and Italian law will be briefly analyzed. Finally, it is proposed that operators of law adopt defensive investigation, since this form of investigation would provide the accused with a greater parity of weapons with the prosecution, in addition to strengthening the accusatory system that is adopted by the national legal system.

KEYWORDS: *Defensive investigation. Police Inquiry. Right to full defense and contradictory. Weapon parity.*

¹ Centro Universitário de Goiatuba - Unicerrado.

² Centro Universitário de Goiatuba - Unicerrado.

³ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Promotor de Justiça Criminal, titular da 7ª Promotoria de Justiça de Itumbiara-GO.

⁴ Centro Universitário de Goiatuba - Unicerrado.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: PARTICIPAÇÃO ATIVA DO ACUSADO NA FASE PRELIMAR DA PERSECUÇÃO PENAL
Thallia Souza Santos, Marcos Vinicius dos Santos, José César Naves de Lima Junior, Rodrigo Rodrigues da Luz

RESUMEN

El presente estudio propone una reflexión sobre un instituto del que se habla poco en la jurisdicción brasileña. El objeto general de este trabajo es resaltar la importancia de la investigación defensiva para el equilibrio procesal penal, garantizando al imputado una posición activa al momento de las investigaciones, no permaneciendo más inerte. Se discutirá sobre el principal medio de investigación utilizado en la primera fase de la acusación, que es la investigación policial, teniendo en cuenta el artículo 155 del CPP, y la posibilidad de condena subsidiaria del magistrado con base en los elementos recogidos en la investigación. Además, analizará brevemente la investigación defensiva en el derecho estadounidense y el derecho italiano. Finalmente, se propone que las operadas por la ley adopten la investigación defensiva, ya que con esta forma de investigación se dotaría al imputado de mayor paridad de armas con la acusación, además de fortalecer el sistema acusatorio que adopta el ordenamiento jurídico nacional.

PALABRAS CLAVE: *Investigación defensiva. Investigación de la policía. Derecho a la defensa plena y contradictoria. Paridad de armas.*

INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho baseia-se em um tema atual, de relevância prática e relevante ligada intimamente à advocacia criminal artesanal, especializada e detalhista. Ao se falar em investigação criminal defensiva tem-se como ampliado o campo de atuação exercida pela defesa técnica que não mais deve permanecer em posição inerte ou apenas rebater o que a parte contrária apresenta nos autos. Exigir-se-á uma postura mais ativa, inovadora e produtora de elementos, e até preventiva a depender do caso concreto.

A metodologia utilizada para a construção deste artigo científico é de cunho bibliográfico e se baseia em pesquisa na doutrina e legislação específica, levando-se, também, em consideração a opinião de juristas que tratam desta temática.

No Brasil, o processo penal divide-se em duas grandes fases claramente definidas e ligadas por um período intermédio. A primeira fase é a pré-processual ou de instrução preliminar, e a segunda é a do processo em si. Buscar-se-á por meio deste estudo apresentar meios de se concretizar a aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa na fase pré-processual, a fase de investigações preliminares.

Têm-se na investigação preliminar, o inquérito policial como instrumento utilizado pela autoridade judiciária a fim de buscar elementos que comprovem a materialidade e indícios de autoria do crime. É importante destacar que o Inquérito Policial é um instrumento em crise, pois é fruto de uma inspiração de um regime autoritário de 1937 e, como se não bastasse, foi influenciado pelo fascista “Código de Rocco”.

O sistema processual penal adota o sistema acusatório adversarial democrático como norte a ser seguido, trazendo um novo significado para o papel que o acusado exerce, isto é, de mero expectador para parte ativa e passível de direitos e garantias, entrando nesse caso o importante exercício da investigação defensiva por parte do advogado. Sendo assim, é completamente inviável que se mantenha na fase pré-processual um instituto de perfil inquisitório (Inquérito Policial), onde nenhum desses fatores é levado em consideração. Conforme explicito alhures, o acusado exerce com



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: PARTICIPAÇÃO ATIVA DO ACUSADO NA FASE PRELIMAR DA PERSECUÇÃO PENAL
Thallia Souza Santos, Marcos Vinicius dos Santos, José César Naves de Lima Junior, Rodrigo Rodrigues da Luz

veemência o papel de um mero expectador, não tendo acesso ao contraditório e à ampla defesa, princípios constitucionais que asseguram ao processo uma paridade de armas entre acusação e defesa.

