

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

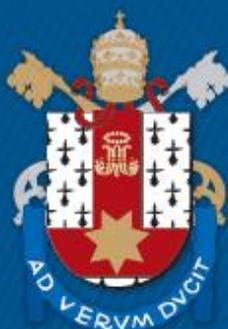
ANA CAROLINA SANHUDO ALVES

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA SOB UMA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA: A
POSSIBILIDADE DE (RE)LEGITIMAÇÃO DA SELETIVIDADE DO SISTEMA PROCESSUAL
PENAL BRASILEIRO**

Porto Alegre

2021

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

ANA CAROLINA SANHUDO ALVES

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA SOB UMA PERSPECTIVA
CRIMINOLÓGICA: A POSSIBILIDADE DE (RE)LEGITIMAÇÃO DA
SELETIVIDADE DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestra pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.

Orientador: Prof. Dr. Ney Fayet de Souza Júnior

Porto Alegre

2021

ANA CAROLINA SANHUDO ALVES

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA SOB UMA PERSPECTIVA
CRIMINOLÓGICA: A POSSIBILIDADE DE (RE)LEGITIMAÇÃO DA
SELETIVIDADE DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestra pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.

Data de aprovação 29/03/2021.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Ney Fayet de Souza Júnior – Orientador

Prof. Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo – PUCRS

Prof. Dr. Antônio Tovo – CEGOV/UFRGS

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

AGRADECIMENTOS

Não posso deixar de referir expressamente minha profunda gratidão a todos aqueles que colaboraram de muitas formas (às vezes sem o saber) para a elaboração da dissertação em tela. Sendo assim, agradeço:

Aos meus pais, Ana Lúcia Sanhudo Alves e Clayton Alves, pelas inúmeras oportunidades concedidas e pelo apoio incondicional em todos os momentos;

Aos meus irmãos, Bruno Sanhudo Alves e Andrey Sanhudo Alves, pela confiança em mim depositada;

Ao meu namorado, Vicente Vanin, pela amizade imprescindível e pelo incentivo diário;

Ao meu orientador, Prof. Dr. Ney Fayet de Souza Júnior, pelos ensinamentos, disponibilidade e por todo o auxílio despendido na elaboração da presente dissertação;

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pelo fornecimento da bolsa de estudos e, conseqüentemente, por ter me possibilitado cursar o Programa de Mestrado em Ciências Criminais;

À Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e seu corpo docente, especialmente o da Faculdade de Direito, por fazer parte de toda a minha trajetória acadêmica e da minha formação ideológica como profissional do Direito.

“O processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível e monstruosa que abala os postulados garantistas”.

Aury Lopes Júnior

“[...] Recebe o mérito a farda que pratica o mal. Me ver pobre, preso ou morto já é cultural.[...]”

Negro Drama – Racionais MC's

RESUMO

A investigação criminal preliminar é meio indispensável à realização da justiça no Processo Penal. Sabendo-se que a disparidade de armas entre as partes é realidade no cenário brasileiro, e visando solucionar essa questão, considera-se a possibilidade de inserir o instituto da investigação defensiva no ordenamento jurídico pátrio. Frente a isso, o presente trabalho dedica-se ao estudo deste tema, com o intuito de analisá-lo sob uma perspectiva criminológica e não puramente processual. O objetivo da pesquisa, portanto, é o exame da possibilidade de (re)legitimação da seletividade do sistema penal por meio do novo modelo investigativo. Nesse sentido, busca-se – através do método dedutivo – apresentar premissas que dialogam entre Processo Penal e Criminologia, perpassando pela conceituação e amparo principiológico do instituto, sua previsão na legislação estrangeira, sua abordagem no ordenamento jurídico brasileiro e sua relação com o sistema criminal elitista e estigmatizante. Tais premissas são elencadas com o propósito de demonstrar os percalços da problemática em apreço, conduzindo à conclusão de que mais que um marco legal que forneça segurança jurídica para a investigação pela defesa, faz-se necessária a transformação do paradigma como um todo, apoiada na mudança de cultura, de perspectivas e de postura, bem como na reengenharia do sistema penal.

Palavras-chave: Investigação defensiva. Paridade de armas. Sistema Penal. Seletividade.

ABSTRACT

The preliminary criminal investigation is an indispensable means to justice achievement in criminal procedure. It is known that the inequality of arms between the parties is a reality in Brazil. In order to solve this problem, one considers the possibility of including criminal defense investigation in Brazil's legal framework. Therefore, the present dissertation is dedicated to this subject, where it aims to analyze it either from a criminological perspective and not only procedural. The objective is to examine whether this new investigative model can (re)legitimize selectivity in the criminal justice system. In this sense, one seeks to present the converging premises between Criminal Procedure and Criminology via the deductive method, going through the concept and the principles of the institute, the foreign legislation, its approach in Brazilian legislation, and its relationship with our elitist and stigmatizing criminal system. Such premises are brought to demonstrate the mishaps of the problem in question, leading us to the following conclusion: more than a legal framework that will promote legal security via criminal defense investigation, it urges that occurs either a transformation of the paradigm as a whole, sustained in a change of culture, perspective, and posture; as well as a reengineering of the criminal system.

Keywords: Criminal defense investigation. Equality of arms. Criminal system. Selectivity.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: O PRIMOR DA TEORIA	13
2.1	ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA DO INSTITUTO	17
2.1.1	Devido processo legal substancial como alicerce da investigação criminal	18
2.1.2	Contraditório e direito de defesa na fase pré-processual	25
2.1.3	Princípio da igualdade e sua relação com a paridade de armas	30
2.1.4	Presunção de inocência e a problemática diante da investigação defensiva	35
2.2	DA LEGALIDADE DO INSTITUTO: ANÁLISE ESTRANGEIRA E BRASILEIRA.....	40
2.2.1	Experiência norte-americana	41
2.2.2	Paradigma brasileiro: modelo italiano	47
2.2.3	Investigação criminal defensiva e sua abordagem pelo projeto de lei nº 8.045/2010	54
2.2.4	Investigação criminal defensiva e a tentativa de regulamentação pela OAB: Provimento nº 188/2018	59
3	INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NA PRÁTICA: A POSSIBILIDADE DE (RE)LEGITIMAÇÃO DA SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO	65
3.1	O ATUAL SISTEMA PENAL BRASILEIRO	66
3.1.1	A estrutura do sistema e a ausência de sintonia entre seus segmentos.....	68
3.1.2	Discurso (des)legitimador <i>versus modus operandi</i>	73
3.1.3	Teoria do etiquetamento: <i>labeling approach theory</i>	79
3.1.4	Da impossibilidade de igualdade formal em uma sociedade desigual e a consequente seletividade penal	84
3.2	INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E A PROBLEMÁTICA DA VALIDAÇÃO DA ELITIZAÇÃO DO SISTEMA	89
3.2.1	Dificuldade de implementação do instituto no sistema penal vigente.....	91

3.2.2	Da ausência de aparato estatal na condução da investigação defensiva: impossibilidade da Defensoria Pública em desempenhar a função no cenário atual.....	96
3.2.3	Do resultado: defesa de medidas legais para a classe dominante e a consequente proteção dos poderosos	101
3.2.4	Da necessidade de mudança de paradigma para uma investigação defensiva efetiva	106
4	CONCLUSÃO	111
	REFERÊNCIAS	114
	ANEXO A – REFERÊNCIAS À LEGISLAÇÃO ITALIANA.....	128
	ANEXO B – PROJETO DE LEI Nº 8.045/2010	139
	ANEXO C – PROVIMENTO Nº 188/2018 DA OAB.....	140

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, a investigação preliminar é alvo de críticas pelos operadores do Direito. Em que pese sua necessidade seja reconhecida, uma vez que ela funciona como filtro processual e – em tese – impediria o ajuizamento de denúncias infundadas, ranços do sistema inquisitório perduram na fase pré-processual e o ali produzido – na grande maioria dos casos – serve unicamente para sustentar a acusação em face do investigado.

Em virtude de a Constituição Federal ter instituído o sistema acusatório e conferido diversas garantias fundamentais aos cidadãos, fora pensada uma hipótese de mudança do cenário vigente. Trata-se da investigação criminal defensiva, criada com o objetivo de contrabalançar a investigação policial, assegurando a legítima igualdade entre as partes e o direito de defesa do imputado.

O propósito deste trabalho, portanto, é analisar o modelo investigativo acima mencionado, suas formas de inserção no ordenamento jurídico brasileiro e as consequências advindas disso. Todavia, no lugar de um exame puramente processual, optou-se por realizar uma pesquisa orientada pela perspectiva criminológica, concentrada na observação do campo penal como um todo e na repercussão gerada por uma nova forma investigativa.

Assim, com base no chamado “Plano Francês”,¹ elabora-se a dissertação em tela, estruturando-a em dois capítulos, ambos subdivididos em tomos iguais, com o intuito de articular ideias de maneira a encadeá-las e proporcionar uma maior compreensão por parte do leitor. O que se busca, por conseguinte, não é a simples justaposição de elementos, mas a construção de um raciocínio que conduza ao problema central do trabalho: a possibilidade de a investigação defensiva ser utilizada como forma de (re)legitimar a seletividade do sistema processual penal brasileiro.

O primeiro capítulo é dedicado à elucidação do instituto. Com o intuito de nortear a pesquisa, conceitua-se a investigação defensiva e se estabelece a sua relação com princípios constitucionais. Considerando-a como o composto de

¹Eduardo de Oliveira Leite, parafraseando Simone Dreyfus, explica que “o plano é um método e um verdadeiro hábito próprio dos juristas franceses, que só concebem uma obra cujo ‘vingamento’ é ‘bem aparente e estruturado, cujos diversos elementos se encadeiam e se articulam dentro do maior rigor e lógicas possíveis’”. (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia Jurídica**. 8. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Série métodos em direito, v.1), p. 159).

atividades de natureza investigatória desenvolvido em qualquer fase da persecução criminal – inclusive na administrativa – pelo defensor do imputado, ela é colocada como uma necessidade democrática. A partir disso, é possível associá-la ao devido processo legal – alicerce da investigação criminal; ao contraditório e a ampla defesa – uma vez que possibilitados na fase preliminar; e à igualdade e paridade de armas, posto serem estas as finalidades primordiais do instituto. Do mesmo modo, associando o novo modelo investigativo ao princípio da presunção de inocência, disserta-se sobre a questão de sua necessidade, pois, se o ônus da prova incumbe a quem alega e, no caso de não apresentação de comprovação inequívoca das alegações, não pode haver condenação, a participação da defesa na investigação – em princípio – não teria utilidade.

Superados esses pontos e demonstrada a indispensabilidade do instituto, dá-se início à análise de sua legalidade. Com o objetivo de comprovar sua viabilidade, examinam-se ordenamentos jurídicos estrangeiros que o reconhecem e aplicam. É o caso de países como Estados Unidos e Itália, onde a defesa possui prerrogativa investigativa e as teses acusatórias não são sobrepostas a ela. Em seguida, disserta-se sobre o caso brasileiro, fazendo-se alusão ao Projeto de Lei nº 8.045/2010 e ao Provimento nº 188/2018 da Ordem dos Advogados do Brasil, pioneiros na realização da abordagem do assunto e de sua prévia regulamentação, respectivamente. Uma vez analisados, são realizadas suas contextualizações no panorama atual e, neste viés, em que pese assumam-se o avanço (ainda que embrionário) do tema e o considere um passo em direção à aplicação fática do sistema acusatório, critica-se o modo como a investigação defensiva fora prevista no primeiro, demonstrando-se as consequências decorrentes disso e, quanto ao segundo, refere-se a existência de pontos a serem aperfeiçoados para sua efetividade.

O segundo capítulo, em contrapartida, direciona-se à perspectiva criminológica do instituto e à sua problemática propriamente dita. Inicia-se trazendo à tona a análise do campo penal. Examina-se sua estrutura, seu discurso e seu *modus operandi*, verificando-se quão falha é a prestação de seu serviço. Constatam-se as consequências decorrentes da estigmatização por ele promovida, bem como da seletividade por ele desenvolvida, relacionando-as com a desigualdade social e com a impossibilidade de uma igualdade formal em uma sociedade sujeita a isso.

Em tal concepção, relaciona-se a investigação defensiva com o atual sistema penal, referindo-se a sua dificuldade de implementação em face da ausência de pressupostos adversariais na fase pré-processual. Denota-se que a presença de traços inquisitivos, somada ao medo instigado na população, faz com que a investigação pela defesa não receba o estímulo necessário para ser colocada em prática. Na sequência, analisa-se a impossibilidade de a Defensoria Pública atuar na investigação preliminar do imputado, em face da sua alta demanda, e conclui-se que – em virtude de que a maioria da população precisar fazer jus aos serviços daquela – a investigação defensiva seria (mais) uma medida legal para a proteção de poderosos, uma vez que estes teriam condições de arcar com os custos da contratação de um advogado particular.

Por fim, expostos os benefícios e os riscos do instituto, demonstra-se a necessidade de uma reestruturação do sistema, bem como uma mudança significativa de cultura, postura e perspectiva social para essa nova forma de atuação defensiva. Defende-se, portanto, a necessidade de aprimoramento da Defensoria Pública, fornecendo-se os meios para sua atuação em ambas as fases (preliminar e processual), bem como uma mudança de paradigma para a real efetividade da investigação defensiva.

2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: O PRIMOR DA TEORIA

A instrução preliminar no Brasil é um tema que fomentou diversos debates até hoje e, atualmente, voltou a ser colocada em pauta visto à remodelação de suas percepções. Essa fase reconquistou a concentração de seus agentes, já que sua necessidade e acompanhamento vêm sendo objeto de discussões² entre os operadores do direito. Dito isso, torna-se imprescindível ter claro o embasamento da etapa preliminar investigatória.

Conceitua-se essa como o conjunto de atividades realizadas a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício, que tem como finalidade a averiguação da autoria e das circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, o que – consequentemente – justificaria o exercício da ação penal ou, não sendo o caso, o seu arquivamento.³ Portanto, a instrução preliminar representa uma fase preparatória e prévia ao processo penal, consistindo no primeiro grande momento da persecução criminal.

O processo penal tem como fundamento de sua existência a instrumentalidade garantista e esta, por sua vez, também serve como ponto de partida para a justificação da investigação precedente. Nesse sentido, a aludida investigação – além de possuir caráter instrumental⁴ – atenderia àquele interesse, à medida que o garantismo contribuiria para a prevenção de acusações infundadas, com a finalidade de proteção ao imputado.⁵

Enfatiza-se que a fase preliminar não possui um fim em si mesma, pois se propõe apenas a obter os conhecimentos necessários, pela análise do Promotor de Justiça, para consubstanciar o processo ou o “não-processo” criminal. Logo, seu

² Muito se argumenta sobre uma possível crise do modelo investigatório brasileiro. Devido ao seu caráter inquisitório, alguns sustentam que essa fase preliminar deveria ser excluída, predominando somente uma instrução criminal no crivo do contraditório, pois – a partir do momento em que se denomina o sistema vigente como acusatório – não se poderia admitir uma instrução preliminar de cunho inquisitivo, na qual são produzidos elementos a fim de sustentar a acusação em face do investigado. (ZANARDI, Tatiane Imai. *Investigação criminal defensiva: uma prática a ser difundida*. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 8, n. 14, p. 191-216, jan./jun. 2016).

³ LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 36.

⁴ Referida instrumentalidade tem o objetivo de acautelar os meios de prova que podem desaparecer com o decurso do tempo, sendo determinada pela necessidade de uma produção probatória dificilmente realizável no momento e no local de concentração do processo. (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 30).

⁵ LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 41-45.

objetivo é aclarar o fato para que o órgão acusatório decida com segurança sobre as atitudes a serem tomadas, perquirindo um juízo de verossimilhança e não de certeza.⁶

Hoje em dia, a investigação preliminar no Brasil pode ser executada tanto pela Polícia Judiciária quanto pelo Ministério Público e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito. Enquanto a aptidão para a realização dos atos investigatórios do órgão acusatório advém da jurisprudência dos Tribunais Superiores,⁷ a Polícia Judiciária e as CPIs possuem competência regulada pela Constituição Federal.⁸

No entanto, é importante ter claro que a Carta Magna instituiu o sistema acusatório⁹ objetivando a democratização das funções dos personagens processuais. Assim, enquanto um (autor) atua como responsável pela acusação,

⁶ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 30.

⁷ A Proposta de Emenda Constitucional nº 37 previa que o poder de investigação criminal seria exclusivo das polícias federais e civis. Entrou em tramitação na Câmara dos Deputados em 2013, mas foi rejeitada pelo plenário da Casa. (RICHTER, André. STF decide que Ministério Público tem poder de investigação criminal. *In*: Agência Brasil. Brasília, 14 mai. 2015. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-05/stf-decide-que-ministerio-publico-tem-poder-investigacao-criminal>. Acesso em: 11 mar. 2020). Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 593.727, decidiu por sete votos a quatro que o Ministério Público possui competência constitucional para exercer investigações criminais. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 593.727**. Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso, 14 de maio de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2641697> Acesso em: 11 mar. 2020).

⁸ Com relação à competência da Polícia Judiciária, a Constituição Federal, no artigo 144, parágrafo 1º, inciso IV, dispõe que cabe à Polícia Federal, entre outras, exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União, além de apurar as infrações penais de sua atribuição. No mesmo sentido, o parágrafo 4º do referido artigo garante à Polícia Civil as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, excluindo-se aquelas atribuídas à União e aos militares. No mesmo sentido, no que diz respeito à competência das Comissões Parlamentares de Inquérito, o artigo 58, parágrafo 3º, da Constituição Federal dispõe que a investigação preliminar no Brasil também pode ser procedida pelas CPIs. Neste caso, tal investigação ocorrerá no âmbito do Poder Legislativo e recairá sobre fatos de interesse público. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 fev. 2021).

⁹ José Frederico Marques explica que, no sistema acusatório, o titular da pretensão punitiva é o Estado, representado pelo Ministério Público, e não o juiz. Este, por sua vez, é responsável tão somente pela aplicação imparcial da lei para dirimir conflitos. Neste caso, deixa de existir a figura do juiz inquisitivo e são separadas a função de acusar e a função jurisdicional. (MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 71). No mesmo sentido, Renato Stanzola Vieira complementa dizendo que: “Erige-se o sistema acusatório sobre dois pilares: a separação funcional entre julgar e acusar; e a característica procedimental de ser a acusação a fonte desencadeadora do processo penal, e não o juiz”. (VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de Armas no Processo Penal**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 141).

o outro (réu) – que não mais seria visto como um mero objeto do processo – poderia exercer seus direitos e garantias previstos em lei.¹⁰

À vista disso, com o propósito de contrabalançar a investigação ministerial, assegurando a efetiva isonomia entre as partes na persecução criminal e o direito de defesa do imputado, uma quarta hipótese de investigação está sendo apontada no panorama jurídico brasileiro e gerando polêmica: a investigação criminal defensiva. Esse modelo é uma espécie de investigação privada e consiste na possibilidade de o imputado realizar diretamente a análise do fato criminoso por intermédio de seu defensor, com o objetivo de reunir elementos de convicção que lhe sejam favoráveis.¹¹

Nesse seguimento, entende-se que a investigação defensiva é o composto de atividades de natureza investigatória desenvolvido em qualquer fase da persecução criminal – inclusive na administrativa – pelo defensor do imputado. Essas atividades têm como finalidade a coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção e podem ser realizadas com ou sem a assistência de um consultante técnico ou investigador. Ao final, o resultado obtido servirá para a construção do acervo probatório e será empregado para o pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial.¹²

É importante frisar que o Código de Processo Penal não prevê tal possibilidade, restringindo-se a reconhecer, em seu artigo 14,¹³ a viabilidade do indiciado requerer qualquer diligência, a qual será realizada – ou não – a critério da autoridade. Porém, com a entrada em vigor da Constituição Federal, passou-se a discutir a viabilidade de uma atuação mais efetiva da defesa em sede de investigação preliminar. Nessa lógica, vale ressaltar que – em que pese não haja previsão expressa na legislação ordinária – inexistente vedação legal a uma atuação

¹⁰ RODRIGUES, Martina Pimentel. Os sistemas processuais penais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n.3833, 29 dez.2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26262>. Acesso em: 16 mar. 2020.

¹¹ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução Crítica à Investigação Preliminar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 165.

¹² AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004.

¹³ Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 07 fev. 2021).

ativa do defensor na fase pré-processual, já tendo o Supremo Tribunal Federal se manifestado quanto a sua admissibilidade no RHC 97.926/GO.¹⁴

Frente a isso, alguns doutrinadores se posicionaram em defesa do instituto, sob o argumento de que a assistência do advogado, durante o desenrolar da *informatio delicti*, não deve ser de mero espectador, mas, sim, de assistência técnica, na acepção jurídica do termo.¹⁵ No mesmo sentido, foram enumeradas as vantagens do modelo, resultando-se em: (i) maior profundidade na investigação das circunstâncias favoráveis ao imputado; (ii) descondicionamento das investigações, normalmente dirigidas no sentido acusatório; (iii) intervenção direta na fixação preliminar do objeto do processo e (iv) maior antecipação das questões fáticas e jurídicas convenientes à defesa.¹⁶

Percebe-se então que a atuação de uma defesa efetiva em fase preliminar suscita uma forma de compensar a atribuição de poderes investigatórios ao Ministério Público, uma vez que este, antes de órgão investigativo, deve ser visto como órgão acusatório, consistindo em uma das partes processuais da persecução criminal. Deste modo, o novo instituto seria importante porque “o reforço dos poderes de uma das partes da relação processual não pode ser arquitetado sem um correspondente reforço da parte contrária”.¹⁷ Logo, as mudanças constitucionais e processuais conduzidas à implementação de poderes investigatórios ao órgão acusatório deverão vir acompanhadas, obrigatoriamente, de uma anuência – em iguais condições – para o investigado.

Dito isso, faz-se necessária a análise dos princípios constitucionais que embasam a aplicação da investigação criminal defensiva no Direito brasileiro.

¹⁴ “É ínsita ao sistema dialético de processo, concebido para o estado democrático de direito, a faculdade de a parte colher, por si própria, elementos de provas hábeis à defesa de seus interesses. E, *ipso facto*, não poderia ser diferente com relação ao MP que tem, friso, o poder-dever da defesa da ordem jurídica”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 97.926/GO**. 2ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2664297>. Acesso em: 12 de mar. 2020).

¹⁵ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 104-105.

¹⁶ OLIVEIRA, Fernando da Costa. **A Defesa e a Investigação do Crime**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 21-24.

¹⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. “Os bons ventos de Haia”. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 190, p. 13-14, set. 2008, p.14.

2.1 ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA DO INSTITUTO

Os sistemas inquisitório e acusatório, bem como os princípios que os regem, são compreendidos como fatores que indicam a aderência de uma nação constitucionalizada a um projeto democrático ou não.¹⁸ Países com histórico maior ou mais recente de governos autoritários tendem a apresentar mais características inquisitivas em sua legislação, ao passo que países governados por sistemas democráticos possuem normas legais direcionadas ao sistema acusatório.¹⁹ Portanto, enquanto este possui conexão com o modelo garantista,²⁰ aquele está ligado ao modelo autoritário e repressivo de manejo.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal, instituiu-se predominantemente o sistema acusatório,²¹ onde as funções processuais são divididas entre diferentes personagens. Sendo assim, pode-se dizer que somos regulados por um sistema garantista e, nessa perspectiva, é importante trazer os principais preceitos de tal modelo. São eles:

- 1) Nenhuma pena sem crime; 2) Nenhum crime sem lei; 3) Nenhuma lei sem necessidade; 4) Nenhuma necessidade sem lesão; 5) Nenhuma lesão sem ação; 6) Nenhuma ação sem culpa; 7) Nenhuma culpa sem processo; 8) Nenhum processo sem acusação; 9) Nenhuma acusação sem prova; 10) Nenhuma prova sem defesa.²²

Analisando-os, verifica-se que a possibilidade de defesa frente à acusação impera como pressuposto desse sistema e, uma vez que a Carta Magna apresenta uma principiologia garantidora de direitos, o processo penal – em virtude de possuir

¹⁸ CAMARGO, Rodrigo de Oliveira; BULHÕES, Gabriel. A investigação defensiva como uma necessidade democrática. *In: Canal Ciências Criminais*. Porto Alegre, jan. 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/686479153/a-investigacao-defensiva-como-uma-necessidade-democratica>. Acesso em: 24 mar. 2020.

¹⁹ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 155-156.

²⁰ O modelo garantista consiste na tutela de direitos fundamentais, os quais representam os valores, os bens e os interesses que fundam e justificam a existência do Direito e do Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia. (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madri: Trotta, 1997, p. 28-29).

²¹ É importante mencionar que, atualmente, inexistem sistemas acusatórios ou inquisitórios puros. “A análise dos diversos ordenamentos jurídicos demonstra a possibilidade de várias combinações de características dos sistemas acusatório ou inquisitório: ora o processo é prevalentemente acusatório, ora apresenta maiores características inquisitoriais”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003, p. 101-102).

²² BALDAN, Edson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 64, v. 15, p. 261, jan./fev. 2007.

conteúdo vinculado a ela – deve ser direcionado no sentido de tutelar e efetivar os bens e valores elencados constitucionalmente. No entanto, não basta que as ciências penais atuem positivamente a fim de proteger bens constitucionais eventualmente violados. Durante essa atuação, o Direito Processual Penal não deve afrontar a dignidade humana ou atuar eivado de preconceito ou de qualquer outra forma que viole o direito à igualdade.²³

Nesse sentido, há de se ter claro que o fato de as garantias abrangidas pelo princípio do devido processo legal, no âmbito penal, cumprirem sua função na fase de julgamento – sujeitando a sentença judicial – não sugere a desnecessidade de serem observadas na fase instrutória, onde os direitos do indivíduo também estão suscetíveis a possíveis descumprimentos. Portanto, os princípios fundamentais inseridos no contexto do processo constitucional penal devem ser observados e seguidos tanto na coleta quanto na valoração da prova.²⁴

Dito isso, passa-se ao exame dos princípios do devido processo legal – em seu aspecto substancial –, do contraditório e do direito de defesa, da igualdade relacionada à paridade de armas e, por fim, da presunção de inocência, estabelecendo-se a conexão destes com a fase criminal preliminar e – consequentemente – com a investigação defensiva.

2.1.1 Devido processo legal substancial como alicerce da investigação criminal

O princípio do devido processo legal é visto como o norteador do ordenamento jurídico brasileiro, pois – de certa maneira – engloba os demais fundamentos processuais. Previsto expressamente no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal,²⁵ trata-se da “primeira e mais genérica manifestação técnico-

²³ GHISLENI, Cristiane. Sistema constitucional das provas penais: ilicitude e direitos fundamentais. *In*: GHISLENI, Cristiane; BUENO, Marisa Fernanda da Silva; LUZ, Alexandre Teixeira. **Monografias jurídicas 10**. Santa Cruz do Sul: Instituto Padre Reus, 2005. v.3, p. 33-34.

²⁴ GHISLENI, Cristiane. Sistema constitucional das provas penais: ilicitude e direitos fundamentais. *In*: GHISLENI, Cristiane; BUENO, Marisa Fernanda da Silva; LUZ, Alexandre Teixeira. **Monografias jurídicas 10**. Santa Cruz do Sul: Instituto Padre Reus, 2005. v.3, p. 45.

