

A REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO INSTRUMENTO DE PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL

THE NORMATIVE REGULAMENTATION OF THE DEFENSIVE INVESTIGATION AS AN INSTRUMENT OF THE EQUALITY OF ARMS ON THE CRIMINAL PROCEDURE

*Larissa Ferreira Alves*¹
*Ereni Piroli Baziqueto*²
*Eloberg Bezerra de Andrade*³

Resumo: O presente trabalho visa, por intermédio da análise doutrinária e legal, discutir acerca da importância da paridade de armas no processo penal, sua efetivação e os fatores que obstam sua concretude e de como a investigação defensiva pode servir de mecanismo para isto, no que diz respeito a atuação proativa do advogado ou defensor, produzindo de forma antecipada provas para utilizar em defesa do acusado. Cotejando com institutos semelhantes de outros países, especificamente Itália e Estados Unidos, bem com apresentando elementos que legitimam a normatização do instituto sobredito no ordenamento jurídico brasileiro. Para isto, utilizar-se-á doutrina correspondente, bem como análise legal e demais meios necessários.

Palavras-chave: Paridade; Investigação Defensiva; Persecução Criminal.

Abstract: This essay aims to discuss, through doctrinal and legal analysis about the significance of the equality of arms on Brazilian criminal procedure, its effectivation and the factors that prevent its concretude and how the defensive investigation can be used as a mechanism for it, with regard of the proactive role of the lawyer or defender, creating anticipated proves to use on the defendant's defense. Comparing with similar institutes from other countries, specifically Italy and the United States, as well as other elements that legitimizes the regulation of the previous mentioned institute on the Brazilian legal system. To this, the corresponding doctrine will be used, as well as the legal analysis and other needed ways.

Keywords: Equality; defensive investigation; criminal prosecution.

INTRODUÇÃO

Levando em consideração que no tramite do processo penal é indispensável a observância de garantias e direitos fundamentais, dentre eles o direito de igualdade previsto constitucionalmente no art. 5º, caput, se apresentando no campo processual

¹ Acadêmica do Curso de Direito. Linha de Pesquisa Direito Penal e Processual Penal. E-mail: alvesb152@outlook.com.

² Professora Orientadora do Grupo de Pesquisa de Direito Penal e Processual Penal do Curso de Direito. E-mail: erenipiroli@gmail.com.

³ Professor Orientador do Grupo de Pesquisa de Direito Penal e Processual Penal do Curso de Direito. E-mail: eloberg.andrade@prof.unibalsas.edu.br.

como o princípio da paridade armas, a presente pesquisa tem como escopo tratar da sua imprescindibilidade no processo, discorrendo sua efetividade a partir da investigação defensiva e sua normatização no ordenamento jurídico interno.

Para isto, far-se-á o estudo acerca da função da paridade de armas no processo penal e sobre suas dificuldades de sua palpabilidade na persecução criminal, bem como será abordado o conceito de investigação defensiva, cotejando com os institutos da Itália e Estados Unidos, como experiências análogas e por fim, descrever os elementos precursores da investigação defensiva no sistema jurídico brasileiro para a efetivação da paridade de armas no processo penal.

Partindo disto, a presente pesquisa torna-se pertinente ante a desigualdade dos atores processuais em suas funções, estas discriminadas pelo sistema jurídico brasileiro como: acusação, defesa e julgamento.

No mais, para execução da presente pesquisa realizar-se-á a partir do método hipotético-dedutivo, de cunho qualitativo, com revisão bibliográfica, selecionada pelos critérios de acessibilidade, relevância e atualidade, da qual trata do princípio da paridade de armas e de investigação defensiva, de atos administrativos e exame a legislação pátria correspondente, bem como de doutrina correlata ao assunto, seguida da sistematização de ideias e redação do texto final.

1 DO PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS

A Constituição Federal prevê em seu art. 5º, *caput*, o direito de igualdade, o qual constitui a base fundamental da democracia, não admitindo privilégios e distinções com base em peculiaridades do indivíduo, mas estabelecendo um regime de igualdade em todos os âmbitos do Estado Democrático de Direito (SILVA, J., 2020).

As discussões sobre o tema não são hodiernas, mas decorrem inclusive das ideias de Aristóteles, revelando seu caráter para além de um campo estritamente jurídico, mas clarificando sua extensão filosófica. Aristóteles interliga o conceito de igualdade com o próprio conceito de justiça e afirma que só é possível o alcance da igualdade quando ela se estabelece por meio da equidade, ou seja, “igualdade e os ideais de justiça somente serão alcançados em sua plenitude se tratarmos os

individuais iguais, igualmente, na medida da desigualdade de cada um” (D’OLIVEIRA, 2015, p. 5, *apud* MAÇALAI e STRUCKER, 2018).

