

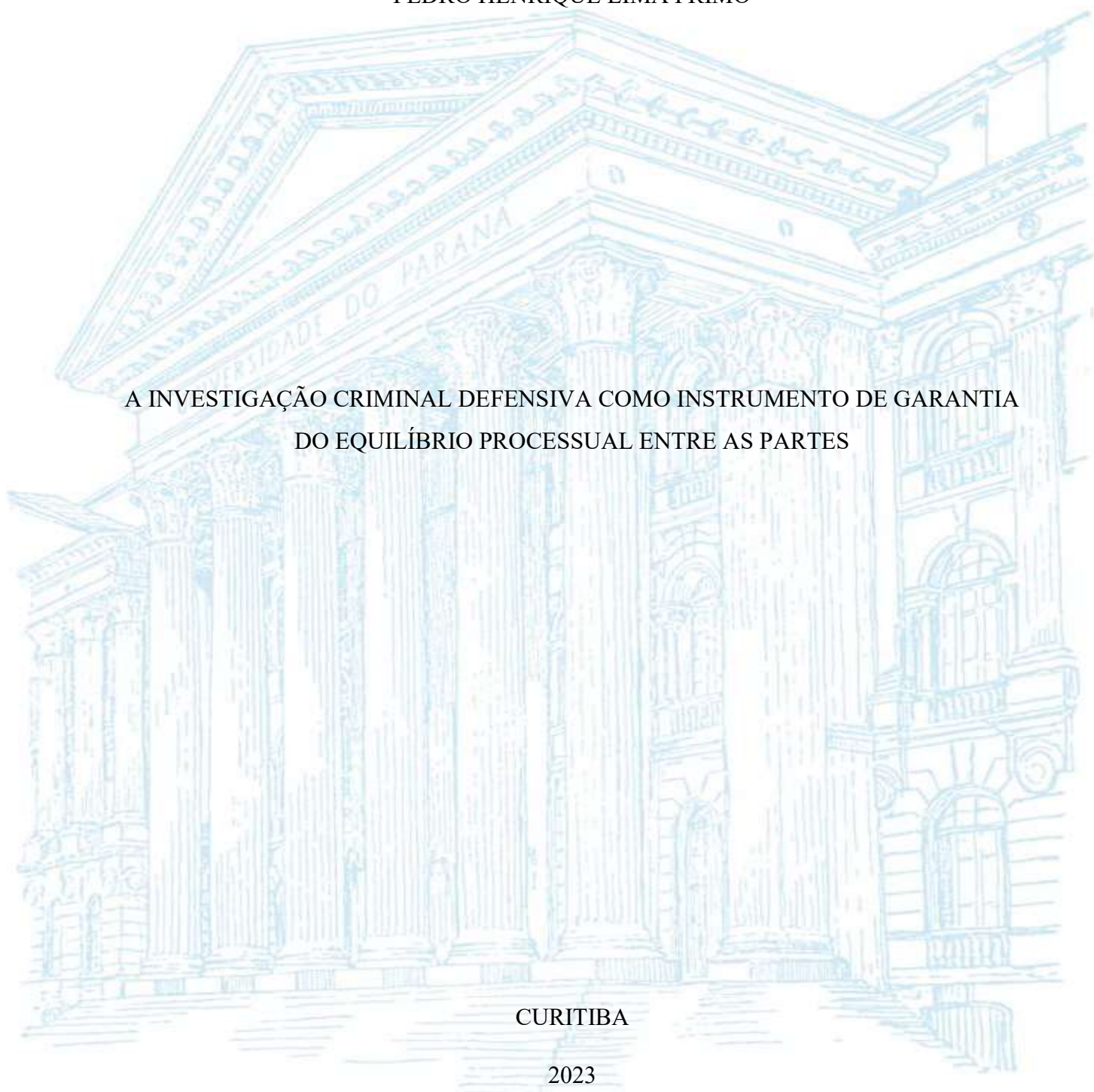
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PEDRO HENRIQUE LIMA PRIMO

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA
DO EQUILÍBRIO PROCESSUAL ENTRE AS PARTES

CURITIBA

2023



PEDRO HENRIQUE LIMA PRIMO

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA
DO EQUILÍBRIO PROCESSUAL ENTRE AS PARTES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de
Direito da Universidade Federal do Paraná como pré-requisito
para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha.

CURITIBA

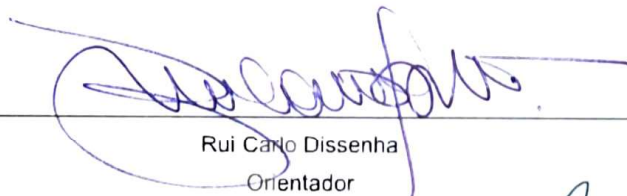
2023

TERMO DE APROVAÇÃO

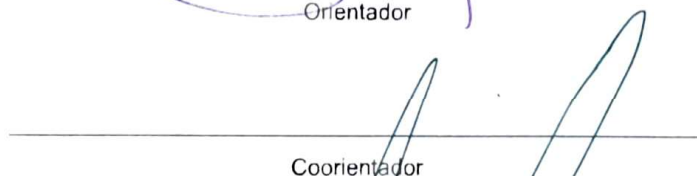
A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DO EQUILÍBRIO PROCESSUAL ENTRE AS PARTES

PEDRO HENRIQUE LIMA PRIMO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Rui Carlo Dissenha
Orientador



Coorientador



Marco Aurélio Nunes Da Silveira
1º Membro



Francisco Monteiro Rocha Jr.
2º Membro

A Investigação Criminal Defensiva como Instrumento de Garantia do Equilíbrio Processual entre as Partes.

Pedro Henrique Lima Primo

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo a análise do contexto processual penal brasileiro, sob a perspectiva do equilíbrio processual entre as partes, em especial, a posição de desvantagem probatória imposta à defesa em virtude da ausência de meios próprios de fundamentar a sua atuação. O principal foco se volta para a possibilidade de implementação efetiva do instituto da investigação criminal defensiva sob a lente da garantia do princípio da paridade de armas. Nesse sentido, o artigo encontra-se dividido em seis capítulos. No primeiro capítulo será feita a análise do contexto geral do viés excessivamente acusatório do sistema penal atual. No capítulo dois será feita uma exposição do conceito e dos fundamentos jurídicos da investigação defensiva, tomando como principal referência o provimento 188/2018 da OAB. Como base neste, o capítulo três visa fazer uma análise comparada da experiência italiano e do *Adversarial System* americano. No capítulo quarto, passa-se a expor especificamente a definição do princípio da paridade de armas, aliado à isonomia processual, bem como apresentar a investigação defensiva como alternativa de garantia do contraditório. O quinto capítulo, partindo das considerações a respeito da paridade de armas, analisa a possibilidade de mudança do sistema penal para o sistema adversarial. O capítulo sexto tem como objetivo analisar a investigação defensiva como um recurso para o investigado realizar acordos de não persecução penal sem o constrangimento do Ministério Público em razão da ausência de meios de produção probatória pela defesa. Neste sentido conclui-se que a despeito da necessidade da legislação que ver sobre o instituto com o fim de mitigar as irregularidades cometidas pelas autoridades investigativas.

Palavras-chave: Investigação Criminal Defensiva. Paridade de Armas. Contraditório. Acordos de Não Persecução Penal. Sistema Adversarial. Isonomia Processual. Legislação brasileira. Provimento 188/2018. Processo Penal Italiano.

Defensive Criminal Investigation as an Instrument to Guarantee the Procedural Equilibrium between the Parties.

Pedro Henrique Lima Primo

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the Brazilian criminal procedural context, from the perspective of the procedural balance between the parties, in particular, the position of evidentiary disadvantage imposed on the defense due to the absence of its own means of substantiating its action. The main focus turns to the possibility of effective implementation of the institute of defensive criminal investigation under the lens of guaranteeing the principle of parity of arms. In this sense, the article is divided into six chapters. The first chapter will analyze the general context of the excessively accusatory bias of the current penal system. In chapter two, an exposition of the concept and legal foundations of defensive investigation will be made, taking OAB provision 188/2018 as the main reference. Based on this, chapter three aims to make a comparative analysis of the Italian experience and the American Adversarial System. The fourth chapter goes on to specifically expose the definition of the principle of parity of arms, combined with procedural isonomy, as well as presenting defensive investigation as an alternative to guarantee the adversarial system. The fifth chapter, starting from the considerations regarding the parity of arms, analyzes the possibility of changing the penal system to the adversarial system. The sixth chapter aims to analyze the defensive investigation as a resource for the investigated to carry out criminal non-prosecution agreements without the embarrassment of the Public Ministry due to the absence of means of probative production by the defense. In this sense, it is concluded that despite the need for legislation to see about the institute in order to mitigate the irregularities committed by the investigative authorities.

Key Words: Defensive Criminal Investigation. Weapon Parity. Contradictory. Criminal Non-Prosecution Agreements. Adversarial System. Procedural Equality. Brazilian legislation. Provision 188/2018. Italian Criminal Procedure.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. NOÇÕES GERAIS DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	7
3. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA	9
3.1 LEGISLAÇÃO E FUNDAMENTOS	9
3.1.1 Provimento 188/2018 da OAB	10
3.1.2 Projeto de Legislação que abarca a investigação defensiva	11
3.2 CONCEITOS E ASPECTOS GERAIS	11
4. INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA EM OUTROS PAÍSES	14
4.1 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO ITALIANO	14
4.2 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO AMERICANO – <i>ADVERSARIAL SYSTEM</i>	16
5. INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO MEIO DE ASSEGURAR O PRINCÍPIO/GARANTIA DA PARIDADE DE ARMAS	17
5.1 CONCEITO E FUNDAMENTAÇÃO	18
5.2 PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS NA PRÁTICA	20
5.3 INVESTIGAÇÃO COMO MEIO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS	21
6. ANÁLISE DA PROPOSTA CRÍTICA DA PROPOSTA DE ADOÇÃO DO SISTEMA ADVERSARIAL	23
7. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO ÂMBITO DO INQUÉRITO POLICIAL	26
CONCLUSÃO	30
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA:	32

1. INTRODUÇÃO

Como aduz Aury Lopes Filho¹, punir é um ato necessário e civilizatório, a grande questão é saber quem punir, como punir e o que punir e, lamentavelmente, o ordenamento jurídico brasileiro é falho nos três âmbitos. Um dos males do processo penal é o fato de que para saber se um indivíduo será punido ao final da fase processual, já lhe punirá durante o processo, partindo do pressuposto que o processo penal é, de fato, punição. Isso tem por consequência a possível punição de um indivíduo que ao final do processo penal foi considerado inocente das acusações. Com relação ao inquérito policial em específico, é possível que todos os seus bens juridicamente tutelados sejam retirados do indivíduo investigado, a exemplo do congelamento patrimonial, as prisões cautelares. O modelo de investigação essencialmente policial brasileiro já não se sustenta dada a falta de coordenação entre os entes investigativos, morosidade excessiva dos inquéritos policiais, em que, contraditoriamente, casos complexos há incompletude de produção probatória, e em casos simples, é desnecessariamente complexo. Em suma, a investigação criminal é de baixíssima qualidade, e o grande prejudicado é a vítima do delito, que não gozará de uma investigação devida que culminará no encarceramento do agente do crime, além também de o próprio acusado o qual tem chances de ser vítima de uma investigação mal feita sendo punido por um fato o qual sequer tinha a mínima relação.