Um ponto a ser observado ainda, é o art. 155 do Código de Processo Penal, ¹o qual apresenta um comando normativo para que o juiz forme sua convicção “pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão *exclusivamente* nos elementos informativos colhidos na investigação”. Após minuciosa leitura do instituto, pode-se chegar à conclusão de que os elementos cognitivos colhidos no inquérito policial não são apenas informativos quando eles formam subsidiariamente o juízo de condenação, ou seja, o juiz não pode lastrear sua decisão condenatória exclusivamente nos elementos de convicção, mas pode usar esses elementos para condenação.

Logo, o questionamento que se faz após a leitura do art. 155 do CPP é: como aceitar a continuação da não aplicação do contraditório no inquérito policial, assim como a não possibilidade de o acusado se defender por meio de provas, nessa fase prévia, sendo que o material colhido na investigação preliminar poderá ser levado em conta para o convencimento do juiz?

Aliás, a pesquisa analisará a magnitude da investigação defensiva e sua aplicabilidade em outros países, pois somente com uma defesa técnica efetiva haverá uma paridade de armas entre acusação e defesa; neste sentido, vale citar o magistério de Lopes Junior: *“Evitar acusações infundadas deve ser perquirido na investigação preliminar, assegurando à sociedade que não haverá abuso por parte do poder persecutório estatal pois, se a impunidade causa uma grave inquietude social, não menos grave é o mal causado por se processar um inocente”*.²

A fim de propiciar uma boa compreensão do tema, o trabalho foi dividido em tópicos organizados da seguinte forma: Da Investigação Defensiva, onde será definido o instituto frente aos princípios previstos na CRFB/88; Da Investigação Defensiva no estrangeiro, na qual será discorrido sobre sua aplicabilidade na Itália e nos Estados Unidos da América, além dos benefícios gerados; Diligências possíveis, onde se busca mostrar alternativas para se efetivar a Investigação Defensiva no ordenamento jurídico brasileiro.

DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

A Constituição Federal de 1988, como marco histórico da reabertura democrática no Brasil, garantiu em seu art. 5º e respectivos incisos, uma série de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, tendo como fundamento do Estado de Direito a dignidade da pessoa humana.

Nesta senda, a investigação defensiva surge como instrumento de efetivação desses direitos fundamentais por meio do defensor, cuja atuação, de cunho investigatório em qualquer fase da

¹ NUCCI, Guilherme de S. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788530993474. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993474/>. Acesso em: 10 abr. 2022.

² LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: PARTICIPAÇÃO ATIVA DO ACUSADO NA FASE PRELIMINAR DA PERSECUÇÃO PENAL
Thallia Souza Santos, Marcos Vinicius dos Santos, José César Naves de Lima Junior, Rodrigo Rodrigues da Luz

persecução penal, procedimento ou ainda, grau de jurisdição, poderá obter elementos que garantam seu acesso ao direito de defesa e ao contraditório pleno³.

Atualmente, no sistema processual penal brasileiro a forma de persecução do Estado para com o indivíduo é dividida em duas fases, sendo a primeira delas que importará para o fim desta pesquisa. O CPP de 1941 denomina a investigação preliminar de inquérito policial, fazendo uma clara alusão ao órgão responsável. Este é um procedimento preliminar ou prévio, cautelar, de natureza administrativa e finalidade judiciária. Com maestria Lopes Junior aduz que: *“em suma, o inquérito policial tem como finalidade o fornecimento de elementos para decidir entre o processo ou o não processo, assim como servir de fundamento para as medidas endoprocedimentais que se façam necessárias no seu curso”*⁴. Assunto muito debatido na doutrina com relação à concessão do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, diz respeito à letra da lei do art. 5º, inciso LV da CRFB/88 *“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;”* O problema visto na doutrina está no fato de o inquérito policial ser considerado um procedimento meramente administrativo, não se enquadrando nas hipóteses previstas na Constituição Federal de 1988 onde estão assegurados o direito ao contraditório e à ampla defesa em ‘processos’, sejam de natureza judicial ou administrativa.