²⁵ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 fev. 2021).

jurídica”,²⁶ correspondendo ao estabelecimento da garantia constitucional em si mesma apreciada. Responsável pelo asseguramento da observância da legalidade – pressuposto do Estado de Direito – tal princípio preceitua a proteção de bens jurídicos que façam referência ao trinômio vida, liberdade e propriedade, amplamente considerados.²⁷

No entanto, o devido processo legal não deve ser reduzido à ideia de “superprincípio” ou de garantia das garantias, como geralmente costuma ser tratado. É necessário que ele seja analisado em seu duplo aspecto – formal e material. Enquanto o primeiro diz respeito à tutela de direitos por meio de um procedimento regular, consubstanciando-se em uma garantia conferida pela Constituição Federal que objetiva a consecução das normas fundamentais, através da efetivação do direito ao processo,²⁸ o segundo trata acerca da criação de preceitos de direito material e, neste sentido, tem-se que a decisão advinda do provimento jurisdicional deve fazer predominar, em qualquer caso, a supremacia das normas, dos princípios e dos valores constitucionais.²⁹

Compreende-se, na cláusula do devido processo legal, o direito ao procedimento adequado, o qual não deve somente ser conduzido de acordo com as garantias fundamentais, como também há de ser adepto à realidade social e coerente com a relação de direito material discutível.³⁰ Porém, uma vez que o foco da pesquisa em tela é a investigação criminal, adentrar-se-á mais profundamente no aspecto substancial (material) do princípio, em virtude de sua aplicação no inquérito policial servir como alicerce à democracia.

A fase criminal preliminar, atualmente desenvolvida, caracteriza-se por sua proximidade com o arbítrio estatal. Durante o regime militar de 1964, os órgãos policiais utilizavam técnicas de apuração opressivas, fixando a imagem de uma polícia adversária da sociedade. Porém, com a eclosão do movimento denominado “Diretas Já” – que clamava por eleições diretas para o cargo de Presidente da

²⁶ BERTOLINO, Pedro J. **El Devido Proceso Penal**. La Plata, Platense, 1986, p. 35.

²⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 33.

²⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 65-66.

²⁹ MESQUITA, Gil Ferreira de. O Devido Processo Legal em seu sentido material. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 43, n. 170, p. 209-220, abr./jun. 2006, p. 03.

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios e Garantias Constitucionais. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988**: Estudos em Homenagem ao Professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 04.

República – e, conseqüentemente, com a transição para o regime democrático, advinda da posse de José Sarney como primeiro presidente civil depois da Ditadura,³¹ tornou-se necessária a instituição de um novo ordenamento jurídico.

Em 05 de outubro de 1988, promulgou-se a Constituição da República Federativa do Brasil, solidificando-se a transição do antigo regime para a Nova República³² e alargando-se o processo progressista da sociedade. Frente a isso, a Polícia Judiciária precisou rever a sua forma de atuação, buscando adequá-la aos ditames constitucionais ora deliberados. Porém, tal revisão ocorre – ainda – de forma gradual, uma vez que consiste em uma alteração de percepção por parte daqueles que desempenham funções investigativas. Necessária se faz, portanto, a compreensão de que a investigação criminal precisa estar relacionada com as garantias fundamentais do cidadão, em razão de este ser considerado sujeito de direitos, e não mais mero objeto processual.

Haja vista que o sistema normativo criminal em vigor fora instituído em 1941, torna-se imprescindível a filtragem constitucional do ali disposto, estabelecendo-se um paralelo com o Estado de Direito, visando a gestão democrática do inquérito policial, uma vez que tal procedimento deve ocorrer por meios justos, proporcionais e razoáveis. Assim, a referida filtragem é medida que se impõe para a aplicação da justiça, posto que o processo penal só tem sua existência admitida quando observa rigorosamente as regras do devido processo legal e, conseqüentemente, as garantias constitucionalmente asseguradas.³³

No entanto, é necessário destacar que o exercício da filtragem constitucional deve seguir as balizas disciplinadas pela norma posta e, deste modo, o intérprete precisa realizar a sua atividade primando pela efetividade dos direitos fundamentais, mas pautando sua atuação com base no texto legal. É por esse motivo que a percepção do inquérito policial frente ao devido processo legal deve reger-se pela aplicação do devido processo substancial, trazendo como limite a posição do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, explicitada no Habeas Corpus nº 94.016-

³¹ Importante salientar que a posse de José Sarney ocorreu em virtude do falecimento de Tancredo Neves, uma vez que aquele era vice deste. Tancredo Neves representava o PMDB e foi eleito em 1984, concorrendo contra Paulo Maluf, do PDS, em uma eleição ocorrida de forma indireta, por meio de um colégio eleitoral.

³² LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 88.

³³ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade com a Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.09.

SP,³⁴ com relatoria do Excelentíssimo Ministro Celso de Mello, evidenciando o pioneirismo do Tribunal Superior na utilização de critérios de razoabilidade e proporcionalidade no controle da produção legislativa. Entre os elementos essenciais à configuração da cláusula do princípio mencionado, foram destacados os seguintes:

[...] (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *'ex post facto'*; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de 'participação ativa' nos atos de interrogatório judicial e demais litisconsortes penais passivos, quando existentes.

Frente a isso, verifica-se uma espécie de “controle judicial da legislação”, eis que o Supremo Tribunal Federal atuou com o objetivo de estabelecer o modo de execução dos atos normativos (legislativos ou administrativos). Por conseguinte, conclui-se que o devido processo legal (em sua feição substantiva) também é utilizado em nosso país na análise da constitucionalidade de normas jurídicas.

Via de regra, a investigação preliminar realizada pela autoridade policial é a base estrutural da ação penal e, em virtude disso, deve ser adequada aos preceitos ora indicados. Portanto, adentrar-se-á naqueles considerados mais relevantes para a questão em tela.

O primeiro ponto assinalado é o direito de garantia ao processo, e sua relação com o inquérito policial é bem simples. Uma vez que o objetivo deste é a colheita de elementos informativos que embasem a atuação punitiva do Estado, a investigação prévia deve servir como filtro para evitar ações infundadas. Salienta-se que – restando clara a inexistência de prova da materialidade de um fato, bem como de indícios de autoria deste – é facultado ao sujeito – no exercício do seu direito de defesa exógeno – a impetração de habeas corpus, endereçado ao Poder Judiciário, com o intuito de que seja promovido o trancamento da investigação criminal. Logo,

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 94.016**. 2ª Turma. Relator: Ministro Celso de Mello, 16 de setembro de 2008.

resta claro que o inquérito policial é um instrumento de investigação submetido ao controle jurisdicional.

Em relação ao direito à citação e conhecimento prévio do teor da acusação, somado ao direito ao contraditório e plenitude de defesa, bem como direito à prova, tem-se que – por ser um procedimento inquisitorial – o inquérito policial não estaria abrangido pela garantia do direito defensivo, mesmo perante o novo texto constitucional, pois o sujeito – neste momento – não é acusado, mas mero indiciado. Contudo, tal assertiva se mostra, em parte, equivocada. De fato, por não existir uma acusação formal, não há a efetiva citação do indivíduo. Porém, após o indiciamento, haveria “litigantes” na fase preliminar e, conseqüentemente, surgiria uma gama de possibilidades de exercício de defesa.³⁵ Nesse viés, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXIII,³⁶ garantiu ao indiciado o direito de permanecer em silêncio, do mesmo modo que o artigo 7º, inciso XIV, da Lei nº 8.906/94,³⁷ disciplinou o direito do advogado de examinar autos de investigações de qualquer natureza, podendo copiar peças e tomar apontamentos, o que já vinha preconizado pela Súmula Vinculante nº 14, do Supremo Tribunal Federal.³⁸ Diante disso, verifica-se que ambos os exercícios do direito de defesa – endógeno e exógeno – possuem relevância e devem estar presentes, também, na fase pré-processual.

Em continuidade, o julgado do STF mencionou o direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas, como elemento a ser observado frente à configuração da cláusula do devido processo legal substancial. Quanto a isso, explica-se que trata de garantia preconizada, não somente em tratados e

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios e Garantias Constitucionais. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988**: Estudos em Homenagem ao Professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 05.

³⁶ “Art. 5º. [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 fev. 2021).

³⁷ “Art. 7º. São direitos do advogado: [...] XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;”. (BRASIL, **Lei nº 8.906**, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 02 jul. 2020).

³⁸ Súmula Vinculante nº 14, STF: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

convenções internacionais, como – inclusive – na própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII.³⁹ Considerando-se tal garantia no âmbito criminal, o Código de Processo Penal, em seu artigo 10, *caput*,⁴⁰ estabeleceu o período para a conclusão do inquérito policial, conferindo o prazo de 10 dias para a conclusão da investigação quando o indiciado estiver preso e 30 dias quando o indiciado estiver solto, nos casos de crimes investigados pela Polícia Judiciária Estadual. Todavia, o parágrafo 3º do referido artigo dispõe sobre a possibilidade de prorrogação do prazo de conclusão do inquérito quando este for de difícil elucidação e o indiciado estiver solto. Frente a isso, é importante salientar que tal medida não pode ser adotada de maneira precipitada, devendo ser respeitado o princípio constitucional da proporcionalidade – em que pese seja de conhecimento comum que muitas investigações criminais tramitam durante anos sem uma efetiva conclusão, em razão do elevado número de atribuições conferidas à Polícia Judiciária e da falta de investimento governamental neste setor.

Outro tema levantado pelo Supremo Tribunal Federal foi a questão da publicidade dos atos processuais. Em que pese o inquérito policial possua como característica o fato de ser sigiloso, a fim de que seja garantido o bom desenvolvimento de táticas na elucidação do delito, tal sigilo não pode ser oposto ao advogado do investigado, pois aquele é o responsável pela defesa técnica deste que não tem condições de fazê-la.

Em conseqüente, o julgado citou o direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto* – o que garante a não ocorrência de investigações de fatos não tipificados como crime – e o direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude, o que fora previsto no artigo 5º, inciso

³⁹ “Art. 5º [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 fev. 2021).

⁴⁰ “Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela”. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 07 fev. 2021).

LVI, da Constituição Federal,⁴¹ pois estas são inadmissíveis e, logo, inutilizáveis no processo.

Por fim, tem-se o direito à observância do juiz natural, significando – de início – que só deve ser considerado juiz o órgão investido de jurisdição, impedindo a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção para o julgamento de causas penais ou civis. Porém, existe uma tendência moderna a englobar no referido direito a proibição de subtrair o julgamento do juiz constitucionalmente competente, isto é, o magistrado responsável pelo processamento e julgamento de um fato, quando despido de sua constitucionalidade, não pode se apresentar sequer como órgão jurisdicional, pois entre os juízes pré-constituídos prevalece uma ordem taxativa de competências que exclui toda alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.⁴² Trazendo-se o referido princípio para o âmbito da investigação preliminar, constata-se que os atos praticados no curso desta precisam advir de autoridade que tenha competência para tanto.

Diante do exposto, conclui-se que, pelo fato de o inquérito policial estar disciplinado por um documento elaborado na década de 1940 e ter obtido força durante um período não democrático, ele é usualmente visto como um instrumento arbitrário. Porém, essa realidade precisa ser modificada e, para isso, não basta analisar a investigação criminal com base no devido processo legal, mas faz-se necessária a efetiva aplicação dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna, garantindo-se a máxima eficácia do Estado Democrático em seu aspecto vital. Portanto, a filtragem constitucional orientada pela cláusula do devido processo legal substancial é medida que se impõe, de modo a tornar possível a reinterpretção dos artigos dispostos no Código de Processo Penal e a transformação da investigação preliminar em algo garantista.

⁴¹ “Art. 5º [...] LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 fev. 2021).

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios e Garantias Constitucionais. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988**: Estudos em Homenagem ao Professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 09-10.

2.1.2 Contraditório e direito de defesa na fase pré-processual

O inquérito policial é um instrumento estatal que necessita de adequação frente aos paradigmas constitucionais vigentes, conforme mencionado anteriormente. Frente a isso, a discussão sobre a aplicação do princípio do contraditório na fase pré-processual passou a ser objeto de conflitos doutrinários.

O referido princípio se dá em dois momentos: primeiramente, com a informação, ou seja, com a comunicação do fato para que possam ser tomadas as medidas cabíveis em face das normas processuais; e, em uma segunda etapa, com a reação, a qual se manifesta na possibilidade de mobilidade processual.⁴³ Logo, o contraditório – decorrente do direito de defesa inerente ao sujeito passivo – é aplicado com o objetivo de garantir que o réu seja informado dos atos que correm contra si para, frente a isso, poder exercer sua argumentação defensiva.

Concebido como um direito fundamental, tal princípio é o responsável pela ideia de bilateralidade dos atos processuais e acaba por promover o devido processo legal. No entanto, é importante assinalar que, atualmente, dita bilateralidade só ocorre plenamente durante a instrução judicial, pois – no decorrer da investigação policial – alega-se que a falta de dialética e a ausência da relação jurídico-processual não permitem tal plenitude, uma vez que ausente a pretensão acusatória.⁴⁴

Em virtude do inquérito policial não poder se identificar com instrução processual, alguns autores defendem que ele não pode ser abrangido pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o qual prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, pois a investigação consiste em procedimento administrativo pré-processual e o legislador, ao estabelecer a norma, referiu-se a processo administrativo.⁴⁵ Porém, é preciso considerar que tal artigo não pode ser objeto de uma leitura restritiva, uma vez que a

⁴³ ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão Penal: Bricolagem de Significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 264.

⁴⁴ LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 326.

⁴⁵ José Frederico Marques, ao tratar sobre o assunto, chegou a referir que o inquérito policial tem natureza inquisitiva, como na realidade o deve ser, não se podendo interpretar com simplismo o texto constitucional no que diz respeito à instrução contraditória, a fim de estendê-lo ao inquérito policial. (MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 88-89).

postura do legislador foi evidentemente garantista e a confusão terminológica (mencionar processo administrativo quando deveria ser procedimento) não deve ser vista como óbice para sua aplicação no inquérito policial.⁴⁶

Ao empregar a expressão “acusados em geral”, é notório que os indiciados também seriam compreendidos pela norma, dado que o legislador teve o intuito de abranger diversas situações, dando um sentido mais amplo que a simples acusação formal. Frente a isso, verifica-se o manifesto objetivo de proteger o sujeito passivo, garantindo-lhe o direito de informação (primeiro momento do contraditório) para, através dele, ser exercida a defesa, restando evidente a íntima ligação entre o princípio do contraditório e o direito de defesa, a qual – contudo – não deve resultar em confusão.⁴⁷

Enquanto o contraditório consiste em um direito fundamental que se divide em duas espécies (real e diferido⁴⁸) e é garantido pelo direito de defesa, este pode ser entendido como um direito-réplica e decorre justamente da agressão que a imputação representa para o investigado. Em que pese não existam acusados na

⁴⁶ LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 325.

⁴⁷ Há duas correntes doutrinárias importantes sobre o relacionamento entre contraditório e direito de defesa. Uma entende que o direito de defesa deriva da garantia do contraditório – é o caso da corrente defendida por autores como Ada Pellegrini, Antonio Scarance e Antônio Magalhães que defendem que defesa e contraditório estão indissolivelmente ligados, pois “é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 85). Em contrapartida, outros autores não concordam com tal ideia, defendendo que o contraditório decorre da garantia da defesa. Pontes de Miranda, por exemplo, era a favor da distinção entre contraditório e direito de defesa, afirmando que o princípio da contraditoriedade processual não equivale ao princípio do direito à defesa, uma vez que este começa antes mesmo de se iniciar aquela. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. v. 5, p. 208). Assim, embora haja uma ligação muito forte entre os referidos princípios, não se deve entendê-los como algo inseparável, pois a instauração do contraditório não pode ser tida como requisito essencial para o exercício do direito de defesa, eis que começam a vigorar em momentos diferentes e o direito de defesa pode persistir para além do contraditório. (LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 232).

⁴⁸ O contraditório real é exercido de forma plena, enquanto o diferido é praticado de maneira restrita. Carlos Nogueira, ao tratar sobre o assunto, explica que o contraditório real se dá no momento em que a prova está sendo produzida, enquanto o contraditório diferido é realizado somente após terem sido concluídas todas as produções de prova que se entenderem necessárias. (NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal**. São Paulo: Edipro, 2002, p. 134). No âmbito da investigação criminal, com o intuito de não frustrar a finalidade e efetividade da medida, alguns atos precisam ser praticados antes do conhecimento do sujeito passivo. Neste caso, figura-se a incidência de um contraditório diferido, pois um mínimo de sigilo é necessário para o deslinde da fase pré-processual. Assim, denota-se que a contraditoriedade diferida deve ser concedida sob pena de infringir o disposto no artigo 5º, incisos LV e LXIII, da Constituição Federal. (WEBER, Cristiano. **O advogado diante da inquisitorialidade do Inquérito Policial**. São Leopoldo: Oikos, 2009, p. 87).

fase pré-processual, o fato de existirem numerosos indícios contra uma pessoa, coloca-a no centro da investigação, configurando uma “provocação” aos seus estados de inocência e de liberdade, razão pela qual o direito de defesa precisa estar presente tanto na fase judicial quanto na fase preliminar, já que a sua absoluta privação viola os postulados do processo penal constitucional.

Tal direito pode ser bipartido em autodefesa – a qual será exercida pessoalmente pelo acusado – e defesa técnica, que será exercitada por profissional habilitado, com capacidade e conhecimentos técnicos aptos a garantir a paridade de armas entre as partes.⁴⁹ A justificativa para a última advém da presunção de hipossuficiência do sujeito passivo frente à pretensão estatal e, destarte, constata-se a sua indisponibilidade, pois – além de ser uma garantia do investigado/acusado – a defesa técnica é condição imprescindível para a concreta atuação do contraditório.

Sendo assim, denota-se que tanto o contraditório quanto o direito de defesa precisam ser observados em qualquer procedimento, ainda que não jurisdicional. Além disso, constata-se que a mera observância do fornecimento de informações é insuficiente, fazendo-se necessário, também, o exercício da contraditoriedade por parte do imputado/acusado, isto é, é preciso que o defensor aja efetivamente em prol da defesa do sujeito passivo.

Tratando-se especificamente de investigação preliminar, o cenário atual é de limitação da defesa supracitada e da aplicação do contraditório. Ainda que ambos possuam previsão constitucional, a forma como o inquérito policial é conduzido demonstra que a defesa técnica possui uma atuação substancialmente exógena nesta fase, dado que, com base no artigo 14 do Código de Processo Penal,⁵⁰ só existe a possibilidade de o indiciado solicitar diligências, ficando a juízo da autoridade policial a sua realização ou não.

Nesse sentido, existem posições doutrinárias que apontam pela não incidência dos mencionados princípios no bojo da fase pré-processual. Os argumentos para tanto são baseados no fato de que o investigado é mero objeto da investigação, razão pela qual não há de se falar em contraditório nesta etapa, uma

⁴⁹ LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 328-340.

⁵⁰ O artigo 14 do Código de Processo Penal assim prevê: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 07 fev. 2021).

vez que não existe uma acusação formal. Do mesmo modo, a aplicação de tal princípio acabaria por tornar inútil o esforço realizado pela polícia com o intuito de preparar a ação penal.⁵¹ Portanto, esta concepção se apoia na ideia de que o investigado não é sujeito de direitos – diferentemente do que ocorre durante o processo – devendo acostumar-se com o sigilo do procedimento inquisitorial.⁵²

Em contraponto, posicionamentos divergentes a esse vêm se destacando no campo doutrinário, sob a justificativa de necessidade de respeito à dignidade humana, impossibilidade de objetificação do indivíduo e de imprescindível releitura da atual legislação processual penal frente aos paradigmas constitucionais. Defende-se que a inserção de garantias desde logo na investigação criminal significaria um “passo adiante” na construção de um processo garantidor, elevando a condição de pessoa humana do investigado, independentemente do fato cometido.⁵³

Por conseguinte, o direito à defesa técnica surgiria no momento em que se ordena a investigação de um sujeito ou quando a autoridade competente decide ou executa atos que acarretem a afetação de seus direitos, ou seja, desde a etapa preliminar investigatória.⁵⁴ Neste viés, é importante ressaltar que, além da Constituição Federal, diversos precedentes acompanham tal parecer⁵⁵ e, à vista

⁵¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 14; MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 89.

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 102.

⁵³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 15-16.

⁵⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 138-139.

⁵⁵ A Súmula Vinculante nº 14 do STF assim dispõe: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa” e seu precedente representativo é claro ao afirmar que “Os atos de instrução, enquanto documentação dos elementos retóricos colhidos na investigação, esses devem estar acessíveis ao indiciado e ao defensor, à luz da Constituição da República, **que garante à classe dos acusados, na qual não deixam de situar-se o indiciado e o investigado mesmo, o direito de defesa**”. (grifei). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 88.190**. 2ª Turma. Relator: Ministro Cezar Peluso, 29 de agosto 2006). Do mesmo modo, o artigo 8º, item 2, do Pacto de São José da Costa Rica assegura o direito de informação acerca do conteúdo de uma acusação durante todo o processo, garantia que protege o indiciado na fase investigativa. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos**: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Washington: CIDH, c2020. Assinada em 1969. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 08 jun. 2020). Por fim, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (Dec. nº 4.388/2002), em seu artigo 55, dispõe sobre o direito de informação ao investigado dos fatos imputados, garantindo que “1. No decurso de um inquérito aberto nos termos do presente Estatuto: [...] c) Qualquer pessoa que for interrogada numa língua que não compreenda ou não fale fluentemente, será assistida, gratuitamente, por um intérprete competente e disporá das traduções que são necessárias às exigências de equidade; d) Nenhuma pessoa poderá ser presa ou detida arbitrariamente, nem ser

disso, o direito de defesa e o contraditório não poderiam ser preteridos em decorrência da inércia/ausência de um defensor na fase pré-processual, pois a contraditoriedade é indispensável e não há como se cogitar sua mitigação, mesmo nesta etapa.⁵⁶

A eliminação da visão reducionista que coloca o inquérito policial como um procedimento eminentemente inquisitivo, sem qualquer observância aos direitos fundamentais dos sujeitos passivos, é medida a ser firmada. Tal procedimento deve ser reformulado de modo a não mais permitir que tudo fique a critério exclusivo da autoridade policial, sem a comunicação ao investigado e sem a possibilidade de este expor argumentos defensivos.

Para a concretização do contraditório e do direito de defesa, é preciso que não haja restrição tanto no campo da informação, quanto no âmbito reacional. Logo, a participação defensiva na fase pré-processual terá o condão de atender aos ditames constitucionais vigentes, pois – diante do contexto instrumental e garantista que deve ser obedecido pelo processo penal – tal atuação resultará na revitalização do inquérito policial como filtro ao processo ou não-processo, sem renunciar ao justo balanceamento entre o dever investigatório do Estado e os direitos individuais do sujeito passivo.

privada da sua liberdade, salvo pelos motivos previstos no presente Estatuto e em conformidade com os procedimentos nele estabelecidos. 2. Sempre que existam motivos para crer que uma pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal e que deve ser interrogada pelo Procurador ou pelas autoridades nacionais, em virtude de um pedido feito em conformidade com o disposto na Parte IX do presente Estatuto, essa pessoa será .informada, antes do interrogatório, de que goza ainda dos seguintes direitos: a) A ser informada antes de ser interrogada de que existem indícios de que cometeu um crime da competência do Tribunal; b) A guardar silêncio, sem que tal seja tido em consideração para efeitos de determinação da sua culpa ou inocência; c) A ser assistida por um advogado da sua escolha ou, se não o tiver, a solicitar que lhe seja designado um defensor dativo, em todas as situações em que o interesse da justiça assim o exija e sem qualquer encargo se não possuir meios suficientes para lhe pagar; e d) A ser interrogada na presença do seu advogado, a menos que tenha renunciado voluntariamente ao direito de ser assistida por um advogado”. (BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 08 jun. 2020).

⁵⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 357.

2.1.3 Princípio da igualdade e sua relação com a paridade de armas

O princípio da igualdade se encontra preconizado no artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal,⁵⁷ onde é previsto que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Portanto, tal princípio preceitua que as partes e os seus procuradores merecem tratamento análogo, para que possuam as mesmas oportunidades de avaliar em juízo as suas razões.

No entanto, não se pode olvidar a possibilidade de desigualdade econômica e institucional entre os polos da ação e, logo, o conceito de igualdade formal e negativa – onde a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos – precisa ser relativizado, abrindo-se espaço para a chamada igualdade substancial.⁵⁸ Este modelo de isonomia propõe, basicamente, a igualdade proporcional, ou seja, o tratamento igual aos substancialmente iguais.

Sendo assim, denota-se que o postulado prescrito na Constituição Federal não trata de mera igualdade perante a lei (isonomia negativa ou formal), mas também de igualdade perante o Estado, isto é, de igualdade positiva ou material.⁵⁹ Por conseguinte, este princípio consiste em direito fundamental e garante tanto a

⁵⁷ Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. [...]”. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 fev. 2021).

⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios e Garantias Constitucionais. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988**: Estudos em Homenagem ao Professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 12.

⁵⁹ Referida distinção entre a igualdade negativa ou formal e a positiva ou material foi delineada, no Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Injunção nº 58, de relatoria do Min. Celso de Mello. Veja-se: “Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no momento de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 58/DF**. Pleno. Relator: Ministro Carlos Velloso, 04 de dezembro de 1990).

igualdade perante a legislação, quanto a igualdade perante os demais na ordem social.⁶⁰ Neste viés, tem-se que:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. [...] Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real [...].⁶¹

A compreensão do dispositivo vigente, nos termos ditados pela Constituição Federal, não deve ser tão estreita.⁶² Pressupor que está se cumprindo os ditames constitucionais sob o argumento de que basta a igualdade formal – perante a lei, portanto –, simboliza desconsiderar o progresso havido no direito constitucional e até mesmo no processo penal, além da evolução jurídica advinda de tratados internacionais de direitos humanos.⁶³

Isso posto, com o conhecimento de que é preciso, às vezes, discriminar para igualar, verifica-se que a igualdade fora do processo deve ser considerada um ponto de chegada, e não mais um ponto de partida. Assim, torna-se necessária a análise sobre a igualdade processual.

Ao versar sobre processo, é possível verificar que o explicitado acima também se aplica. A isonomia processual reclama a concessão das mesmas armas aos sujeitos parciais, a fim de que seus pleitos tenham idênticas chances de reconhecimento. Porém, uma vez que não se pode cogitar, no ambiente da coletividade, igualdade absoluta, o regramento em tela deve ser concebido genericamente, podendo – todavia – deixar de ser invocado, quando e onde a própria Carta Magna permitir a desigualdade.⁶⁴ Neste último caso, caberá ao intérprete a verificação da legitimação jurídica do tratamento discriminatório, não só

⁶⁰ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 59-60.

⁶¹ BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999. (Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury), p. 26.

⁶² SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 35, de dez. 2001). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 213.

⁶³ VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de Armas no Processo Penal**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 21.