A grande questão é como fazer para corrigir a deficiência no sistema processual penal. O modelo italiano e norte-americano de investigação criminal defensiva é um instituto que vem dando resultados positivos. Cabe agora analisá-los comparativamente com o modelo brasileiro questionando a aplicabilidade daquele sistema de investigação no cenário nacional. Algumas questões surgem do estudo da investigação defensiva, dentre elas, a mais importante é: Existe a possibilidade de aplicação plena desse modelo de investigação defensiva em âmbito nacional, cujo resultado seja a garantia de equilíbrio processual para o acusado e do direito à defesa do investigado?

À primeira vista, o cenário nacional carece, e muito, de referências no tema, tendo aplicação mitigada e muitas vezes rejeitada. Entretanto, num estudo mais aprofundado, observa-se que a instituição da investigação defensiva seria primordial para mitigar irregularidades e violação constitucionais que não raramente a prática jurídica revela.

¹ LOPES JUNIOR. Aury. Crise da Investigação Preliminar Brasileira, vídeo. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ozpw4Z8WaKc&ab_channel=VivaDireito. Acesso em: 31 jan. 2023.

2. NOÇÕES GERAIS DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Analisando o cenário brasileiro de defesa criminal, contempla-se uma posição meramente reativa dos advogados da defesa, rebatendo provas apresentadas pela acusação e às decisões dos Juízes sem ativamente ter um conjunto probatório próprio. Ainda que não seja proibido, não é da cultura processual penal brasileira uma postura mais ativa por parte da defesa, mesmo levando em consideração as grandes referências doutrinárias e jurisprudenciais, bem como o recente provimento 188/2018 da OAB que expressamente confere ao advogado a prerrogativa de investigar por conta própria². Atribui-se a esse cenário de carência da defesa criminal a alguns fatores: (i) A predominância de livros que versam sobre os temas de Direito Penal e Direito Processual Penal elaborados por Promotores de Justiça, Procuradores da República ou Magistrados os quais naturalmente têm uma percepção e um viés mais punitivo em detrimento dos livros com viés mais defensivo redigidos por advogados; (ii) ênfase na acusação em uma escala muito maior do que na defesa, seja por influência da mídia ou até mesmo pela questão cultural brasileira a qual se coloca numa posição de repulsa ao acusada, prevalecendo a ideia de “culpado até que se prove o contrário” e por fim; (iii) a busca percepção equivocada de que o foco do processo é a chegar a “verdade real” dos fatos, o que leva ao protagonismo do magistrado³. Para além disso, a própria estrutura do inquérito policial gera graves problemas à defesa. A Carta Magna, art. 129, inciso VII e VIII, explicita as funções do MP, dentre elas o controle externo da atividade policial e a posição ativa nas diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: 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;⁴

Sendo responsável tanto pela acusação quanto pela investigação, evidente que durante toda a gestão probatória, o Ministério Público irá adotar linhas que favoreçam os interesses do

² “Enquanto a investigação direta pelo Ministério Público recebeu enorme atenção doutrinária, jurisprudencial e midiática, o mesmo não ocorreu, até o momento, em relação à investigação direta pela defesa. Apesar dos inúmeros livros e artigos defendendo o poder de investigação do órgão acusador, ainda é tímida essa iniciativa no âmbito da Advocacia e da Defensoria Pública, mesmo após a publicação do Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB. Aliás, é possível supor que muitos Advogados desconheçam a possibilidade de instauração de uma investigação defensiva paralela ao inquérito ou processo.” TALON, Evinis. **Investigação Criminal Defensiva**: De acordo com a Lei Anticrime. 1ª Edição. Gramado, RS: ICCS – International, 2020. p. 13.

³ TALON, *loc. cit.*

⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Parquet⁵. Não fosse o suficiente, à defesa é inclusive rejeitada a realização de diligências na fase preliminar⁶, ao passo que ao Ministério Público, é liberada a requisição de diligências para fundamentar sua acusação⁷. Até mesmo o acesso a informações constantes no inquérito policial é muitas vezes de difícil acesso ao advogado, a despeito da Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal (STF) e do o art. 7º, XIV, do Estatuto da Ordem dos Advogados (OAB) culminado com o art. art. 32 da Lei n. 13.869/2019. Talvez a principal consequência da enxurrada de violações às garantias constitucionais, a mais notória delas a paridade de armas, seja a questão da valoração das provas e do peso desigual que cada prova tem aos olhos do juiz. As principais problemáticas desse ponto, nas palavras de Talon, se manifestam através da supervalorização das palavras dos policiais e do “ônus da prova” atribuído ao réu por alguns julgadores, sobretudo no caso das excludentes de ilicitude⁸, além da grave tendência de os juízes criarem uma espécie de autodireito, o qual carece de referenciais externos e normativos⁹. Tratando especificamente do aspecto da persecução penal, na prática, o que se repara é a atuação muito distante do ideal, tanto por parte da polícia quanto por parte dos juízes. Além do confronto desigual com favorecimento a acusação, há momentos em que a defesa é tratada como mera formalidade ou até mesmo ignorada, desconsiderando a regra legal, ou fazendo uso de justificativas genéricas sem a devida fundamentação, a exemplo do que ocorre com a recente mudança pela Lei Anticrime no art. 282, §3º, do CPP, responsável por estabelecer o contraditório nos casos de decretação de medidas cautelares¹⁰.

Com relação à instrução processual propriamente dita, reitera-se o fato de que ao Ministério Público são garantidas todas as medidas necessárias para requisição de informações, ao contrário do atual cenário de impotência da defesa. A única possibilidade de a defesa agir quando se depara com a necessidade de produção probatória por conta própria é

⁵ *Ibidem*, p.15

⁶ “[...] temos uma política estatal de desconsideração das hipóteses defensivas, sendo tais proposições vistas com maus olhos, e taxadas quase sempre de irrelevantes, impertinentes e/ou protelatórias” BULHÕES, Gabriel. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. Florianópolis, SC: EMAIS, 2019.

⁷ AgRg no HC 591.512/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18/08/2020, DJe 26/08/2020.

⁸ TALON, *op. cit.*, p. 19

⁹ “(...) encontraremos juízes que se declararam imperadores de suas unidades jurisdicionais, nas quais o Direito se confunde com suas preferências pessoais, como se pudessem eles, democraticamente, criar seu autodireito, sem referenciais externos e normativos. O império do ‘eu penso assim’ e ‘se não gostou, recorra’.” ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

¹⁰ Nesse sentido, Talon: “Ora, não é raro que, na prática, os Juízes desconsiderem totalmente a regra e utilizem diretamente a exceção (decretação da medida sem contraditório), afirmando que se trata de caso urgência. [...] A exigência de fundamentação com elementos do caso concreto, apesar de ser um limite, é facilmente manipulável.” TALON, *op. cit.*, p. 26

a requisição direta ao juiz, o qual, quando não indefere diretamente o pedido, constrange a defesa para que revele suas intenções com a prova, o que pode até mesmo comprometer a utilização da prova¹¹. Tal cenário demonstra o quão perigoso é o sistema penal brasileiro para o acusado, haja vista que a defesa é ativamente desprezada no curso processual.

3. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

3.1 LEGISLAÇÃO E FUNDAMENTOS

Em primeiro lugar, cabe salientar que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro uma disposição expressa na Constituição Federal ou no Código Penal, tampouco no Código de Processo Penal, que garante ao advogado a prerrogativa de conduzir uma investigação paralelamente à Polícia e ao M.P. Fora do meio legislativo, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, inexistem fortes referências capazes de sedimentar o cenário de investigação privada no Brasil¹². Especificamente em relação à jurisprudência, a mais emblemática encontra-se no Superior Tribunal de Justiça.¹³ Entretanto, da mesma forma, não há regulamentação que proíba a investigação privada. Diante disto, resta buscar a fundamentação dessa prerrogativa através de inferências dos dispositivos constitucionais, principalmente do art. 5º, LIV e LV, que garantem o devido processo legal, bem como o respeito ao contraditório e ampla defesa, princípios basilares da ideia de paridade de armas, a base da investigação criminal defensiva. Em menor grau, a súmula vinculante n. 14 do STF, também abarca ligeiramente a ideia de investigação defensiva, haja vista que garante a ciência do teor da investigação por parte da defesa, que terá a possibilidade de preparar uma resposta adequada e embasada. As fontes infraconstitucionais, por sua vez, apesar de não disporem diretamente sobre o tema, também não podem ser descartadas para fins de fundamentação,

¹¹ Sobre o tema: Às vezes, a defesa é intimada para informar o que pretende provar com tal diligência, algo teratológico que produz a necessidade de antecipar nos autos a estratégia defensiva. TALON, *loc. cit.*

¹² “Ademais da doutrina ainda incipiente — basta ver as referências desta pesquisa, quase todas de meros artigos, e a maioria publicados apenas em meio eletrônico —, a investigação defensiva carece de jurisprudência, em especial das cortes maiores, capaz de suprir as dúvidas e até impasses aqui expostos” COSTA, João Carlos Faria da. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Investigação defensiva: a evolução do tema e os problemas de sua aplicabilidade**. Prisma Jur., São Paulo, v. 20, n. 2, p. 351-374, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/21010>. Acesso em: 20/01/2023

¹³ (...) a Defesa do IMPETRANTE, no exercício do legítimo interesse de conduzir Investigação Defensiva, objetivando a constituição de acervo probatório lícito, cujo direito lhe é assegurado em qualquer procedimento ou fase da persecução penal, nos termos do Provimento n.º 188/2018 do Conselho Federal da OAB, realizou diligência administrativa aos 16.03.2020 perante o DRCI, visando obter informações MS 2.6627-DF (2020/0177090-7, DJ 01/09/2020)

dentre elas, o art. 231 do Código de Processo Penal (CPP), que estabelece que as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo, o art. 396-A do CPP, que estabelece a possibilidade de resposta à acusação com novos documentos, o conceito de cadeia de custódia do art. 158-A do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/2019 (Lei Anticrime), e por fim, talvez a fonte mais imponente sobre o tema o provimento 188/2018 da OAB, que preconiza o uso desse instituto não só na investigação preliminar, mas em todas as fases processuais.