Lope Júnior preceitua que *“A atividade carece do mando de uma autoridade com potestade jurisdicional e, por isso, não pode ser considerada atividade judicial, tampouco processual, até porque não possui a estrutura dialética do processo”*. Entretanto, esse não pode ser o entendimento prevalecente, pois existe no inquérito policial um procedimento, um processo administrativo atípico. Esse, tramitará inclusive no poder judiciário quando da concessão do prazo, quando principalmente da análise e eventual concessão das medidas cautelares. Demais disso, é nos autos do inquérito policial que o investigador pleiteia a privação de liberdade do indivíduo, a busca domiciliar, a interceptação telefônica, dentre outras diligências, e são nesses momentos que se tem a judicialização de determinado instituto. Pode-se, com isso, que o próprio ato de recebimento da denúncia, quando ele vem lastreado sobre os elementos informativos trazidos pelo inquérito policial, nesse momento, todos esses elementos de convicção são judicializados e se transformam em verdadeiros elementos de instrução. Leciona Baldan: *“o inquérito policial é latu senso um processo, uma vez que há uma sucessão de atos que são lógica e cronologicamente encadeados”*⁵.

A investigação defensiva no sistema processual penal brasileiro é um tema que não recebe a devida atenção por parte do legislador e nem da doutrina. No presente, existe uma tentativa de inserção no ordenamento jurídico deste instituto pelo art. 13 do PL n.8045/2010, em fase de tramitação. *A fortiori*, estudiosos do tema apresentam-se empolgados quanto aos efeitos do mencionado artigo a ser inserido

³ FONTES, Irene Mendes; GOMES, Rickardo Léo Ramos. Investigação Defensiva – Equilíbrio processual penal. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales**, v. 1, n. 4, p. 58-72, abr. 2021.

⁴ JÚNIOR, Aury Celso Lima L.; GLOECKNER, Ricardo J. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 222

⁵ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 64, p. 253-273, 2007. ISSN 1415-5400



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: PARTICIPAÇÃO ATIVA DO ACUSADO NA FASE PRELIMINAR DA PERSECUÇÃO PENAL
Thallia Souza Santos, Marcos Vinicius dos Santos, José César Naves de Lima Junior, Rodrigo Rodrigues da Luz

no Código de Processo Penal, no entanto, o que a maioria não está atenta diz respeito ao fato da demora dessa introdução legislativa.

Observa-se com isso que a defesa nessa fase de investigação é omissa já que a atividade investigativa defensiva é vista com preconceito e, na maioria das vezes, a prova trazida pelo defensor não tem o mesmo valor probatório que a trazida pela acusação ou pela polícia judiciária. Interessante se faz observar que a situação citada no parágrafo anterior não condiz com a realidade do Ministério Público, uma vez que esse recebeu enorme atenção doutrinária, jurisprudencial e até midiática.

Frente à crise do inquérito policial somada ao aumento da complexidade das modalidades criminosas e, conseqüentemente ao clamor por uma maior eficiência nos atos de investigação e processuais, nos órgãos do Ministério Público já se é comum os “PaPs- Procedimentos Administrativos Preliminares”. A finalidade desses procedimentos é averiguar fatos que possam dar ensejo a uma ação penal, sendo requeridos pelo órgão acusador, documentos e oitiva de testemunhas na própria sede do MP. Com isso, além de o Ministério Público dispor de poderes conferidos pela Constituição Federal para as requisições de diligências, instauração de inquérito junto à polícia judiciária, esse está se estruturando através da formação de grupos de órgãos investigativos e periciais. Exemplo disso é o GAP (Grupo de apoio aos Promotores) e o GATE (Grupo de Apoio Técnico Especializado).