⁶⁴ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 143.

por preceito constitucional, mas também por pressupostos objetivos, que embasem, racionalmente, eventual desequilíbrio.⁶⁵

Em virtude da pertinência do texto constitucional não se limitar somente à elaboração da norma, é necessário que ele seja projetado para além da atividade legiferante, alcançando o exercício de aplicação do direito, pois o princípio da igualdade precisa ser respeitado tanto pelo legislador quanto por aqueles responsáveis pela aplicação da ordem jurídica. Neste contexto, é vedada a discriminação tanto no momento de elaboração legislativa, quanto durante a aplicação da norma ao caso concreto.⁶⁶

Tratando-se especificamente de processo penal, há de se ter claro que o princípio da igualdade garante, por uma perspectiva, o tratamento paritário entre aqueles que se encontram em posição processual idêntica; e, por outra, as mesmas oportunidades para as partes comprovarem suas alegações.⁶⁷ Responsável pela justificativa e valoração do procedimento criminal, tal princípio é essencial para a realização da justiça penal⁶⁸ e, frente a isso, em relação àqueles que estão em posições opostas (acusação e defesa), é atenuado pelo *in dubio pro reo*, postulado básico que indica a proteção do interesse do acusado, no contraste com a pretensão punitiva.⁶⁹

A abordagem penal do princípio da igualdade para, posteriormente, o estabelecimento da sua relação com a paridade de armas, torna essencial a definição do conceito de “partes processuais”. A premissa fundamental é a de que tal definição, mesmo no processo penal, advém de uma perspectiva puramente processual. São partes tanto o acusador quanto o acusado, isto é, tanto aquele que pede a tutela jurisdicional quando aquele em face de quem ela é pedida.⁷⁰ Portanto,

⁶⁵ MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 324.

⁶⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 78.

⁶⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 63.

⁶⁸ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.15-16.

⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios e Garantias Constitucionais. *In*: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988**: Estudos em Homenagem ao Professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2009, p. 12.

⁷⁰ GUARNERI, Giuseppe. **Le parti nel processo penale**. Milão: Fratelli Bocca, 1949, p. 23; SABATINI, Giuseppe. **Il Pubblico Ministero nel diritto processuale penale**. Napoli: Dott; Eugenio Jovene, 1943. v. 2, p. 159.

as partes são aquelas titulares de interesses contrapostos, os quais serão discutidos durante o trâmite processual.⁷¹

Sendo assim, é possível concluir que não se pode negar ao Ministério Público e ao réu a qualidade de partes. Em que pese alguns autores defendam o conceito formal⁷² do instituto e, frente a isso, aleguem que o órgão acusatório age com imparcialidade⁷³ por representar o interesse da sociedade, é inconcebível concordar com isso. A parte, por si só, é parcial e, logo, o Ministério Público deve ser visto como órgão, e não representante do Estado. Aquele, além de ser o fiscal da lei, exerce a função acusatória, sendo essa a sua atribuição principal, posto que o processo está organizado em forma contraditória.⁷⁴ Portanto, na ação penal pública de caráter condenatório⁷⁵ o Ministério Público é parte em sentido processual, uma vez que – em que pese funcione junto ao Poder Judiciário – é uma instituição constitucional única, indivisível e com independência funcional, além de possuir autonomia administrativa, conforme preceitua a Constituição Federal.

Dado que, conforme já elucidado, não se sustenta a concepção de igualdade absoluta entre as partes processuais, o projeto da paridade de armas surge como uma “oportunidade razoável dada a cada parte de apresentar seu caso – inclusive sua prova – sob condições que não a coloque em substancial desvantagem *vis-à-vis* seu oponente”.⁷⁶ Destarte, havendo contraposição de interesses no processo penal, torna-se necessário estabelecer a igualdade de aptidão entre as partes para que

⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Processo Penal**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 245-246.

⁷² A parte formal seria aquela que suplica ao juiz uma aplicação da lei em seu interesse próprio ou no interesse daquele a quem representa ou substitui. Neste sentido, o Ministério Público, ao atuar no processo penal, consistiria em parte no sentido formal, pois nada pede em nome próprio. Sua atuação decorre do fato de ser órgão estatal no exercício da função pública para a atuação do direito objetivo. (MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tomo II. Trad. Santiago Santis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: El Foro, 1996, p. 5). José Frederico Marques, ao tratar sobre o assunto, colocou o Ministério Público como parte em sentido formal, referindo-se unicamente à sujeição à relação processual, complementada por parte em sentido material, uma vez que representa o Estado na relação também material entre este e o réu. (MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium, 2000. v. I, p. 443-444).

⁷³ Eugenio Pacelli de Oliveira, por exemplo, sustenta que ao menos uma das partes no processo penal (o órgão acusatório) seja imparcial. (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 364). Porém, tal alegação é vista como um oxímoro, na medida em que uma parte processual não pode ser imparcial. (UBERTIS, Giulio. **Il processo penale: la verifica dell'accusa**. Bolonha: Il Mulino, 2008, p. 62).

⁷⁴ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1, p. 483-484.

⁷⁵ “Excepcionalmente, no caso da ação penal pública de iniciativa privada, o Ministério Público cederá lugar ao particular, ofendido ou seu representante legal. Neste caso, a acusação se concretizará mediante o oferecimento da queixa-crime”. (TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 153).

⁷⁶ VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de Armas no Processo Penal**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 230-231.

elas utilizem toda a argumentação possível, perante um órgão imparcial, a fim de obter o provimento de suas pretensões.

Tratando-se especificamente da fase pré-processual penal, em que pese não seja possível falar-se propriamente em partes, denota-se a contraposição de interesses em jogo. Isso decorre a partir da dupla função da investigação preliminar⁷⁷ e da noção substancial de acusação que nela é formulada, seja pelo indiciamento do acusado ou simplesmente pelo modo como ele é tratado. Surge, neste contexto, a inevitabilidade de se falar em atuação defensiva efetiva na fase investigativa, uma vez que – atualmente – o exercício do direito de defesa não viabiliza a necessária concretização do princípio da paridade de armas neste momento pré-processual.

É importante compreender que a observância de tal paridade na primeira fase da persecução criminal não se esgota no fato de o investigado ter conhecimento sobre o que está acontecendo, não se resumindo em uma atitude passiva por parte dele. Tal princípio também exige uma conduta ativa daquele, sendo necessário se ater ao que é levado pelo investigado à persecução penal, uma vez que este deve ter a possibilidade de apresentar informações pertinentes à tese defensiva na mesma medida em que se dá a colheita de elementos para a formação da *opinio delicti* pela acusação. Portanto, a noção igualitária nessa fase só pode ser pensada caso ambas as atuações estejam nela presentes.

Uma vez que a estrutura da investigação preliminar é erigida a fim de formular um juízo acusatório – seja pelo fato de o Ministério Público estar cada vez mais atuante nesta fase ou simplesmente porque a própria polícia judiciária colhe, primordialmente, elementos acusatórios, e não defensivos – a aplicação da paridade de armas se torna essencial e, uma forma de assegurá-la – garantindo a efetiva isonomia entre as partes –, é admitindo a possibilidade de investigação defensiva nos ordenamentos que adotam tanto a investigação ministerial quanto a policial,⁷⁸ caso que se constata no direito processual penal brasileiro.

⁷⁷ Conforme explicitado no início deste trabalho, a investigação criminal possui duas finalidades: a apuração dos fatos com vistas a instruir uma futura ação penal (busca por elementos de autoria e materialidade) e a de servir como uma espécie de filtro, a fim de evitar acusações temerárias e sem fundamento.

⁷⁸ MACHADO, André Augusto Marques. **Investigação Criminal Defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 46.

2.1.4 Presunção de inocência e a problemática diante da investigação defensiva

O princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, tal princípio consiste no direito de não ser declarado responsabilizado por um delito, senão mediante sentença transitada em julgado, proferida por órgão judiciário regularmente instituído, ao término do devido processo legal, onde o acusado tenha usufruído de todos os meios de prova pertinentes à sua defesa. Portanto, a presunção de inocência deverá acompanhar o sujeito durante o trâmite processual e refletir-se-á em todas as medidas e decisões capazes de afetar a manutenção da sua condição de insonte.⁷⁹

Informado pelos valores de respeito à dignidade e à liberdade da pessoa humana e, conseqüentemente, por determinação constitucional – o suspeito será sempre considerado inocente, impondo-se a absolvição quando a sua culpabilidade não ficar plena e suficientemente demonstrada.⁸⁰ Assim, é possível denotar desdobramentos da presunção de inocência no tratamento da carga probatória no processo penal, havendo forte ligação entre o princípio e as regras do *in dubio pro reo* e do *favor libertatis*.⁸¹

Tratando-se da fase pré-processual, também se faz necessária a observância do preceito em tela, uma vez que ele é responsável pelo provimento de duas regras fundamentais, quais sejam: a regra probatória e a regra de tratamento.⁸² Por força da primeira, o ônus da prova fica a cargo do órgão acusatório e, neste caso, ele é o incumbido de demonstrar a culpabilidade do sujeito, não sendo necessário que este se movimente no sentido de provar algo; isto é, existe uma presunção que deve ser

⁷⁹ GHISLENI, Cristiane. Sistema constitucional das provas penais: ilicitude e direitos fundamentais. In: GHISLENI, Cristiane; BUENO, Marisa Fernanda da Silva; LUZ, Alexandre Teixeira. **Monografias jurídicas 10**. Santa Cruz do Sul: Instituto Padre Reus, 2005. v.3, p. 47.

⁸⁰ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 174-179.

⁸¹ Aury Lopes Júnior, ao tratar sobre o princípio do *in dubio pro reo*, refere-se a este como critério paradigmático de solução de incerteza judicial, ao mesmo tempo em que corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador. A única certeza cobrada pelo processo penal é com relação à prova da autoria e materialidade de um delito, as quais são necessárias ao juízo de condenação. Do contrário, uma vez inalcançado esse grau de convencimento, a absolvição é medida imperativa. (LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 179).

⁸² LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Ímpetus, 2013, p. 08-10.

destruída pelo acusador, sem que o acusado contribua para tal desconstrução. Por conseguinte, a regra de tratamento determina que o Poder Público não pode agir em relação ao suspeito como se este culpado fosse e, deste modo, o indiciado/acusado deve ser tratado como inocente desde o inquérito policial até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, devendo ser observadas todas as garantias inerentes à sua defesa técnica.⁸³

Em que pese o acima exposto, é muito comum a decretação de medidas cautelares durante o inquérito policial, uma vez que a presunção de inocência não proíbe a prisão temporária do investigado, fixada para assegurar o sucesso de diligências imprescindíveis às investigações,⁸⁴ conforme dispõe a Lei nº 7.960/89, que apresenta um rol taxativo de hipóteses em que a referida prisão poderá ser decretada sem que configure lesão ao preceito constitucional.⁸⁵ Logo, resta explícito que o próprio Estado não consegue preservar os princípios que dele fazem parte, uma vez que o cárcere do indivíduo deveria ser a última medida a ser tomada – só sendo admitido em casos extremamente excepcionais – mas não é o que ocorre na prática.

Partindo-se do pressuposto de que a presunção de inocência vem sendo relativizada, inclusive, pelos Tribunais Superiores,⁸⁶ é de extrema importância tratar sobre a problemática envolvendo a questão da investigação defensiva, estabelecendo-se a razão para a aplicação da última, pois – apesar de ser considerado um instituto “desnecessário” por alguns operadores do Direito – torna-

⁸³ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no Direito Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 32-36.

⁸⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 62.

⁸⁵ A Lei nº 7.960/89 dispõe sobre a prisão temporária e estabelece que ela será cabível nas seguintes situações: “I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso; b) sequestro ou cárcere privado; c) roubo; d) extorsão; e) extorsão mediante sequestro; f) estupro; g) atentado violento ao pudor; h) rapto violento; i) epidemia com resultado de morte; j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; l) quadrilha ou bando; m) genocídio, em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas; o) crimes contra o sistema financeiro; p) crimes previstos na Lei de Terrorismo”. (BRASIL, **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm. Acesso em: 07 de jul. de 2020).

⁸⁶ O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus nº 126.292/SP, decidiu que “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**. 2ª Turma. Relator: Ministro Teori Zavascki, 15 de dezembro de 2015). Tratou-se de um julgamento histórico, responsável pela mudança na jurisprudência e pela permissão da prisão a partir da decisão proferida em segunda instância.

se de suma necessidade no momento atual. A questão que se coloca é: se o ônus da prova incumbe a quem a alega e, no caso de não apresentação de comprovação inequívoca das alegações, não pode haver condenação, qual seria a utilidade da participação da defesa na investigação?

Explica-se: não se pode partir da ideia de que o ônus probatório cabe exclusivamente ao órgão acusatório e que o defensor só é responsável pelo rebatimento passivo da tese imputada. É de conhecimento comum que, salvo exceções, o sujeito entra condenado no processo penal, pois a visão do juízo da causa é contaminada pela hipótese apresentada no inquérito policial⁸⁷ e posteriormente trazida pela acusação, e aquilo que é exposto no sentido de contrariar tal hipótese acaba sendo racionalizado ou desconsiderado.

Além disso, para satisfazer o clamor social, a obrigação de produção da prova acaba sendo, muitas vezes, implicitamente deslocada da acusação para a defesa, fazendo-se com que o defensor tenha a necessidade de provar a inocência de seu cliente. Diante deste cenário, torna-se imprescindível a produção probatória de forma autônoma, e aguardar para fazê-la somente na fase judicial, depois de tudo produzido pela acusação, é tática dominada, principalmente se considerada a velocidade que está tomando o processo penal.⁸⁸

Portanto, constata-se que a defesa, no empenho pela captura psíquica do julgador, não pode renunciar a nenhum espaço de voz, não devendo postergar o momento de fazer seus apontamentos e arguir sua tese. Por conseguinte, salienta-se que não existe propriamente uma distribuição de carga probatória no processo

⁸⁷ É importante mencionar as inovações trazidas pela Lei nº 13.964/2019, referentes ao Juiz das Garantias. Com previsão nos artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D e 3º-F, essa possibilidade forneceu um viés acusatório ao processo penal. Neste sentido, cabe sublinhar a divisão, sem ligação, entre as fases procedimentais e personagens diversos, isto é, na fase de investigação e recebimento da acusação, atuará o Juiz das Garantias, enquanto na fase de julgamento, o responsável será o Juiz de Julgamento, o qual não será contaminado pelo produzido na fase anterior. Trata-se, portanto, da recepção da teoria da exclusão física dos autos do inquérito, distinguindo-se atos de investigação e atos de prova. O Juiz das Garantias, conclui-se, será o responsável pelo controle da legalidade da fase pré-processual e, frente à separação das fases, a contaminação referida no texto acima será consideravelmente minimizada. (BRASIL, **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 23 jan. 2021); (LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Entenda o impacto do Juiz das Garantias no processo penal. *In: Consultor Jurídico*. São Paulo, 27 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em 08 jul. 2020).

⁸⁸ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Investigação Defensiva melhora a competitividade penal. *In: Consultor Jurídico*. São Paulo, 06 set. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-06/investigacao-defensiva-melhora-competitividade-penal>. Acesso em 08 jul. 2020.

penal, senão a mera atribuição ao acusador. Posto isso, o fato de o réu não estar juridicamente obrigado a provar algo não significa que ele não possa (ou até, estrategicamente deva) fazê-lo, visto que deve ser considerado válido tudo aquilo que venha a contribuir para a redução do risco de uma sentença desfavorável.

Uma vez que existe a antecipação da produção dos elementos de informação e, por conta disso, pouca coisa é produzida – de fato – durante a instrução processual, a investigação defensiva se apresenta como uma proposta viável de gestão de ameaças, pois consiste no aproveitamento prévio da chance de demonstração de inviabilidade da tese acusatória. No mesmo sentido, deve-se atentar para a não contemporaneidade do Código de Processo Penal no que diz respeito a prazos processuais, dado que o defensor não tem tempo suficiente para elaborar uma tese plenamente satisfatória, pois lhe é concedido alguns dias para analisar o produto de uma investigação que pode ter demorado anos para ser concluída.

Dito isso, conclui-se que – em que pese a presunção de inocência leve a crer que o advogado criminalista não deve movimentar-se no sentido de colher elementos defensivos – isso não corresponde à prática. A investigação produzida pela defesa pode ser preventiva ou não, existindo a possibilidade de os documentos produzidos durante o seu curso serem juntados aos autos na forma de um arrazoado pré-processual.

Ainda com relação à realidade prática da presunção de inocência, há de se fazer referência ao chamado “acordo de não persecução penal”, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.964/2019 – Pacote Anticrime.⁸⁹

⁸⁹ “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Previsto como uma ferramenta da chamada “justiça consensual”, esta medida despenalizadora – em que pese mais benéfica que uma condenação criminal, frente à possibilidade de extinção da punibilidade – exige que o investigado confesse a prática delituosa. Diante disso, verifica-se que tal ideia – influenciada por ordenamentos estrangeiros – possibilita a aceleração procedimental à custa da flexibilização de garantias⁹⁰, uma vez que o poder coercitivo da proposta de barganha em meio ao processo penal não pode ser desconsiderado.

Ao passo que a confissão é medida que se impõe e a sua recusa pode gerar uma punição mais rigorosa, constata-se a possibilidade de tal mecanismo estimular a condenação de inocentes, afastando – por completo – a garantia constitucional da presunção de inocência. Tendo em vista que o Estado fornece uma espécie de premiação pela confissão – consubstanciada na redução da sanção penal – e, *contrario sensu*, um agravamento da situação de quem não o fizer, o requisito da voluntariedade na aceitação da barganha torna-se falacioso, invalidando a tese argumentativa de que ninguém é obrigado a se autoincriminar.⁹¹

À medida que o modelo de justiça penal contemporâneo está fundamentado pela concepção de emergência, a ideia proposta na busca por eficiência a partir da relativização de direitos fundamentais é realidade que se impõe, gerando a obstaculização do controle judicial sobre o procedimento investigatório realizado, visto que os réus concordam em submeter-se à sanção penal sem uma análise judicial apropriada.⁹² Frente a isso, a presença da defesa em sede investigativa torna-se ainda mais essencial, pois – sendo a justiça negocial factível e atual – a melhor opção para os investigados é a presença de um defensor capaz de apresentar provas na busca por um acordo mais favorável.

Sendo assim, caso as autoridades policiais agissem de maneira imparcial – nem a favor do Estado, nem a favor de suspeitos - e se limitassem a apurar fatos delituosos, buscando indícios de autoria e materialidade, e não a culpabilização do

[...] (BRASIL, **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 23 jan. 2021).

⁹⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 203-284.

⁹¹ 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. 167-168.

⁹² DERVAN, Lucian E. Overcriminalization 2.0: the symbiotic relationship between plea bargaining and overcriminalization. *In: Journal of Law, Economics and Policy*, v.7, n.4, p. 645-655, 2011, p. 648-651.

sujeito, a investigação defensiva poderia ser menos indispensável. No entanto, o quadro atual – principalmente com a participação do Ministério Público durante a investigação e com a possibilidade do acordo de não persecução penal – não permite tal dispensabilidade, e vedar a participação da defesa na atividade investigativa é manter um processo penal temeroso e injusto.

2.2 DA LEGALIDADE DO INSTITUTO: ANÁLISE ESTRANGEIRA E BRASILEIRA

O instituto da investigação criminal defensiva não é algo plenamente legalizado no Brasil. Por ser um tema inovador, carece de legislação que o regule e, atualmente, está sendo objeto de disputa de poder entre grupos com interesses opostos. Enquanto parte dos agentes públicos e privados entende a sua necessidade e defende a sua implantação, outra parcela afirma tratar-se de um instituto inconstitucional, alegando que não cabe ao advogado a realização de investigação.

Sendo assim, em que pese já seja praticada por alguns profissionais, a investigação defensiva necessita ser regulamentada para poder ser exercida de maneira plena. Ocorre que, até então, os movimentos políticos criminais que fundamentam projetos de reformas não alcançaram o resultado desejado. As normas propostas até o momento foram o PLS nº 156/2009 – que mais tarde se tornou o Projeto de Lei nº 8.045/2010 –, e o Provimento nº 188/2018 da Ordem dos Advogados do Brasil. Enquanto o primeiro trata sobre a reforma do Código de Processo Penal (mencionando a hipótese da referida modalidade investigativa) e está freado na Câmara dos Deputados há tempo considerável, o último vem sofrendo diversas críticas, o que reprime a sua ampla vigência.

No entanto, situação divergente se apresenta em outros países, pois, nas legislações mais evoluídas, há constante preocupação em diminuir a disparidade de armas na fase pré-processual. É o caso dos Estados Unidos e da Itália – considerados berços da investigação defensiva – onde a aplicação do instituto é pacífica. Nesses países, a advocacia diligente é prática comum e a profissionalização da produção probatória é o propositado no momento da contratação de um defensor.

Nesse sentido, faz-se necessária a análise do modo como outras legislações lidam com o tema – aprimorando-se e demarcando-se suas principais características

– para, posteriormente, compará-lo ao que vem sendo esboçado no sistema brasileiro, pois – em que pese ser um instituto pouco explorado no país – é de extrema importância. Sua prática atribui maior repercussão aos anseios defensivos, uma vez que os cidadãos passam a ter seus direitos garantidos através de seus advogados, na medida em que são ofertadas maiores condições de instrumentalizar, do ponto de vista probatório, suas teses e demandas.⁹³

2.2.1 Experiência norte-americana

Preliminarmente, é preciso ter ciência da forma de organização jurídica norte-americana. Devido à colonização inglesa, os Estados Unidos herdaram fortes traços do *Common Law*, sistema que consiste em um conjunto de princípios e regras jurídicas não escritas, mas sancionadas pelos costumes e pela jurisprudência. Aqui, as decisões judiciais são fontes imediatas do Direito – uma vez que este é criado e aperfeiçoado pelo Judiciário – e geram efeitos vinculantes,⁹⁴ enquanto na *civil law* (sistema romano-germânico), a principal fonte do Direito é a lei.

Entretanto, em que pese a referida colonização, a experiência norte-americana não pode ser equiparada à inglesa, pois o *Common Law* não foi aplicado de modo uniforme em todos os países colonizados. Assim, tratando-se especificamente dos Estados Unidos, é preciso salientar que as fontes de Direito por ele utilizadas não são apenas as regras herdadas do sistema inglês, mas também a Constituição e as leis federais e estaduais.⁹⁵ Neste viés, constata-se que – apesar de existirem diversos códigos aplicados no país – a produção legislativa norte-

⁹³ CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; BULHÕES, Gabriel. Defesa Penal efetiva no Brasil: desafios da atuação defensiva na investigação preliminar em meio ao sistema acusatório. In: GONZÁLEZ, Leonel; BALLESTEROS, Paula. **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA-JSCA, 2019. v. III, p. 98.

⁹⁴ CAMPOS, Fernando Teófilo. Sistemas de Common Law e Civil Law: conceitos, diferenças e aplicações. In: **Jus Brasil**, dez. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62799/sistemas-de-common-law-e-de-civil-law-conceitos-diferencas-e-aplicacoes>. Acesso em: 12 jul. 2020.

⁹⁵ Ainda, o sistema norte-americano é menos rígido se comparado ao britânico, uma vez que os tribunais e, inclusive, a Suprema Corte estão aptos a reverem seus precedentes quando estes forem manifestamente equivocados ou ultrapassados. Trata-se da técnica do *overruling*, que permite a atualização de todo precedente que se mostrar contrário aos fatos da sociedade. Assim, praticar o *overruling* significa que o tribunal claramente sinaliza o fim da aplicação de uma regra de direito estabelecida pelo precedente e a substitui. (NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere**: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011). Ver também: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 166-167.

americana não exclui a necessidade de um sistema de precedentes,⁹⁶ pois o *Common Law* ainda mantém intacto o significado atribuído a eles e a função do juiz ao interpretá-los.⁹⁷

Diante disso, verifica-se – nada obstante a criação de institutos inspirados na experiência norte-americana como, por exemplo, o citado acordo de não persecução penal - a dificuldade de ombrear o direito norte-americano com o direito brasileiro, uma vez que ambos possuem características particulares e, em certo ponto, controversas, haja vista que o Brasil é regido pelo sistema romano-germânico. Nesta perspectiva, sabendo-se que os dois países se organizam juridicamente de formas diferentes, necessário se faz analisar os pontos do Direito norte-americano relacionáveis com a investigação defensiva.

Por possuírem estrutura constitucional assentada no federalismo, os Estados Unidos utilizam o modelo federativo dual e, portanto, sua forma de Estado é organizada em dois entes – um ente central (União Federal) e entes regionais (Estados-membros),⁹⁸ havendo separação de competência entre eles. Os Estados-membros possuem suas respectivas Constituições e são livres para compor os seus sistemas judiciários, uma vez que dispõem de relativa autonomia em relação ao governo federal.

A Suprema Corte norte-americana é o mais alto tribunal federal do país. Instituída pela Constituição de 1787 e regulamentada pelo *Judiciary Act*,⁹⁹ em 1789, é o único tribunal requerido pela Constituição, uma vez que todos os demais

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 37.

⁹⁷ Luiz Guilherme Marinoni, ao tratar sobre a legislação codificada norte-americana, ainda refere que: “No *common law*, os Códigos não tem a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflitivos. Isto porque, no *common law*, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz do *common law* o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o *civil law* e o *common law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 55-56).

⁹⁸ Diferentemente do que ocorre no Brasil, em que pese também possua estrutura constitucional assentada no federalismo, utiliza o modelo federativo tricotômico, pois sua federação é integrada por um ente central (União Federal), entes regionais (Estados-membros e Distrito Federal) e entes locais (Municípios). (LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 419-420).

⁹⁹ O *Judiciary Act of 1789* foi assinado pelo presidente George Washington, em 24 de setembro de 1789, o qual estabeleceu os tribunais judiciais dos Estados Unidos. O artigo III da Constituição instituiu a Suprema Corte, mas deixou ao Congresso a autoridade para criar tribunais federais, conforme necessário. (THE LIBRARY OF CONGRESS (United States of America). **Primary Documents in American History**: Judiciary Act of 1789. Washington: The Library of Congress, [2019?]. Disponível em: loc.gov/rr/program/bib/ourdocs/judiciary.html. Acesso em 22 jul. 2020).

tribunais federais são criados pelo Congresso Nacional estadunidense. Em 1868, após a entrada em vigor da 14ª Emenda, a Carta de Direitos (*Bill of Rights*) tornou-se impositiva aos Estados membros e, diante disso, a Suprema Corte passou a ter poder de supervisão sobre as decisões judiciais emanadas por qualquer tribunal – federal ou estadual – norte-americano, devendo averiguar a conformidade destas à Carta de Direitos.