3.1.1 Provimento 188/2018 da OAB

Por se tratar de um mero provimento, tendo em vista que não passou pelo processo legislativo competente¹⁴, não se trata de uma legislação propriamente dita e, portanto, não tem o poder de vincular decisões judiciais, atos investigatórios dos delegados, da polícia judiciária, muito menos do Ministério Público¹⁵. Eis que surge a primeira problemática da ausência de legislação específica sobre o tema, a qual acarreta em restrições do uso dessa prerrogativa e antinomias dentro do ordenamento.

O caso mais evidente dessa situação é a situação dos detetives privados. O art. 1º deste provimento estabelece que o advogado no âmbito da investigação defensiva, pode conduzi-la com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados¹⁶. Analisando a Lei n. 13.432, de 11 de abril de 2017 que discorre sobre os limites e funções da ocupação de detetive particular, verifica-se que essa assistência tem um significativo entrave que quase faz cair por terra esta parte do art. 1º.

A lei define o detetive particular como aquele que, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeje e execute coleta de dados e informações de natureza não criminal, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos¹⁷. Atenção para o detalhe que são dados e informações de natureza não penal.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. - Art. 59 da CF.

¹⁵ “Noutros termos, concede um poder – que poderia ser presumido a partir do princípio da ampla defesa – e disciplina os aspectos jurídicos e éticos, mas não impõe a sua observância às autoridades públicas.” TALON. *op. Cit.*, p. 51

¹⁶ CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Provimento 188/2018, de 11 de dezembro de 2018.

¹⁷ Art. 2º: A investigação defensiva pode ser desenvolvida na etapa da investigação preliminar, no decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer. CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, loc. Cit.

Contudo, existe a possibilidade desses profissionais atuarem no âmbito penal, nos moldes do art. 5 da referida lei¹⁸, que restringem a atuação no setor criminal a permissão do delegado.

Evidente que se a investigação criminal por esses profissionais precisa obrigatoriamente de autorização da autoridade responsável pela investigação, a qual detém discricionariedade total para recusar a participação de um profissional capacitado da defesa, desequilibrando o “jogo” processual, não só a atuação do detetive particular vai ser reduzida em grande escala como também a haverá uma grande violação do princípio da paridade de armas.

3.1.2 Projeto de Legislação que abarca a investigação defensiva

Já em abril de 2009, existiam projetos de renovação do CPP que dispunham da investigação defensiva. O Projeto de Lei do Senado n. 156/2009, futuro PL n. 8.045/2010, estabelecia em seu art. 14 (art. 13 no PL n. 8.045/2010)¹⁹ a ideia de que o investigado, por meio de seu procurador, poderia ativamente buscar fontes de prova capazes de comprovar a sua inocência. Tal proposta não foi colocada de maneira irrestrita, tendo algumas limitações de entrevista com a vítima do caso²⁰ e também prevendo uma reparação na possibilidade de cometimento de excessos durante a condução da investigação²¹. Atualmente o referido P.L encontra-se paralisado aguardando a criação de comissão temporária pela MESA.

3.2 CONCEITOS E ASPECTOS GERAIS

¹⁸ Art. 5º: O detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante. Parágrafo único. O aceite da colaboração ficará a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo. CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, *loc. Cit.*

¹⁹ 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. Projeto de Lei do Senado n. 156/2009/ PL n. 8.045/2010. BRASÍLIA. Assembleia Legislativa. Projeto de Lei PL 8.045/2010. Altera o DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941, o Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 24 jan. 2023. Texto Original.

²⁰ § 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. Projeto de Lei PL 8.045/2010, *loc. Cit.*

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

²¹ § 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos, *loc. Cit.*

É através do Provimento 1888/2018 da OAB que o conceito de investigação criminal defensiva adentra oficialmente ao ordenamento jurídico brasileiro. O art. 1º é claro ao dispor que:

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.

A definição utilizada pela Ordem dos Advogados advém da doutrina italiana a qual foi reproduzida na doutrina brasileira através dos teóricos André Boiani e Azevedo e Édson Luís Baldan²². Tal disposição alia-se ao disposto no art. 231 do CPP o qual confere a possibilidade de juntada de documentos em qualquer fase do processo. Num rol exemplificativo, as investigações defensivas abarcam: juntada de documentos; tomada de depoimentos; acareações; perícias; obtenção de fotografias ou gravações; análise de locais ou coisas para descrição; reconhecimentos de pessoas; reconhecimentos de coisas; reconstituição de crime ou reprodução simulada dos fatos; auto de avaliação de coisa²³. Além de defesa do acusado, a investigação privada terá a importante função de fornecer mais um par de olhos sobre as provas, além de propor a análise de cenários e provas que não foram consideradas pela acusação.

Em suma, a investigação defensiva brilha nas situações em se observa a ausência de elementos suficientes no inquérito policial ou no termo circunstanciado ou ainda quando a autoridade responsável pela investigação indefere os requerimentos de diligências investigativas realizadas pelo acusado, oportunidade em que este fica à mercê da gestão probatória da acusação ou ainda quando o réu não detenha facilmente elementos probatórios capazes de provar sua inocência, mas tem a possibilidade de produzir provas capazes de fazê-lo, necessitando, de uma investigação paralela para auxiliá-lo.

Além desses pontos, nas palavras de Francisco da Costa Oliveira²⁴:

Impulsionar o conhecimento da argumentação contrária aos pontos de vista da Defesa, logo no momento da Acusação, se este vier a ter lugar. Pela intervenção da Defesa nas investigações criminais e pela exploração das suas teses iniciais por parte das autoridades judiciárias, o defensor obterá ainda um precioso contributo para a

²² AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. **A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando**. Boletim IBCCrim, São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004.

²³ TALON. *op. Cit.*, p. 61

²⁴ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 21

reavaliação da direcção da Defesa, em toda a sua actuação subsequente. Isto, porque os resultados das diligências de investigação requeridas passarão a constar do Inquérito e, certamente, sobre tais resultados as entidades judiciárias terão de pronunciar-se.

Com relação às finalidades da investigação defensiva podemos identificar a possível absolvição do réu, coletando material probatório que demonstre a inexistência de materialidade e a ausência de autoria, a nulidade da instauração do processo, através da demonstração de ilegalidades pré e durante o processo em si, aferimento dos elementos fáticos do caso concreto, estabelecendo com precisão a data e a circunstância dos fatos²⁵, objetivando a prescrição/decadência, o afastamento de qualificadoras, agravantes e causas de aumento, e o acolhimento de atenuantes.

Adentrando aos limites da investigação defensiva, a primeira ressalva que há de ser feita é com relação à reserva de jurisdição, ou seja, o advogado ou profissional de investigação subordinado ao advogado deve observar os limites legais estabelecidos do mesmo modo que a atuação da autoridade policial e do Ministério Público também os observa. Esses limites são os impostos pelo próprio Código de Processo Penal e Leis esparsas que delimitam quais são as diligências que dependem de autorização judicial, a exemplo da liberação do acesso ao banco de dados de identificação²⁶, busca e apreensão de bens que se suspeita que seja produto de crime²⁷, interceptação de comunicações telefônicas²⁸, dentre outras.

Diferentemente dos atos praticados por entidades públicas, a investigação criminal conduzida pelo advogado não goza de “fé-pública” e muito menos do uso legítimo da força. Desse modo, evidente que determinados atos somente poderão ser realizados pela Polícia, sob pena de ilicitude da conduta e da prova obtida²⁹.

²⁵ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07** de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

²⁶ BRASIL. Lei de execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. BRASIL. Art. 9º-A, §2º.

²⁷ BRASIL. Lei de Drogas. Lei nº 11.343 de 11 de agosto de 2006. BRASIL. Art. 60.

²⁸ BRASIL. Lei de Interceptações. Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996

²⁹ Nesse sentido, Oliveira: [...] o principal obstáculo com que poderá deparar-se o arguido nas suas próprias investigações será o da escassez de meios de averiguação e obtenção de prova que envolvam terceiras pessoas ou poderes de autoridade. Porquanto, nem todos os terceiros estarão dispostos a colaborar com o arguido, nem este pode alcançar todos os meios de prova que consiga identificar como úteis ou necessários à sua Defesa. Op. Cit., p. 56-57.

4. INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA EM OUTROS PAÍSES

Diversos países implementam a investigação defensiva nos seus respectivos ordenamentos jurídicos, mas dois deles se sobressaem quanto à relevância e possível aplicabilidade no ordenamento brasileiro: A Itália e os Estados Unidos.

4.1 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO ITALIANO

A Itália possui sistema muito processual muito parecido com o brasileiro, com a nítida diferença que existem bases sólidas para as prerrogativas defensivas no curso processual. Nesse sentido, muito se estuda a possibilidade de adotar o modelo italiano, importando grande parte desses elementos, em especial a investigação defensiva.

Especificamente no âmbito processual italiano, o qual por muito tempo, por influência do fascismo, adotou a perspectiva inquisitória, adota uma sistemática acusatória³⁰ como meio de assegurar um processo penal mais democrático com maior respeito aos direitos humanos³¹. Essa mudança se fez presente na reforma do Código de Processo Penal em 1988, oportunidade em que as partes ganharam maior valorização e protagonismo no processo como um todo, em contrapartida à ideia de sentença já pronta no gabinete do juiz³². Uma repercussão das mudanças no ordenamento italiano foi a revisão do texto constitucional, especificamente no art. 111, o qual estabelece as bases para a investigação criminal defensiva³³, calcada na ideia de aproximação defensiva na análise da formação da prova³⁴,

³⁰ TRIGGIANI, Nicola. **Le investigazioni della difesa tra mito e realtà. In Archivio della Nuova Procedura Penale.** n. 1, gennaio/febbraio, 2011, p. 01.

³¹ “A base do sistema processual italiano advém do texto constitucional e dos tratados de direitos humanos, a exemplo da Convenção Europeia de Direitos do Homem.” Silva, Franklin Roger Alves. (2019). **Investigação Criminal Direta pela Defesa.** 14ª. ed. Salvador: Juspodivm. ISBN 978854422886.