Em sistema jurídico no qual se busca a paridade de armas entre os sujeitos de uma lide penal, a admissão da investigação preliminar por meio de um defensor seria uma forma de contrabalanceamento dos poderes investigatórios da acusação, de busca por um maior equilíbrio na fase de investigação preliminar. Conforme ensina Machado: *“acusador e acusado estão em posições desiguais na persecução penal, por isso a necessidade de garantir o equilíbrio de oportunidades entre as partes a fim de demonstrarem suas teses”*⁶.

DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO ESTRANGEIRO

Ao se abordar a aplicação do aludido instituto em países estrangeiros, faz-se necessário esclarecer que o intuito da pesquisa no direito comparado não é a imitação desses modelos, mas sim, a adoção do que poderia dar certo perante o sistema nacional, pois as peculiaridades de cada país e um simples plágio acarretaria o primeiro passo para o fracasso. Desse modo, será necessária uma análise da temática no direito Italiano e no direito anglo-americano, os quais possuem capítulo próprio em seus respectivos ordenamentos para essa prática.

O Direito Processual Penal Italiano, após a reforma do Código de Processo Italiano (CPPi) que entrou em vigor em 1989, sofreu intensas alterações superando a raiz autoritária do Código Rocco (1930)⁷. Nesse último, a condução das investigações ficava nas mãos do Juiz Instrutor, o que com a

⁶ MACHADO, André Augusto Medes Op. Cit. P.102

⁷ Segundo Paolo Tonini: “o Código de Processo Penal de 1930 pertencia a um sistema predominantemente inquisitório: amplos poderes eram atribuídos ao juiz e a matéria da prova não era suficientemente regulamentada. O juiz era o ‘senhor das provas’; durante a instrução, a verdade era investigada em sigilo, com amplos poderes coercitivos. No momento dos debates, as partes não tinham poderes incisivos de controle, pois a verdade já havia sido acertada e estava contida nos autos dos atos instrutórios. A jurisprudência tendia a exaltar os poderes



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: PARTICIPAÇÃO ATIVA DO ACUSADO NA FASE PRELIMINAR DA PERSECUÇÃO PENAL
Thallia Souza Santos, Marcos Vinicius dos Santos, José César Naves de Lima Junior, Rodrigo Rodrigues da Luz

reforma foi transferido para as mãos do Ministério Público, em procedimento “que guarda certa semelhança com a nossa estrutura de inquérito policial” e tornou-se assim o denominado *indagine preliminari*.

Superando-se o modelo inquisitivo através de mudanças legislativas por meio da Lei n. 397, de 7 de dezembro de 2000, foi introduzido no ordenamento italiano uma série de disposições normativas acerca da investigação defensiva, passando a atribuição ao advogado do direito-dever de (acompanhado ou não por técnicos, peritos e investigadores privado) empreender diversas ações com o fito de produzir evidências probatórias favoráveis ao seu assistido. A Itália assim, em busca da paridade de armas, ideou as mudanças legislativas acatando a investigação defensiva, tornando o papel do defensor mais dinâmico, em outras palavras, tirando-o da condição de mero expectador.

Durante o processo de alterações legislativas houve bastante resistência, sendo que a magistratura italiana repudiava essa categoria de investigação e os próprios advogados não a viam com bons olhos. Essa reação por parte dos magistrados se deu frente à divisão da produção de provas entre acusação e defesa, fazendo com que seu “pseudo-poder” restasse perdido. A doutrina argumentava a falta de amparo normativo expresso na legislação. Nesse sentido, importante é o que relata Gatto (2003) citado por Silva (2019, p. 219): “*O cenário jurídico na Itália nunca foi aberto à implementação de uma atividade de investigação defensiva. À época do Códice Rocco, a legislação processual penal atribuía à defesa uma função meramente retórica, restrita ao debate argumentativo em um cenário de um processo praticamente concluso e com a “sentença já pronta no gabinete”, aguardando apenas o termo processual para sua publicação.*”

Com arrimo nesse argumento transcrito pode-se notar que a situação enfrentada no ordenamento jurídico brasileiro é a mesma da Itália durante a vigência do Código Rocco. Com as mudanças advindas na legislação Italiana, a posição inerte anteriormente ocupada pelos defensores restou resolvida, tendo o legislador ampliado as garantias e direitos de investigados e acusados⁸. Sendo assim, espera-se que a investigação defensiva alcance o patamar atingido na legislação Italiana, uma vez que entre avanços, omissões e retrocessos, o comentado instituto tomou corpo, permanecendo até os dias atuais, alcançando-se resultados significativos e efetivando e valorizando o sistema democrático de direito.