Ante isto, a igualdade prevista no *caput* do art. 5º, reflete nos mais diversos campos tratados pela constituição, como exemplo a igualdade entre homens e mulheres, igualdade jurisdicional, igualdade perante a tributação, igualdade sem distinção de qualquer natureza em razão de sexo, raça, credo religioso, igualdade perante a lei penal e dentre elas a igualdade nas relações processuais (SILVA, J., 2020).

Esta última, é o cerne da presente pesquisa, refletida através do princípio da paridade de armas, especificamente sobre sua aplicação no processo penal. E nesse sentido, ao tratar da igualdade no âmbito processual penal, corrobora Vieira (2013, p. 14) ao afirmar que:

Tendo em vista que no processo não se cuida de bens, mas de tratamento perante sujeito imparcial, transpõe-se para tal contexto um ideal não necessariamente distributivo, mas de igualdade, por parte do juiz, no tratamento dos envolvidos. Particularmente no processo penal, sua configuração é a igualdade de armas.

Portanto, entender o princípio da paridade de armas no processo penal carece de uma visão constitucional sobre o tema de igualdade, atinente a garantia de que “todos são iguais perante a lei”. Conceituando a paridade no processo, Vieira (2013, p. 189) assinala que,

Paridade de armas no processo penal é a igual distribuição, durante o processo penal – desde sua fase pré-judicial até a executiva -, aos envolvidos que defendam interesses contrapostos, de oportunidades para apresentação de argumentos orais ou escritos e de provas com vistas a fazer prevalecer suas respectivas teses perante uma autoridade judicial.

Desta forma, verifica-se que a paridade não está adstrita a fase processual e sua execução, mas também deve ser observado durante a investigação preliminar. Ainda nessa esteira, em consonância com Welton Roberto (2011, p. 129),

Por paridade de armas não devemos conceber somente igualdade de condições com que as partes devam se posicionar para o confronto entre o *ius puniendi* e o *status libertatis*, mas também o nível de reciprocidade com o que o atuar de um sujeito reflete no outro, respeitando-se as diferenças funcionais dentro dos papéis que desempenham no processo.

Frente a isto, verifica-se que a própria atuação das partes é imprescindível para a aplicação da igualdade de armas, ambas manifestando-se com o fito de defender

seus interesses durante a persecução criminal. Assim, as figuras atuantes no jogo processual dividem-se em acusado, acusador e o julgador, este sendo a figura do juiz que apresenta-se como um terceiro imparcial, alocados processualmente consoante estrutura acusatória, decorrente do sistema processual penal brasileiro.

Sobre o sistema processual brasileiro, é necessário gizar que, sua estrutura modificou-se no decorrer dos anos, isso como reflexo do predomínio de determinada ideologia, seja ela libertária ou punitiva, o sistema processual penal adotado em determinado país serve como termômetro das características democráticas ou autoritárias (LOPES JR, 2020, s.p.),

Nesta senda, a doutrina classifica o sistema processual penal brasileiro como um sistema misto, no qual há a predominância do sistema inquisitório⁴ na fase pré processual e do sistema acusatório⁵ na fase processual (LOPES JR, 2020). Todavia, com o advento da Lei n. 13.964/19, a Lei do Pacote Anticrime, houve a inserção do art. 3º-A no Código de Processo Penal (CPP), o qual positiva a estrutura acusatória no sistema brasileiro, veja-se *in verbis*: “Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, entretanto ainda não há a sua implementação prática.

Acerca da estrutura acusatória adotada por um ordenamento jurídico, Renato Brasileiro de Lima (2020b, p. 91), ensina que

Quando se fala, pois, em um sistema acusatório, como aquele explicitamente adotado pela Constituição Federal (art.129, I), que atribui à pessoa diversa da autoridade judiciária a titularidade da ação penal pública, há de ser em mente

⁴ É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juizator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu (LOPES, JR, 2020, s.p.).

⁵ Na atualidade – e a luz do sistema constitucional vigente – pode-se afirmar que a forma acusatória se caracteriza por: a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição. (LOPES, JR, 2020, s.p.)

que estamos falando de um modelo democrático, cujo núcleo (gestão da prova), vinculado ao seu princípio informador – dispositivo -, orientará uma atividade judicial imparcial, quer durante a fase investigatória, quer durante a fase judicial, respeitando-se, assim, o contraditório e ampla defesa, na busca limitada da verdade processual, jamais real.

Desta forma, a taxatividade do sistema acusatório no processo penal brasileiro possibilita um leque de expansão ao princípio da paridade de armas⁶, possibilitando uma melhor distribuição das funções processuais, limitando o poder estatal quanto a discricionariedade da condução processual, com a vedação da iniciativa acusatória e probatória pelo juiz, com o fito de manter e preservar sua imparcialidade. Com isso a gestão da prova fica a cargo das partes, mas especificamente sob ônus do acusador (LOPES JR, 2020).