³²O 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.” *Ibidem.* p. 219

³³ Art. 111: A jurisdição atua-se mediante o justo processo regulado pela lei. Cada processo desenvolve-se no contraditório entre as partes, em condições de igualdade perante juiz terceiro e imparcial. A lei assegura a razoável duração. No processo penal a lei assegura que a pessoa acusada de um crime seja, no mais breve tempo possível, informada reservadamente sobre a natureza e os motivos da acusação dirigida ao seu cargo, disponha de tempo e das condições necessárias para preparar a sua defesa; tenha faculdade, perante o juiz, de interrogar ou de fazer interrogar as pessoas que fazem declarações sobre ele, obter a convocação e o interrogatório de pessoas para sua defesa nas mesmas condições da acusação e adquirir qualquer outro meio de prova a seu favor; seja assistido por um intérprete, se não compreender ou não falar a língua utilizada num processo. O processo penal é regulado pelo princípio do contraditório na formação da prova. A culpabilidade do arguido não pode ser provada com base em declarações dadas por quem, por livre escolha sempre se subtraiu voluntariamente ao interrogatório por parte do arguido ou do seu defensor. A lei regula os casos em que a formação da prova não tem lugar em

afastando a ideia de parte coadjuvante para parte ativa do processo. Pela primeira vez no processo penal italiano, pode-se falar em *diritto alla prova*³⁵, haja vista a permissão conferida à defesa de criar condições para produção probatória propriamente dita³⁶. Essa nova sistemática italiana em muito se assemelha com a ideia de produção probatória americana em virtude de ambas compartilharem a influência própria dos países de *Common Law* no que diz respeito à ideia de contraditório³⁷.

Assim como no ordenamento brasileiro, existem posicionamentos e tendências da magistratura e do ministério público no sentido de encarar a mudança de paradigma como prejudicial em razão da perda do monopólio investigativo por parte do Ministério Público. Apenas nos anos 2000, com a edição do novo código de processo penal italiano que a investigação defensiva ganhou força normativa de fato³⁸. O referido dispositivo confere ao defensor o poder de desenvolver a investigação própria em busca dos elementos de prova em qualquer instância processual, evidentemente respeitando os limites das diligências que demandam autorização judicial. A evolução italiana no tema foi tamanha que não há uma distinção significativa entre os elementos probatórios trazidos pela defesa e os elementos probatórios levados ao tribunal pela acusação. Diferente do que deixa a entender o processo penal brasileiro, a distinção objetiva e subjetiva entre esses elementos não faz parte dos da fundamentação da decisão proferida, tal como ensina Cerqua e Matteo na obra, “*Quale qualifica per il difensore-investigatore*”. Tal legitimidade que as provas produzidas pela defesa têm se dá pelo fato de que todo o procedimento de obtenção privada desses elementos

contraditório por consenso do arguido ou por impossibilidade comprovada de natureza objetiva ou por efeito de conduta ilícita provada. Todas as providências jurisdicionais devem ser motivadas. Contra as sentenças e contra as providências sobre a liberdade pessoal, emitidos pelos órgãos jurisdicionais ordinários ou especiais, é sempre admitido o recurso no Tribunal de Cassação por violação de lei. Pode-se derogar essa norma somente para as sentenças dos tribunais militares em tempo de guerra. Contra as decisões do Conselho de Estado e do Tribunal de Contas, o recuso no Tribunal de Cassação só é admitido por motivos inerentes à jurisdição. ITÁLIA. [Constituição (1947)]. **Constituição da República Itália** de 1947. Roma, Presidente da República.

³⁴ “A iniciativa instrutória é de função das partes, seguindo os poderes de intervenção de ofício pelo juiz, como exceção. Porém, na visão de Franco Cordero, compõem um resíduo necessário, sendo indisponível à matéria penal.” Ver CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 9ª. ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 604.

³⁵ CRISTIANI, Antonio. **Guida alle Indagini Difensive nel Processo Penale**. G. Giappichelli Editore: Torino, 2001, p. 13

³⁶ CAPRIOLI, Francesco. **Indagini preliminari e udienza preliminare**. In Compendio di Procedura Penale. Giovanni Conso, Vittorio Grevi e Marta Bargis (org.). 6ª. ed. Padova: Cedam, 2012, p. 582.

³⁷ SAGNOTTI, Simona Carlotta. **Il contraddittorio: una riflessione filosofico-giuridica**. In Processo Penale e Costituzione. Milano: Giuffrè, 2010, p. 342

³⁸ “Art. 327bis, CPP. 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 VIbis 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, da consulenti tecnici.” Codice di Procedura Penale italiano. 1988.

advém de legislação própria e bases constitucionais sólidas ³⁹, ao contrário do que se observa no ordenamento jurídico brasileiro.

4.2 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO AMERICANO – *ADVERSARIAL SYSTEM*

Como já explicitado anteriormente, a figura do juiz como uma parte da produção de provas é danosa ao acusado que sofrerá os efeitos de uma decisão parcial ou até mesmo apaixonada. Por esse motivo, o sistema jurídico americano, com o intuito afastar, ou ao menos mitigar esse efeito, adotou o *Adversarial System*, modelo esse que tem como uma das suas características inerentes a condução de uma investigação defensiva, como se passa a demonstrar.

Em breve síntese, o sistema adversarial é calcado na ideia de disputa, principalmente no que se refere à construção probatória. Todas as provas, incluindo a sua produção e apresentação perante o tribunal ficam a cargo das partes as quais, teoricamente, estão em plenas condições de igualdade, remetendo a ideia de uma “disputa justa”. Por “disputa justa” entende-se a que a plenitude de paridade de armas reside na premissa de que o juiz, ao realizar diligências para produção de provas, inexoravelmente irá auxiliar uma das partes, desbalanceado a isonomia processual, desequilibrando a relação entres as partes⁴⁰. A fundamentação legal desta prática de produção probatória por parte da defesa encontra-se na sexta emenda à Constituição norte-americana⁴¹. Nesse sentido, o juiz nesse sistema se coloca numa posição totalmente passiva, sendo obrigado a formar a sua convicção com base, única e exclusivamente, nas provas elencadas pelas partes⁴². Extrai-se, portanto, que premissa basilar

³⁹ No curso das indagini preliminari quando o juiz deve adotar uma decisão com intervenção da parte privada, o defensor pode apresentar os elementos de prova a favor do assistido (art. 39 1octies, CPP, italiano).

⁴⁰ Sobre o tema, “Since proof-taking divides into two contrary cases managed by counsel for parties, the court’s sharing of evidentiary burdens with either party is difficult to organize or even to conceive. For if the judge were to take substantial role in evidence-gathering, his activity instantly would translate as help offered to one side in a conflict – that is, a prejudice, bias, and an abdication of judicial neutrality.” (DAMAŠKA, Mirjan. **Evidence law adrift. New Haven and London**: Yale University Press, 1997, p. 82).

⁴¹ EMENDA VI - Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado. Estados Unidos da América. [Constituição (1787)]. Constituição dos Estados Unidos da América. [1787].

⁴² Nesse sentido, aduz Damaška: “By adversary I mean a system of adjudication in which procedural action is controlled by the parties and the adjudicator remains essentially passive. In the fact-finding domain, this implies that the litigants and their counsel decide what facts shall be subject to proof. It further implies that litigants and

desse sistema típico dos países aderente e *Common Law*⁴³, é a ideia de que um juiz completamente imparcial, inerte e até mesmo subjetivamente desinteressado na gestão probatória⁴⁴ é o mais adequado para proferir uma decisão que mais se aproxima da ideia de justiça o que se traduz na melhor resolução dos conflitos legais⁴⁵. Nesta senda:

“The fundamental expectation of an adversarial system is that out of a sharp clash of proofs presented by litigants in a highly structured forensic setting will come the information upon which a neutral and passive decision maker can base a satisfying resolution of the legal dispute”⁴⁶

Neste sistema processual, a atividade investigativa/instrutória da entidade julgadora não apenas é desejável, mas é considerada uma verdadeira pedra no caminho de uma decisão justa. No contexto brasileiro, isso é claro e evidente, tendo em vista os prejulgamentos indesejáveis presentes no exercício das funções de juiz⁴⁷. Tal modelo serve como exemplo de sistema acusatório e muito se cogita a possibilidade de importá-lo para o ordenamento brasileiro. Contudo, como se demonstrará nos capítulos posteriores, a adoção cega do sistema americano “puro” não é o ideal, bastando apenas a adoção de certos elementos chave que, no contexto brasileiro, já são suficientes para assegurar ao investigado melhores condições processuais e paridade de armas com relação à acusação. Para tanto, é oportuno, antes de adentrar nas críticas ao sistema penal em si, destrinchar a respeito do princípio da paridade de armas e como a investigação criminal defensiva se relaciona com essa garantia.

5. INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO MEIO DE ASSEGURAR O PRINCÍPIO/GARANTIA DA PARIDADE DE ARMAS

their counsel are entrusted with seeking evidentiary material, preparing it for use at trial, and presenting it in court.” (DAMAŠKA, **Mirjan. Evidence law adrift**, Op. Cit., p. 74).

⁴³ “As has been discussed extensively by many capable comparativists, this feature relegates the common law trial judge to the role of neutral referee, rather than an active participant in gathering of evidence and its presentation at trial. Lawyers (advocates) shape and control the investigation, accusation, trial and appeal of the case.” (REAMEY, Gerald S. **Innovation or renovation in criminal procedure: is the world moving toward a new model of adjudication**. Arizona Journal of International and Comparative Law, v. 27, n. 3, p. 683-746, 2010, p. 699).

⁴⁴ “Na mesma esteira, a imparcialidade é uma decorrência natural do devido processo legal e de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito. Não há como se conceber uma atividade jurisdicional válida que não vinha a ser conduzida por um juiz equidistante das partes processuais” (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 140).

⁴⁵ “A judge who opens his mouth closes his mind” KHAN. Zafarellah. **A judge who opens his mouth....** Disponível em: <https://www.thenews.com.pk/print/209292-A-judge-who-opens-his-mouth>. Acesso em: 24/01/2023

⁴⁶ LANDSMAN, Stephan. **Rise of the contentious spirit: adversary procedure in Eighteenth Century England**. Cornell Law Review, v. 75, Issue 3, p. 497-609, Mar. 1989-1990, p. 500.

⁴⁷ LOPES JUNIOR. Op. Cit., 2021, Pag. 71

Adentrando especificamente na violação dos princípios e garantias constitucionais, a principal questão concerne ao princípio da paridade de armas no processo penal brasileiro. Tão grave a situação que existe até uma vertente de doutrinadores que discute se há qualquer tipo de paridade de armas no processo de investigação criminal. Ainda que seja evidentemente uma *conditio sine qua non* para um processo judicial democrático, tendo como pilar o Art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal o que se observa na prática é ofuscante supremacia da acusação sobre a defesa. Entretanto, primeiramente, é oportuno definir precisamente o que é o princípio da paridade de armas, especificamente no processo penal. Importante salientar que a violação deste princípio impacta diretamente no comprometimento da igualdade processual, da ampla defesa e do contraditório, consagrados no Art. 5º, inciso LV da Carta Magna.