A investigação defensiva nos Estados Unidos é plenamente aceitável, pois se trata de uma natural consequência do sistema jurídico do *common law*⁹ ali adotado. Ao se abordar este instituto no

exercitados pelo juiz, o que se justificava por meio da exigência de se assegurar o princípio do livre convencimento” (TONINI, P. **A prova no processo penal italiano**. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17-18).

⁸ CAPRIOLI, Francesco. *Indagini preliminari e udienza preliminare*. In: *Compendio di Procedura Penale*. Giovanni Conso, Vittorio Grevi e Marta Bargis (org.). 6. ed. Padova: Cedam, 2012, p. 582.

⁹ No SISTEMA COMMON LAW, as disputas são resolvidas por intermédio de uma troca de contraditório, de argumentos e provas. Ambas as partes apresentam seus casos perante um elemento julgador neutro, seja um juiz ou um júri. Este juiz ou júri, avalia a evidência, aplica a lei adequada aos fatos, e elabora uma sentença em favor de uma das partes. Após a decisão, qualquer das partes pode recorrer da decisão a um Tribunal Superior. Tribunais de apelação neste Sistema Jurídico podem rever sentenças apenas em relação ao direito, e não em relação às determinações de fato (provas).



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: PARTICIPAÇÃO ATIVA DO ACUSADO NA FASE PRELIMAR DA PERSECUÇÃO PENAL
Thallia Souza Santos, Marcos Vinicius dos Santos, José César Naves de Lima Junior, Rodrigo Rodrigues da Luz

sistema jurídico estadunidense, o primeiro ponto a se observar é referente ao *princípio da liberdade de provas*. Nesse postulado, não há de se falar em ilicitude de provas ou mesmo de uma certa previsão legal. Sendo assim, para que seja realizada a produção de provas, não se faz necessário seguir qualquer rito ou legalidade, basta que seja considerada e apta a convencer o juiz, o qual permanece inerte durante toda instrução probatória no sentido de não comprometer sua imparcialidade.

O modelo norte-americano é o sistema que maior predomina o domínio pelo Ministério Público na fase de persecução prévia. Conforme preceitua Calabrich: *“Embora seja necessária uma autorização judicial (warrant) para medidas cautelares de prisão, de busca (search) e de apreensão (seize ou seizure), nos Estados Unidos o Ministério Público é o verdadeiro senhor da investigação criminal, não havendo um controle judicial valorativo no correr da fase investigativa nem no caso de seu arquivamento. Seu poder discricionário (discretion) permite decidir sobre a submissão do caso a preliminary hearing e ao gran jury, para confirmação de existência de uma probable cause, e mesmo negociar com o investigado a troca de uma admissão de culpa por uma pena mais reduzida ou por uma desqualificação do delito para tipos com sanções menos severas (plea bargaining).”*¹⁰ Além disso, é assegurado nesse sistema acesso amplo aos elementos colhidos pela polícia judiciária ou parte acusadora a fim de que o defensor saiba o que poderá vir a ser passível de investigação. Tem-se assim, uma busca pela efetividade da defesa técnica, pois somente com ela haverá a real paridade de armas entre as provas trazidas pela acusação e provas trazidas pela defesa.

A defesa por sua vez também possui poderes investigatórios, podendo colher provas pelos meios necessários a fundamentar suas alegações. Outro fator importante a se observar, encontra-se na excessiva onerosidade para a produção de provas na justiça criminal norte-americana que, conforme os ensinamentos de Ramos¹¹ acaba levando os interessados a produzirem suas provas fora do juízo e, posteriormente, incluindo-as nos autos em forma documental para que posteriormente haja a discussão durante o julgamento.