Nesse diapasão, tendo em vista que a acusação carece de um suporte probatório mínimo para que possa ter elementos que fundamentem a pretensão acusatória, a construção desse “mínimo” se faz pelas informações do inquérito policial ou por informações arrecadadas pelo Ministério Público no exercício de sua função investigativa (SILVA, F., 2020), buscando elementos de justa causa para propositura de ação penal.

Denota-se uma atuação ativa da acusação desde a fase pré processual, por outro lado, a defesa, só terá seu contraditório propriamente assegurado durante a fase processual, muito embora possa ter acesso aos autos de inquérito por meio de seu advogado, conforme determinação da Súmula Vinculante nº 14⁷, mas, ainda assim, o contraditório é limitado.

Welton Roberto (2011, p. 126), ao tratar sobre o direito ao contraditório faz uma

⁶ Não obstante, parcela da doutrina ainda trata que na verdade, o sistema que seria mais propício a paridade de armas seria o sistema adversarial. Segundo Vieira (2013, p. 129) “enquanto o sistema acusatório se preocupa com a divisão das funções com foco na vedação do juiz na formação dos elementos probatórios, o sistema adversarial é forjado com prevalência à atuação das partes no processo e, mediatamente, atinge o juiz em seu poder instrutório. Na perspectiva deste trabalho, concebe-se que o primeiro se preocupa com o juiz e com suas atividades para resguardar a tripartição funcional, ao passo que o último se centra nas partes, notadamente a partir da atuação defensiva e de sua reação ao ataque acusatório. (...) No processo penal adversarial, ganha quem argumenta melhor, dadas as armas disponíveis aos contendores. As regras do jogo são dirigidas às partes. Ganha quem joga melhor.”

⁷ Súmula Vinculante n. 14. 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.

interligação com a paridade de armas, afirmando que,

Observa-se que como essência do contraditório, a paridade de armas desponta como elemento cerne para a concreção do princípio/garantia, sem o qual não haveria a sua realização e, por conseguinte, a afetação imediata ao direito de defesa, inquinando o processo de um desequilíbrio funcional inaceitável dentro do que propõe o que se denomina justo processo.

Em contrapartida, Renato Stanzola Vieira (2013) aduz que a ligação da paridade de armas deve ser vinculada à igualdade e não, estritamente, ao contraditório. Mas, é insofismável que o princípio da paridade de armas reserve íntima relação com outros princípios do processo penal, como o próprio contraditório⁸, a ampla defesa⁹, a presunção de inocência¹⁰, *in dubio pro reo*¹¹, devido processo legal¹², embora tenham divergências pontuais e não se confundam em suas características.

Desta forma, aduz-se que a função do princípio da paridade de armas é assegurar a concretização de outras garantias e direitos, com o objetivo de obter um processo penal mais justo e não deixando o acusado a mercê da pretensão acusatória estatal, mas garantindo um equilíbrio funcional no trâmite processual, e, inclusive na fase preliminar de investigação, propiciando uma distribuição igualitária do direito de manifestação e uso de mecanismos diversos na produção probatória.

Ante sua ampla extensão, não fica adstrito apenas às questões probatórias, prazos isonômicos, ou mesmo a dinâmica de realização de audiências ou trâmite processual, mas, incide em diversas situações da persecução criminal, não ficando restringida à uma hipótese específica (VIEIRA, 2013).

Por consequência, requer uma reflexão mais aprofundada de sua aplicação no

⁸ Por contraditório devemos entender o direito da parte de se opor, de debater, de contraditar tudo o que for levado ao processo penal pela parte adversária. Compreende o direito de ter ciência dos atos processuais (direito de informação) e de ter a oportunidade de se manifestar no processo, produzindo provas e trazendo aos autos argumentos fáticos e jurídicos que demonstrem seu ponto de vista (HOLTHER, 2010, p.398).

⁹ O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõe o contraditório – o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação (LIMA, 2020a, p.58).

¹⁰ Art. 5º, LVII, CF/88 – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

¹¹ (...) na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito (LIMAA, 2020, p.48).

¹² Art. 5º, LIV, CF/88 – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

processo penal e claro que embora a igualdade seja uma garantia e direito estendida à persecução criminal, é inegável que ante a própria estrutura do CPP e da prática penal e processual decorrem inúmeras situações que possuem, na realidade, uma disparidade entre as partes alocadas no jogo, geralmente colocando a defesa/acusado em situação de inferioridade.