5.1 CONCEITO E FUNDAMENTAÇÃO

A princípio da paridade de armas no processo penal, apesar da sua extrema importância na garantia de um processo justo e igualitário, não se encontra expressamente disposto no ordenamento jurídico brasileiro, em nenhum dispositivo constitucional, tampouco no Código de Processo Penal. A conceitualização e forma de aplicação desse princípio deriva principalmente de entendimento jurisprudencial das cortes superiores⁴⁸, bem como da interpretação da garantia de um processo igualitário do Art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Muito por conta desse fator, no cenário brasileiro, pouco se tem de referências específicas que tratem exclusivamente do princípio da paridade de armas, muitas vezes apenas aludindo a ideia da necessidade de o Estado garanti-lo, mas sem muitos detalhes, a exemplo de Aury Celso Lima Lopes Junior⁴⁹. Em contrapartida, a doutrina italiana, por conta do histórico recente de codificação de um CPP com viés mais acusatório, é extremamente desenvolvida no tema, tanto que se tornou uma referência mundial em não só no tema de paridade de armas, como no processo penal como um todo.

Um dos principais teóricos italianos a respeito desse assunto, Paolo Ferrua, esclarece:

⁴⁸ [...] 1. A isonomia é um elemento ínsito ao princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da CRFB), do qual se extrai a necessidade de assegurar que as partes gozem das mesmas oportunidades e faculdades processuais, atuando sempre com paridade de armas, a fim de garantir que o resultado final jurisdicional espelhe a justiça do processo em que prolatado. (STF - ARE: 648629 RJ, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 24/04/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO)

⁴⁹ “É um dever correlato do Estado para assegurar um mínimo de paridade de armas e dialeticidade.” LOPES JUNIOR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**, 7ª Edição, Saraiva, São Paulo. 2021, Pag. 71

Di queste garanzie, la più complessa e anche la più minacciata – per i fraintendimenti di cui è oggetto – è il contraddittorio, la cui essenza sta nel diritto delle parti di interloquire, in condizioni di parità, su ogni tema rilevante per la decisione. (FERRUA, Paolo. 2005 Pag. 286)⁵⁰

Nessa senda, o cerne da paridade de armas no processo penal é, em última análise, o contraditório, cuja essência reside no direito das partes de se pronunciarem, com condições igualitárias, a respeito de todas as questões relevantes do processo. Nessa esteira, Ferrua ainda explicita, na mesma passagem, que o direito de defesa do acusado, além de, inviolável, inalienável e inderrogável, é impensável que o contraditório esteja em pleno exercício quando umas das partes não pode intervir em condições de paridade⁵¹. Em outras palavras, sem paridade de armas, não há contraditório, ao passo que sem contraditório, não há devido processo legal, haja vista o grande desequilíbrio funcional no curso do processo. Tal entendimento foi replicado no Brasil através de Eugênio Pacelli e ainda acrescenta o fato de que é plenamente possível sustentar a nulidade absoluta em razão da inevitável violação ao princípio do contraditório⁵². É importante salientar que a paridade de armas não compreende a rasa ideia de plena igualdade de condições em face do embate entre *status libertatis* e *ius puniendi*, ou seja, uma igualdade formal e perfeita, mas evoca a ideia de reciprocidade com respeito às funções intrínsecas de cada parte processual⁵³. A própria estrutura do processo penal impede a igualdade literal de todas as funções entre o ministério público e a defesa⁵⁴. Entretanto, tal especificidade das funções de cada parte dentro do processo não deve se tornar uma justificativa para que o Ministério Público detenha, legalmente, mais mecanismos acusatórios do que com a defesa tem mecanismos defensivos, colocando em grande ameaça o princípio da paridade de armas. Nessa senda, Carlos Alberto Carbone esclarece certamente:

"por este principio se quiere que el Estado litigante esté em pie de igualdad, pero que a más de abarcar la igualdad de armas respecto a las mismas posibilidades de contradecir, ofrecer prueba, recurrir, etcétera, supone también contemplar la igualdad de recursos estructurales y materiales"⁵⁵ (CARBONE, 2019. p. 49-50)

⁵⁰ PAOLO FERRUA – **Il giudizio penale: fatto e valore giuridico** in FERRUA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio M; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo. **La prova nel dibattimento penale**. G.Giappichelli Editore: Torino, 2005. p. 286.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017. E-book, p. 37

⁵³ “Un’identità di situazioni non potrebbe essere attuata, specie nel processo penale, data la diversità di funzioni esplicate delle parti; anche sotto questo primo e più semplice aspetto, il problema dell’eguaglianza non si risolve, spesso, con l’attribuzione di situazioni soggettive eguali, ma di situazione reciproche”. FOSCHINI, Gaetano **Sistema del diritto processuale penale**. Imprenta: Milano, A. Giuffrè, 1965. Descrição 2 v., 1965, p. 261).

⁵⁴ GREVI, Vittorio. **Alla ricerca di um processo penale giusto**. Milano: Giuffrè Editore. 2000, p. 159.

⁵⁵ CARBONE, Carlos. **Principios y problemas del proceso penal adversarial**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2019. p. 49-50.

Em suma, podemos conceituar, portanto, a paridade de armas como a manifestação do princípio do contraditório, que estabelece ao Estado o dever de conferir às partes do processo igualdade de condições de posicionamento e peticionamento, conferindo as mesmas possibilidades de contradizer, oferecer provas, apelar, sem perder de vista as peculiaridades estruturais do processo e função intrínseca de cada parte. Partindo desse pressuposto, cabe agora demonstrar o contexto de desrespeito, bem como as situações em que esse princípio/garantia é ofendido, e até mesmo ignorado.

5.2 PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS NA PRÁTICA

O Ministério Público, ainda que atuando como parte, possui prerrogativas que são negadas à defesa. A própria disposição de lugares na sala de audiência pode ser entendida como uma violação da igualdade processual. Enquanto o promotor está do lado do juiz, ambos num degrau superior, tal como se fosse o ‘braço direito’ do juiz, a defesa fica fisicamente abaixo, junto com o acusado. Evidente que uma pessoa leiga e que entra em um Tribunal e se depara com essa cena, instantaneamente imagina que as pessoas que estão sentadas à mesa principal como sendo pessoas importantes, representantes da justiça. Aparentemente, um detalhe irrelevante, mas há indícios de que tal composição das salas já chegou a influenciar o depoimento de testemunhas e até mesmo o entendimento dos jurados no Tribunal do Júri⁵⁶. Ainda que esteja assegurado por lei a vedação da hierarquia entre as partes⁵⁷, na prática, a realidade é outra. É uma clara violação ao princípio da paridade de armas na medida em que dá maior poder de convencimento implícito e velado à acusação.

Especificamente no curso da investigação preliminar e no processo propriamente dito, observa-se que tanto o magistrado como o M.P demonstram um certo interesse pela condenação do réu sem o menor apego à concretude dos fatos. A ausência de imparcialidade

⁵⁶ “Há indícios de que esse fato influencia o depoimento de testemunhas, e, de forma mais grave, o entendimento dos jurados no Tribunal do Júri.”

SILVA, Naiara Lisboa da. **O Princípio da Paridade de Armas como uma Ficção Jurídica no Processo Penal Brasileiro - Uma Análise sobre a Violação do Princípio e suas Consequências**. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2018/pdf/NaiaraLisboadaSilva.pdf. Acesso em: 15/01/2023

⁵⁷ “Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.” BRASIL. Lei nº 8.906/94 de 4 de julho de 1994. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**.

do juiz é um dos principais fatores desse fenômeno. O curioso é que essa condição indesejável do juiz advém de uma ideia abstrata de clamor social pela justiça ou até mesmo paixão dos juízes em determinado caso. Em última análise, o que se observa é que o objetivo da fase preliminar de investigação criminal vem sendo a busca por elementos capazes para embasar a ação penal, e não a verdade dos fatos, o que por si só já faz com que a polícia judiciária e até o próprio magistrado entrem na cena do crime com o pressuposto de que o acusado é culpado até que se prove o contrário, bastando apenas achar a prova extremamente mais justa e até mesmo mais natural que o inquérito policial tivesse como objetivo buscar a verdade dos fatos⁵⁸. Nesse sentido, Lopes Jr., ao versar sobre o tema da igualdade processual explica justamente esse posicionamento dos juízes:

Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois se evitam eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz “apaixonado” pelo resultado de seu labor investigador e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação. (LOPES JUNIOR. *Aury. Fundamentos do Processo Penal*, 2021, Pag. 71)⁵⁹

A consequência prática disso, além do julgamento parcial dos fatos, é o fato de que a investigação estatal muitas vezes deixa de visualizar fatos e provas importantes que beneficiam o acusado, não necessariamente pelo desejo apaixonado pela justiça, ou até mesmo com objetivo de prejudicá-lo, mas sim pelo simples fato de que já entraram no caso buscando elementos voltados para a condenação. Para além disso, muitas vezes o acusado passa pelo constrangimento⁶⁰ de ser injustamente processado pela ausência de produção de provas na investigação, resultado da atividade incompleta das partes, seja por negligência da polícia judiciária, ou pela impossibilidade legal da defesa⁶¹.

5.3 INVESTIGAÇÃO COMO MEIO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A acusação, em sede de investigação preliminar, vai atrás de meios de prova, tais como a interceptação telefônica, testemunhas, tal como foi o caso supracitado no início deste

⁵⁸ LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. **Natureza inquisitivo-constitucional do Inquérito Policial**. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/natureza-inquerito-policial/> >. Acesso em: 16 jan. 2023.