No entanto, conforme referido anteriormente, os Estados membros possuem liberdade para formar os seus sistemas judiciários e a maior parte deles se baseia no modelo federal. Diante disso, existem “Supremas Cortes estaduais” (*State Supreme Courts*), responsáveis pela apreciação dos casos considerados pertinentes ao Direito estadual, bem como as “Cortes de Julgamento” (*trial courts*), que julgam esses casos e, por fim, as “Cortes de Apelação” (*appellate courts*), a quem cabe o exame dos recursos interpostos contra decisões proferidas pelas *trial courts*.¹⁰⁰

Destarte, denota-se que, nos Estados Unidos, a legislação federal convive com as legislações estaduais e ambas encontram limite na Constituição. Enquanto a primeira é aplicada pelos tribunais federais, é facultado aos Estados membros e, portanto, às Cortes Estaduais, a possibilidade de também adotá-la, de modo total ou parcial, ainda que eles tenham o condão de elaborar diplomas legais próprios.¹⁰¹ Porém, em que pese os Estados membros possuam discricionariedade para legislar, devido aos limites da pesquisa em tela, serão levados em consideração a Constituição e a legislação federal norte-americana.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, que possui – ainda – traços de um sistema inquisitorial, o modelo processual norte-americano é tipicamente adversarial. Isso significa que as partes (acusação e defesa) detêm a responsabilidade pela produção probatória, e o juiz – sob pena de comprometer sua imparcialidade – deve manter-se inerte. Tal responsabilidade permeia tanto a fase pré-processual quanto a processual, sendo reconhecida desde a investigação até o trâmite instrutório,¹⁰² refletindo-se no fato de que acusação e defesa poderão apurar os fatos, inquirir testemunhas, consultar peritos, etc.

¹⁰⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

¹⁰¹ ROVEGNO, André. O sistema de provas no processo penal estadunidense. *In*: FERNANDES, Antônio Scarance *et al.* (coord.). **Provas no processo penal**: estudo comparado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 395.

¹⁰² ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

Uma vez que os casos são conduzidos pelas próprias partes, os advogados possuem uma atuação ativa, pois – além de responsáveis pela produção de elementos de prova capazes de demonstrar a inocência do investigado/acusado – precisam negociar a forma como o processo irá se desenrolar. Tal atuação acaba sendo positiva, também, do ponto de vista temporal e negocial, visto que – em virtude de o contato entre os advogados ser necessário e recorrente – muitos casos chegam para os juízes bastante adiantados, enquanto a maioria dos processos termina em acordo.

Convém ressaltar que o processo penal estadunidense se divide em três fases: a) investigativa ou preliminar (*investigatory stage*), onde são coletados elementos indicativos de autoria e materialidade do delito; b) de adjudicação (*adjudatory stage*), onde o juiz analisa a admissibilidade das provas coligidas; e, por fim, c) a instrução criminal (*judicial stage*), que ocorre perante o júri responsável pela decisão sobre o mérito da acusação. Ainda, em caso de condenação há, ao final, uma quarta fase destinada à dosimetria da pena.¹⁰³

A fase investigativa (*investigatory stage*) não possui um rito pré-estabelecido e, diante disso, as partes possuem uma larga discricionariedade na eleição de meios probatórios.¹⁰⁴ Frente a esse cenário, tal fase pode ser dividida em duas subfases: na primeira, há a reunião de elementos incriminadores e, enquanto não individualizada a investigação, não há menção ao direito de defesa. Nesse contexto, também não é fixado prazo para o encerramento das diligências e os atos ali praticados possuem como característica o seu completo sigilo. Em contrapartida, na segunda fase, com a individualização do suspeito e, conseqüentemente, com a adoção de medidas cautelares ou a aplicação de detenção sobre ele, emerge uma série de garantias¹⁰⁵ e, finalmente, a persecução penal assume sua forma propriamente dita.¹⁰⁶

¹⁰³ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 393-394.

¹⁰⁴ É preciso ter claro que, em que pese a larga discricionariedade na escolha de meios probatórios, as partes processuais estão sujeitas a alguns limites na produção destes, pois a proteção dos direitos previstos na Constituição dos Estados Unidos constitui-se mais em restrições ao arbítrio dos agentes públicos sobre os cidadãos do que em direitos individuais. (DEU, Teresa Armenta. **Prova ilícita: um estudo comparado**. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: M. Pons, 2014, p. 33).

¹⁰⁵ Neste ponto, há de se ressaltar o julgamento do caso *Miranda vs. Arizona* (1966). Ernesto Arturo Miranda foi preso por rapto e estupro e sua confissão foi assinada sem que tivesse sido cumprido o disposto na V Emenda: (a) advertência em relação aos seus direitos; (b) possibilidade de permanecer em silêncio; (c) advertência sobre o fato de que tudo o que dissesse poderia ser utilizado contra ele próprio, e; (d) direito de manter contato com um advogado. Ao julgá-lo, a Suprema Corte entendeu

Em virtude da influência das partes em todas as etapas da produção probatória, o defensor é contemplado com um poder-dever de agir e, em que pese sua atuação careça de regulação legal, ela possui a incumbência de ser efetiva. O fundamento para tanto advém da Constituição estadunidense, especialmente da VI Emenda,¹⁰⁷ uma vez que dela decorre o direito à prova defensiva – ligado à cláusula do *compulsory process* –, e à defesa técnica eficaz – a qual possui relação direta com o *right to counsel*. Nesse sentido, a Suprema Corte – ao deparar-se com casos em que se buscava a anulação de uma decisão por ausência de defesa técnica¹⁰⁸ – demonstrou receio frente às possíveis consequências sofridas pelo acusado e, deste modo, fez menção às diretrizes estipuladas pela *American Bar Association* (ABA), validando a importância delas.

Tais diretrizes podem ser consideradas referenciais a serem observados no sentido de nortear a conduta dos advogados durante a investigação defensiva; e consistem em: a) *Criminal Justice Standards for the Defense Function* e; b)

que a promotoria não poderia usar as declarações prestadas pelo acusado sem que as salvaguardas previstas na Constituição tivessem sido respeitadas. Assim, a Corte estabeleceu um código de conduta que deveria nortear os inquéritos policiais no âmbito federal ou estadual americanos, sob pena de nulidade. Esse código passou a ser conhecido por *Miranda Warnings*, cujas recomendações consistiam em informar a toda e qualquer pessoa detida seus direitos constitucionais, contemplando a proteção aos acusados de crimes antes dos processos judiciais, isto é, ainda na fase policial, no momento da investigação e/ou prisão. (SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 131).

¹⁰⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

¹⁰⁷ A VI Emenda dispõe o seguinte: “Em todos os processos criminais o acusado terá direito a julgamento rápido e público, por júri imparcial no Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente delimitado por lei; a ser informado da natureza e causa da acusação; a ser acareado com as testemunhas que lhe são adversas; a dispor de meios compulsórios para forçar o comparecimento de testemunhas da defesa e a ser assistido por advogado”.

¹⁰⁸ Apesar de não haver um precedente da Suprema Corte única e especificamente destinado à atividade de investigação criminal defensiva, alguns fatos podem ser citados como geradores de importante premissas. No caso *Strickland vs. Washington* (1984), por exemplo, a Corte reconheceu expressamente que o dever de investigação (*duty to investigate*) é uma das consequências lógicas do dever de proporcionar ao acusado uma defesa técnica efetiva. (MALAN, Diogo Rudge. *Investigação defensiva no processo penal*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012, p. 282). Do mesmo modo, no caso *Bobby vs. Van Hook* (2009), a Suprema Corte – reconhecendo a importância das orientações da *American Bar Association* (ABA) como um parâmetro possível a ser considerado para aferir a efetividade da defesa – concedeu ordem de habeas corpus a Robert Van Hook pelo fato deste não ter sido contemplado com assistência efetiva durante a fase de julgamento que lhe aplicou a pena de morte. Em 2010, ao julgar o caso *Padilla vs. Kentucky*, a Corte reconheceu a deficiência da defesa diante do fato de o acusado não ter sido orientado quanto à possibilidade de deportação decorrente de seu acordo de reconhecimento de culpa, em desacordo com as diretrizes da ABA, no sentido de “*require defense attorneys to advise as to the risk of deportation consequences for non-citizen clients*”. (ARAÚJO, Marcelo Azambuja. *Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS n. 156/09*. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 16, p. 233-246, jan./jun. 2017, p. 238).

Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases. A primeira tem como objetivo o fornecimento de orientação para a atuação profissional e desempenho do advogado de defesa, além de prever como dever deste o seu engajamento durante a investigação. De acordo com essa instrução, o advogado – durante o seu exercício profissional – deve obedecer a alguns compromissos como a obrigação de confidencialidade, de lealdade, da comunicação ao cliente (Norma 4-1.3 a, b e d), entre outros. No mesmo sentido, ao tratar especificamente sobre a investigação defensiva, a orientação incentiva a participação em programas de treinamento que abordem habilidades investigativas (Norma 4-1.12 b), além de prescrever ao advogado a obrigação de discutir fontes potenciais de informações, evidências e investigações úteis (Norma 4-3.3 c), não se limitando àquilo produzido pela acusação (Norma 4-3.7 b). Ademais, a Norma 4-4.1 dispõe sobre o dever de investigar e engajar investigadores, colocando tal atribuição a cargo do advogado de defesa em todos os casos (Norma 4-4.1 a).¹⁰⁹

Com relação ao conteúdo da segunda diretriz, consiste em um roteiro informativo da postura a ser adotada pelo defensor nos processos criminais que podem resultar em pena de morte. Esse roteiro estabelece elementos que devem ser cumpridos por uma investigação defensiva adequada e enumera tudo aquilo que deve ser observado pelo profissional.

Por fim, sob uma perspectiva teórica, a doutrina comumente aponta a seguinte metodologia para a condução da investigação criminal defensiva no ordenamento norte-americano: 1) revisão dos materiais disponibilizados pelo procedimento da *Discovery* (relatórios, laudos e informações das vítimas e testemunhas); 2) entrevista inicial com o imputado; 3) exame do local do crime; 4) coleta de informações acerca do perfil da vítima e das testemunhas; e 5) confecção de relatório da investigação.¹¹⁰ Por conseguinte, percebe-se que a atuação do advogado na fase investigatória é algo comumente aceito no país, estando prevista inclusive na doutrina jurídica norte-americana.

¹⁰⁹ AMERICAN BAR ASSOCIATION. **Criminal justice standards for the defense function**. Fourth edition, Illinois: ABA, June, 2016. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/. Acesso em: 01 ago. 2020.

¹¹⁰ SILVA, Franklyn R. A. A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 41-80, jan./abr. 2020.

Diante disso, constata-se que o sistema processual estadunidense, ao colocar o encargo probatório sob responsabilidade das partes, impõe ao advogado uma postura ativa na colheita de elementos que embasem sua tese. Em que pese não exista um diploma legal com seção normativa destinada à disciplina da investigação defensiva, as orientações da ABA funcionam como significativo referencial ao estabelecer padrões para o que se considera uma investigação efetiva.

Portanto, conclui-se que o ordenamento jurídico norte-americano contempla aparatos de permissão à busca de elementos de formação do convencimento pela defesa técnica nos mais variados estágios da persecução. Deste modo, a atuação investigativa defensiva é validada, tornando-se legitimada – inclusive – na fase pré-processual.

2.2.2 Paradigma brasileiro: modelo italiano

O modelo investigatório defensivo italiano é visto como um paradigma a ser seguido pelo Brasil. Por isso, antes de adentrar no mérito da investigação defensiva propriamente dita, faz-se necessário contextualizar o processo evolutivo em seu entorno, estabelecendo-se um breve retrospecto do panorama normativo da *indagine difensiva* na Itália.

Em 1930, entrou em vigor na legislação italiana o chamado “Código Rocco”, o qual pode ser considerado a matriz ideológica que influenciou a produção científica do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, vigente até hoje. O código italiano era regido pelo princípio unificador inquisitivo, caracterizando-se pela concentração de poder nas mãos do julgador, o qual era o responsável pela gestão da prova.¹¹¹

Com o passar do tempo, editou-se, em 1988, um novo Código de Processo Penal, o qual foi resultante da reforma processual ocorrida no país, e trouxe diversas inovações no cenário jurídico, alterando muitos aspectos do antigo código. A figura do juiz instrutor – típica do modelo inquisitivo – por exemplo, foi abolida, ficando a cargo das partes a responsabilidade pela produção probatória. Deste modo, adotou-se o princípio do contraditório na formação da prova, consagrando-se o modelo adversarial e contemplando-se – dentre outros – os princípios da reserva de lei em

¹¹¹ CABRERA, Michelle Gironde. A mentalidade inquisitória no processo penal brasileiro (Parte II). In: **Canal Ciências Criminais**. Porto Alegre, 03 nov. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/processo-penal-brasileiro/>. Acesso em: 09 ago. 2020.

matéria processual, da imparcialidade do juiz¹¹² e da paridade de armas,¹¹³ nos termos do artigo 111 da Constituição da República e 190 do Código de Processo Penal.¹¹⁴

Quanto à investigação criminal, tem-se que o novo modelo – *indagini preliminari* – ficou a cargo do Ministério Público – que pode agir diretamente ou através da Polícia Judiciária –, consistindo em um procedimento judicial pré-processual, uma vez que coordenada por ente vinculado ao Poder Judiciário, com o objetivo de preparar e instrumentalizar o processo criminal. Salienta-se que, nesta fase, não existe contraditório, pois os atos nela praticados representam meros atos investigativos, não sendo considerados atos de prova.¹¹⁵⁻¹¹⁶

Nessa perspectiva, uma vez que o Ministério Público se tornou o responsável pela condução da *indagini preliminari*, o papel do juiz passou a ser secundário, cabendo sua manifestação somente se houver a necessidade de jurisdicionalização de alguma providência, sobretudo quando o que se discute são ameaças aos direitos fundamentais do imputado. Tem-se, portanto, um Juiz de Garantias¹¹⁷ (*giudice per le indagini preliminari*), e não mais um juiz instrutor.

Ao contrário do Magistrado – que passou a ter função acessória durante a investigação preliminar – o defensor do *indagato*,¹¹⁸ perante a alteração processual

¹¹² Aqui, cabe salientar que o Magistrado passou a ter função fiscalizatória e decisória. Sua iniciativa probatória tornou-se residual, sendo admitida em casos excepcionais de extrema necessidade, conforme preceitua o artigo 570 do Código de Processo Penal. Porém, Badaró dá ênfase ao fato de que tal dispositivo vem sendo concebido de maneira ampliativa pela Corte de Cassação italiana, de modo a fomentar os poderes instrutórios do Juiz. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003, p. 142-144).

¹¹³ TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

¹¹⁴ A legislação italiana citada neste trabalho foi transcrita em apêndice próprio.

¹¹⁵ TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 394.

¹¹⁶ Deve-se salientar, no entanto, que a Lei nº 356, de 07 de agosto de 1992, possibilitou ao juiz instrutor formar a sua convicção com base nos informes coletados durante a *indagini preliminari*. Visando combater a criminalidade mafiosa, tal norma alterou alguns ditames do Código de Processo Penal e acabou por permitir, na fase do *dibattimento*, a utilização de declarações prestadas durante a investigação prévia. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003, p. 142-142).

¹¹⁷ O Juiz das Garantias é responsável pelo controle de legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais do sujeito. No Brasil, com o advento da Lei nº 13.964/2019, tal possibilidade passou a ser admitida. Com a divisão, sem comunicação, entre as fases procedimentais e personagens diversos, acatou-se a viabilidade da existência de dois juizes: O Juiz das Garantias, responsável pela fase de investigação e recebimento da acusação, e o Juiz do Julgamento, responsável pela instrução e pela decisão final. (LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Entenda o impacto do Juiz das Garantias no processo penal. *In: Consultor Jurídico*. São Paulo, 27 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em 08 jul. 2020).

¹¹⁸ Ressalta-se que *indagato* é a denominação dada ao suspeito da investigação. Ela perdura até o arquivamento da *indagini preliminari* ou, não sendo o caso, até o início da ação penal. Em

ocorrida no país – foi contemplado com a possibilidade de participação no decorrer da *indagini preliminari* ou, não sendo este o caso, com a alternativa de realizar sua própria investigação,¹¹⁹ independente da atuação pública. Por conseguinte, sua operação tornou-se ativa, haja vista que lhe foram concedidos poderes para colher fontes de prova pertinentes à defesa do seu cliente.

Nesse sentido, com o intuito de contrabalançar o viés acusatório da *indagini preliminari*, criou-se o instituto da investigação defensiva italiana (*investigazioni difensive* ou *indagini difensive*), o qual possui respaldo nos artigos 24, 2 e 111 da Constituição da República. Estes estabelecem, respectivamente, o direito de defesa e a necessidade de o sujeito passivo dispor de tempo e de condições necessárias para montar a sua tese.¹²⁰

Em que pese tal previsão, há quem entenda que o tratamento concedido pelo Código de Processo Penal acerca investigação foi superficial, ainda que fosse claro o aceno quanto à necessidade de codificação do tema de forma mais aprofundada.¹²¹ Em virtude de a defesa encontrar-se – ainda – em posição de inferioridade perante a acusação, a paridade de armas almejada não foi alcançada, pois – em que pese o artigo 38 do referido código ter possibilitado ao defensor a apresentação, diretamente ao Magistrado, dos dados coletados durante a investigação privada – a jurisprudência italiana interpretou tal artigo de forma restritiva, sob a alegação de que o resultado da investigação não teria o condão de ser considerado prova e, portanto, deveria ser direcionado ao Ministério Público.¹²²

contrapartida, aquele que é formalmente processado recebe a denominação de *imputato*. Vale salientar que o artigo 61 do Código de Processo Penal Italiano, sob um viés garantista, estendeu os direitos conferidos ao *imputato* ao *indagato* e, portanto, este o sujeito passivo da investigação preliminar foi contemplado com diversas garantias. (MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009).

¹¹⁹ Neste sentido, cabe fazer referência à “Lei Cariotti” (Lei nº 479, de 16/12/1999, em vigor desde 03/01/2000), a qual introduziu a expressão “investigação do defensor” pela primeira vez no processo penal italiano. Porém, embora esta norma tivesse o mérito de conferir dignidade codificada à investigação defensiva, sua eficácia não foi total, pois apresentou deficiente disciplina para o efetivo exercício dessa possibilidade. (AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004).

¹²⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

¹²¹ SIRACUSANO, Delfino *et al.* **Diritto processuale penale**. Milano: Giuffrè, 2009, p. 159.

¹²² Trata-se da chamada “Teoria da Canalização”, adotada no início da década de 1990 pela Suprema Corte Italiana. De acordo com ela, todos os dados obtidos durante a investigação preliminar – inclusive aqueles colhidos durante a investigação defensiva – deveriam ser canalizados no Ministério Público. De acordo com Antonio Scarance Fernandes, o artigo 38 do CPP italiano “sofreu

Logo, verificou-se que na versão aprovada da nova codificação houve apenas o reconhecimento da possibilidade de o defensor desenvolver a investigação e reunir elementos sensíveis à defesa, mas o instituto da investigação defensiva carecia de uma normativa mais completa.¹²³ Diante disso, somente no ano 2000, com a edição da Lei nº 397, intitulada “*Disposizioni in materia di indagini difensive*”, o legislador italiano trouxe um maior detalhamento para a realização das atividades investigatórias pelo defensor. Tal diploma legal tinha como objetivo o reequilíbrio da posição das partes durante a persecução prévia e, frente a isso, atribuiu à defesa poderes investigatórios já previstos para o Ministério Público e Polícia Judiciária. Desse modo, o defensor passou a ter delimitado o seu papel de corresponsável pela apuração dos fatos.¹²⁴

Com sua entrada em vigor, a Lei nº 397/2000 alterou diversos artigos do Código de Processo Penal Italiano e a investigação defensiva – que antes era uma figura meramente abstrata – passou a ser regulamentada, criando-se um procedimento específico para a sua efetivação. A investigação privada foi contemplada com o mesmo valor concedido à investigação pública e, com isso, pretendeu-se a paridade de armas entre as partes.

Assim que editado o referido diploma, as novas disposições foram prontamente recepcionadas sob a perspectiva garantista do processo justo. A atuação da defesa tornou-se mais dinâmica e proativa, ocorrendo o desdobramento das normas convencionas que asseguravam ao imputado o direito à defesa técnica e à produção probatória.¹²⁵ Porém, cumpre salientar que a investigação defensiva italiana, frente à cultura inquisitorial existente no país, enfrentou alguns obstáculos durante a sua introdução no sistema. Com o receio de que a participação do investigado em um ambiente consabidamente titulado pelo Judiciário pudesse manipular os elementos probatórios colhidos durante aquela fase, a jurisprudência

interpretação restritiva da jurisprudência, por meio de orientação que ficou conhecida como teoria da canalização, porque determinava que os elementos colhidos pela defesa fossem apresentados ao órgão acusador. A teoria da canalização esvaziava a vantagem da investigação pela defesa admitida pelo Código”. (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012, p. 242).

¹²³ SILVA, Franklyn R. A. A investigação criminal direta pela defesa: instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 41-80, jan./abr. 2020. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/308>. Acesso em: 08 fev. 2021.

¹²⁴ ARAÚJO, Marcelo Azambuja. Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS n. 156/09. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 16, p. 233-246, jan./jun. 2017.

¹²⁵ VELANI, Luigi Gino. **Le investigazioni preventive**. Milano: Giuffrè, 2012, p. 9

italiana criou certa resistência ao novo regramento, o qual – com o passar do tempo – superou as incertezas e se impôs como crucial à estrutura do processo penal italiano contemporâneo.¹²⁶ Atualmente, a investigação defensiva, além de ser bastante estudada por doutrinadores italianos, vem sendo utilizada por defensores com o intuito de colheita de elementos favoráveis aos assistidos.

Devido a sua inserção no sistema italiano, tal instituto passou a ser considerado tanto um direito, quanto um dever do defensor, uma vez que a iniciativa investigatória ficou a cargo dele, e não do acusado, sendo aquele o responsável pelos trâmites investigativos, conforme preceitua o artigo 327-*bis* do CPP. Aqui, cabe mencionar que essa atividade (investigativa) não se resume a uma prática realizada pelo defensor do assistido mencionado na *indagini preliminari*, isto é, o advogado de qualquer das partes privadas pode investigar, a partir do momento em que recebe este encargo.¹²⁷ Frente a isso, constata-se que, na Itália, a investigação defensiva possui uma concepção ampla, sendo equiparada à investigação privada e não se reduzindo àquela praticada pelo defensor do acusado na persecução penal.

Seguindo esse viés, algumas disposições do Código de Processo Penal precisaram ser alteradas para ajustarem o rito processual à investigação defensiva. Por exemplo: os artigos 197, 1, “d”; e 200, 1, “b”, do CPP, vetaram a inquirição, como testemunha, do defensor, do investigador privado autorizado e do assistente técnico, por estarem amparados pelo sigilo profissional; o artigo 362, 1, do CPP, proibiu o Ministério Público, ao inquirir pessoas que foram ouvidas na investigação defensiva, de questionar sobre as questões elaboradas pelo defensor e suas respectivas respostas; etc. No entanto, merece singular notoriedade a criação do título VI-*bis* no livro quinto do CPP, composto de nove artigos (391-*bis* a 391-*decies*), que indicam as ações cabíveis durante esse tipo de investigação.

De acordo com o disposto no referido título, tem-se regras sobre o recebimento de informações por parte do defensor (artigo 391-*bis*, CPP), onde resta estipulado que aquele que investiga pode promover colóquio não documentado (entrevista pessoal e informal de pessoas capazes de contribuir para a investigação), mas – em virtude de somente o defensor ser capaz de avaliar e

¹²⁶ PRADO, G. Parecer. As garantias na investigação criminal: o direito de se defender provando. In SCARPA, A. O.; HIRECHE, G. F. E. (org.). **Temas de direito penal e processo penal**: estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. Salvador: Juvspodvim, 2013, p. 708.

¹²⁷ IAI, Ivano. Le investigazioni difensivi nei reati di criminalità organizzata. In: **La Giustizia Penale (parte terza: Procedura Penale)**, 2003, p. 123.

selecionar os elementos favoráveis à defesa do assistido – cabe exclusivamente a ele a documentação das informações obtidas através de tais entrevistas. Nesse sentido, o modo como deve ocorrer a documentação também foi previsto (artigo 391-ter, CPP), especificando-se que, ao contrário do que acontece com o Ministério Público e com a Polícia Judiciária – que têm o dever de documentar os elementos colhidos – é possibilitado ao defensor que ele registre o obtido em sua investigação somente se julgar conveniente ao seu cliente. Todavia, caso decida fazê-lo, é cobrado fidelidade àquilo que foi colhido, não havendo a viabilidade de exclusão de dados desfavoráveis ao assistido.¹²⁸

O artigo *391-quater*, CPP, trata sobre a possibilidade de requisição de documentos à Administração Pública e extração de cópias às expensas do defensor. Não obstante, a lei nada referiu quanto aos documentos em posse de sujeitos privados e, caso não haja a colaboração do particular, o interessado deve requerer à Autoridade Judiciária o sequestro dessas evidências, conforme preceituam os artigos 367 e 368 do CPP.

O poder de sigilo do Ministério Público é elucidado no artigo *391-quinquies* do CPP. De acordo com o ali previsto, caso seja necessário à produção de sua atividade investigatória, o Ministério Público pode, por meio de decreto motivado, impedir que os depoentes informem ao defensor fatos e circunstâncias investigadas das quais tenham ciência, resguardando-se a investigação pública no caso de conflito com a investigação defensiva.

O acesso a lugares e documentos públicos está previsto no artigo *391-sexies*, CCP, enquanto o acesso a lugares privados ou não abertos ao público está tratado no artigo seguinte, *391-septies*, CPP. O ingresso daquele que investiga em lugares abertos ao coletivo é autorizado. No entanto, tratando-se de locais privados, é exigida a concordância por parte de quem tem a disponibilidade do local. Não havendo esta, o defensor pode requerer a permissão de acesso ao Juiz, que deverá proferir decisão fundamentada.

O fascículo do defensor é abordado no artigo *391-octies*, CPP. Nele serão inseridos os elementos probatórios colhidos no curso da *indagini preliminari* e da audiência preliminar. Importante salientar que o referido fascículo é formado e conservado junto ao cartório do Juiz responsável pela fase preliminar, o chamado

¹²⁸ TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 505.

giudice per le indagini preliminari (GIP), que intervém apenas nos casos previstos em lei e a pedido das partes, não podendo atuar *ex officio*.

Por fim, os artigos 391-*nonies* e 391-*decies* tratam, respectivamente, da atividade da investigação preventiva e da utilização da documentação colhida durante a investigação defensiva. Com relação ao primeiro, tem-se que esse modelo investigativo é aquele que ocorre antes do registro da notícia-crime por parte do Ministério Público. A partir do início da *indagini preliminari*, a investigação deixa de ser considerada preventiva e passa a ser ordinária. Uma vez que a instauração do procedimento criminal não é algo irrefutável, o defensor – para desempenhar tal atividade – precisa estar munido de mandato específico, onde estarão contidos os fatos sobre os quais recairá sua investigação. Dito isso, constata-se que a investigação preventiva é mais limitada se comparada à ordinária, pois sequer existe um procedimento criminal formalmente instaurado e, portanto, os atos possivelmente praticados pelo defensor devem ficar restritos aos previstos no Código de Processo Penal.

Quanto à utilização da documentação colhida durante a investigação defensiva, explica-se que – em tese – ela possuirá o mesmo peso probatório que os dados apresentados pelo Ministério Público e pela Polícia Judiciária. Tal documentação será acostada aos autos da *indagini preliminari* e analisada pelo juiz da investigação (GIP), na audiência preliminar. A partir daí, caso seja aceita a acusação, inicia-se a fase do *dibattimento*.