Logo, tem-se que uma das principais dificuldades de aplicação da paridade de armas entre as partes na persecução criminal, que é a “superioridade” do Ministério Público, enquanto órgão acusador e detentor da ação penal (art. 129, I¹³, CF) em relação ao acusado, pois o próprio “sistema processual brasileiro confere maiores instrumentos ao órgão de acusação, que dispõe de aparato moderno e de uma corporação estatal (Polícia Civil e Federal)” (SILVA, F., 2020, p. 33), além de possuir legitimidade de realizar investigação direta, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 14 de maio de 2015, pelo julgado com repercussão geral (BULHÕES, 2019).

A defesa, por sua vez, permanece inerte ante a extensão dos direitos do *parquet*, ficando em posição desproporcional de atuação. Partindo disto, Marcos Zilli (s.d., *apud* BULHÕES, 2019, p. 82) aduz 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.

Neste ponto, depreende-se que houve uma ampliação de possibilidades para a acusação, enquanto a regulamentação de atuação da defesa permanece estática, conferindo inequívoca disparidade, especialmente no que tange a fase de investigação, restringindo o acusado de formular uma tese de defesa com elementos

¹³ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

mais precisos.

A partir disto, Franklyn Roger Alves Silva (2020, p. 32) aponta que,

Nem a jurisprudência contribui nesse aspecto, pois o esperado seria um estímulo à ampliação da participação defensiva na fase investigativa, mas o que ocorre é um clima de preconceito com a função defensiva, afastando a desejada paridade de armas desejada pelo ordenamento jurídico (...).

Outro exemplo da disparidade entre as partes, é distribuição do ônus probatório, que não é clarificada e possui total desequilíbrio, o que vai de encontro ao sistema acusatório e as recomendações da repartição de funções das partes atuantes no processo (SILVA, F., 2020).

É inexorável que a disparidade seja ainda mais evidente quando trata-se de um réu hipossuficiente, o qual possui limitações financeiras para custear uma defesa mais elaborada, ante sua desprovida situação econômica, pois não há como investir em uma defesa técnica de qualidade. Embora haja a garantia de assistência e atuação da Defensoria Pública, a falta de estrutura material da instituição, obsta sua atuação defensiva de forma mais qualitativa. E neste cenário, o autor Silva (2020, p. 439) pontua que

Não é fácil atribuir a um único Defensor Público, que já possui uma série de atendimentos e obrigações processuais, o encargo de também se dedicar ao acompanhamento de investigação criminal defensiva de seus assistidos, especialmente quando essa atividade demanda a busca e o deslocamento na procura de fontes de prova.

Logo, a falta de recursos financeiros é uma das dificuldades de aplicação do princípio da paridade de armas no processo penal, e acerca da carência econômica do acusado, Renato Stanziola Vieira (2013, p. 180/181) ressalta que

Assim, e a propósito, se é comum a lição segundo a qual as inatas diferenças entre acusado (com exclusividade de mover o poder de coerção legítimo) e acusado tornam impossível a igual distribuição de possibilidades no processo penal, a paridade de armas tem de cuidar de outra grave questão: a introjeção, no processo penal, das desigualdades sociais ou, se não isso, como se viu no cenário do ICTY, dos próprios custos para que seja implementada a defesa de cidadãos acusados de condutas complexas que por vezes causam ojeriza e, não raro, têm alta significação financeira.

Dessarte, verifica-se que a paridade de armas no processo penal é um direito imprescindível para alcançar um processo mais justo, todavia, embora paulatinamente tenha evoluído, ainda possui obstáculos quanto sua real aplicação, vez que a defesa por vezes fica em situação de inferioridade em relação ao órgão acusador,

inferioridade expandida quando o acusado é hipossuficiente e carece de recursos financeiros, o que somado a falta de estrutura da Defensoria Pública causa graves prejuízos à defesa e vai desviando-se da estrutura acusatória.

Portando requer-se uma redistribuição equilibrada da atuação das partes no processo, o que propõe-se pela regulamentação de uma defesa mais atuante. Nesse ínterim, no próximo tópico abordar-se-á uma discussão acerca da investigação criminal defensiva como instrumento de paridade de armas, afim de proporcionar à defesa/acusado um suporte de atuação que vise diminuir a disparidade entre ele e o acusador.

2 DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

De forma precípua, insta destacar que a investigação criminal pode ser conceituada como um conglomerado de atos correlacionados realizados por órgãos estatais, tomando partida com uma *notícia criminis* ou por ofício, tendo natureza administrativa e servindo elementos informativos que visam preparar a relação processual penal, com o fito de apurar justa causa para justificar a propositura da ação penal (LOPES JR, 2005, apud MACHADO, 2009).

Em contrapartida surge a investigação criminal defensiva, que tem como objetivo preparar elementos de defesa, de forma organizada e regulamentada, com respaldo no direito de prova e outros elementos constitucionais e processuais que asseguram o direito de defesa. Tal instituto é um tema que recentemente passou a ser discutido e tratado no meio acadêmico e doutrinário de forma significativa, embora sua aplicação decorra desde o século passado, tendo como principais referências os modelos de aplicação de países como a Itália e os Estados Unidos da América – EUA (BULHÕES, 2019).