Conclui-se, portanto, que a investigação defensiva é plenamente admissível, tanto na Itália como nos Estados Unidos da América, atribuindo-se às partes a iniciativa investigatória e probatória. Percebe-se, com isso, que os meios de provas produzidos na investigação defensiva podem ser utilizados na fase judicial contando apenas com a admissão do juiz.

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO: DILIGÊNCIAS POSSÍVEIS DE APLICABILIDADE NA PRÁTICA

Assim como no inquérito policial e até mesmo em outras formas de investigações preliminares, há várias possibilidades de desenvolver atividades na investigação defensiva como: acareações; perícias; tomada de depoimentos; juntada de documentos; obtenção de fotografias ou gravações;

¹⁰ CALABRICH, Bruno de Freire de Carvalho. *Investigação Criminal pelo Ministério Público*. p 71.

¹¹ RAMOS, Joao Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: revista dos Tribunais, s. d. p.190



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: PARTICIPAÇÃO ATIVA DO ACUSADO NA FASE PRELIMAR DA PERSECUÇÃO PENAL
Thallia Souza Santos, Marcos Vinicius dos Santos, José César Naves de Lima Junior, Rodrigo Rodrigues da Luz

reconhecimentos de pessoas; reconhecimento de coisas; análise de locais ou coisas para descrição; reconstituição de crime ou reprodução simulada dos fatos; auto de avaliação de coisa;¹²

Ao se analisar os elementos dos autos oficiais, o advogado, conforme o caso concreto, definirá as atividades que melhor se aplicarão em afastar a versão da acusação e fundamentar a linha defensiva. Explicitando-se melhor o problema, havendo questionamento sobre a autoria do crime, poderá utilizar o reconhecimento de pessoa como alternativa a produção de prova útil. Por outro lado, em crimes que envolvam imóveis ou contratos, a obtenção e a juntada de documentos pertinentes podem ajudar em provas favoráveis a defesa.

Conforme relatado e em consonância com o art. 1º do Provimento, a finalidade da investigação defensiva é colher elementos que poderão ser utilizados em inquéritos ou processos, visando favorecer o investigado ou acusado. O acervo probatório colhido por meio da investigação defensiva poderá ser utilizado para várias situações específicas, como uma negativa de autoria pedindo que o acusado seja absolvido. Outra situação seria a de provar fatos que afastem as qualificadoras, agravantes ou até causas de aumento de pena. Além disso, também poderá ser utilizado para uma possível extinção de punibilidade demonstrando-se, por exemplo, a data específica do fato ou do conhecimento da autoria do fato, para alegar, respectivamente, prescrição ou decadência.

Ao buscar esses acervos probatórios, antes de qualquer coisa, o advogado deve respeitar as restrições legais e constitucionais. Não faria sentido que, em um Estado Democrático de Direito alicerçado *no princípio da legalidade* como pilar para todos os atos que envolvem a “justiça”, de forma diferente fosse tratado um instituto que viesse a fazer parte integrante do sistema. Imagine a situação de um advogado que adentre o domicílio de uma pessoa sem o seu consentimento em busca de provas. Devido ao princípio da inviolabilidade do domicílio, seria um ato completamente ilegal. Assim, a finalidade é conseguir elementos probatórios sem que haja a prática de crimes ou outras ilegalidades.

Dentre as diligências que podem ser executadas, acredita-se que o depoimento venha a ser o de maior relevância e por isso este estudo discorrerá de forma breve sobre o assunto. Segundo Talon: *“A colheita de depoimentos é uma das principais possibilidades na investigação criminal defensiva, porque permite a antecipação de um testemunho que, se favorável, poderá ser levado aos autos oficiais, por declaração escrita ou audiovisual, bem como repetida, arrolando a testemunha para que seja ouvida no processo”*. De certa forma, *ouvir a testemunha sem a presença do advogado do réu já é uma prática constante no Ministério Público em sua investigação direta (PIC), o qual ainda conta com a liberdade de inquirição sem o controle realizado pelo magistrado, que poderia indeferir, perguntas consideradas indutivas para resposta.*¹³

Ao se inquirir uma testemunha para prestar depoimento, o advogado responsável pela investigação criminal defensiva contará com a vantagem estratégica de ter o domínio da situação, sendo que não haverá perguntas do delegado, do representante do Ministério Público, querelante,

¹² TALON, Evinis. *Investigação Criminal Defensiva*. 2. ed. [S. l.: s. n.], 2021. E-book.