⁵⁹ LOPES JUNIOR, *Op. Cit.*

⁶⁰ Nesse sentido, Naiara Lisboa da Silva: “Apesar de não haver ato ilícito na instauração de ação penal contra inocente, na prática, a pessoa acusada sofre inúmeros prejuízos e desgastes, considerando o enorme preconceito que recebe da sociedade, podendo vir a ter problemas na família, no trabalho e no convívio social.” SILVA, *Op. Cit.* pag.4

⁶¹ *Ibidem.*

artigo, ressaltando o caráter coercitivo desta convocação, bem como busca e apreensão de bens buscando até a quebra de sigilo se for necessária, ao passo que o advogado da defesa é obrigado a aderir a uma posição passiva, à mercê das acusações, sendo forçado numa posição de contra-ataque apenas no momento oportuno, qual seja este posterior à instauração da ação penal, jamais ativamente buscando provar a inocência do réu. A atividade incompleta das partes, consequência do sistema acusatório com fortes influências do sistema inquisitório, deve ser fortalecida através do desenvolvimento de uma estrutura dialética, afastando-se da ideia de atribuição de poderes instrutórios ao juiz, haja vista o fato de que o Estado já detém um órgão público acusatório, o Ministério Público, devendo agora desenvolver um serviço público de defesa, tão bem armado como o Ministério Público, sem prejuízo de funções.⁶² Evidentemente que um dos meios de abertura de uma estrutura dialética, comentada por Aury Lopes Jr., bem como o meio de dirimir as injustiças causadas por uma investigação parcial nos moldes identificados por Lima Filho, é a investigação criminal defensiva. Permitindo que o advogado conduza sua investigação paralelamente à polícia judiciária, auxiliado por profissionais capacitados, propiciará que provas que ora ignoradas ou mal interpretadas na investigação preliminar possam ser levadas ao conhecimento do magistrado podendo até ocasionar num acordo de não persecução penal ou até mesmo a extinção do processo como um todo. Diferentemente do que é retratado em outros ordenamentos jurídicos, tal como a experiência italiana e a americana, em que não só existe a possibilidade como é pressuposto de uma defesa criminal bem executada, a investigação criminal defensiva promovida por advogados e defensores públicos em favor do réu. Nesse sentido, Aduz Guilherme Kuhn:

A investigação criminal defensiva é uma realidade, ou melhor: trata-se de um imperativo, de uma obrigação do advogado do suspeito, consistente na necessidade de empreender esforços para garantir a melhor defesa possível ou ao menos para evitar uma defesa negligente e/ou omissa. (KUHN, Guilherme, 2022)⁶³

Ora, evidente que a impossibilidade de investigação defesa ao mesmo tempo que esse direito é negado à defesa, é uma clara e grave violação constitucional, visto que inexistente paridade de armas quando a acusação tem o poder de buscar mais informações do que a defesa, sobretudo podendo utilizá-las mais livremente. Não restam dúvidas, portanto, de que a investigação criminal defensiva é um largo passo para garantir a ordem constitucional, especificamente assegurando a igualdade processual e o contraditório. Nas palavras de Nery Junior:

⁶² LOPES JUNIOR, *Op. Cit.*

⁶³ KUHN, Guilherme. **Investigação criminal defensiva**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/investigacao-criminal-defensiva/>>. Acesso em: 16 jan. 2023.

A defesa feita de forma burocrática, apenas para atender formalmente à garantia da ampla defesa, não impede a caracterização da violação dessa garantia constitucional. É necessário que se dê à parte o direito efetivo de ampla defesa. Nery Junior (2010, p. 252)⁶⁴

6. ANÁLISE DA PROPOSTA CRÍTICA DA PROPOSTA DE ADOÇÃO DO SISTEMA ADVERSARIAL

Levando em consideração os principais elementos relativos à paridade de armas, cabe analisar a possibilidade bem como a real necessidade de adoção da totalidade de outro sistema processual para assegurar o referido princípio. A proposta de adoção do *Adversarial System* no Brasil se dá pela necessidade de mudar o contexto e a cultura do processo penal brasileiro, levando a maior colaboração entre as partes com a autoridade julgadora. Em tese, tal sistema é o que melhor propicia uma abertura dialética e melhor levaria a solução justa dos casos, além de garantir a efetiva paridade de armas. Evidente que, tal como todos os modelos processuais, o *Adversarial System* não está imune a críticas. É simplesmente impossível estabelecer um conjunto de regras legais o qual sempre conduz ao resultado correto. Antes de compará-lo com o atual IP inquisitivo brasileiro, cabe adentrar nas falhas desse sistema e possíveis problemas que encontraria no contexto brasileiro.

Em primeiro lugar, à luz das teorizações de Damaška, o sistema adversarial é calcado na ideia de que provas trazidas ao processo se associam às partes. Isso, por si só, pode vir a causar a distorção ou até mesmo o falseamento das provas apresentadas. Talvez o principal caso que isto é evidente é na preparação das testemunhas⁶⁵, que são moldadas da melhor forma, independente da “verdade real”⁶⁶, haja vista a possibilidade de serem instruídas até mesmo a enganar os juízes e jurados⁶⁷. Em outras palavras, a vitória processual é mais

⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 252

⁶⁵ “As an initial matter, consider the deposit of adversary assumptions in dominant AngloAmerican reactions to means of proof. Because counsel for the parties search for the evidentiary material, sift it, prepare it, and develop it in a manner that best advances their client’s interests, all means of proof are readily associated with one or the other party. A radical expression of this association is the proprietary concept of evidence, according to which the witnesses ‘belong’ to their proponents: the party vouches for them and can challenge their trustworthiness only in narrowly circumscribed situations.” (DAMAŠKA, Op. Cit., p. 76).

⁶⁶ “Like any sweeping proposition, the claim that our adversary process is best for truth seeking has qualifications and limits recognized by its staunchest proponents. While it would not be essential, we have again the high authority of Supreme Court pronouncements noting that lawyers in the process are often expected, with all propriety, to help block or conceal rather than pursue the truth.” (FRANKEL, Marvin E. **Partisan Justice**. New York: Hill and Wang, 1980., p. 12).

⁶⁷ “In light of what has just been said about this association in party-driven proceedings, it is not surprising that anxiety about potentially misleading information reaches its highest point in Anglo-American justice. Here, it is

importante do que a verdade. Ainda em relação à testemunha nesse processo, não é comum a prática de confundir a testemunha da parte contrária para que os jurados a entendam mentirosa ou até mesmo desonesta. Nas palavras de Frankel:

“Because the American practice of preparing witness is so wide open to the concoction of false stories or the severe editing of truthful ones, we are told that no ethical lawyer on the European Continent would do anything of the sort. At a halfway point, the English barrister, who in general is the trial lawyer, likewise avoids contact with witnesses before seeing them in the courtroom. But not so the English solicitor, who prepares the case to a considerable degree and ‘briefs’ the barrister. What that adds up to in practical reality is terra incognita to this writer and not essential research for present purposes. It seems enough to say, with confidence, that our own style of witness preparation and direct examination is a major item of battle planning, not a step toward the revelation of objective truth.” (FRANKEL, Marvin E. *Partisan Justice*, p. 16).

Outra falha que o sistema adversarial apresenta seria no tocante ao aspecto econômico. Ainda que o fundamento desse sistema seja a igualdade, trata-se de uma igualdade essencialmente formal, e não material, especialmente quando analisada do ponto de vista econômico. Dito de outro modo, existe uma certa desatenção aos aspectos econômicos das partes, haja vista que, logicamente, aquele que detém maior poder econômico será aquele que terá a melhor representação. A verdade por si só não garante a vitória, há também de se levar em conta a habilidade técnica para fazê-la valer durante o processo⁶⁸. Em outras palavras, a melhor representação processual é muitas vezes mais relevante do que a “verdade real” Essa habilidade, logicamente, é diretamente proporcional à quantidade de dinheiro que a parte pode dispendir em prol dos seus interesses. Essa crítica se refere mais ao processo civil americano do que ao processo penal propriamente dito. Entretanto, comparando-o com o processo penal brasileiro, esta “falha” pode se tornar uma virtude.

Como última peça do quebra-cabeça antes de se estudar a possibilidade de exportar esse sistema para Terra de Santa Cruz, faz-se adequado analisar como se dá a investigação dentro desse modelo. A investigação se dá em dois momentos, o primeiro sendo caracterizado pela à determinação dos fatos e identificação de um suspeito, ou seja, estabelecer uma *probable cause*, ao passo que na segunda parte já há uma individualização do réu, dando início a persecução penal, iniciado pelo ato de *Par excellence*.⁶⁹ Até a segunda metade da

vitally important that each party have an immediate opportunity to challenge sources of information presented by the opponent. The right to cross-examine is enveloped with clouds of eulogy, almost apotheosized for its role in truth-discovery.” (*ibidem*, p. 79).

⁶⁸ CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil: estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. vol. III, p. 262. Outro célebre processualista comparou o processo a um drama, a um “jogo terrivelmente sério”. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Bogotá: Temis, 1994. p. 8.

⁶⁹ *Ibidem*. p. 180/81.

investigação, não há de se falar em direito de defesa, já que ainda não há um sujeito acusado para que possa se defender. Por esse motivo, essa primeira fase é feita em completo sigilo, além de ser realizada pela polícia judiciária em conjunto com a promotoria. Um importante detalhe é que a investigação defensiva no Adversarial System não só é permitida como é um pressuposto. A defesa tem amplos poderes de investigação, tendo liberdade para colher quantos meios de prova achar necessário para fundamentar sua defesa. Não há necessidade, inclusive, de expressa previsão legal para o uso de provas, desde que seja relevante, lícita e apta para se inferir alguma conclusão⁷⁰. Portanto, é lógico pensar que a investigação defensiva é plenamente admissível nas cortes americanas, naturalmente em razão do regime jurídico adversarial adotado, o qual confere às partes a iniciativa investigatória e gestão probatória.

Feita a breve exposição dos principais pontos do *Adversarial System*, cabe a indagação: vale a pena exportar esse modelo para o contexto brasileiro? De um ponto de vista de preocupação da valoração das provas, não necessariamente. Como uma alternativa para assegurar garantias constitucionais do acusado, com certeza é uma alternativa válida. Três pontos são relevantes para responder essa pergunta: (i) a atividade do juiz; (ii) a disparidade econômica das partes e; (iii) a valoração das provas. Como visto no ponto anterior, a condução ativa do juiz na investigação é manifestamente danosa ao acusado em razão da sua parcialidade e proximidade com o promotor. Com relação à disparidade econômica das partes, é importante salientar que no cenário brasileiro atual o acusado está em absoluta desvantagem econômica pelo simples fato de que inexistente a possibilidade de a defesa executar uma investigação própria, independente do capital que detenha. O Estado já está em posição de hipersuficiência econômica em relação ao acusado. Num contexto litigioso, não é o ideal a adoção do sistema, haja vista a disparidade econômica, mas no sistema processual penal, é praticamente uma necessidade para garantir igualdade de produção e gestão de provas. Com relação à valoração das provas, haveria, de fato, uma preocupação com a distorção de provas e testemunhas, tal mudança poderia ensejar tanta injustiça nas decisões como a atividade “apaixonada” do juiz.

A adoção cega desse sistema no Brasil apenas serviria para substituir uma problemática por outra. E é exatamente por isso que a adoção parcial de elementos chave desse sistema, misturando uma atividade investigativa e reguladora do juiz com a iniciativa das partes para produção de provas é o caminho correto. Um desses elementos chave é

⁷⁰ “Não há procedimento rígido previsto em lei para a realização da investigação defensiva, como, aliás, é característico de sistema jurídico da common law. No entanto, devem ser obedecidas as diretrizes gerais estabelecidas no texto constitucional e as orientações emanadas dos Tribunais.” ZILLI, Op. Cit. p. 44.

exatamente a consolidação da investigação criminal defensiva. No sistema adversarial, uma das problemáticas do afastamento completo do juiz da gestão probatória é a falta de controle das provas apresentadas pelas partes. Afastando-o completamente, uma prova essencial pode ser completamente deturpada pela interpretação enviesada da parte que o apresenta. O Juiz completamente inerte pode ser o mais adequado para tomar uma decisão justa, mas se este não tem controle qualquer ingerência sobre a gestão probatória, de nada adianta a sua passividade, haja vista que formará suas convicções com base em possíveis inverdades.