Pelo exposto, constata-se que a reforma da investigação defensiva deixou expresso o propósito de romper o monopólio investigativo concentrado nas mãos do Ministério Público. O legislador se preocupou em estabelecer um procedimento bem delineado, em que pese alguns fatores não tenham sido abordados pela nova lei,¹²⁹ o que ocorreu em face do ineditismo e da complexidade da matéria. Porém, o que se vislumbra é um processo penal italiano mais igualitário e com mais possibilidades defensivas regulamentadas pela lei processual penal vigente.

¹²⁹ André Augusto Mendes Machado, ao tratar sobre os referidos fatores, selecionou os seguintes: ausência de limites à atividade investigatória do defensor; divergência doutrinária sobre a qualificação, pública ou privada, do advogado que documenta a investigação defensiva; relação da investigação defensiva com a legislação referente à proteção dos dados pessoais; ausência de determinação do momento em que o sujeito passivo deve ser comunicado acerca da existência de procedimento criminal; e, por fim, inexistência de preceitos sobre a possibilidade de o defensor efetuar atos atípicos à investigação defensiva. (MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009).

2.2.3 Investigação criminal defensiva e sua abordagem pelo Projeto de Lei nº 8.045/2010

Analisando-se o ordenamento jurídico brasileiro, não se pode afirmar a total inércia do legislador no tratamento da investigação defensiva, uma vez que o Projeto de Lei nº 8.045/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados,¹³⁰ prevê tal possibilidade em um de seus dispositivos. Com origem no PLS nº 156/2009,¹³¹ de autoria do senador José Sarney (PMDB/AP), tal projeto tem como objetivo a reforma do Código de Processo Penal, visando à revogação do Decreto-Lei nº 3.689/1941, sob a justificativa que este se encontra obsoleto, principalmente no que concerne às mudanças introduzidas pela Constituição Federal de 1988.

Em razão de possuímos – teoricamente – um sistema acusatório em estágio avançado, faz-se necessária a constitucionalização da codificação que serviu ao modelo inquisitivo¹³² e, frente a isso, o projeto do Novo Código de Processo Penal apresentou diversas alterações com o intuito de romper com a legislação ainda vigente. Ocorre que, a ruptura de uma tradição nem sempre é algo pacífico e, neste sentido, alguns dos pontos sugeridos foram alvos de polêmicas e posterior acanhamento por parte de operadores do Direito.

¹³⁰ Conforme informação obtida na página da Câmara dos Deputados “Situação: Pronta para Pauta na Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8045, de 2010, do Senado Federal, que trata do "Código de Processo Penal" (revoga o decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006), e apensados (PL804510)”. (BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 8.045**, de 22 de dezembro de 2010. Código de Processo Penal. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Autoria: Senador José Sarney. Brasília, DF: Senado Federal, [2010]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 14 ago. 2020).

¹³¹ O PL nº 156/2009 tramitou perante o Senado entre 22/04/2009 e 23/03/03/2011. A aprovação de sua redação final em Plenário ocorreu na sessão extraordinária de 07/12/2010, com remessa de comunicação à Câmara dos Deputados em 23/3/2011, onde passou a tramitar como PL nº 8.045/2010. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas; CANI, Luiz Eduardo; e BALTAZAR, Shalom Moreira. Do projeto de reforma do CPP ao projeto de lei “anticrime”: mirando a Constituição. *In: Consultor Jurídico*. São Paulo, 12 abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limite-penal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime>. Acesso em: 19 ago. 2020).

¹³² WUNDERLICH, Alexandre. Muito além do bem e do mal: Considerações sobre a execução penal antecipada. *In: CARVALHO, Salo de (org.) Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 501-520.

O artigo 13, *caput*, do PL nº 8.045/2010¹³³ faz parte do “Título II – Da Investigação Criminal” e dispõe sobre a possibilidade de investigação defensiva, facultando ao investigado, por meio de seu defensor, a tomada de iniciativa probatória a fim de agregar elementos à sua defesa. Constata-se – frente a isso – que, ao possibilitar a produção de provas – em sede de investigação preliminar - por parte da defesa, a alteração legislativa teve como propósito (in)direto o asseguramento da aplicação das garantias previstas na Constituição Federal, visando uma acusação penal mais justa, não baseada somente em indícios de autoria e materialidade colhidos de forma inquisitiva durante a fase pré-processual. Do mesmo modo, ao viabilizar a equidade de posições entre as partes, o PL nº 8.045/2010 forneceu aos litigantes uma ação penal paritária, pois garantiu a defesa de antemão por parte do investigado.

Portanto, a pretendida mudança legislativa, ao incluir a investigação defensiva na fase administrativa, partindo de um extremo inquisitorial, visava encaminhar-se em direção ao pleno exercício do modelo acusatório, onde as garantias individuais conviveriam harmonicamente com as instituições também preservadas pela Constituição Federal. No entanto, em que pese a coerência dos argumentos utilizados para a reforma processual, a maneira como essa inovação foi prevista abre espaço para considerações adversativas.

Analisando-se os parágrafos que sucederam o *caput* do artigo 13,¹³⁴ os quais regulamentaram a forma como deverão ocorrer as entrevistas, constata-se que o

¹³³ Artigo 13, *caput*, do PL nº 8.045/2010, *in verbis*: “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”. (BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 8.045**, de 22 de dezembro de 2010. Código de Processo Penal. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Autoria: Senador José Sarney. Brasília, DF: Senado Federal, [2010]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 14 ago. 2020).

¹³⁴ “Art. 13. [...] § 1º As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas. § 2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento. § 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista. § 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial. § 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. § 6º As pessoas mencionadas no *caput* deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos”. (BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 8.045**, de 22 de dezembro de 2010. Código de Processo Penal. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940;

objetivo ambicionado pela alteração legal não foi atingido. Ainda que se fale em renovação legislativa, o ranço do sistema inquisitivo perdura e macula o processo como um todo, pois – enquanto o *caput* propõe uma maior adequação da investigação criminal à Carta Magna – os parágrafos demonstram que essa adaptação não será tão exequível, eis que a aplicação do ali disposto, na prática, não permite uma mudança de cenário profundamente significativa.

Diante da leitura do parágrafo 1º: “As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas”, denota-se que a produção probatória defensiva será limitada, uma vez que as entrevistas previstas no *caput* do artigo deverão ser justificadas e autorizadas, além de serem dependentes do consentimento dos entrevistados. Sabendo-se que tal limitação não abarca a parte acusatória, constata-se que – enquanto o enunciado do artigo 13 apresenta institutos do sistema acusatório – o parágrafo 1º os anula, comprovando a presença do sistema inquisitivo e, conseqüentemente, a disparidade de aparatos processuais entre as partes.

Do mesmo modo, analisando-se o parágrafo 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”, bem como o parágrafo 3º, “Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista”, verifica-se – novamente – uma limitação ao exercício probatório da defesa. No entanto, nesta conjuntura, o que se resguarda é a intimidade da vítima, o que – em certos casos – é, de fato, necessário.

O parágrafo 4º dispõe que: “Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discricção e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial”; ou seja, restringe-se a estabelecer o modo como os pedidos de entrevistas deverão ocorrer. Porém, mais uma vez, é algo manifesto somente em relação à prática defensiva.

1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Autoria: Senador José Sarney. Brasília, DF: Senado Federal, [2010]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 14 ago. 2020).

Contudo, o parágrafo 5º é o mais contestável nesse aspecto. Ao dispor que “O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial”, legitima-se a possibilidade de não inclusão dos elementos gerados pela defesa aos autos do inquérito, ficando a critério da autoridade policial realizar a juntada (ou não) de tais instrumentos. Nesse sentido, uma vez que a investigação – na maioria das vezes – é conduzida pela Polícia Judiciária, e há uma perigosa cultura no sentido de esta privilegiar as teses acusatórias em desfavor da busca da reconstrução imparcial dos fatos,¹³⁵ verifica-se o possível prejuízo causado ao indiciado, posto que a prova produzida pela defesa durante a fase preliminar sempre será no sentido de contestar os elementos colhidos em seu desfavor.

Frente a isso, constata-se que não faz qualquer sentido facultar à autoridade policial a competência para anexar tal produção, ou não, aos autos do inquérito. Tal fato pode ser caracterizado como verdadeira afronta ao sistema acusatório, em virtude de obstaculizar de forma contundente a iniciativa probatória por parte da defesa.

Por fim, o parágrafo 6º, ao dispor que: “As pessoas mencionadas no *caput* deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos”, limita-se a responsabilizar aqueles que praticarem atos desproporcionais durante a colheita de subsídios defensivos. Quanto a isso, não se pode discordar da posição adotada pelo legislador.

Diante do exposto, percebe-se que a modificação legislativa se mostrou contraproducente, pois, ao limitar a produção e garantir a possibilidade de não inclusão do material produzido pela defesa do imputado aos autos, revelou-se contrária às garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Restou evidente, por conseguinte, a ameaça que recai sobre o princípio da igualdade, devido à absoluta assimetria no tratamento destinado às partes durante a investigação.

Uma vez que o propósito legislativo em relação à investigação defensiva foi o de assegurar a paridade de armas entre acusação e defesa, a medida mais justa a ser tomada seria a de não imposição de limites à produção probatória realizada por

¹³⁵ Fenômeno este que, salienta-se, é típico de um sistema inquisitório que não valoriza uma investigação criminal imparcial e, conseqüentemente, transforma o inquérito policial em um instrumento a serviço da acusação, como se pode depreender da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que referiu ser o inquérito uma “peça destinada à formação da *opinio delicti* do órgão acusatório” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 7612/DF**. 2ª Turma. Relator: Ministro Edson Fachin, 12 de março de 2019).

ambas as partes, ressaltando-se, evidentemente, a proteção aos direitos fundamentais da vítima. Todavia, diante das restrições previstas nos parágrafos que sucederam o enunciado do artigo, confirma-se que o cenário pré-processual permanecerá sem efetivas modificações.

Além disso, é preciso referir que o PL nº 8.045/2010 não fez qualquer menção a temas significativos que incidirão perante o novo instituto. A possibilidade de acesso da defesa a locais privados, por exemplo, ficou em aberto, do mesmo modo que não há previsão legislativa referente à (in)admissibilidade de depoimentos colhidos em desacordo com o rito proposto pela legislação. Isso posto, resta evidenciado que – não obstante a investigação defensiva tenha sido prevista no Projeto do Novo Código de Processo Penal - existirão diversas lacunas no dispositivo legal que poderão ocasionar divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Destarte, em que pese seja apreciável a iniciativa no sentido de regulamentar a participação do investigado na fase preliminar, não se pode ignorar a debilidade com a qual o tema foi abordado. Embora não recaia sobre o imputado o ônus de produzir provas quanto a sua inocência, seu defensor deve ter a possibilidade de realizar uma defesa técnica efetiva, investigando acerca de elementos de prova que excluam ou atenuem a responsabilidade penal do agente e, conseqüentemente, exercendo um papel de resistência ante a manifestação acusatória.¹³⁶

Não obstante a reforma tenha sido almejada por tanto tempo, criando-se a expectativa de que por intermédio dela seria afastado o caráter inquisitivo do inquérito policial, o que se vislumbra é a simples positivação legal da preponderância dos argumentos acusatórios sobre o discurso defensivo, pois a investigação defensiva – tal como foi prevista – é demasiadamente insuficiente para suprir a disparidade de armas que recai sobre as partes na fase preliminar. Conclui-se, neste sentido, que – em relação à igualdade pré-processual e à produção probatória investigativa – pouco se altera, na essência, com a aprovação do artigo 13 previsto no Projeto de Lei nº 8.045/2010, dado que existe muita resistência de operadores do Direito no sentido de aceitar a participação efetiva do advogado durante a fase preliminar, bem como de valorar de forma adequada os elementos por este produzidos.

¹³⁶ ARAÚJO, Marcelo Azambuja. Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS n. 156/09. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 16, p. 233-246, jan./jun. 2017.

2.2.4 Investigação criminal defensiva e a tentativa de regulamentação pela OAB: Provimento nº 188/2018

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 11 de dezembro de 2018, editou o Provimento nº 188,¹³⁷ regulamentando administrativamente o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Tal provimento é composto por oito artigos e foi elaborado com o intuito de efetivar a tão almejada paridade de armas, bem como validar o sistema acusatório de processo penal.

Enquanto seu artigo 1º conceitua a investigação defensiva,¹³⁸ o 2º dispõe sobre os momentos nos quais ela poderá ser desenvolvida, estabelecendo que tal investigação possui o condão de ocorrer desde a etapa preliminar até a execução penal, bem como servir de medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer. Em continuidade, o artigo 3º preceitua de modo exemplificativo algumas finalidades probatórias a serem alcançadas pelo instituto,¹³⁹

¹³⁷ BRASIL. CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento nº 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Presidência, 2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 25 ago. 2020.

¹³⁸ “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”. (BRASIL. CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento nº 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Presidência, 2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 25 ago. 2020).

¹³⁹ “Art. 3º A investigação defensiva, sem prejuízo de outras finalidades, orienta-se, especialmente, para a produção de prova para emprego em: I - pedido de instauração ou trancamento de inquérito; II - rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa; III - resposta a acusação; IV - pedido de medidas cautelares; V - defesa em ação penal pública ou privada; VI - razões de recurso; VII - revisão criminal; VIII - habeas corpus; IX - proposta de acordo de colaboração premiada; X - proposta de acordo de leniência; XI - outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal. Parágrafo único. A atividade de investigação defensiva do advogado inclui a realização de diligências investigatórias visando à obtenção de elementos destinados à produção de prova para o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária. (BRASIL. CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento nº 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Presidência, 2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 25 ago. 2020).

e o artigo 4º estabelece tipos de diligências capazes de serem promovidas pelo advogado na condução da prática defensiva.¹⁴⁰

Neste seguimento, os artigos 5º e 6º determinam os deveres do profissional, assegurando os direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas na investigação, e dispendo sobre a desnecessidade de informar à autoridade competente sobre os fatos investigados. Por fim, ao passo que o artigo 7º determina que as atividades descritas no referido provimento são privativas da advocacia e não podem ser censuradas ou impedidas pelas autoridades, o artigo 8º dispõe sobre a sua entrada em vigor e a consequente revogação das disposições contrárias a ele.

Pelo exposto, verifica-se que essa nova forma de atuação exige uma mudança estrutural considerável tanto por parte das instituições responsáveis pela persecução penal, quanto por parte daqueles que conduzem a defesa e passam a ter uma postura proativa a partir de agora.¹⁴¹ Porém, em virtude de tal adaptação ser algo subsequente, a aprovação do Provimento nº 188/2018 fomentou, entre os operadores do Direito, diversas questões sobre a validade das normativas ali insculpidas. Frente a isso, foram emitidos pareceres acerca da iniciativa da OAB, dando origem a teses opostas e favoráveis a ela.

O principal argumento dos opositores ao Provimento – uma vez que a redistribuição de tarefas na produção de elementos de investigação na fase preliminar nem sempre é considerada positiva por parte daqueles aos quais os poderes antes recaíam com exclusividade¹⁴² – seria a sua inconstitucionalidade e a inviabilidade formal e material do ali descrito. De acordo com os defensores dessa

¹⁴⁰ “Art. 4º Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição. Parágrafo único. Na realização da investigação defensiva, o advogado poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo. (BRASIL, Ordem dos Advogados do Brasil”. (BRASIL. CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento nº 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Presidência, 2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 25 ago. 2020).

¹⁴¹ CAMARGO, Rodrigo de Oliveira; BULHÕES, Gabriel. A investigação defensiva como uma necessidade democrática. *In: Canal Ciências Criminais*. Porto Alegre, jan. 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/686479153/a-investigacao-defensiva-como-uma-necessidade-democratica>. Acesso em: 24 mar. 2020.

¹⁴² CAMARGO, Rodrigo de Oliveira; BULHÕES, Gabriel. A investigação defensiva como uma necessidade democrática. *In: Canal Ciências Criminais*. Porto Alegre, jan. 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/686479153/a-investigacao-defensiva-como-uma-necessidade-democratica>. Acesso em: 24 mar. 2020.

ideia, a OAB estaria pretendendo instituir uma investigação paralela à oficial, criando normas que contrariam àquelas já previstas na legislação processual penal. No mesmo sentido, essa autarquia, por não ser fonte material de Direito, não possuiria autorização constitucional para a criação de tais diretrizes e, ao fazer isso, estaria ferindo o princípio da legalidade e da separação de poderes, pois não lhe cabe legislar, uma vez que esta competência pertence ao Poder Legislativo.¹⁴³

Em continuidade, sustenta-se que a OAB, ao invés de lutar pela correção da ilegalidade advinda da permissão de investigação direta pelo Ministério Público, por meio da Resolução nº 181/71 do CNMP,¹⁴⁴ a qual – de fato – afeta o equilíbrio da dialética processual penal; vem a público com outro documento infralegal (Provimento nº 188/2018), reproduzindo a ilegalidade e inconstitucionalidade ratificada pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao órgão acusatório.¹⁴⁵ Neste viés, enfatiza-se a necessidade de normatização do instituto por lei em sentido estrito e critica-se o fato do referido provimento possuir uma série de lacunas em seu texto, gerando insegurança jurídica e violando o princípio da tipicidade processual.¹⁴⁶

Por fim, alega-se que, em um sistema acusatório no qual se pretende a integralidade, não é possível confundir as figuras de investigador, acusador, defensor e julgador. Portanto, partindo-se do pressuposto que a investigação criminal deve ser realizada por órgão imparcial, tema – inclusive – previsto na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos,¹⁴⁷ não seria admissível que ela se adequasse nem ao Ministério Público nem à advocacia.¹⁴⁸

¹⁴³ SILVA, César Dario Mariano da. A inconstitucionalidade da investigação defensiva instituída pela OAB. *In: Consultor Jurídico*. São Paulo, 28 mai. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/cesar-dario-inconstitucionalidade-investigacao-defensiva>. Acesso em: 30 ago. 2020.

¹⁴⁴ A Resolução nº 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público foi publicada em 07 de agosto de 2017 e dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

¹⁴⁵ HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. Advogado não pode fazer investigação criminal defensiva. *In: Consultor Jurídico*. São Paulo, 29 jan. 2019. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/academia-policia-advogado-nao-realizar-investigacao-criminal#:~:text=De%20acordo%20com%20a%20lei,%2C%20par%C3%A1grafos%201%C2%BA%20e%204%C2%BA\).&text=Quanto%20ao%20particular%2C%20seja%20v%C3%ADtima,a%20chamada%20investiga%C3%A7%C3%A3o%20criminal%20defensiva](https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/academia-policia-advogado-nao-realizar-investigacao-criminal#:~:text=De%20acordo%20com%20a%20lei,%2C%20par%C3%A1grafos%201%C2%BA%20e%204%C2%BA).&text=Quanto%20ao%20particular%2C%20seja%20v%C3%ADtima,a%20chamada%20investiga%C3%A7%C3%A3o%20criminal%20defensiva). Acesso em: 30 ago. 2020.

¹⁴⁶ DELMANTO JR., Roberto. Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 67, p. 212 – 232, jul./ago. 2007.

¹⁴⁷ “O dever de investigar é [...] obrigação deve ser assumida pelo Estado [...] o que não se contrapõe ao direito de que gozam as vítimas de violações dos direitos humanos ou seus familiares de serem ouvidos durante o processo de investigação e tramitação judicial, bem como de participar amplamente dessas etapas. À luz desse dever, uma vez que as autoridades estatais tenham conhecimento do fato, devem iniciar *ex officio* e sem demora uma investigação séria, imparcial e

Em contraponto a essas teses, aquelas favoráveis ao Provimento nº 188/2018 sustentam que um processo penal acusatório, como impõe a Constituição Federal, demanda que os atos investigatórios não fiquem à mercê dos órgãos do Estado, reconhecidos por sua parcialidade na condução das atividades. Em razão de ser inegável a disparidade de armas entre acusação e defesa – tanto pela estrutura inquisitória do processo penal brasileiro, quanto pela possibilidade de o Ministério Público investigar diretamente¹⁴⁹ e do próprio julgador poder determinar a prática de produção antecipada de provas durante o inquérito (conforme o dispõe o artigo 156, I, do CPP)¹⁵⁰ – faz-se necessário o revigoramento da defesa na fase preliminar.

É preciso ter claro que a partir da generalidade atribuída aos princípios da ampla defesa e do contraditório, os advogados já diligenciam em busca da melhor estratégia para o seu cliente, produzindo a sua prova, uma vez que a advocacia é livre para tanto. Porém, essa prática era operada sem uma metodologia predefinida e, perante isso, tem-se que o provimento aprovado teria o condão de alterar esse panorama, pois ele consiste em uma interpretação extensiva de direitos fundamentais.

Logo, defende-se que o Conselho Federal da OAB não criou qualquer benefício legal para a advocacia por meio desse regulamento, bem como não inovou a ordem jurídica. O que ocorreu foi a simples fixação de conceitos, balizas e parâmetros para o exercício da função investigativa por parte da defesa, uma vez que não existe qualquer óbice para isso na norma brasileira.¹⁵¹

efetiva.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Presídio Miguel Castro Castros vs. Peru**. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, 25 de setembro de 2006).

¹⁴⁸ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A polêmica sobre a investigação defensiva. *In: Jus Brasil*, ago. 2018. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/671168109/a-polemica-sobre-a-investigacao-defensiva>. Acesso em: 30 ago. 2020.

¹⁴⁹ O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 593.727, declarou a legitimidade do Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal e, além disso, aproveitou para fixar os parâmetros de atuação do órgão acusatório. Tal decisão possui repercussão geral e, portanto, deverá ser aplicada nos processos sobre o mesmo tema sobrestados nas demais instâncias. (STF fixa requisitos para atuação do Ministério Público em investigações penais. *In: Notícias STF*, Brasília, 14 maio 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>. Acesso em: 30 ago. 2020).

¹⁵⁰ “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. [...]”. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 07 fev. 2021).

¹⁵¹ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da; BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. *In: Consultor Jurídico*. São Paulo, 01 fev. 2019.

A Ordem dos Advogados do Brasil, conforme disposto no artigo 54, V, do Estatuto da Advocacia,¹⁵² é contemplada com o poder regulamentador e, ao disciplinar o que se pode fazer, a partir de meios legais e previsões constitucionais, está apenas exercendo tal atribuição. Portanto, o objetivo da investigação defensiva jamais seria o de retirar a competência da polícia judiciária frente à investigação – uma vez que ambas não se confundem – mas sim o de servir como uma ferramenta de garantia dos direitos do cidadão e do seu defensor, possibilitando que este exerça um papel proativo na defesa dos interesses daquele.

O que se projeta, conseqüentemente, é a atenuação do ranço inquisitório que perdura no processo penal brasileiro e a efetivação do devido processo legal substancial. A disparidade de armas presente no sistema exige a implantação da investigação defensiva, a qual pode ser vista como uma exigência democrática e constitucional do cenário atual, pois – em um sistema acusatório – é necessário que ambas as partes (acusação e defesa) tenham poder sobre as provas.

Embora a Constituição Federal não tenha facultado ao Ministério Público a realização direta de diligências investigativas, é notório que a instauração de procedimentos investigativos ministeriais inominados é uma realidade atualmente. Diante disso, visando a tão almejada paridade de armas, mostra-se imperativo que o acusado disponha dos mesmos poderes investigativos conferidos ao órgão ministerial, a fim de que seja viável – igualmente – a colheita de subsídios defensivos,¹⁵³ pois os elementos de convicção contidos no inquérito devem transcender a função acusatória, não sendo justa a antecipação de instrução em favor de uma única parte.¹⁵⁴

Por fim, salienta-se que quando se discorre sobre investigação penal defensiva, não se atribui a ela um caráter obrigacional. A estrutura (teoricamente) acusatória do sistema processual imputa ao Ministério Público a exigência de

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em 30 ago. 2020.

¹⁵² “Art. 54. Compete ao Conselho Federal: [...] V - editar e alterar o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina, e os Provimentos que julgar necessários; [...]”. (BRASIL, **Lei nº 8.906**, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 02 jul. 2020).

¹⁵³ MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

¹⁵⁴ BALDAN, Edson Luís. Modelo dual de polícia e operacionalidade do sistema acusatório de processo penal brasileiro. In: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017, p. 388-389.

produção probatória capaz de superar a presunção de inocência do acusado. Portanto, o que se defende é a possibilidade do advogado se antecipar e adotar medidas necessárias a comprovar a sua tese, pois – não obstante a existência da referida determinação legal (presunção de inocência) – a conjuntura vigente das políticas criminais (praticamente) impõe uma atuação ativa do defensor durante a persecução penal.¹⁵⁵

Diante do exposto, tem-se, por óbvio, que o Provimento nº 188/2018 não pode ser visto como algo definitivo na normatização de tal instituto. A investigação defensiva ainda carece de lei que solidifique o tema e existem diversos aperfeiçoamentos a serem realizados com o intuito de conferir segurança jurídica à atividade.¹⁵⁶ Além disso, faz-se necessária a reengenharia do sistema e das estruturas do processo penal brasileiro. O regramento da OAB sinaliza um avanço (ainda que embrionário) e uma orientação benéfica¹⁵⁷ a ser seguida, mas é imprescindível tanto a mudança legislativa quanto a mudança cultural, a fim de que o modelo investigatório brasileiro seja reformado e suspeitos e indiciados deixem de ser meros espectadores durante a fase preliminar.

¹⁵⁵ Trata-se, em outras palavras, de uma inversão material do ônus probatório dentro do atual processo penal brasileiro, na medida em que o Estado acaba atuando em perspectiva inquisitorial e dedicada à acusação.

¹⁵⁶ Alguns passos importantes precisam ser dados para a efetivação do instituto. Por exemplo: "(i) a criação de manuais deontológicos e de boas práticas profissionais; (ii) a certificação específica para formação da advocacia investigativa; (iii) a edição de uma lei que sedimente e amplie as prerrogativas da advocacia a partir da visão da investigação defensiva." (LOPES Jr., Aury; ROSA, Alexandre Morais da.; BULHÕES, Gabriel. *Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania*. **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em 01 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>> Acesso em 30 ago. 2020).

¹⁵⁷ Rodrigo de Oliveira Camargo e Gabriel Bulhões, ao tratarem sobre os benefícios da prática investigativa pela defesa, destacam o seguinte: (i) aprofundamento do campo de cognição dos fatos a partir das ponderações trazidas pela defesa; (ii) maior equilíbrio nas investigações; (iii) possibilidade de melhor esclarecimento do caso penal que poderá ser convertido em objeto formal da acusação e, a partir disso, a identificação de casos que comportam soluções alternativas; (iv) celeridade processual acarretada pela antecipação de argumentos fáticos e jurídicos de interesse da defesa; etc. (CAMARGO, Rodrigo de Oliveira; BULHÕES, Gabriel. *A investigação defensiva como uma necessidade democrática*. In: **Canal Ciências Criminais**. Porto Alegre, jan. 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/686479153/a-investigacao-defensiva-como-uma-necessidade-democratica>. Acesso em: 24 mar. 2020).