Com o avanço tecnológico e o paulatino desenvolvimento do próprio Direito, além da constatação do aprimoramento da função acusatória, criou-se uma extensa perspectiva entre advogados e defensores acerca da inclusão do tema em pauta de pesquisa e inserção de seu uso no trâmite processual no ordenamento jurídico brasileiro (BULHÕES, 2019), pois leva-se em consideração que a defesa não

pode mais ficar apenas observando a preparação do Estado (acusador), sem estar munida de armas adequadas para montar sua oposição no jogo processual penal (MORAIS DA ROSA, 2020).

Morais da Rosa (2019, apud BULHÕES, 2019), ainda assevera que o ataque e defesa no jogo processual estão cada vez mais “acelerados”, o que compromete a atuação defensiva por sua postura passiva no processo, pois a produção probatória pela defesa sendo resguardada apenas em momento posterior a todo um trabalho investigativo da acusação em colher material e de oferecida a denúncia é uma tática dominada. Portanto, a passividade da defesa e o fato de não antecipar-se e produzir provas, alarga mais ainda o caminho de uma persecução penal justa, o que demonstra a imprescindibilidade da regulamentação normativa da atuação para os “dois lados” do processo e da investigação.

Reitere-se que os modelos mais conceituados e populares de regulamentação da investigação defensiva, são os modelos italiano e estadunidense e para melhor entendimento acerca do tema é indispensável a explanação acerca de como se aplica o instituto nesses países de forma exemplificativa, tendo em vista que já é uma realidade jurídica de caráter não novel (BULHÕES, 2019).

No que trata-se do sistema italiano ressalta-se primeiramente que este é o que mais se aproxima do sistema a ser (que pretende-se) implementado no Brasil, isto devido a fatores como a tradição jurídica itálica e brasileira que adotam o *civil law*, bem como aspectos culturais e fatos históricos, como o fato da operação brasileira Lava Jato ser espelhada na operação italiana *Operazione Mani Pulite* (operação mãos limpas), assim como o próprio Código de Processo Penal (1941) nacional que é inspirado diretamente no *Codice Rocco* (1930), o qual foi decretado por *Benito Mussolini*, grande líder fascista italiano (BULHÕES, 2019).

Portanto, são inúmeras as semelhanças entre os dois países na forma de aplicação e execução do Direito e no que se refere a investigação defensiva, esta é denominada, na Itália, como *investigazioni difensive* ou *indagini difensive*, estando respaldada nos artigos 24, 2 e 111, da Constituição italiana, e conforme aduz Machado (2009, p. 112), sobre os artigos sobreditos, “o primeiro estabelece, genericamente, o

direito de defesa; ao passo que o segundo prevê que o sujeito passivo deve dispor do tempo e das condições necessárias para preparar a defesa e pode adquirir qualquer meio de prova a seu favor.”

Edson Luís Baldan (2004, *apud* BULHÕES, 2019) disserta que a primeira introdução da expressão “investigação do defensor” surgiu na Itália com a Lei Carotti, Lei nº 479/99, em vigência desde 03 de janeiro de 2000, mas que ainda apresentava-se maneira deficiente, não conferindo respaldo suficiente à matéria. Baldan (2004, p. 6-7, *apud* BULHÕES, 2019, p. 28) ainda complementa afirmando que:

Finalmente a Lei nº 397, de 07-12-2000, alterando os artigos 327 e 391 do código de ritos italiano, introduziu disposições específicas em matéria de investigação da defesa, atribuindo ao advogado o direito-dever de, coadjuvado ou não por peritos técnicos e investigadores privados, empreender inúmeras ações tendentes à produção de evidências probatórias favoráveis a seu assistido (...).

Um fator de grande importância no desenvolvimento da *investigazioni difensive* foi a reforma do CPP italiano, em 1988, entrando em vigor em 1989, pelo qual abriu-se um leque de inovações legislativas, munindo a defesa da possibilidade jurídica de uma participação mais ativa e incisiva (BULHÕES, 2019).

É certo que após inúmeras mudanças jurídicas, a *investigazioni difensive* encontra-se em um grau de desenvolvimento exemplar, proporcionando inúmeras discussões em outros países, tal qual no Brasil. Por fim, imprescindível destacar, a criação de título específico no CPP italiano que trata dos métodos de investigação defensiva permitidas no país, é o título VI-bis, no livro quinto, artigos 391-bis a 391-decies, veja-se (BULHÕES, 2019, p. 33):

Artigo 391-bis: colóquio, recebimento de declarações e obtenção de informações por parte do defensor.
Artigo 391-ter: documentação das declarações e das informações.
Artigo 391-quater: requisição de documentos à Administração Pública.
Artigo 391-quinques: poder de sigilo do Ministério Público.
Artigo 391-sexies: acesso a lugares e documentos.
Artigo 391-septies: acesso a lugares privados ou não abertos ao público.
Artigo 391-octies: fascículo do defensor.
Artigo 391-nonies: atividade de investigação preventiva.
Artigo 391-decies: utilização da documentação da investigação defensiva.