Diante do exposto, entende-se que a implementação da investigação defensiva como um primeiro passo para buscar a mudança da tradição brasileira de passividade defensiva, para uma postura mais adequada por parte do advogado, é ideal para aumentar as garantias constitucionais do acusado sem necessariamente implantar um novo sistema processual. Quanto à valoração das provas, dado o fato de que o juiz não será totalmente inerte, será capaz de ter um certo controle sobre as provas apresentadas, diminuindo a incidência de distorção de provas.

Ou seja, ainda haverá problemas de imparcialidade do juiz e de distorção probatória, mas a atividade do juiz somada com a atividade das partes irá se auto contrabalancear, impedindo que o clamor pela justiça ofusque a interpretação e coleta de provas por parte da acusação/juiz, e impedindo que as partes tenham plena liberdade para mentir e manipular provas e testemunhas. Por fim, a adoção do afastamento do juiz da defesa e da promotoria é essencial. No Brasil, a figura do juiz e do promotor são muito próximas, o que influencia, e muito, a decisão de alguns casos concretos ⁷¹.

Adotando alguns aspectos do sistema adversarial, o juiz, ainda que atue em certos momentos da investigação, não terá uma relação tão íntima com o promotor de justiça, mitigando a violação do princípio da igualdade processual.

7. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO ÂMBITO DO INQUÉRITO POLICIAL

Com relação ao inquérito policial, pode podemos conceitualizar-lo, à luz dos ensinamentos de Aury Lopes Junior como o conjunto de diligências tomadas

⁷¹ “É certo que é comum o surgimento de amizades entre o juiz e o promotor de justiça que atua sempre na mesma vara. Por isso, não deveria ser permitido que se sentassem tão próximos, já que no dia a dia é difícil uma fiscalização mais efetiva acerca de possíveis irregularidades.” SILVA. Op. Cit. p. 13

concatenadamente por órgãos do Estado, em especial a polícia judiciária através da figura do delegado, evidentemente de caráter prévio à instauração do processo penal e de natureza preparatória do processo penal, com a finalidade de averiguar a prova de autoria e indícios de materialidade, as circunstâncias do fato, a princípio, delituoso, para justificar ou não a instauração de processo⁷². No modelo processual brasileiro, o inquérito policial é considerado inquisitivo⁷³, haja vista a ausência de contraditório e ampla defesa⁷⁴, além de concentrar a investigação numa única autoridade⁷⁵. Tal qual como se encontra hoje, o I.P, apresenta duas falhas principais: a postura agressiva e constrangedora da acusação e a superatividade do juiz na busca de provas. Diversos problemas advêm da prerrogativa do juiz de ter a liberdade e o dever de conduzir partes da investigação, requerendo diligências quando as achar necessárias para proferir a decisão de mérito, não podendo restringir sua fundamentação às provas trazidas pelas partes, tal como está claro da leitura do art. 155 do CPP⁷⁶:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Nessa senda, a investigação criminal defensiva se apresenta como clara solução para mitigar a postura do M.P, objetivando uma negociação justa ao acusado, respeitando todas as garantias processuais, bem como contrabalanceará as “paixões” do juiz, como se passa a demonstrar.

⁷² LOPES JUNIOR. Aury. **Direito Processual Penal**, 19ª Edição, Saraiva, São Paulo. 2022, Pag. 50

⁷³ “É só no processo acusatório que o juízo penal é o actum trium personarum, de que falava Búlgaro, enquanto no processo inquisitório a investigação unilateral a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora não se tratar de processo genuíno, mas sim de forma autodefensiva da administração da justiça. Onde aparece o sistema inquisitório poderá haver investigação policial, ainda que dirigida por alguém chamado juiz, mas nunca verdadeiro processo.” GRINOVER, Ada Pellegrini. **Verdade real e verdade formal? Um falso problema**. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**, p. 2).

⁷⁴ (...) I - É cediço que o inquérito policial é peça meramente informativa, de modo que o exercício do contraditório e da ampla defesa, garantias que tornam devido o processo legal, não subsistem no âmbito do procedimento administrativo inquisitorial. Precedentes. (...) (RHC 57.812/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 22/10/2015)

⁷⁵ “Caracteriza-se como inquisitivo o procedimento em que as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma única autoridade, a qual, por isso, prescinde, para a sua atuação, da provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e da sua autoria.” CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018

⁷⁶ Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>.

O acordo de não persecução penal faz parte da chamada justiça penal consensual⁷⁷, ramo do direito cujo principal instituto é o acordo de não persecução penal. A finalidade desses acordos penais, à luz da justiça penal consensual, é a melhoraria da sistemática processo através do consenso, atribuindo caráter resolutivo do conflito em questão, sem passar pelos extensivos trâmites, dentre eles talvez o mais violento de todos, a prisão preventiva. Incorporado ao Código de Processo Penal por meio da Lei n.º 13.964/2019 (Pacote Anticrime), Acordo de Não Persecução Penal diz respeito à possibilidade de acordo entre o Ministério Público e o acusado, obrigatoriamente assistido por seu procurador, momento em que a investigado assinará um termo de confissão formal da autoria do crime, acordando com o cumprimento de determinadas sanções que não abarcam aquelas privativas de liberdade a fim de que não seja dado seguimento à persecução penal⁷⁸.

Contudo, sistematicamente e estruturalmente, existem sérios problemas em como esse instituto se dá no ordenamento atual. Um desses problemas se desenvolve justamente em razão do caráter inquisitorial do sistema⁷⁹. O ponto mais óbvio é no que tange a ao sistema inquisitorial e a obtenção de provas. Uma característica do sistema inquisitivo brasileiro reside no fato de que a defesa não está devidamente autorizada a participar ativamente do inquérito policial⁸⁰. Idealmente, o I.P não é voltado para produção de provas, apenas indícios de materialidade e de autoria. Inclusive, é cediço o entendimento que o inquérito policial produz conclusões fáticas frágeis e inseguras, com base nas inferências desprovidas de qualquer contorno judicial⁸¹. Nesse sentido, no âmbito da não persecução penal, o conjunto de elementos produzidos na investigação o qual servirá de base para negociações, não pode conter viés condenatório, mas sim um material imparcial que propicie uma negociação justa⁸². Justamente à luz desse contexto que é desenvolvido a ideia de “barganha” processual⁸³. Nesse

⁷⁷ GORDILHO, Heron José de Santana. **Justiça Penal Consensual e as Garantias Constitucionais no Sistema Criminal do Brasil e dos EUA**. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/12148>. Acesso em: 24/01/2023.

⁷⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 244.

⁷⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado**. Boletim do IBCCrim, ano 27, n. 317, 2019.

⁸⁰ “[...] o inquérito policial desautoriza a participação ativa da defesa, desatentando, entre outros, para os princípios da ampla defesa e do contraditório, situação que impossibilita, substancialmente, que o acusado e seu defensor questionem eventuais arbitrariedades e demonstrem a sua perspectiva acerca da ocorrência dos fatos.” TODESCHINI, Giovanna Thomaz, OSÓRIO, Fernanda CORRÊA. **A Relevância da Investigação Criminal Defensiva como Força Assecuratória das Garantia do Acusado no Âmbito do Arcor de Não Persecução Penal**. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/01/giovanna_todeschini.pdf> acesso em: 21/01/2023. P. 15

⁸¹ *Ibidem*, p.16

⁸² LOPES JÚNIOR, Op. Cit., 2017.

⁸³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015. p.172-175.

sentido, firmar um acordo de não persecução penal, impondo uma condenação ao acusado, única e exclusivamente com base nos elementos juntados pela acusação em conjunto com a polícia, além de representar uma clara violação do contraditório, gera o risco de imputação presumida.

Outra problemática é o papel do Ministério Público (M.P). Ao M.P são atribuídas simultaneamente as funções de acusar e julgar⁸⁴, o que por si só atribui uma autoridade judicial que confere a este órgão o intenso domínio de barganha sobre o acusado. Na prática, o promotor de justiça gera constrangimento e através de ameaças de denúncia o réu pela prática de delitos mais graves em relação àqueles que efetivamente praticou, chegando até mesmo a acusá-lo de crimes não praticados pelo investigado⁸⁵. Dessa maneira, o teor do pacto estabelecido entre as partes, encontra-se eivado de irregularidades em razão da injusta pressão a qual inexoravelmente conduzirá o acusado a se auto responsabilizar por condutas que não cometeu, com receio das consequências de desrespeitar a autoridade do Ministério Público, qual seja a recorrente prática do overchanging. A investigação defensiva entra como mecanismo de assegurar garantias constitucionais do acusado na medida em que, partindo do pressuposto que em razão do caráter inquisitorial do I.P, a defesa não conhece a integralidade das provas existentes, pelo simples fato de que não tem como buscá-las, é de extrema dificuldade a avaliação real das possibilidades de absolvição do acusado⁸⁶, perdendo, assim, grande parte da sua força de barganha. Ademais, a mera atividade de investigação defensiva já atribui um caráter de fiscalização das atividades oficiais, garantindo um acervo probatório mais justo. Diante do exposto, é evidente que tal como está, o instituto do acordo de não persecução penal, apesar de aparentar um meio de diminuição das sanções penais, possibilitando a não instauração de um processo penal, gera uma grande quantidade de injustiças muito em virtude de a atividade de Estatal não ter um contrapeso. Por esse motivo, a investigação defensiva vem como vital alternativa para garantir a aplicação do princípio da paridade de armas. Afastar o instituto é o mesmo que afastar o contraditório e o devido processo legal. O aumento de provas, acarretado pela investigação defensiva, e interpretação dessas provas assegura ao acusado uma fundamentação mais justa e paritária não só nos acordos de não persecução penal, mas no processo como um todo, no caso de acordo

⁸⁴ *Ibidem*. p. 162-163.

⁸⁵ NAVES, Luciana Freire. Plea **Bargaining**: a transação penal nos Estados Unidos da América. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, v. 3, n. 5, p. 219-260, jan. 1995. p. 235-238).

⁸⁶ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **Expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v.14, p. 331-365, 2014. p. 346.

infrutífero, como também é um mecanismo de defesa contra as práticas abusivas do Ministério Público.