3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NA PRÁTICA: A POSSIBILIDADE DE (RE)LEGITIMAÇÃO DA SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Tratar sobre a seletividade do sistema penal brasileiro exige um senso crítico por parte de quem o faz. É necessário perceber o real perfil da população carcerária e assimilar onde estão as falhas desse campo, uma vez que ele é frágil, mal estruturado e incapaz de cumprir o seu propósito.

Analisando-se o modelo penal, verifica-se que seus setores não atuam em harmonia e não agem na mesma perspectiva do discurso que o legitima. Ao invés de prevenir delitos por meio da imposição de uma pena, inibindo – portanto – a prática desses, o sistema é condicionante e reproduzidor de violência. Ao tratar os indivíduos de forma desigual, seleciona-os e etiqueta-os, fixando, de acordo com certos estereótipos, os tipos de pessoas e/ou as ações passíveis de criminalização.¹⁵⁸

Há de se ter claro que – apesar de ser atribuída a poucos – a prática de delitos é cometida por grande parte da sociedade. Nesse sentido, por ser reduzida a uma parcela populacional, tem-se que a estigmatização do criminalizado resulta de um *status* imputado a certos indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e aplicar a lei penal. Essa atuação ocorre por meio de mecanismos seletivos, sobre os quais a estratificação dos grupos sociais exerce influência substancial,¹⁵⁹ resultando no predomínio do encarceramento de pessoas de camadas sociais mais humildes, isto é, pertencentes a setores coletivos distantes do referido poder.¹⁶⁰

A investigação defensiva, conforme demonstrado no capítulo anterior, pode ser vista como uma forma de garantir a aplicação dos direitos constitucionais durante a fase pré-processual, uma vez que permite a construção do acervo probatório a ser empregado como maneira de contrapor tanto a investigação, quanto a acusação oficial, compensando – inclusive – a atribuição de poderes investigativos ao Ministério Público. Desse modo, o instituto reforçaria a capacidade defensiva, na medida em que possibilitaria a ampla defesa do investigado, a partir do exercício proativo de seu defensor na proteção de seus interesses.

¹⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (v. 1: Parte Geral), p. 73.

¹⁵⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 113.

¹⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (v. 1: Parte Geral), p. 62.

Nesta perspectiva, a investigação pela defesa poderia ser vista como uma exigência advinda do sistema acusatório estabelecido pela Constituição Federal e, conseqüentemente, uma necessidade democrática para o processo penal. Ocorre que – ao agir de forma seletiva, além da prática criminal destoar completamente do modo como foi sugerida em seu discurso – vivemos em uma sociedade de fatores econômicos e sociais extremamente desiguais. A má distribuição de renda gera conseqüências como o desemprego, a pobreza, a marginalização e a violência. Diante de tal cenário, antes de defender a instauração de investigação defensiva no país, faz-se necessário examinar a real viabilidade de sua efetivação, analisando-se os setores sociais e ponderando sobre a diferença de alcance decorrente do instituto. Portanto, a problemática recai sobre a seguinte questão: a investigação criminal defensiva resultaria na (re)legitimação da seletividade penal brasileira?

3.1 O ATUAL SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Enquanto o Direito Penal se ocupa da previsão de crimes e da cominação de sanções para aqueles que os cometem, consistindo no conjunto de normas jurídicas elaboradas com o intuito de regular o exercício do poder punitivo estatal,¹⁶¹ o Sistema Penal – por sua vez – representa a reunião de seguimentos incumbidos de aplicar referido Direito,¹⁶² quais sejam: o policial, o judicial e o executivo, enquadrando-se no denominado “controle social punitivo institucionalizado”.¹⁶³ A Polícia Judiciária é responsável pela apuração de infrações penais, bem como de sua autoria, embasando – por meio de inquérito – uma futura ação penal. Oferecida a denúncia pelo Ministério Público, cabe ao Judiciário dar seqüência ao processo e solucionar a lide. Por fim, o seguimento Executivo é o incumbido de dar efetividade às sentenças prolatadas, assegurando o cumprimento da pena imposta, sendo essa aplicada de modo a – posteriormente – reinserir o indivíduo na sociedade, conforme

¹⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 57.

¹⁶² O elemento fundante do Sistema Penal, de acordo com o princípio da legalidade, é a norma penal, que determina quais condutas deverão ser punidas para a pretendida harmonização social. (ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 16).

¹⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (v. 1: Parte Geral), p. 64-65.

as diretrizes previstas na Lei de Execução Penal.¹⁶⁴ É importante ter claro que – em que pese a atuação desses seguimentos normalmente ocorrer em etapas cronológicas – isso não é regra, pois tais institutos não são totalmente independentes entre si e, por vezes, podem interferir nas diligências realizadas pelos demais.¹⁶⁵

Além dos componentes descritos acima, os legisladores e o público também são incluídos – por alguns doutrinadores – como integrantes do campo. Enquanto os primeiros atuam na sua configuração, o último teria o atributo de colocá-lo em funcionamento mediante a delação.¹⁶⁶

Logo, tem-se que o objetivo ideológico do Sistema Penal seria a repressão e contenção da criminalidade¹⁶⁷ por meio das atividades desempenhadas pelos institutos que deveriam agir dentro das balizas estipuladas pelo Direito Penal. Porém, o fato de vivermos em uma sociedade capitalista resulta na presença dos mais variados tipos de desigualdade e, conseqüentemente, enquanto uma pequena parcela da população detém o poderio econômico e político, as camadas sociais menos abastadas são excluídas. Diante disso, é possível afirmar que o real objetivo do Sistema Penal é a repressão seletiva da criminalidade, isto é, a contenção dos suprimidos, de modo a salvaguardar os interesses das classes dominantes¹⁶⁸, haja vista que os sujeitos descartados passam a amedrontar a sociedade submersa em uma cultura do medo e, conseqüentemente, ganham maior atenção punitiva.¹⁶⁹

Frente ao exposto, conclui-se que – ao invés de servir como um controle formal das condutas vistas como negativas à sociedade – o Sistema Penal atual está criminalizando a pobreza. Em oposição à igualdade, justiça e proteção

¹⁶⁴ BRASIL, **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 09 out. 2020.

¹⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (v. 1: Parte Geral), p. 70-71.

¹⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (v. 1: Parte Geral), p. 71.

¹⁶⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris; ICPC, 2006, p. 128.

¹⁶⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris; ICPC, 2006, p. 128.

¹⁶⁹ LINK, José Antônio Gerzson. **A Criminologia nos entre-lugares: diálogos entre inclusão violenta, exclusão e subversão contemporânea**. 2008. 197 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

pregadas por aqueles que o apresentam, seu desempenho se mostra repressivo e estigmatizante, na medida em que suas linhas preventivas são frustradas, as respostas penais oferecidas não possuem intensidade regulada e a degradação da figura social da sua clientela torna-se cada vez mais visível.¹⁷⁰

No entanto, as consequências geradas pela substituição de um Estado-providência por um Estado penal incompleto, incoerente e, muitas vezes, incompetente também precisam ser objeto de análise e crítica. A vocação disciplinar afirmada principalmente na direção das classes inferiores e das categorias étnicas dominadas precisa ser travada. Caso contrário, a política de “contenção repressiva” das classes baixas permanecerá transformando os serviços sociais em instrumentos de vigilância da classe dominante e o encarceramento continuará recaindo de forma maciça e sistemática sobre um seleto grupo social.¹⁷¹

3.1.1 A estrutura do sistema e a ausência de sintonia entre seus segmentos

O sistema penal brasileiro, como referido no tópico anterior, é considerado uma forma de controle social institucionalizado e punitivo. Não se resumindo a um conjunto de normas e teorias, compõe-se de um instrumental que passa por diversos setores da sociedade e, portanto, não existe um conceito formal e concreto que possa defini-lo. Uma vez que fora “fabricado” por aqueles que detêm o poderio econômico e político, é composto por desequilíbrios e arbitrariedades e, diante disso, não devemos reputá-lo como algo finalizado e inegociável.

Partindo-se da ideia de que o sistema penal é formado por vários elementos, os quais – salienta-se – podem atuar de modo simultâneo, é possível concluir que a criminalização do indivíduo ocorre em etapas, resultando da interação existente entre as agências que compõem tal complexo. Nesse sentido, para que seja possível compreendê-lo, faz-se necessário o prévio conhecimento de seus componentes estruturais, do modo como operam e suas respectivas competências.

Analisemos primeiramente o Legislativo, isto é, o segmento do sistema responsável pela elaboração de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras

¹⁷⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25-26.

¹⁷¹ WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia – F. Bastos, 2001, p. 27-32.

da ordem jurídica, denominadas leis.¹⁷² A Constituição Federal atribuiu ao legislador o poder de definição dos bens jurídicos¹⁷³ tutelados pelo Direito Penal, bem como a competência para decidir a forma pela qual se dará essa proteção. Porém, há de se ter claro que a liberdade para a criação da norma não é ilimitada, já que – concomitantemente – a Constituição Federal, assegurando a efetivação das garantias nela previstas, impôs limites que não devem ser transpostos pelo Poder Legislativo. Deste modo, uma vez elaborada a lei penal, ela permeará todos os demais elementos do sistema, restando caracterizada a primeira etapa do processo de criminalização.

Em continuidade, examinando-se o segmento policial – o qual consiste em parte do Poder Executivo – denota-se que ele possui duas incumbências fundamentalmente opostas: a função de prevenir delitos perseguíveis de ofício pelo Estado, visando à preservação da ordem pública; e a função de investigar os ilícitos penais já cometidos, como forma de reação ao fato punível, auxiliando o sistema de justiça penal na formação da culpa daqueles que cometem o ato.¹⁷⁴ Portanto, cabe a esse segmento a manutenção efetiva da ordem social vigente e a cooperação na criminalização do indivíduo, pautando-se, irrefutavelmente e de igual modo, nos ditames previstos na Constituição Federal.

Neste contexto, em que pese seja um órgão independente de todos os demais poderes do Estado, também se torna importante analisar a atuação do Ministério Público na compreensão do sistema penal. De acordo com o texto constitucional, o MP é uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado. Caracterizado pela reunião de autonomia, instrumentos de ação, discricionariedade e vasto leque de atribuições,¹⁷⁵ é-lhe incumbida a defesa da

¹⁷² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 66, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 108.

¹⁷³ Para Aníbal Bruno, “o bem jurídico é o elemento central do preceito contido na norma jurídico-penal e da descrição do fato punível que aí se encontra e na qual está implícito o preceito”. Ou seja, o bem jurídico conceitua-se pelo binômio “interesse” e “valor”, consistindo em um bem protegido pelo Estado em razão de sua significação social. (BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1, p. 06).

¹⁷⁴ BARBOSA, Emerson Silva. Funções de Polícia: o que faz a Polícia Federal Brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 1, n. 1, p. 181-212, 2010. Disponível em: <https://periodicos.dpf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/34>. Acesso em: 14 nov. 2020.

¹⁷⁵ KERCHER, Fábio. Autonomia e discricionariedade do Ministério Público no Brasil. **Dados Revista de Ciências Sociais**, v. 50, n. 2, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582007000200002>. Acesso em: 14 nov. 2020.

ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.¹⁷⁶

Para realizar a referida defesa, o órgão detém funções específicas, como – por exemplo – a de promover, privativamente e nos termos da lei, a ação penal pública. Neste caso, ao oferecer a denúncia de um crime, o Ministério Público dá início ao processo judicial.

No entanto, há de se salientar que – em que pese caiba ao MP tal oferecimento – este não pode ocorrer de maneira seletiva, uma vez que esta incumbência não é mera faculdade e não se resume a um poder discricionário ilimitado por parte do órgão acusatório. Assim como os demais segmentos do sistema penal, o Ministério Público também deve balizar-se nos termos contidos na Constituição Federal, que prevê tanto suas funções quanto suas limitações. Além disso, cumpre destacar que – visando à possibilidade de se evitar a inércia do MP – a legislação pátria também prevê formas de subterfúgios. Um exemplo disso é a ação penal privada subsidiária da pública, que concede legitimidade ao próprio ofendido para propor a ação, caso o órgão acusatório permaneça inerte.

Com relação ao Judiciário, o qual também compõe o sistema penal, cabe explicar que – por meio de diversos procedimentos previstos na legislação – é onde ocorre o processo que absolverá o réu ou o levará à fase executória, isto é, tal

¹⁷⁶ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. § 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. § 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º. § 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. § 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais”. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 fev. 2021).

segmento tem como objetivo aplicar o Direito aos casos concretos, a fim de dirimir conflitos de interesse.¹⁷⁷

Suas características exclusivas são: a necessidade de lide, ou seja, de pretensão resistida insatisfeita; de provocação – uma vez que só se manifesta mediante um estímulo; e, por fim, a definitividade, na medida em que as decisões jurisdicionais transitadas em julgado e, amparadas pela coisa julgada formal e material, decorrido o prazo para a propositura da ação rescisória, não mais poderão ser alteradas.¹⁷⁸ Quanto às suas funções, parte da doutrina entende que são cinco: a) aplicar contenciosamente a lei ao caso concreto, identificando a que possui melhor adequação; b) refrear os excessos praticados pelos Poderes Legislativo e Executivo no uso de suas prerrogativas; c) praticar seu autogoverno em razão de sua independência administrativa, financeira e funcional; d) concretizar os direitos fundamentais e; e) garantir o Estado Democrático.¹⁷⁹

Diante do exposto, é possível concluir que o Poder Judiciário possui legitimidade para desenvolver os procedimentos responsáveis pela condução do réu em direção à sua absolvição ou condenação. Neste último caso, havendo a necessidade da aplicação de uma penalidade, inicia-se a passagem pelo elemento final do sistema penal, o Executivo.

Alcançado após a atuação de todos os demais segmentos pertencentes ao sistema, o Executivo pode ser caracterizado como o último elemento desse complexo. Decorrido o regular processo, realizado durante o transcorrer das fases sistemáticas, chega-se à aplicação da pena e, conseqüentemente, ao seu cumprimento. Sendo assim, o Executivo pode ser considerado o responsável por ultimar todos os atos do sistema, uma vez que põe termo em tudo que ali restou comprovado e decidido.

A execução penal – em que pese se desenvolva com a participação dos Poderes Judiciário e Executivo, isto é, por meio de atividade administrativa – possui natureza unicamente jurisdicional, pois não pode ser dissociada do Direito Penal e Processual Penal, ficando limitada e vinculada aos princípios e garantias aplicáveis

¹⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 66, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 108.

¹⁷⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 803-804.

¹⁷⁹ FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais. **Anima**: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet, v. 1, 2009. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/anima_1.php. Acesso em: 15 nov. 2020.

a esses ramos do Direito. No mesmo sentido, é preciso ter claro que o elemento executivo é autônomo, uma vez que possui institutos específicos e princípios próprios, embora sem, jamais, desvincular-se das áreas acima elencadas, por razões inerentes à sua própria existência.¹⁸⁰ Em resumo, a execução penal é o segmento do sistema em que se faz valer o comando contido na sentença condenatória penal, impelindo-se, efetivamente, a pena ali cominada.¹⁸¹

Diante do exposto, frente à compreensão das funções básicas de cada elemento do sistema, torna-se indispensável destacar que a conformidade necessária para que todos eles funcionem em harmonia e alcancem seu propósito – qual seja, a proteção de bens jurídicos fundamentais – praticamente não existe. Isso ocorre porque cada elemento construiu sua lógica privativa e passou a defender seus próprios interesses, dando origem a uma autonomia extrema que os afasta da ideia de sistema.¹⁸²

Portanto, de modo antagônico à concepção de atuação íntegra, orientada e principiológica, as agências que compõem o “sistema” penal e operam na produção da criminalização não agem de maneira coordenada. Deste modo, não obstante, ao fim, o resultado do funcionamento possa parecer concordante, trata-se apenas de referência discursiva em razão das funções manifestas.

Analisando-se o complexo punitivo atual, denota-se que ele se reduziu à interdependência entre os diversos segmentos que o constituem, deixando de preencher os pressupostos de um verdadeiro sistema. Conseqüentemente, o que se apresenta são subsistemas dotados de racionalidade, métodos, finalidades e padrões próprios, o que resulta no acentuado desequilíbrio na atuação de cada um¹⁸³ e, por conseguinte, reprime a efetividade do campo penal.

Todavia, é preciso ressaltar que a desintegração acima referida é apenas uma das diversas disfunções que prejudicam o suporte do aparato criminal e a sua legitimidade. Numerosos são os pontos que necessitam de observações e melhorias, a fim de garantir a sua verdadeira eficácia.

¹⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 994-995.

¹⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 993.

¹⁸² GRUBBA, Leilane Serratine. Para a segurança humana: a vida digna. **Direitos Culturais**, v. 7, n. 12, p. 85-106, 2012, p. 87.

¹⁸³ ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 381.

São evidentes tanto os danos causados pela ausência de sintonia entre os segmentos que compõem a sua estrutura quanto aqueles advindos dos condicionamentos gerados, da criminalização e da fossilização e, por fim, da burocratização que necessita de enfrentamento. Em virtude disso, fundamental se faz a análise do discurso que legitima o sistema penal atual e do seu *modus operandi*.

3.1.2 Discurso (des)legitimador *versus modus operandi*

O discurso (des)legitimador do sistema penal tem como base os paradigmas contratualista, organicista e sistêmico, oriundos de um saber fundamentado no positivismo jurídico. O modelo de maior vigência temporal é o do organicismo, o qual embasou o discurso jurídico-penal na ideia de sociedade como organismo. Esse arquétipo imperou teocraticamente, restabeleceu-se como positivismo e retornou com o funcionalismo sistêmico. Porém, considera-se que o paradigma organicista é idealista e antidemocrático, uma vez que as decisões são tomadas unicamente por aqueles preparados para decidir, e não pelo restante da sociedade.¹⁸⁴

O modelo sistêmico, transferido da sociologia para o âmbito do discurso jurídico-penal, desloca o centro de atenção que, do homem, passa para o “sistema”. Este modelo tem como principal característica a preocupação com o consenso e com a coerência do corpo social, tendo como elemento fundante a confiança cega no progresso. Seu objetivo é o sucesso do processo social.¹⁸⁵

Por sua vez, o paradigma contratualista é baseado na ideia de contrato social, o qual seria responsável pela retirada do indivíduo do seu estado de natureza e o colocaria em convivência com outros seres humanos em sociedade. No entanto, para a sua efetivação, seria necessária a validação do poder estatal por meio de parcelas da liberdade individual de cada um. Deste modo, seria possível a criação

¹⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 49.

¹⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 85-88.

de regras de convívio e a imposição de pena aos sujeitos que transgredissem a norma penal previamente estabelecida.¹⁸⁶

Em função desse contrato, os homens e o Estado manteriam uma espécie de pacto, segundo o qual este deveria objetivar a paz social – propiciando condições para o seu alcance – e aqueles deveriam – diante das possibilidades ofertadas – respeitar as regras estatais impostas, assegurando o convívio harmônico em sociedade. Frente à ideia de contrato social, o propósito do Estado passaria a ser o respeito ao cidadão e a concessão de plenitude aos direitos individuais. No entanto, frente à existência de uma visão pessimista desse Estado, uma vez que ele está “geneticamente propenso à violação dos direitos fundamentais da pessoa humana”,¹⁸⁷ torna-se necessário estabelecer um sistema efetivo de garantias, buscando-se preservar tais direitos frente à arbitrariedade estatal, o que dá origem ao chamado “direito de resistência”.

A teoria garantista é aplicada justamente neste ponto. Seu intuito é limitar o poder do Estado, possibilitando a harmonização da disputa entre quem está no controle e aqueles subordinados a esse. O garantismo, portanto, visa à redução da possibilidade de atuação estatal contrária aos interesses dos cidadãos, servindo como uma espécie de sistema preservador de direitos fundamentais.¹⁸⁸

Destaca-se, nesta mesma concepção de direito garantista, o Direito Penal Mínimo, uma vez que busca a minimização da interferência do Direito Penal no dia a dia social e a maximização da defesa das garantias fundamentais. Nesse sentido, em virtude do Direito Penal ser o instrumento mais gravoso no controle dos conflitos

¹⁸⁶ BUENO, Marisa Fernanda da Silva. O devido processo legal à luz do sistema de garantias proposto por Ferrajoli. In: GHISLENI, Cristiane; BUENO, Marisa Fernanda da Silva; LUZ, Alexandre Teixeira. **Monografias jurídicas 10**. Santa Cruz do Sul: Instituto Padre Reus, 2005. v.3, p. 148.

¹⁸⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 19.

¹⁸⁸ O garantismo penal estabelece garantias limitadoras do poder estatal. Elas podem ser divididas entre primárias e secundárias, possuindo correlação estrutural e funcional. Enquanto as primeiras são responsáveis pela manutenção dos direitos fundamentais, as segundas enunciam condições formais sobre quem pode e sobre como se deve decidir, possuindo natureza eminentemente processual. Essa relação biunívoca entre elas pode ser vista como uma forma de legitimação do próprio sistema, uma vez que o processo penal deveria ser utilizado como instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral. (TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 33). No mesmo sentido, ensina Luigi Ferrajoli, “*Las garantías primarias son los límites y vínculos normativos – o sea, las prohibiciones y obligaciones, formales y substanciales – impuestos, en tutela de los derechos, al ejercicio de cualquier poder. Las garantías secundarias son las diversas formas de reparación – la anulabilidad de los actos inválidos y la responsabilidad por los actos ilícitos – subsiguientes de las garantías primarias*”. (FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Trad. José Manuel Díaz Martín. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 132-133).

sociais, deveria – em tese - ser aplicado como *ultima ratio* do ordenamento jurídico, sendo empregado em situações específicas e opressoras, sob pena de sua banalização.¹⁸⁹

Diante do exposto, denota-se que o discurso legitimador do sistema penal coloca o processo como detentor de duas finalidades: a) a tutela da liberdade jurídica do indivíduo; b) a garantia da sociedade contra a prática de atos penalmente relevantes, praticados por um indivíduo, em detrimento da sua estrutura.¹⁹⁰ Assim, uma vez que um sujeito cometa um delito penal, seria cabível a aplicação de uma pena sobre ele. As teorias que validam essa intervenção coercitiva do Estado são diversas, podendo ser divididas em: a) absolutas; b) relativas; e c) mistas. A seguir, explanar-se-á de forma rasa acerca delas, uma vez que o objeto do presente trabalho não recai especificamente sobre isso.¹⁹¹

As teorias absolutas da pena fundamentam a sanção como algo retributivo. Seria o “pagamento” do mal do crime pelo mal da pena. Essas teorias não visam a existência de um benefício futuro, possuindo apenas um olhar retrospectivo e uma lógica de compensação. Por derradeiro, várias críticas foram lançadas sobre essas teorias, como, por exemplo, o fato de a retribuição como vingança ser vista como uma ideia medieval e o fato de não serem teorias contributivas para a sociedade, na medida em que não atuam na prevenção do crime.¹⁹²

Em contrapartida, as teorias relativas ou preventivas possuem um caráter finalista e um sentido prospectivo. Podem ser bipartidas em duas correntes: a) prevenção especial; b) prevenção geral. A prevenção especial tem como destinatária a pessoa que comete o delito e seu objetivo é a não reincidência. Em sua forma negativa, tem-se o terror da pena e da segregação; em sua forma positiva, tem-se o intuito ressocializador. Em contraparte, a prevenção geral tem como destinatária a

¹⁸⁹ BUENO, Marisa Fernanda da Silva. O devido processo legal à luz do sistema de garantias proposto por Ferrajoli. In: GHISLENI, Cristiane; BUENO, Marisa Fernanda da Silva; LUZ, Alexandre Teixeira. **Monografias jurídicas 10**. Santa Cruz do Sul: Instituto Padre Reus, 2005. v.3, p. 150.

¹⁹⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 34.

¹⁹¹ Para um esclarecimento detalhado sobre o tema, recomenda-se a leitura do artigo: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. Sistema punitivo e redução de danos: por que uma teoria agnóstica? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(m) crítica**. Curitiba; Porto Alegre: Champagnat – PUC-PR; EDIPUCRS, 2013. (Coleção ABEU Sul).

¹⁹² MURARO, Mariel. Discursos legitimadores da pena. In: **Canal Ciências Criminais**. Porto Alegre, 18 nov. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/discursos-legitimadores-da-pena/>. Acesso em: 08 de jan. 2021.

sociedade e sua finalidade é a prevenção do delito. Em sua forma negativa, tem-se o medo da pena; em sua forma positiva, a confiança na lei penal.¹⁹³

Tratando-se das teorias mistas, essas – salienta-se – adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro e presentes no artigo 59 do Código Penal,¹⁹⁴ têm-se a junção das perspectivas retribucionistas e preventivas. No entanto, essas teorias sofrem diversas críticas, uma vez que se alega a impossibilidade de tal junção. Para a doutrina portuguesa, por exemplo, estaríamos tratando da teoria retributiva disfarçada, pois, no momento em que se estabelece uma moldura para a pena, não há de se falar em prevenção.

Atualmente, o sistema penal brasileiro adota o regime progressivo de cumprimento de pena, concedendo benefícios para os internos que apresentem “bom comportamento”, permitindo a passagem de um regime mais gravoso para um regime menos gravoso. Diante disso, constata-se que – hoje em dia – o sistema adotado no Brasil combina a ressocialização pelo trabalho e pelo estudo.¹⁹⁵

Frente ao exposto, denota-se que o discurso legitimador do sistema penal se escora nas ideias de um Direito Penal Mínimo e de ressocialização do apenado. No entanto, na prática, a realidade é outra e o pensamento criminológico sobre as funções da pena desconstrói os conceitos acima elencados.¹⁹⁶ O *modus operandi* do sistema não condiz com aquilo que o seu discurso prega.

¹⁹³ MURARO, Mariel. Discursos legitimadores da pena. In: **Canal Ciências Criminais**. Porto Alegre, 18 nov. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/discursos-legitimadores-da-pena/>. Acesso em: 08 de jan. 2021.

¹⁹⁴ Art. 59: O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08 fev. 2021).

¹⁹⁵ MURARO, Mariel. Discursos legitimadores da pena. In: **Canal Ciências Criminais**. Porto Alegre, 18 nov. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/discursos-legitimadores-da-pena/>. Acesso em: 08 de jan. 2021.