Desta forma, constata-se que o sistema italiano possui uma atuação sistematizada, regulamentada, com especial atenção legislativa para a disciplina,

possibilitando ao advogado ou defensor uma atuação mais intercessora aos seus clientes ou assistidos.

Por sua vez, o sistema estadunidense é um pouco divergente em sua prática, não tendo apenas o campo criminal como área específica de atuação, mas tem a investigação defensiva como uma prática comum nos mais diversos ramos, tanto penal quanto civil. Nesse sentido, assente Bulhões (2019, p. 34) que “vê-se que o tema da investigação defensiva não é naturalmente concebido como algo dissociado da atuação em geral da advocacia, causando até certo estranhamento o estudo setorializado da matéria”.

Tendo em vista que nos Estados Unidos vigora de forma significativa a justiça negocial, através do *plea bargain*¹⁴, que trata-se de um acordo entre o acusador e o acusado, no qual são utilizados as mais variadas formas de negociação, intensificadas a depender do crime tratado, isso requer da defesa uma perspicácia em sua atuação, sem deixar de lado a constante qualificação, buscando sempre uma desenvoltura no jogo, visando sobressair os interesses do cliente.

O promotor de justiça é quem detém os elementos da investigação, ficando numa posição de vantagem, o que requer ainda mais da defesa a utilização de técnicas de negociação. Diante disso, a investigação defensiva possui um importante papel, que é de proporcionar a defesa maiores elementos que possibilitem uma negociação mais benéfica para si, colocando-se na barganha de igual para igual com a acusação (SILVA, F., 2020).

Diferente da Itália, que é regida pelo *civil law* e que dedica um título somente para investigação defensiva, os Estados Unidos que é regido pelo *common law*

¹⁴ “O *plea bargain* é um instituto originário do *common law*, que consiste em uma negociação realizada entre Ministério Público e acusado, pensado com intuito do acusado prestar informações de interesse do parquet para que este, por sua vez, deixe de acusá-lo ou o faça de modo parcial e/ou atenuado. Neste modelo, o acusado pode optar por exercer seus direitos e garantias processuais e constitucionais ou deixá-los em troca de algum benefício, podendo também declarar-se culpado das acusações do Ministério Público, recebendo como contraprestação a atenuação no número de acusações e/ou na gravidade das penas a serem aplicadas. Trata-se em última análise de um contrato firmado entre a parte acusatória e a parte ré, sem a participação de um juiz e portanto sem imparcialidade. Ao Judiciário cabe unicamente o papel de executor do pactuado. Adotado em poucos países europeus, o *plea bargain* possui maior popularidade nos Estados Unidos (país adepto do sistema *common law*). Lá, sua aplicação tentou ser justificada a partir do crescente número de processos criminais nos tribunais e da necessidade de sua resolução célere e eficiente” (BUCH, 2019, s.p.).

disciplina a atuação do advogado de defesa através instruções normativas, como o *Criminal Justice Standards for the Defesa Function* e o *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases* (Padrões para a atuação de Defesa para a Justiça Criminal e Diretrizes para a Nomeação e Desempenho do Advogado de Defesa nos Casos de Pena de Morte), além de precedentes na Corte (BULHÕES, 2019).

Desta forma, constata-se que a investigação defensiva nesses dois países já é uma prática comum, que embora divirja em sua realidade, decorrem da mesma premissa que é assegurar à defesa certa igualdade em relação a acusação.

E trazendo para o Brasil, vê-se que as maiores limitações quanto a sua prática é principalmente a omissão normativa quanto sua regulamentação, a falta de técnicas práticas de investigação pelo advogado ou defensor, a cultura da advocacia de gabinete de forma mais passiva, além da limitação cognitiva dos operadores do direito quanto ao tema, tornando necessário alargar a discussão acadêmica e prática acerca do instituto, bem como tornar cada vez mais comum o uso de técnicas investigativas para a defesa.

Partindo disto, far-se-á no tópico seguinte uma abordagem acerca dos elementos precursores da investigação criminal defensiva no Brasil e como ela possibilita a efetividade do princípio da paridade de armas no jogo processual.

3 DOS ELEMENTOS PARA NORMATIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO

Antes de tratar de forma mais direta acerca da regulamentação da investigação defensiva, necessário apresentar alguns elementos precursores de sua normatização no ordenamento jurídico brasileiro.