CONCLUSÃO

Não importa o quão bem tenha sido desenvolvida a teoria, de nada serve sem a prática. Em última análise, a teoria sem a prática são apenas palavras desconexas da realidade, ao passo que a prática sem a teoria é apenas um ativismo vazio. A união de ambos, todavia, gera uma ação capaz de criar e modificar elementos relevantes da sociedade. No direito, isso não é diferente. Ainda que o sistema penal brasileiro de investigação teoricamente seja voltado para a busca do mito da “verdade real” dos fatos, a prática revela que a atuação desbalanceada dos órgãos de investigação/acusação acaba por criar grandes injustiças em nome do próprio clamor pela justiça. A experiência brasileira, como se tentou demonstrar presente artigo, carece de um contrapeso por parte da defesa, a fim de que as garantias constitucionais do investigado sejam plenamente asseguradas. Essencialmente, é seguro dizer que o principal problema enfrentado no que tange ao acusado no âmbito do processo penal é a ausência de paridade de armas. A falta de aplicação mais efusiva desse princípio é o principal fator de o Ministério Público, na posição tanto de fiscal da lei como de acusação, e os juízes, adotarem uma postura muito mais autoritária e desarrazoada para com o acusado, o qual carece de meios adequados de defesa em virtude da falta de um instituto próprio e regulado para esse fim, além da ausência de costume dos advogados da defesa de adotarem uma postura mais ativa. Isto se manifesta tanto no teor das decisões, no processo propriamente dito, quanto no âmbito dos acordos de não persecução penal, oportunidade em que a isonomia das partes é tão mitigada que permite até mesmo o constrangimento do acusado a confessar formalmente fatos delituosos que sequer cometeu.

Ainda com esses problemas, não é sensato pensar que o sistema punitivo brasileiro é totalmente falho e deve necessariamente ser substituído. Todo sistema tem problemas inerentes, fazendo com que a mera troca de um pelo outro seja apenas uma substituição de problemas igualmente relevantes. Nesse sentido, ainda que a experiência italiana e o sistema adversarial americano sejam extremamente desenvolvidos no que toca a defesa dos pilares constitucionais de defesa do acusado, peca em não resolver os problemas das valorações das provas e de deixar o juiz numa posição de completa inércia, com pouca margem para atentar contra irregularidades na gestão probatória. Por essa razão, não é interessante afastar completamente o juiz do seu papel de realizar diligências, mas muito menos interessante é o

afastamento da defesa no processo de produção de provas. Nesse sentido, não há efetiva necessidade de mudar completamente o sistema processual penal, mas nada impede que alguns elementos iminentemente acusatórios do sistema italiano e americano possam ser implementados no contexto brasileiro. Um desses elementos, e talvez o mais importante, seja a investigação criminal defensiva. A adoção plena da investigação defensiva nos códigos e leis, por si só, garante no mínimo uma condição mais favorável à parte necessariamente mais hipossuficiente da relação processual. Ademais, no que toca à postura do juiz e da acusação, a investigação defensiva também servirá como um ato de fiscalização do cumprimento dos atos investigativos evitando possíveis erros em virtude da postura pré-formada dos agentes públicos. No que tange ao acordo de não persecução penal, a postura autoritária da acusação, muito em razão da impossibilidade de produção probatória por parte da defesa, cai por terra em razão da melhor ciência do investigado e de seus patronos na sua real situação, dirimindo o constrangimento em razão do desconhecimento da totalidade do acervo probatório.

A investigação defensiva no Brasil ainda está em fase embrionária. Levando isto em consideração, a necessidade mais urgente para implementação efetiva da investigação defensiva no ordenamento jurídico é a implementação de lei própria que venha a reger o tema. Dado ao fato de que os juízes não veem com bons olhos a perda do monopólio investigativo, sem uma legislação com força de vincular as decisões judiciais, a ideia de paridade de armas ficaria apenas no campo das ideias. O resultado prático será um equilíbrio que conciliará tanto a atividade regulatória e investigativa do juiz, em menor grau do que é hoje, tendo em vista que a superatividade do juiz também é um problema a ser resolvido por uma mudança na postura legislativa, tanto a atividade investigativa das partes. Tal solução impede, ou ao menos mitiga, os incidentes de decisões parciais dos juízes, pela fiscalização das partes, especialmente a defesa, bem como a distorção probatória que se observa com mais frequência no modelo adversarial do Estado Unidos da América, haja vista que o juiz não é completamente imparcial. Com o tempo, não só os resultados práticos asseguram as garantias fundamentais do cidadão, como gradativamente acarretará na mudança cultural da justiça penal brasileira, com vistas ao art. 5, inciso 57 da Carta Magna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA:

AgRg no HC 591.512/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18/08/2020, DJe 26/08/2020

AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. **A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando**. Boletim IBCCrim, São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. - Art. 59 da CF.

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

BRASIL. Lei de execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. BRASIL. Art. 9º-A, §2º.

BRASIL. Lei de Drogas. Lei nº 11.343 de 11 de agosto de 2006. BRASIL. Art. 60.

BRASIL. Lei de Interceptações. Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996

BRASIL. Lei nº 8.906/94 de 4 de julho de 1994. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**.

BULHÕES, Gabriel. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. Florianópolis, SC: EMAIS, 2019.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil: estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. vol. III, p. 262. Outro célebre processualista comparou o processo a um drama, a um “jogo terrivelmente sério”. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Bogotá: Temis, 1994. p. 8.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018

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

CARBONE, Carlos. **Principios y problemas del proceso penal adversarial**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2019. p. 49-50.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Provimento 188/2018, de 11 de dezembro de 2018

CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 9ª. ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 604.

COSTA, João Carlos Faria da. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Investigação defensiva: a evolução do tema e os problemas de sua aplicabilidade**. Prisma Jur., São Paulo, v. 20, n.

2, p. 351-374, jul./dez. 2021. Disponível em:
<https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/21010>. Acesso em: 20/01/2023

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado**. Boletim do IBCCrim, ano 27, n. 317, 2019.

CRISTIANI, Antonio. **Guida alle Indagini Difensive nel Processo Penale**. G. Giappichelli Editore: Torino, 2001, p. 13

DAMAŠKA, Mirjan. **Evidence law adrift**. New Haven and London: Yale University Press, 1997, p. 82

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. [Constituição (1787)]. Constituição dos Estados Unidos da América. [1787].

FOSCHINI, Gaetano **Sistema del diritto processuale penale**. Imprenta: Milano, A. Giuffrè, 1965. Descrição 2 v., 1965, p. 261

FRANKEL, Marvin E. **Partisan Justice**. New York: Hill and Wang, 1980., p. 12

GORDILHO, Heron José de Santana. **Justiça Penal Consensual e as Garantias Constitucionais no Sistema Criminal do Brasil e dos EUA**. Disponível em:
<https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/12148>. Acesso em: 24/01/2023.

GREVI, Vittorio. **Alla ricerca di un processo penale giusto**. Milano: Giuffrè Editore. 2000, p. 159.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Verdade real e verdade formal? Um falso problema**. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**, p. 2).

ITÁLIA. [Constituição (1947)]. **Constituição da República Itália** de 1947. Roma, Presidente da República.

KHAN. Zafarellah. **‘A judge who opens his mouth....** Disponível em:
<https://www.thenews.com.pk/print/209292-A-judge-who-opens-his-mouth>. Acesso em: 24/01/2023

KUHN, Guilherme. **Investigação criminal defensiva**. Disponível em:
 <<https://canalcienciascriminais.com.br/investigacao-criminal-defensiva/>>. Acesso em: 16 jan. 2023.

LANDSMAN, Stephan. **Rise of the contentious spirit: adversary procedure in Eighteenth Century England**. Cornell Law Review, v. 75, Issue 3, p. 497-609, Mar. 1989-1990, p. 500.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 244.

LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. **Natureza inquisitivo-constitucional do Inquérito Policial**. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/natureza-inquerito-policial/> >. Acesso em: 16 jan. 2023.

LOPES JUNIOR. Aury. **Crise da Investigação Preliminar Brasileira**, vídeo. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ozpw4Z8WaKc&ab_channel=VivaDireito. Acesso em: 31 jan. 2023.

LOPES JUNIOR. Aury. **Direito Processual Penal**, 19ª Edição, Saraiva, São Paulo. 2022,

LOPES JUNIOR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**, 7ª Edição, Saraiva, São Paulo. 2021.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **Expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v.14, p. 331-365, 2014. p. 346.

NAVES, Luciana Freire. **Plea Bargaining: a transação penal nos Estados Unidos da América**. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, v. 3, n. 5, p. 219-260, jan. 1995. p. 235-238).

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 252

OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. P. 21

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017. E-book, p. 37

PAOLO FERRUA – **Il giudizio penale: fatto e valore giuridico** in FERRUA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio M; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo. **La prova nel dibattimento penale**. G.Giappichelli Editore: Torino, 2005. p. 286.

Projeto de Lei do Senado n. 156/2009/ PL n. 8.045/2010. BRASÍLIA. Assembleia Legislativa. Projeto de Lei PL 8.045/2010. Altera o DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941, o Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 24 jan. 2023. Texto Original.

REAMEY, Gerald S. **Innovation or renovation in criminal procedure: is the world moving toward a new model of adjudication.** Arizona Journal of International and Comparative Law, v. 27, n. 3, p. 683-746, 2010, p. 699

RHC 57.812/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 22/10/2015

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017

SAGNOTTI, Simona Carlotta. **Il contraddittorio: una riflessione filosofico-giuridica.** In Processo Penale e Costituzione. Milano: Giuffrè, 2010, p. 342

Silva, Franklin Roger Alves. (2019). **Investigação Criminal Direta pela Defesa.** 14^a. ed. Salvador: Juspodivm. ISBN 978854422886

SILVA, Naiara Lisboa da. **O Princípio da Paridade de Armas como uma Ficção Jurídica no Processo Penal Brasileiro - Uma Análise sobre a Violação do Princípio e suas Consequências.** Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2018/pdf/NaiaraLisboadaSilva.pdf. Acesso em: 15/01/2023

STF - ARE: 648629 RJ, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 24/04/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO

TALON, Evinis. **Investigação Criminal Defensiva: De acordo com a Lei Anticrime.** 1^a Edição. Gramado, RS: ICCS – International, 2020. p. 13.

TODESCHINI. Giovanna Thomaz, OSÓRIO. Fernanda CORRÊA. **A Relevância da Investigação Criminal Defensiva como Força Assecuratória das Garantia do Acusado no Âmbito do Arcor de Não Persecução Penal.** Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/01/giovanna_todeschini.pdf> acesso em: 21/01/2023. P. 15

TRIGGIANI, Nicola. **Le investigazioni della difesa tra mito e realtà.** In *Archivio della Nuova Procedura Penale*. n. 1, gennaio/febbraio, 2011, p. 01

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro.** São Paulo: IBCCrim, 2015. p.172-175.

¹ *Ibidem*. p. 162-163.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal.** São Paulo: RT, 2003. p. 140