¹⁹⁶ Rusche e Kirchheimer, na obra “Punição e Estrutura Social”, lecionam que para cada regime econômico existe uma punição que lhe convêm, e que a economia capitalista necessita da preservação do corpo do sujeito, razão pela qual a pena de privação de liberdade passa a ser adotada. (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004). Foucault, em “Vigiar e Punir”, demonstra que a pena de prisão nunca cumpriu a função de ressocialização, provocando – na verdade – a formação de carreiras criminosas. (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. Originalmente publicado em 1975). Goffman também defende que a função da pena não é aquela alegada pelo discurso sistemático penal. Na obra “Manicômios, prisões e conventos” o autor argumenta que a pena de prisão causa a destruição do sujeito, sua mortificação e desculturação, fazendo com que ele perca

Contrariamente a essa política criminal está a abundante criação de tipos penais por parte do Poder Legislativo, com o intuito de tranquilizar a população, que, instigada pela mídia e apreensiva com o nível de violência existente no país, exige uma postura imediata frente à crescente criminalidade, dando origem a um Direito de emergência. Tal Direito tem como consequência a produção de leis e tipos penais violadores de direitos fundamentais e, por conseguinte, coloca-se em desacordo com o sistema vigente.¹⁹⁷

O que se percebe, curiosamente, é que a mesma sociedade que pleiteia menos estado na ordem econômica e social, exige, paradoxalmente, mais estado para conter a violência criminal. Isso ocorre, principalmente, como uma forma de manifestação cultural de um medo generalizado, onde a busca por proteção estaria amparada no rigor punitivo estatal.¹⁹⁸ Nesse viés, em face da criminalidade massificada, reproduz-se uma reação simbólica do Direito Penal, posto ser de conhecimento comum que os instrumentos utilizados com o intuito de frear aquela não são aptos para tanto.¹⁹⁹ Deste modo, é possível verificar a atuação arbitrária do Estado na medida em que este utiliza o Direito conforme lhe é conveniente em determinada situação, justificando tal atuação na vontade expressa pela maioria social.²⁰⁰

Vivemos em uma sociedade insegura, onde o medo prevalece. O sistema penitenciário brasileiro está abarrotado e acreditar em uma possível ressocialização

os valores culturais que o formaram e aprenda novos valores inerentes às instituições totais, no caso, os estabelecimentos prisionais. (GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2013. Originalmente publicado em 1961).

¹⁹⁷ BUENO, Marisa Fernanda da Silva. O devido processo legal à luz do sistema de garantias proposto por Ferrajoli. *In*: GHISLENI, Cristiane; BUENO, Marisa Fernanda da Silva; LUZ, Alexandre Teixeira. **Monografias jurídicas 10**. Santa Cruz do Sul: Instituto Padre Reus, 2005. v.3, p. 161.

¹⁹⁸ LINK, José Antônio Gerzson. **A Criminologia nos entre-lugares: diálogos entre inclusão violenta, exclusão e subversão contemporânea**. 2008. 197 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

¹⁹⁹ Hassemer explica: “Uma última questão a respeito da adequação da resposta do Direito Penal moderno: há uma tendência do legislador em termos de política criminal moderna em utilizar uma reação simbólica, em adotar um Direito Penal simbólico. Quero dizer, com isso, que os peritos nessas questões sabem que os instrumentos utilizados pelo Direito Penal são ineptos para combater a realidade criminal. Por exemplo, aumentar as penas, não tem nenhum sentido empiricamente. O legislador – que sabe que a política adotada é ineficaz – faz de conta que está inquieto, preocupado e reage imediatamente ao grande problema da criminalidade. É a isso que eu chamo de ‘reação simbólica’ que, em razão de sua ineficácia, com o tempo a população percebe que se trata de uma política desonesta, de uma reação puramente simbólica, que acaba se refletindo no próprio Direito penal como meio de controle social”. (HASSEMER, Winfried. **Perspectiva de uma moderna política criminal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 86).

²⁰⁰ FAYET JR., Ney; MARINHO JR., Inezil Penna. Complexidade, insegurança e globalização: repercussões no sistema penal contemporâneo. **Sistema Penal e Violência**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 84-100, jul./dez. 2009.

do apenado é uma utopia demasiada. Sujeitos vistos como causadores de situações de perigo são encarcerados em condições despersonalizadoras. A ideia de detenção do “inimigo” é semeada diariamente na população e, diante disso, tem-se a necessidade de “suprimir as condutas desviadas das ‘normais’ e dirigir o patológico a um estado de alteridade perigosa, que deve ser combatida”,²⁰¹ dando origem a discursos de emergência com reivindicações sociais por proteção estatal, amparados sob as máximas “bandido bom é bandido morto” e “direitos humanos para humanos direitos”.

O fetiche punitivista acaba por legitimar a violação de direitos humanos e a imposição de penalidades em um sistema arcaico e degradado. O Direito Penal – que deveria ser aplicado em *ultima ratio* – expande-se cada vez mais e as ações repressivas se fazem presentes no dia a dia social, com o intuito de diminuir as angústias e os temores da população. O discurso de ódio está impregnado na sociedade e abre espaço para a banalização do Direito Penal, razão pela qual aqueles vistos como “inimigos” são enclausurados sob a justificativa de proteção de uma ordem social abstrata.

A indignação social – incentivada pelo setor midiático – não permite que a população perceba a realidade falaciosa do discurso (des)legitimador do sistema. O complexo carcerário é ineficaz naquilo a que se propõe e as pessoas por ele abarcadas são aquelas estigmatizadas através da criação do estereótipo do criminoso. Portanto, constata-se que “o sistema penal está nu, pelo desvelamento de suas múltiplas incapacidades”,²⁰² principalmente no que diz respeito aos estabelecimentos prisionais, que se tornaram espaços de neutralização e extermínio.

Diante do exposto, conclui-se que a legitimação do sistema penal é fictícia e atemporal, posto que não se realiza em lugar e tempo algum. Seu *modus operandi* produz um alto índice de reincidência e estigmatização, o que demonstra que o

²⁰¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. Entrelugares: o espaço da decisão no campo dos significantes (hiância, metáforas, metonímias) – Tecnicização do discurso jurídico-penal. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(m) crítica**. Curitiba; Porto Alegre: Champagnat – PUC-PR; EDIPUCRS, 2013. (Coleção ABEU Sul), p. 281.

²⁰² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Seqüência**, n. 52, p. 163-182, jul. 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15205>. Acesso em: 08 jan. 2021.

Direito Penal brasileiro é inócuo para a finalidade que supostamente se destina – tutela de bens jurídicos e regras sociais mínimas.

3.1.3 Teoria do etiquetamento: *labeling approach theory*

O etiquetamento consiste em uma das funções deslegitimantes mais importantes e irreversíveis do discurso jurídico-penal. O termo “rotulação” se estabeleceu como título geral para uma série de descrições do episódio das negativas morais de comportamento – em especial as criminais – por parte das ciências sociais americanas.²⁰³ Sendo assim, essa abordagem associa-se a figuras como Howard S. Becker,²⁰⁴ Erving Goffmann²⁰⁵ e Edwin Lemert.²⁰⁶

Com surgimento em 1960, a teoria do etiquetamento redirecionou os estudos sociojurídicos, apontando o seu foco para a análise da seleção da criminalidade operada pelos mecanismos formais de controle social. O objeto da investigação criminológica deixou de ser etiológico-determinista, sendo substituído pelo modelo dinâmico de exame da realidade criminal, focando-se na construção de interações ocorridas no seio das relações sociais.²⁰⁷

O pensamento criminológico não mais se referiu ao crime e ao criminoso, passando a centrar sua atenção no exame do controle social e nos tipos de identidades passíveis de serem geradas socialmente. A pergunta deixou de ser “o que causa o desvio?” para passar a ser “o que o desvio causa?” e,

²⁰³ WERNECK, Alexandre. Teoria da rotulação. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014, p. 105-115.

²⁰⁴ Autor do clássico “Outsiders: estudos de sociologia do desvio”, Howard S. Becker, sociólogo americano, fez grandes contribuições para a sociologia do desvio, fornecendo bases para a teoria da rotulagem.

²⁰⁵ Erving Goffmann, cientista social, antropólogo, sociólogo e escritor canadense, escreveu a obra “Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada” e reexaminou os conceitos de estigma e identidade social, o alinhamento grupal e a identidade pessoal, o eu e o outro, o controle da informação, os desvios e o comportamento desviante, detendo-se em todos os aspectos da situação da pessoa estigmatizada.

²⁰⁶ Edwin Lemert propôs, em seu *Social Pathology*, de 1951, por meio do modelo geral chamado “resposta societal”, que o comportamento desviante deveria ser pensado como fenômeno composto por etapas que permitiriam distinguir dois tipos de desvios: os primários e os secundários. Os primeiros seriam aqueles onde os atores praticam atos considerados desviantes sem que reconheçam em si uma característica atinente a isso; os segundos seriam aqueles ocorridos quando o ator emprega seu comportamento desviante advindo da reação societal a ele. (LEMERT, E. M. **Social Pathology: A Systematic Approach to the Theory of Sociopathic Behaviour**. Whitefish (EUA): Literary Licensing, 2012, p. 76).

²⁰⁷ MAZONI, Ana Paula de Oliveira; FACHIN, Melina Girardi. A teoria do etiquetamento do sistema penal e os crimes contra a ordem econômica: uma análise dos crimes de colarinho branco. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 7, n. 1, p. 3-18, jan./abr. 2012.

consequentemente, ampliou o horizonte fenomênico na medida em que questionou o papel desempenhado pela (re)ação de terceiros na construção de uma identidade²⁰⁸ e abriu a possibilidade de uma visão e abordagem dinâmica e contínua do sistema penal, onde é factível a individualização de segmentos que vão desde o legislador até os órgãos judiciais e prisionais.²⁰⁹

A tese central dessa corrente pode ser definida, em termos gerais, pela ideia de que cada um de nós se torna aquilo que os outros enxergam em nós mesmos, pois “apontamos uma coisa baseados na crença em uma ‘substância’ e lhe atribuímos características que ficam a seu lado, ‘adjetivas’, e que, por isso, a ela tendem a aderir”.²¹⁰ Nesse sentido, “o desviante seria alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso e o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal”,²¹¹ dado que as noções de crime e de criminoso seriam construídas socialmente, a partir da definição legal e das ações advindas de instâncias oficiais de controle social.

Duas são as orientações sociológicas que dão suporte argumentativo e científico para a teoria do etiquetamento: o interacionismo simbólico e a etnometodologia. De acordo com a primeira, a realidade social se constrói unicamente através das interações que tipificam os comportamentos, conferindo-lhe significados que se propagam por meio da linguagem. Para a segunda, a realidade social é o resultado de um processo de tipificação contínuo e enérgico por parte dos indivíduos e dos grupos sociais aos quais pertencem.²¹²

Responsável pela inauguração da denominada “Criminologia Crítica” – a qual se propõe a compreender, a partir do conflito de classes e relações sociais, o funcionamento da criminalização enquanto relacionada com os processos de estratificação e antagonismo estruturais - o *labeling approach* foi, portanto, apontado

²⁰⁸ WERNECK, Alexandre. Teoria da rotulação. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014, p. 105-115.

²⁰⁹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Sociologia da administração da justiça penal. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. (org.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014, p. 394.

²¹⁰ WERNECK, Alexandre. Teoria da rotulação. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014, p. 106.

²¹¹ BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 22.

²¹² MAZONI, Ana Paula de Oliveira; FACHIN, Melina Girardi. A teoria do etiquetamento do sistema penal e os crimes contra a ordem econômica: uma análise dos crimes de colarinho branco. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 7, n. 1, p. 3-18, jan./abr. 2012.

como a atividade de rotulação/etiquetamento que sofre a pessoa e, diante disso, tal fenômeno pode ser perfeitamente aplicado ao processo penal. Explica-se: compreendendo-se que o *self* – a identidade – é algo que vai se adquirindo e modelando ao longo do curso de convívio entre o sujeito e os demais, ele não pode ser visto como uma estrutura sobre a qual atuam as causas endógenas ou exógenas²¹³ e, nesta perspectiva, o processo penal representaria justamente a retirada dessa identidade do sujeito em face de sua substituição por outra, a qual é estigmatizada socialmente.²¹⁴

De acordo com tal teoria, o processo penal e, mais especificamente, o sistema carcerário cumprem uma função reprodutora: a pessoa delinquente assume, finalmente, o papel que lhe é outorgado, comportando-se de acordo com o mesmo. Em virtude disso, tem-se que todo o aparato sistemático penal estaria preparado para esse etiquetamento e para o reforço desses papéis, uma vez que agiria com o intuito de produzir e reproduzir o conceito de “delinquência”.²¹⁵

No entanto, é preciso ter claro que o problema da estigmatização precisa ser analisado a partir de certas variáveis, examinando-se seus critérios e consequências, pois nem todos os acusados sofrem tal fenômeno, tampouco ele se reproduz em grau idêntico sobre os indivíduos.²¹⁶ À vista disso, tem-se que determinados tipos penais geram um etiquetamento maior, do mesmo modo que o grau de prejuízo decorrente dele poderá variar de acordo com a classe social do sujeito e, principalmente, conforme as medidas empregadas no curso da investigação criminal e do processo, posto que a estigmatização se torna mais

²¹³ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Lisboa: Coimbra, 1992, p. 42.

²¹⁴ LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 55.

²¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 60.

²¹⁶ Nesse sentido, as lições de Baratta: “Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não pode compreender a criminologia se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, **enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como ‘delinquente’.**” (grifei). (BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 86).

alarmante quando adotadas medidas cautelares de natureza pessoal ou quando há uma publicidade excessiva sobre o fato.²¹⁷

Sendo assim, demonstra-se a necessidade de se debater, no âmbito criminológico, a legitimidade do sistema penal que seleciona as atitudes definidas como criminosas e parte do pressuposto da reação social que é influenciada pelas ideias advindas de detentores de poder político e econômico. Tal debate, evidentemente, resultaria na constatação do caráter desigual desse sistema, uma vez que este condiciona e opta por gerir a criminalidade, etiquetando e selecionando indivíduos que – majoritariamente – pertencem a grupos sociais menos favorecidos e, portanto, seriam “possíveis tendenciosos” à prática de ações desviantes.

Para tanto, esse processo de rotulação e seletividade, objeto da ação coercitiva estatal, consubstancia-se, formalmente, pela criminalização primária, exercida pela função legislativa, no período de produção de normas jurídicas; e secundária, pelos agentes institucionalizados de controle. Os pressupostos da criminalização primária, por conseguinte, recaem sobre a criação de circunstâncias não catalogadas de criminalidade, não contidas no texto legal ou, se contidas, ineficientes devido à impossibilidade de o Estado gerir um controle capaz de alcançar todos os atos tidos como desviantes. Tratando-se de criminalização secundária, caberá ao agente institucionalizado primeiramente decidir se o indivíduo é ou não delinquente, para, após, com seu processo mental construído, analisar os fatos praticados e classificá-los como delitos.²¹⁸

Diante do exposto, é possível levantar a hipótese de que a reação estatal também se vincula a um reflexo da realidade social vivida, bem como ao antagonismo das classes dominantes em face dos prováveis delinquentes inseridos em cenários de marginalização. Como consequência, tem-se a superlotação do sistema carcerário formada por todos aqueles esquecidos pela sociedade,²¹⁹ uma

²¹⁷ LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 56.

²¹⁸ ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 370.

²¹⁹ Nesse sentido, as lições de Vera Regina P. de Andrade: “A clientela do sistema penal é constituída de pobres, não porque tenham maior tendência para delinquir, mas precisamente porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinquentes. As possibilidades (chances) de resultar etiquetado, com as graves consequências que isto implica, se encontram desigualmente distribuídas”. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 270).

vez que a segregação econômica é maior se comparada à produção de políticas de reintegração social.²²⁰

Sob outro viés, a criminalização secundária também se opera através da atuação de agentes institucionalizados que participam do procedimento de persecução criminal em alguma de suas fases. Assim, a adoção de posturas desiguais, burocratizadas e estigmatizantes produzem o fenômeno do etiquetamento e, diante disso, a pessoa submetida ao referido procedimento é privada de sua identidade, posição e respeitabilidade social, passando a ser considerada desde logo como delinquente, ainda que antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.²²¹

O que ocorre diante do fenômeno rotulador, portanto, não é a seleção de indivíduos com maiores chances, etiologicamente, de cometer infrações penais, mas a seleção preliminar de classes sociais que possuem maiores chances de serem criminalizadas através das instâncias de controle de condutas desviantes. Logo, nem todos os transgressores são rotulados como delinquentes. Contudo, indivíduos de classes baixas são mais propensos a serem rotulados como tal e, por não terem total conhecimento sobre seus direitos, são menos capazes de buscar recursos legais que previnam o rótulo, o que evidencia os diferenciais de poder e as cruéis consequências oriundas do *labeling*.²²²

Assim, enquanto os grupos menos favorecidos economicamente não possuem status social e capacidade de intervir em decisões políticas, o círculo vicioso que se retroalimenta de criminalidade e delinquência – neste caso, cabe traçar um paralelo entre estigmatização e reincidência, pois, ao colocar-se um indivíduo à margem da sociedade, estamos introduzindo-o no caminho da delinquência – continuará existente, tendo a pena privativa de liberdade como ápice da degradação e a inviabilidade de reinserção social como fator fundamental. Consequentemente, em que pese seja inequívoca a falácia do seu discurso jurídico-penal “legitimador”, permaneceremos sob a égide de um sistema desigual e seletivo

²²⁰ BARROSO, Daniel Viegas S. **Criminologia**: do Estado de Polícia ao Estado de Direito. Florianópolis: Conceito, 2009, p. 92.

²²¹ LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 56.

²²² RATTON, José Luiz. Pobreza, desigualdade, estrutura social e crime. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014, p. 594-595.

que exclui os menos privilegiados e beneficia um grupo dominante que age de maneira impune e sem ser importunado.

3.1.4 Da impossibilidade de igualdade formal em uma sociedade desigual e a consequente seletividade penal

Vivemos em uma sociedade aberta, pluralista e - em tese - democrática, o que nos direciona para a necessidade de se repensar o sistema penal como um todo, uma vez que sua repressividade constitui um problema jurídico-político importante das democracias modernas. O Brasil é um país acometido pelos mais variados tipos de desigualdades – econômica, cultural, social, racial, regional, de gênero, etc. – e, sendo a desigualdade judicial parte deste todo, é crucial analisá-la em conjunto com o que vem sendo elucidado na presente pesquisa.

De início, é preciso reconhecer a impossibilidade de assegurar-se tratamento igualitário diante das leis, numa sociedade heterogênea, composta pelas espécies de desigualdade acima descritas. No contexto de um judiciário burocratizado e profissionalizado, é primordial que o acesso à justiça seja assegurado pelo Estado de forma efetiva, o que significa a garantia de acesso gratuito ou subsidiado aos serviços de advogados.²²³

Uma vez que as desigualdades externas ao processo penal são nele repercutidas, os pontos suscetíveis de questionamento quanto ao modelo adversarial e, conseqüentemente, quanto ao sistema penal em sua totalidade são justamente o *combat effect* (efeito combate) e o *wealth effect* (efeito riqueza).²²⁴ Importante salientar que tais pontos não decorrem da oposição entre acusador e acusado, mas do desequilíbrio de condições entre os próprios acusados em si, posto que nem todos pertencem às mesmas classes econômicas e sociais.

²²³ SINHORETTO, Jacqueline. Seletividade penal e acesso à justiça. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014, p. 402.

²²⁴ John H. Langbein, na obra “*The origins of adversary criminal trial*”, refere que: “*By the combat effect, I refer to the truth-impairing incentives of the adversary system. By the wealth effect, I refer to the enormous advantage that adversary procedure bestows upon persons who can afford to hire skilled trial counsel, and to pay for party-conducted factual investigation. Because most persons accused of serious crimes are indigent or near indigent, the wealth effect is a profound structural flaw in adversary criminal procedure*”. (LANGBEIN, John H. **The origins of adversary criminal trial**. New York: Oxford University Press, 2003, p. 01).

Por *combat effect*, entende-se os incentivos advindos do sistema adversarial na alteração da verdade. *Wealth effect*, por outro lado, diz respeito às vantagens que referido sistema concede àqueles sujeitos capazes de financiar serviços advocatícios de qualidade, em virtude de estarem em posições financeiras elevadas. Assim, uma vez que o complexo prisional é composto – majoritariamente – por indivíduos de baixa renda, o efeito riqueza pode ser considerado uma falha relevante do sistema penal.

Nesta perspectiva, o próprio ideal constitucional de justiça pode ser problematizado diante dessa análise crítica. Partindo-se do pressuposto que o sistema adversarial ocupa-se unicamente da exigência de igualdade formal entre as partes, isto é, de como elas se apresentam perante o juiz, tem-se que o modelo construído sob os moldes do Estado de Direito Liberal não se atenta aos reflexos processuais da desigualdade extraprocessual.²²⁵ Por esta razão, no contexto socioeconômico atual, o prestígio do sistema adversarial em busca da justiça substancial é ilusório.

À vista disso, o efeito do combate (*combat effect*) pode originar o obscuro efeito da riqueza (*wealth effect*), pois o acusado com condições de custear uma defesa técnica melhor aparelhada poderá buscar elementos probatórios mais eficazes e introduzi-los no processo penal. Neste viés, diversos são os resultados sobrevindos do *wealth effect*, entre eles estão: a vulnerabilidade do menos favorecido – frente à ausência de defesa técnica habilitada; a ineficácia das provas disponíveis – que dependerá da apresentação no processo; o prejulgamento social advindo da teoria do etiquetamento que, como se sabe, influencia – mesmo que inconscientemente – o processo decisório, etc.

Diante do exposto, denota-se a possibilidade do *combat effect* ser apontado como consequência patrocinadora da própria desigualdade na distribuição de justiça, convertendo a ideia de “justiça igualitária perante a lei” em “justiça desigual perante os advogados”.²²⁶ Ainda, enquanto o *wealth effect* pode privatizar a investigação e a apresentação da prova, o *combat effect*, por sua vez, pode distanciar o processo penal do objetivo de alcance da verdade, na medida em que

²²⁵ VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de Armas no Processo Penal**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 157.

²²⁶ TARUFFO, Michelle. **El proceso civil adversarial en la experiencia americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva**. Trad. Beatriz Quintero. Bogotá: Temis, 2008, p. 94.

possibilita a supressão e distorção de elementos probatórios desfavoráveis ao acusado.²²⁷

Perante isso, depreende-se que os mais bem afortunados possuem demandas jurídicas que transitam facilmente pelas estruturas judiciais e suas infrações atraem pouca atenção da repressão penal. Em contrapartida, os desfavorecidos conquistam a concentração do sistema e encontram dificuldades na administração dos conflitos jurídicos de que são protagonistas.²²⁸

A existência de tratamento diferenciado das instituições penais entre demandas e públicos tem um objetivo: perpetuar a opressão da classe social mais forte sobre aquela mais fraca. O intuito, portanto, é manter o domínio dos possuidores do poderio econômico e, subsidiariamente, estigmatizar e etiquetar aqueles indivíduos advindos da base da pirâmide social. Frente a isso, tem-se a chamada “seletividade penal”.

Utilizada como instrumento de controle, a seletividade punitivista é resultado do advento do Estado neoliberal, na medida em que esse impõe a proeminência do Estado penal, cuja lógica é preterir a criação de políticas públicas de desenvolvimento socioeconômico em prol do encarceramento dos grupos marginalizados.²²⁹ As estratégias de controle social que culminam no processo de criminalização e na escolha de criminalizáveis são utilizadas como respostas governamentais às necessidades de ordem procedentes do processo de acumulação de capital²³⁰ e, como consequência, tem-se a desconstrução do Estado de Bem-Estar Social em face da priorização da administração penal dos considerados rejeitos humanos. Isso posto, constata-se que – mesmo com o decorrer do tempo – “a arquitetura institucional da modernidade penal permanece firme em seu lugar, como também o aparato estatal da justiça criminal”.²³¹

²²⁷ VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de Armas no Processo Penal**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 159-160.

²²⁸ SINHORETTO, Jacqueline. Seletividade penal e acesso à justiça. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014, p. 401.

²²⁹ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 07.

²³⁰ BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia e Política Criminal. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, v.1, n.2, p. 20-39, jul./dez. 2009.

²³¹ GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução, apresentação e notas André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 367.

Neste sentido, é possível estabelecer o diálogo entre seletividade penal e direito penal do inimigo.²³² O advento da globalização e o crescimento do capitalismo deram ensejo à tutela de novos bens jurídicos. O Direito Penal, visando restaurar a sensação de segurança e resguardar os interesses sociais, cria legislações cada vez mais incriminadoras e rigorosas, restringindo garantias fundamentais. No entanto, cabe questionar: *o que significa “interesses sociais” em uma sociedade dividida em camadas, na qual os interesses de um grupo são estrutural e logicamente antagônicos aos do outro?* A resposta é uma só: a justificativa de resguardo de interesses sociais contempla unicamente a intenção dos dominantes, qual seja, a destruição do pretense inimigo.

Nesse viés, há de se fazer menção às duas das tendências mais evidentes no tocante às normas penais nas sociedades contemporâneas: (i) a utilização de mecanismos penais de “emergência”; (ii) a inflação de normas penais, que adentram campos da vida social que anteriormente não estavam regulados por sanções penais, enfatizando o intervencionismo penal.²³³ Porém, seria pretensão acreditar que a lei penal é feita para todos e em nome de todos. É necessário reconhecer que ela é feita por/para alguns e se aplica a outros; que – em princípio – ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige especialmente às parcelas sociais menos favorecidas.²³⁴ Isso demonstra, portanto, o fato de que a lei e a justiça – em que

²³² Segundo Jakobs, criador da teoria, o Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade e a consequente mudança de perspectiva do ordenamento jurídico-penal que deixa de ser retrospectiva e passa a ser prospectiva. Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas. Por fim, em terceiro lugar tem-se a relativização ou supressão de determinadas garantias processuais. (GÜNTHER, Jakobs; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Tradução e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 90). Basicamente, essa tese prevê a necessidade de haver uma divisão entre cidadãos e não-cidadãos (inimigos), com tratamento penal diferenciado para cada um desses grupos. Diante disso, haveria a necessidade de criação de dois Direitos Penais: um chamado Direito Penal do Cidadão, através do qual seriam mantidas as garantias ao desviante ocasional, e outro denominado Direito Penal do Inimigo, aplicado para os considerados inimigos do Estado, com a supressão de seus direitos fundamentais. (BARBOSA, Aline Vieira Montenegro. **O Direito Penal do Inimigo e a Seletividade do Sistema Penal: dois lados da mesma moeda**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 16 jun. 2017. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/aline_barbosa_20171.pdf> Acesso em: 12 jan. 2021).

²³³ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de.; AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Política Criminal e legislação penal no Brasil: histórico e tendências contemporâneas. *In: Política Criminal Contemporânea: Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal – Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS*. Coord. Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt... [et.al.] – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 53.

²³⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 261.

pese se reconheça a autonomia relativa de cada esfera – são, em grande parte dos casos, pautadas por uma dissimetria de interesses.

A lei do mais forte impera na coletividade, uma vez que apenas aqueles inseridos em um grupo social de detenção de capital desfrutam de privilégios. Como resultado disso, tem-se a inserção dos desprivilegiados em cenários desprovidos de assistência, a sua consequente exclusão do meio social e, por fim, o reforço de sua vulnerabilidade. Com maior probabilidade de se tornarem rotulados, os indivíduos de classe baixa precisam enfrentar a falta de amparo estatal em diversos âmbitos – da educação, saúde, trabalho, moradia, lazer e segurança – e, por vezes, acabam recorrendo à criminalidade para suprir suas demandas.

Logo, resta clara a necessidade de observar-se o contexto social no qual o indivíduo está inserido para, posteriormente, entender os atos por ele praticados, pois analisar uma situação desconsiderando toda a sua conjuntura é desprezar o quanto o meio no qual se vive influencia no modo de pensar, agir e existir.²³⁵ Dito isso, é considerável concluir que, uma vez estigmatizados e excluídos, estes indivíduos estarão, sempre, propensos a buscarem outras formas de se tornarem válidos para a sociedade, optando, não raras vezes, pelo crime.