Partindo da esfera constitucional, os principais dispositivos que dão embasamento para o tema e fundamento à seu debate no ordenamento jurídico interno são os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV da CF, pois estes são as bases do processo, nas mais diversas áreas e principalmente

no processo penal, pois conforme já tratado em tópico anterior, o contraditório assegura o direito do réu se manifestar e contrariar os fatos a ele imputados e a ampla defesa permite o uso de técnicas e a autodefesa para afastar-se das acusações do Estado (SILVA, F., 2020).

Para mais, a Convenção Americana de Direitos Humanos em seu art. 8^o¹⁵, trata das garantias judiciais, dentre elas a concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa e direito 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 (item 2, alínea 'c' e 'd'), dentre outras. Todas são garantias que servem de bojo para legitimar a investigação defensiva em sua forma ampla.

Noutro ponto, dentro do processo penal, tem-se o direito a produção de prova, que está diretamente correlacionado a prática da investigação pela defesa. Silva (2020, p. 431) pauta que

No contexto da investigação defensiva, é importante destacar que a atividade de coleta de elementos informativos guarda relação direta com o direito a produção probatória, de modo que a prévia regulamentação sobre o tema seria despicienda, já que a falta de norma sobre a procedimentalização desses atos não representa obstáculo ao seu exercício (...).

¹⁵ **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.

De forma administrativa, entrou em vigor o Provimento 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. O provimento é regido por oito artigos, que conceituam, delimitam a fase de atuação, bem como presta orientações acerca da produção de provas, porém de forma mais genérica, não suprimindo as necessidades da matéria.

Logo no art.1º, do Provimento 188/2018 é apresentado o conceito de investigação defensiva da seguinte forma, veja-se *in verbis*:

Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

Malgrado a ausência normativa acerca do tema cause inúmeras limitações ao advogado e defensor, a edição do provimento sobredito importa em um avanço significativo da matéria no Brasil, pois expande um leque de discussões, além de instigar o profissional habilitado a qualificar-se quanto sua atuação.

Outrossim, o Projeto de Lei do Senado n. 156/09, que é o projeto que trata da Reforma do Código de Processo Penal, em tramitação desde 2009, prevê a faculdade do investigado tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa. Sobre o projeto de lei mencionado, Azambuja (2017, p. 243) afirma que

Prevê, ainda, a impossibilidade de interpelação da vítima para os fins da investigação defensiva, salvo se houver autorização judicial para tanto. Pelo Projeto, a autoridade policial segue como responsável pela condução do inquérito, podendo o investigado requerer a realização de qualquer diligência ou a juntada do material produzido pela defesa, às quais ficam à critério da autoridade policial. Em caso de indeferimento, o interessado poderá representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público (art. 26, § 1º).

Como elementos legais, Bulhões (2019) elenca a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527/2011), a Lei dos Cartórios e Registros Públicos (Lei Federal nº 8.935/1994) e a Lei de Regulamentação da Profissão do Detetive Particular (Lei Federal nº 13.432/2017). Todas elas são armas que podem ser utilizadas para as técnicas defensivas, pois possibilitam a parte acesso a informações e documentos,

bem como a fatos, que estão fora de sua alçada particular e o uso dessas leis em seu favor são de extrema importância no jogo processual.

Não há como esgotar na presente pesquisa todos os elementos que fundamentem a normatização da investigação no Brasil, porém, merece destaque na seara tecnológica. Sobre este campo, Moraes da Rosa (2020, p. 360-361) defende que

No campo de investigações 4.0., com poder tecnológico, bem assim de casos de alta complexidade, a antecipação defensiva constitui-se em vantagem competitiva. É que o palco da culpa deixou de ser somente a audiência de instrução e julgamento, para coadjuvar com a investigação preliminar, já que em boa parte dos casos o julgamento sequer ocorrerá.

Com isso, surge a Plataforma Ethos Brasil, que é uma empresa de suporte a litígios que vem crescendo e ganhando popularidade de forma significativa entre os profissionais que adotam uma postura mais ativista. A plataforma oferece inúmeras técnicas investigativas e de produção probatória, tais como coleta, análise, organização, evidências digitais, reprodução de cenas de crimes em 3D, perícia digital, além de dispor de um quadro multidisciplinar de profissionais. O uso dos serviços da empresa de suporte a litígios possibilita aos advogados o uso de ferramentas que a priori estão somente nas mãos do Estado, proporcionando a amenização da disparidade de armas processuais.

Diante do exposto, constata-se que a investigação defensiva já possui um extenso campo de desenvolvimento, mesmo que a passos lentos, porém sua regulamentação legal é imprescindível para sua concretização e para proporcionar a todos os profissionais e investigados/acusados o uso de técnicas afim de tornar o processo penal um campo mais justo.