¹³ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Art. 212.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: PARTICIPAÇÃO ATIVA DO ACUSADO NA FASE PRELIMINAR DA PERSECUÇÃO PENAL
Thallia Souza Santos, Marcos Vinicius dos Santos, José César Naves de Lima Junior, Rodrigo Rodrigues da Luz

assistente de acusação ou até mesmo do juiz, mesmo porque as perguntas proferidas por esses órgãos acabam por gerar contradições ou enfraquecer a versão apresentada.

MÉTODO

A metodologia utilizada para a construção deste artigo científico é de cunho bibliográfico e se baseia em pesquisa na doutrina e legislação específica, levando-se, também, em consideração a opinião de juristas que tratam desta temática.

CONSIDERAÇÕES

Ao final deste estudo científico, conclui-se pela necessidade de uma reforma cirúrgica no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no sistema de persecução penal, no intuito precípuo de estabelecer um sistema normativo em que a paridade de armas exista, também, no *plano material* entre a acusação e defesa.

O exercício do direito de defesa na fase preliminar deve ser assegurado como uma garantia fundamental a qualquer cidadão, portanto, a investigação defensiva revela-se como instrumento hábil em retirar o conteúdo normativo do art. 5º, inc. LV, da Cf./88 do plano meramente formal.

A respeito dos questionamentos quanto a concessão de contraditório e ampla defesa em todas as fases da *persecutio criminis*, ainda que fora da dialética do processo, mas referente a esta possibilidade, admite-se esse direito de defesa em uma dimensão proporcional a fase em que se encontra, até porque o inquérito policial não é peça meramente informativa e certamente irá influenciar o Estado-juiz na decisão da lide penal.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, M. A. Considerações sobre o tratamento da investigação ciminal defensiva no pls n. 156/09. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 16, p. 233-246, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1EAR3NCf-YMujSulikMyxZ0ydSvMtfqyF/view>. Acesso em: 18 maio 2022.

BRASIL. **Decreto nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. institui o Código de Processo Penal. Brasília: Casa Civil, 1941.

CALABRICH, B. F. C. **Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. 2006. 236 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, ES, 2006.

CAPRIOLI, Francesco. Indagini preliminari e udiienza preliminare. *In*: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta (org.). **Compendio di Procedura Penale**. 6. ed. Padova: Cedam, 2012.

FONTES, M. I.; GOMES, R. L. R. Investigação defensiva – equilíbrio processual penal. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales**, v. 1, n. 4, p. 58-72, abr. 2021. Disponível em: <https://www.eumed.net/uploads/articulos/dfa02ac791ebbe6eef09619c5a94b340.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2022.

MACHADO, A. A. M. **A Investigação Criminal Defensiva**. 2009. 260 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: PARTICIPAÇÃO ATIVA DO ACUSADO NA FASE PRELIMAR DA PERSECUÇÃO PENAL
Thallia Souza Santos, Marcos Vinicius dos Santos, José César Naves de Lima Junior, Rodrigo Rodrigues da Luz

SAMPAIO, D. Reflexões sobre a investigação defensiva no sistema processual penal brasileiro – possível renovação da influência italiana pós “código rocco” sobre a indagine difensiva. **Revista da defensoria pública**, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/lepidus.+02133556-revista-da-defensoria-publica-ano-v-n-10-set-dez-2014-189-216.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2022.

TALON, Evinis. **Investigação Criminal Defensiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2021.

ZANARDI, T.I. Investigação Criminal Defensiva: uma prática a ser difundida. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 8, n. 14, p. 191-216, jan./jun. 2016. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/71-134-1-SM%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/71-134-1-SM%20(3).pdf). Acesso em: 29 abr. 2022.