Em consonância com Bulhões (2019), o instituto de investigação pela defesa possui grande relevância para efetividade dos direitos e garantias fundamentais, instrumentalizando a Defesa pela produção probatória em seu favor, possibilitando a paridade de armas no processo penal.

Dessarte, é inexorável a necessidade de um dispositivo legal que regulamente de maneira minuciosa os passos da investigação defensiva, seus limites, áreas de atuação, possibilidades de atos, acesso a documentos e lugares, e também a

peças, além de prevê punições para quem agir de forma ilícita usando de tais meios, portanto, exigindo conduta ética do profissional.

CONCLUSÃO

Diante do exposto na presente pesquisa, constata-se a imprescindibilidade da paridade de armas no processo penal para proporcionar um julgamento mais justo, não deixando o réu a mercê da pretensão punitiva estatal, mas o permitindo utilizar de meios e mecanismos para defender-se da acusação.

Todavia, na prática essa paridade torna-se quase utópica, ante o poder estatal e a estrutura disponível para si frente as limitações do réu, tanto econômicas, sociais, estruturais e também legais, vez que os direitos da acusação expandiram no sentido de investigações, enquanto a defesa permanece inerte, sem regulamentação, agindo limitadamente dentro do processo.

Nesse cenário, surge a investigação criminal defensiva, que tem o papel de possibilitar a defesa a produção antecipada de provas e não ficando estática enquanto aguarda o prazo para apresentar resposta a acusação, por exemplo, mas tomando uma postura ativa no jogo processual, produzindo provas para se resguardar do poder do Estado.

Para mais, verifica-se pelo presente trabalho que embora não regulamentada no ordenamento jurídico interno, ela já é uma prática comum nos países da Itália e dos Estados Unidos, e que o modelo a ser adotado no Brasil aproxima-se mais do positivado e praticado na modelo italiano, pela aproximação romano germânica do direito, *civil law*, cultural e também pelo acontecimento de fatos históricos. Ressaltando que não pretende-se uma cópia fidedigna, apenas o uso como elemento de inspiração para a criação de modelo próprio, abarcando os pontos positivos daquele.

Por conseguinte, conclui-se que o sistema jurídico brasileiro possui inúmeros elementos que são precursores da investigação defensiva e que servem de pilar na

discussão de sua regulamentação normativa interna, tais como o contraditório e ampla defesa, direito a produção probatória, e sobretudo o direito a igualdade.

Portanto, conclui-se que a investigação defensiva abre caminho para obtenção de um processo penal mais justo, pois coloca as partes processuais numa posição mais harmoniosa por proporcionar ao investigado/denunciado diversos meios de defesa, utilizando-se de técnicas investigativas, afastando a disparidade estrutural entre acusação e defesa, sendo, pois, necessário uma redistribuição equilibrada de atuação das partes, através da regulamentação de um dispositivo ou lei própria que preveja os elementos da produção de provas antecipada pela defesa.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Marcelo Azambuja. **CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRATAMENTO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO PLS N. 156/09**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 9, n. 16, p. 233-246, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/104/90>> Acesso em: 01 de outubro de 2021.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília**, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

BUCH, João Marcos. **Plea bargain e sua inaplicabilidade no direito brasileiro**. Migalhas. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/294189/plea-bargain-e-sua-inaplicabilidade-no-direito-brasileiro>> Acesso em 30 de setembro de 2021.

BULHÕES, Gabriel. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. – 1. ed. – Florianópolis [SC]: Emais, 2019.

ETHOSBRASIL. Disponível em: <<https://ethosbrasil.org/>> Acesso em 01 de outubro de 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** – 8. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: comentários à Lei Nº 13.9664/19 – Artigo por Artigo**/ Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAÇALAI, Gabriel; STRÜCKER, Bianca. **O Princípio Da Igualdade Aristotélico E Os Seus Debates Atuais Na Sociedade Brasileira**. Anais Do Congresso Brasileiro De Processo Coletivo E Cidadania, N. 6, 19 Nov. 2018.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. 2009. Dissertação (Mestrado). Faculdade de direito da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf?> Acesso em 28 de setembro de 2021.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Emais, 2020.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal da OAB. **Provimento 188/2018**. Brasília. 11 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>> Acesso em 01 de outubro de 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

ROBERTO, Welton. **A paridade de armas no processo penal brasileiro: uma concepção do justo processo**. 2011. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2011.

ROSA, Alexandre Moraes da Rosa. Prefácio. In: BULHÕES, Gabriel. **Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. – 1. ed. – Florianópolis [SC]: Emais, 2019.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 156, de 2009**. Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>> Acesso em 01 de outubro de 2021.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

SILVA, José de Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo – 43. ed., rev. E atual. / até a Emenda Constitucional n. 105, de 12.12.2019**. – São Paulo: Malheiros, 2020.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal: do conceito à aplicação no direito processual pena brasileiro**. Dissertação (Mestrado). Mestre

em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.