Deste modo, a concentração de renda permanece entre os favorecidos e, aqueles que não têm o devido preparo são marginalizados de modo a não usufruírem das garantias constitucionais, o que resulta na sua invisibilização. A legislação, portanto, é pensada de modo a afastar os marginalizados do cenário social e fortificar o poder dos que o detêm, resultando no fenômeno da seletividade penal.

O ciclo de conveniência é evidente: um perfil social é conduzido à condição de vulnerabilidade, a tendência ao cometimento de infrações é gerada, os indivíduos são estigmatizados e perseguidos, ocorrido o encarceramento, não são ressocializados e, por fim, são expostos novamente às condições vulneráveis. Isto demonstra a criação de um mecanismo pensado para manter esses sujeitos inseridos no âmbito criminal, afastando-os do núcleo social.²³⁶

²³⁵ TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza; SOTERO, Ana Paula da Silva; LIMA, Mariana Gomes; NONATO, João Leles. Politização da criminalidade e vulnerabilidade social: entre os paradigmas da justiça criminal e da seletividade penal. **Sistema Penal e Violência**, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 152-167, jul./dez. 2016.

²³⁶ Nas palavras de Jacqueline Sinhoretto, “É um quadro de encarceramento massivo, focalizado numa população específica, com objetivo de controlá-la pela repressão penal, em taxas que são mais elevadas do que o sistema judiciário é capaz de absorver, e com insuficientes iniciativas de

Diante do exposto, é possível concluir que a seletividade penal advém das desigualdades existentes na sociedade e da vontade de condicionar os indivíduos nos contextos em que foram designados a permanecer. Frente a isso, não se pode falar em igualdade formal na sociedade, na medida em que o próprio sistema penal oferece tratamento diferenciado aos acusados, privilegiando ou bloqueando o exercício de direitos e, como consequência, fomentando o desequilíbrio social.

3.2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E A PROBLEMÁTICA DA VALIDAÇÃO DA ELITIZAÇÃO DO SISTEMA

Conforme referido no tópico anterior, o campo penal – do modo como funciona atualmente – resulta unicamente na manutenção da realidade social. No entanto, a realidade social brasileira só é atrativa para os detentores de poder, uma vez que a maior parte da população vive em condições de miserabilidade, sem o devido amparo estatal.

A ausência de políticas públicas inclusivas para as classes baixas contribui para a sua estigmatização e, muitas vezes, para a própria prática de atos delitivos. A desigualdade social é massiva e alarmante, haja vista que a distribuição de renda no país é totalmente desequilibrada, havendo uma super concentração em uma pequena parcela populacional.

Uma vez que o aparato penal é utilizado de maneira conveniente pelos detentores do poderio econômico, a seletividade é imposta e escancarada, tornando-se evidente aos olhos daqueles que se preocupam em questionar o que lhes é apresentado como normal. O acesso à justiça é a outra face dessa questão, pois as desigualdades também atingem esse aspecto da vida social. Diante disso, é preciso analisar a forma como o Estado reage à busca ativa de direitos pelos cidadãos, comparando os tratamentos disponibilizados entre demandas e públicos.

O instituto da investigação defensiva também é um ponto que precisa ser examinado por este viés. Em que pese a legitimidade do discurso acerca de sua necessidade, faz-se primordial analisar as possíveis consequências decorrentes de sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro.

tratamento penitenciário para ressocialização”. (SINHORETTO, Jacqueline. Seletividade penal e acesso à justiça. *In*: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014, p. 408).

Sabendo-se que o sistema penal é pensado de forma a privilegiar certo fragmento social²³⁷, que as hierarquias coletivas são – justamente – desenvolvidas pela implementação de políticas penais e que diversas barreiras são colocadas no acesso à justiça aos menos favorecidos, a investigação defensiva pode acabar por dar ainda mais ênfase a essa desigualdade, validando a elitização já existente no sistema.

O desconhecimento das leis, da linguagem e as diferenças de expressão podem levar as classes pertencentes à base da pirâmide social à incapacidade de traduzir um sentimento de injustiça em uma demanda legal.²³⁸ Do mesmo modo, as restrições financeiras advindas de honorários advocatícios e taxas processuais podem ser vistas como obstáculos ao ingresso judicial, resultando na inibição do reconhecimento de direitos por essa via.

Em virtude de o Estado não fornecer condições educacionais e não disponibilizar um órgão efetivo e gratuito que possa auxiliar as pessoas vulneráveis – uma vez que a Defensoria Pública está abarrotada de demandas e não recebe incentivos – a investigação defensiva beneficiará somente aqueles indivíduos capazes de contratar um advogado e garantir uma defesa técnica eficaz.

Neste ponto, a questão não recai sobre a diferença de paridade de armas entre as partes (acusação e defesa), mas sobre as desigualdades existentes entre os próprios acusados. Deste modo, alerta-se para a possibilidade de direcionamento da proteção estatal unicamente aos grupos dominantes e para a relegitimação da seletividade do sistema penal brasileiro.

²³⁷ A implementação de programas de *compliance* é um exemplo disso, uma vez que permite o aumento do controle de dirigentes e administradores sobre os atos praticados em interesse ou benefício da pessoa jurídica, de modo a mitigar as sanções advindas da Lei nº 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. O que se verifica, portanto, é a criação de mecanismos preventivos com o intuito de dificultar a prática de ilícitos pelos detentores de poder econômico, manifestada na responsabilização penal pessoal por omissão daqueles que têm o dever de notificar e cooperar com o Estado no caso da ocorrência de possíveis ilegalidades, os chamados *gatekeepers*. (SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa**. 2014. 325 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014).

²³⁸ SINHORETTO, Jacqueline. Seletividade penal e acesso à justiça. *In*: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014, p. 402-403.

3.2.1 Dificuldade de implementação do instituto no sistema penal vigente

O Brasil vive sob um regime democrático representativo. Os representantes são eleitos pelo povo e, uma vez no poder, devem fazer valer a vontade daqueles que os elegeram, eis que essa forma de governo tem a soberania popular como principal característica.

No entanto, o país está totalmente polarizado. Ideais de direita são diametralmente opostos aos de esquerda e a sociedade se divide entre convicções conservadoras e globalistas, desorganizando-se a partir de si mesma. Consequentemente, as decisões tomadas por nossos governantes são incapazes de contentar todos os grupos sociais, na medida em que os interesses entre eles são inteiramente conflitantes, e as matrizes da sociedade demonstram ser ineficazes para atender a demanda da complexidade atual.²³⁹

Do mesmo modo, a maneira como o ordenamento jurídico brasileiro é pensado e implementado também gera diversos antagonismos. Enquanto uma parcela da sociedade defende a ideologia garantista e o Direito Penal Mínimo, a oposição exige um Direito Penal efetivo e sancionador, bem como a criação de novos tipos penais por parte do Poder Legislativo. Sabendo-se que o sistema penal é um monopólio de domínio dos possuidores de poder econômico, o interesse dos grupos dominantes predomina sobre os demais.

Além de estigmatizar indivíduos marginalizados e promover a seletividade penal, o sistema penal também conta com traços inquisitórios e autoritários. Analisando-se o modo como se desenvolve a investigação preliminar, tais peculiaridades são ainda mais evidentes.

Historicamente, a condução da investigação prévia no Brasil sempre esteve a cargo de órgãos responsáveis pela persecução penal e aplicação do *jus puniendi* estatal. Seu fundamento político é baseado na necessidade de uma colheita célere e menos formal de elementos de convicção, razão pela qual medidas precisariam ser adotadas com o sacrifício do contraditório, estabelecendo-se o segredo como técnica de análise investigativa.

²³⁹ GAUER, Ruth Maria Chittó. A Ilusão Totalizadora e a Violência da Fragmentação. In: GAUER, Ruth M. Chittó (coord.). **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 11.

No entanto, a Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III,²⁴⁰ firma a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos essenciais do Estado Democrático de Direito e, por esse motivo, a preocupação com a eficiência da investigação preliminar não poderia justificar a violação de direitos e garantias constitucionalmente previstos. Porém, as instituições e profissionais responsáveis pelo controle da criminalidade e que teriam o dever de observar a aplicação dos direitos fundamentais estão, em sua maioria, mal estruturadas e em condição de prevalência de interesses e influência sobre os verdadeiros titulares de direitos. Isso resulta na primazia de relevâncias e preocupações institucionais, culminando, em contrapartida, no pouco apreço à aderência de garantias que são conferidas aos suspeitos e investigados.²⁴¹

Essa (des)estrutura da investigação prévia advém da gestão político-criminal estabelecida pela imposição do medo decorrente da atuação do campo penal, o qual – como já explicitado – é desordenado, autoritário, ineficaz e contribui para a manutenção das desigualdades sociais. Suas falhas são expostas e diversos pontos relevantes permanecem indefinidos, uma vez que não são suficientemente encarados de modo a produzirem alguma mudança no cenário atual. Em que pese sejam discutidos academicamente, sua prática não sofre transformações e o discurso (des)legitimador do sistema permanece inalterado.²⁴²

Incontestavelmente, essa estrutura punitivista histórica e culturalmente inquisitiva inviabiliza o exercício do contraditório como estabelecido na Constituição Federal, o que – conseqüentemente – aplica-se no âmbito da investigação defensiva. A ruptura de qualquer possibilidade de paridade de armas substitui o

²⁴⁰ Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]”. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 fev. 2021).

²⁴¹ BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**: Argentina; Brasil; Colômbia; Guatemala; México; Peru. 1. ed. São Paulo: ADC; CERJUSC; CONECTAS; DEJUSTICIA; ICCPG; IDDD; IJPP; INECIP, 2016, p. 183-187.

²⁴² SAMPAIO, André Rocha. Profanando o dispositivo Inquérito Policial e seu Ritual de Produção de Verdades. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 25, v. 134, p. 351-383, ago/2017, p. 377.

Estado-Jurisdição pelo Estado-Acusação, fazendo prevalecer as normas atinentes ao sistema que, como se sabe, não cumpre com o objetivo proposto.²⁴³

Nesta composição, verifica-se a relação existente entre o sistema penal e a atividade de seus sujeitos. Sabendo-se que a violência e a criminalidade estão presentes na sociedade brasileira, que a população está com medo e uma grande parcela, influenciada pela mídia, clama pela diminuição do que chamam de “impunidade”, estabelece-se uma expectativa na atuação dos atores envolvidos neste contexto, os quais utilizam o sistema como um instrumento de condução de anseios sociais. Deste modo, os resultados provenientes da ação processual e – inclusive – da investigação preliminar, são moldados a partir da aspiração coletiva e do fetiche punitivista presente na sociedade.²⁴⁴

Portanto, em que pese a Constituição Federal estabeleça direitos e garantias fundamentais, esses – muitas vezes – não são aplicados na fase pré-processual. Ainda que a estrutura inquisitiva viole o Estado Democrático de Direito, há uma distorção na instrumentalização do Direito Penal, a qual pode ser vinculada a vários fatores, destacando-se, entre eles, as influências políticas e midiáticas. O Estado, ao restringir a sua atuação na garantia de direitos constitucionais, tem como intuito o reforço de sua legitimidade, respondendo aos clamores coletivos por meio da legislação penal, transformando-a na principal forma de combate aos impasses sociais.²⁴⁵

O instituto da investigação defensiva também é atingido por essa restrição estatal. Na medida em que o exercício do contraditório possui relação direta com o direito de investigar e propor provas, e este é relativizado pelo sistema, a investigação pela defesa também é prejudicada. Não obstante seja de conhecimento comum que o exercício de uma defesa eficaz requer possibilidades e tempo satisfatórios para a sua preparação, devendo – por conseguinte – iniciar-se imediatamente, ainda há quem defenda a sua ocorrência apenas na fase processual.

²⁴³ SAMPAIO, André Rocha. Profanando o dispositivo Inquérito Policial e seu Ritual de Produção de Verdades. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 25, v. 134, p. 351-383, ago/2017, p. 377.

²⁴⁴ AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva**: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014, p. 228-239.

²⁴⁵ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Visões da Sociedade Punitiva: elementos para uma Sociologia do controle penal. In: GAUER, Ruth M. Chittó (coord.). **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 50.

À vista disso, percebe-se que o modelo inquisitorial está respaldado tanto por suas características próprias quanto pela carga cultural impregnada na sociedade. Situações elementares são burocratizadas, dificultando-se a sua resolução e, por consequência, um modelo organizacional que reproduz e engloba em si mesmo práticas de cultura antidemocráticas permanece intacto. Tal modelo abarca uma disputa sobre o sentido dos direitos fundamentais e demonstra que, além da investigação preliminar, toda a sua estrutura e cognição precisam ser revisadas.²⁴⁶

Tratando-se especificamente da fase pré-processual, tem-se que a ausência de questionamentos acerca da discricionariedade atribuída à atuação policial é alarmante. A inexistência de rigidez procedimental, bem como a liberdade que a autoridade policial possui para decidir os elementos de informação que serão encaminhados ao Ministério Público são incompatíveis com o sistema acusatório. Deste modo, constata-se que a investigação preliminar está demasiadamente ancorada na matriz inquisitorial e que – em que pese a investigação defensiva tenha o condão de amenizar essa realidade – a sua implementação no sistema penal vigente é dificultosa.

Diversos são os movimentos político criminais que fundamentam reformas no sistema penal. A criação de normas que possibilitam ao ente privado a prática de atos de defesa durante a fase pré-processual também está pautada nos projetos reformistas, mas – na prática – essa aplicação é mínima. Sob esta perspectiva, a incidência dos direitos de defesa permanece deficiente na fase preliminar e, como efeito disso, tem-se a ideia de que a finalidade da investigação criminal ocorre exclusivamente sob o prisma de interesses acusatórios.

O desequilíbrio entre as partes é escancarado. A ausência de regramentos legais com disposições justas e proporcionais, assim como a inexistência de elementos – de fato – estruturantes do devido processo legal demonstram a (i)legalidade da atuação coercitiva estatal no processo penal.²⁴⁷

Sabendo-se que as características herdadas do sistema inquisitório não são compatíveis com o sistema amparado pela Constituição Federal, o acusatório,

²⁴⁶ CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; BULHÕES, Gabriel. Defesa Penal efetiva no Brasil: desafios da atuação defensiva na investigação preliminar em meio ao sistema acusatório. In: GONZÁLEZ, Leonel; BALLESTEROS, Paula. **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA-JSCA, 2019. v. III, p. 91.

²⁴⁷ CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; BULHÕES, Gabriel. Defesa Penal efetiva no Brasil: desafios da atuação defensiva na investigação preliminar em meio ao sistema acusatório. In: GONZÁLEZ, Leonel; BALLESTEROS, Paula. **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA-JSCA, 2019. v. III, p. 95.

adverte-se para a necessidade de que todos os integrantes do aparato penal estejam receptíveis às mudanças, de modo a adequarem-se a elas, adaptando-se a uma nova ideologia democrática e adversarial. A simples alteração legislativa será incapaz de alterar o cenário atual enquanto não houver uma mudança de mentalidade social, desprendida da cultura inquisitória.

Porém, a postura antidemocrática dos operadores do sistema de justiça está impregnada em suas práticas, razão pela qual se faz imprescindível a quebra desse antigo paradigma. É necessária uma reengenharia do sistema e de suas estruturas, cominando na aplicação do filtro constitucional sobre eles.

Deste modo, as tarefas atinentes à produção de elementos de investigação na fase preliminar deverão ser redistribuídas, a fim de que ocorra o redimensionamento dos órgãos responsáveis pela colheita de informações prévias. Isso significa dizer que não poderá haver exclusividade de poderes investigativos sob a égide de membros da polícia e do Ministério Público, recaindo tal responsabilidade – também – sobre entes privados.²⁴⁸

No entanto, é preciso ter claro que estamos lidando com um instituto complexo e que o sistema penal brasileiro já produz efeitos difíceis de serem contornados. O encarceramento em massa de uma parcela social, as desigualdades de tratamento, sua estigmatização e seletividade estão enraizados no núcleo social e, embora o Direito Penal seja desconstruído pela crítica sociológica, não ocorreram mudanças efetivas na realidade do país.

Uma vez que o sistema penal é incapaz de responder questões como o crescimento da violência e o surgimento de novas formas de criminalidade, ele sofre os efeitos do seu consequente desgaste. Neste viés, é preciso demonstrar que a manutenção desse sistema contribui para os abusos por parte do poder punitivo do Estado frente aos direitos e garantias dos cidadãos,²⁴⁹ que os conflitos sociais precisam ser vistos a partir de uma nova perspectiva e que a possibilidade de investigação defensiva contribuiria para isso.

²⁴⁸ CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; BULHÕES, Gabriel. Defesa Penal efetiva no Brasil: desafios da atuação defensiva na investigação preliminar em meio ao sistema acusatório. *In*: GONZÁLEZ, Leonel; BALLESTEROS, Paula. **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA-JSCA, 2019. v. III, p. 98.

²⁴⁹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Visões da Sociedade Punitiva: elementos para uma Sociologia do controle penal. *In*: GAUER, Ruth M. Chittó (coord.). **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 60.

Porém, por se tratar de um instituto inovador e obscuro, é necessário que se saiba lidar com os discursos contrários à sua prática, bem como com os obstáculos colocados à sua efetiva implementação. Mais do que isso, o instituto precisa ter sua complexidade analisada sobre diversos aspectos, tanto positivos quanto negativos e, uma vez explicitados os primeiros durante o decorrer do trabalho em tela, passa-se ao exame dos segundos.

3.2.2 Da ausência de aparato estatal na condução da investigação defensiva: impossibilidade da Defensoria Pública em desempenhar a função no cenário atual

A investigação defensiva, além de ser uma necessidade democrática, possui diversos aspectos positivos. A paridade de armas entre as partes, a concretização das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, a celeridade processual – decorrente da antecipação de questões fáticas e jurídicas convenientes à defesa –, e o descondicionamento das investigações são alguns dos benefícios decorrentes da implementação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, o reconhecimento de aspectos negativos também é possível e, frente a isso, torna-se essencial a análise desses, de modo a estabelecer uma ponderação entre as vantagens e desvantagens advindas desse novo modelo investigativo.

Primeiramente, é imprescindível observar-se a sociedade brasileira e o modo como ela é constituída. Sabendo-se que o país serve como palco para os mais variados tipos de desigualdades e que o sistema penal (in)voluntariamente contribui para isso, não se pode ignorar os impactos contextuais possivelmente gerados pela inserção de uma forma de investigação totalmente diferente daquela que é reconhecida até hoje.

É necessário analisar, portanto, a capacidade do ordenamento jurídico brasileiro solidificar uma atividade investigativa desenvolvida pela defesa, de modo a não agravar as problemáticas sociais existentes no país. A investigação defensiva, neste sentido, deve ser inserida com o intuito de revigorar as condições (pré)processuais penais, inovando o sistema e o afastando do ranço inquisitório que ainda o contempla.

Ocorre que, analisando o instituto sob um viés econômico e social, torna-se possível a observância de certos riscos. Sendo a investigação defensiva uma espécie de investigação privada, pressupõe-se a sua condução por um ente não estatal. Logo, essa investigação seria realizada por particulares, o que a diferenciaria – por óbvio – da prática realizada pela polícia e, em certos casos, pelo Ministério Público.

No entanto, essa tese não pode ser aplicada em um país como o Brasil. Em virtude de possuímos desigualdades sociais e econômicas muito alarmantes e, conseqüentemente, a maior parte da concentração de renda permanecer sob posse de alguns, enquanto o restante da população vive em condições precárias, o Estado precisa intervir para garantir o mínimo de assistência às classes mais baixas. Neste sentido, a garantia de acesso à justiça criminal deve ocorrer por meio de acessibilidade econômica e acessibilidade técnica, sendo estas indispensáveis para a consumação da igualdade de condições entre os menos favorecidos e os agentes estatais da persecução penal.²⁵⁰

Analisando-se as duas formas de acessibilidade, é possível perceber a relação entre elas. Por acessibilidade econômica, tem-se a assistência judiciária gratuita aos necessitados, a qual caracterizaria a tutela efetiva e material do Estado e está prevista no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal,²⁵¹ consistindo na “isenção de todas as despesas indispensáveis ao reconhecimento, satisfação ou asseguuração do direito subjetivo material da pessoa necessitada”.²⁵² Frente a isso, denota-se o dever estatal de garantir aos menos favorecidos a possibilidade de representação e defesa gratuitas – nas demandas cíveis e penais – de modo tão eficaz e cuidadoso quanto aquele conferido aos sujeitos que possuem condições de arcar com os custos processuais (incluem-se, aqui, os honorários advocatícios).

Em conseqüente, a acessibilidade técnica é apresentada como um dos pressupostos indeclináveis de um processo penal válido. Correspondente à assistência jurídica prestada por profissional devidamente habilitado, ela garantiria especialmente aos “acusados em geral” a idêntica possibilidade de se verem

²⁵⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 85.

²⁵¹ “Art. 5º: [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...]”. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 fev. 2021).

²⁵² TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 86.

representados por quem tivesse igual formação a do órgão acusatório, sob pena de violação ao tratamento paritário imposto pelo princípio do devido processo legal.²⁵³ No entanto, é preciso salientar que a efetividade dessa garantia deve ocorrer desde a fase pré-processual, isto é, desde o início dos efeitos decorrentes da persecução penal que, de alguma maneira, possam imputar ao sujeito a autoria de fato penalmente relevante, pois não há como restringi-la à defesa do direito subjetivo material em juízo, em um processo regularmente formado e desenvolvido. Consequentemente, a acessibilidade técnica precisa estar presente em todas as atividades inerentes à proteção do *jus libertatis* dos sujeitos, sejam eles investigados, indiciados, acusados ou condenados.

Uma vez que a garantia de acesso à justiça criminal se consuma pelas formas de assistência acima descritas, torna-se necessária a análise da importância do órgão estatal capaz de outorgá-las: a Defensoria Pública. Com previsão no artigo 134 da Constituição Federal,²⁵⁴ a instituição é considerada essencial à função jurisdicional, ficando incumbida de prestar orientação jurídica e defesa, em todos os graus, aos desprovidos de recursos financeiros para esse respectivo custeio.

Sua criação, portanto, foi norteada pela intenção de se possibilitar a garantia do efetivo exercício dos direitos fundamentais pelos indivíduos e grupos sociais necessitados, em condições de igualdade material e fática, a fim de que seus óbices fossem superados, sobretudo os de natureza econômica. Dito isso, tem-se que os beneficiários do serviço público prestado pela Defensoria Pública são as parcelas populacionais carentes em termos socioeconômicos, isto é, os economicamente vulneráveis.²⁵⁵

²⁵³ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 101.

²⁵⁴ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. [...]”. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 fev. 2021).

²⁵⁵ FENSTERSEIFER, Tiago. **O direito a ter direitos efetivos**: as dimensões normativas e eficácia do direito fundamental social à assistência jurídica integral e gratuita de titularidade dos indivíduos e grupos sociais necessitados (ou vulneráveis) à luz do atual regime jurídico constitucional e infraconstitucional da Defensoria Pública brasileira. 2016. 276 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

Em virtude de o Brasil ser um país em desenvolvimento, com um cenário tão desigual em termos de economia, a Defensoria Pública tem uma razão bastante significativa para existir, sobretudo se houver interesse político em efetivar o projeto normativo delineado pela Constituição Federal. Uma vez que o texto constitucional prevê o bem-estar, a justiça social e a vida digna, é conferido fundamento e legitimidade para a presença de uma instituição pública com o perfil desempenhado pela Defensoria Pública.

Ao estabelecer-se a relação entre o sistema penal e a instituição estatal, tem-se que esta contribui para a diminuição dos danos causados por aquele. Na medida em que o sistema penal tem caráter estigmatizante e seletivo, de modo a afastar os indivíduos marginalizados do núcleo social, a Defensoria Pública atua com o objetivo de assegurar que os direitos pertencentes a esses indivíduos sejam contemplados, garantindo o seu acesso à justiça. Em face da não privação de direitos, o sentimento de “não pertencimento” à comunidade político-estatal é amenizado, sendo assegurada – em tese – a existência de indivíduos livres, iguais e independentes.

O ideal fundante da instituição é venerável e atrativo. No entanto, a deficiência na prestação do serviço é a realidade imposta perante a sociedade. Ao passo que grande parte da população brasileira não tem condições financeiras de arcar com o custeio de um advogado e o Direito Penal não é utilizado como *ultima ratio*, gerando uma infinidade de litígios diariamente, a Defensoria Pública se torna incapaz de atender a todas as situações ocorrentes.²⁵⁶

Deste modo, verifica-se, realística e lamentavelmente, que os postulados constitucionais acima elencados, somados ao direito de igualdade, passaram – especialmente em matéria criminal – da salutar vontade do legislador constituinte à utopia dos menos favorecidos, na medida em que esses contavam com o satisfatório patrocínio defensivo de seu direito subjetivo material. Logo, é forçoso concluir que a assemelhação com o direito assegurado aos economicamente poderosos é mera ilusão produzida por um discurso que – atualmente – não é convincente.

Neste viés, sabendo-se da dificuldade que a instituição enfrenta para ser capaz de fornecer uma defesa técnica adequada durante a instrução criminal – devido à alta quantidade de demandas que possui –, seria muita ingenuidade acreditar nas condições da Defensoria Pública atuar de maneira efetiva no curso de

²⁵⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 95.

uma investigação defensiva. A atuação em uma nova fase requer diversos esforços e, conseqüentemente, uma reforma na estrutura institucional, de modo a aparelhá-la e capacitá-la para essa nova operação.

Sabendo-se que grande parte da população brasileira não possui recursos financeiros para despender no pagamento de honorários advocatícios, cabe ao Estado a resolução desse dilema, uma vez que é o responsável pelo fornecimento dos meios necessários e pela implementação de um procedimento de investigação criminal defensiva capaz de atender a todos – inclusive aos investigados necessitados – fazendo valer o ditame constitucional da igualdade. Deste modo, além de ter de organizar a polícia e o Judiciário para atender a este novo procedimento, será necessária a estruturação da Defensoria Pública de modo a habilitá-la a exercer esse múnus que, certamente, tornaria nosso sistema mais isonômico.

Somente a perfeita regulamentação da instituição, com a conjugação de um quadro de profissionais capazes e habilitados, de elementos estruturais e de materiais integralmente satisfatórios será capaz de modificar o cenário atual. O acesso à justiça reclama a operacionalização de reformas cautelosas, atentas aos riscos abrangidos, somada à plena consciência dos limites e potencialidades dos agentes e procedimentos envolvidos,²⁵⁷ devendo ser disponível a todos. Além disso, tal acesso, pela ótica das pessoas necessitadas, deve ser considerado um serviço público essencial, pois é instrumento de tutela e promoção de direitos fundamentais.²⁵⁸ A igualdade efetiva – e não apenas formal – é uma necessidade democrática que se impõe.

Diante do exposto, constata-se que – em que pese a investigação defensiva possibilite a paridade de armas entre as partes – é necessária a análise das desigualdades existentes entre os próprios investigados e, em seqüência, o exame da capacidade do Estado de lidar com isso. Havendo desigualdades socioeconômicas no país e uma instituição incumbida de garantir a orientação e defesa daqueles desprovidos de recursos financeiros, cabe ao órgão estatal o

²⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 165.

²⁵⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. **O direito a ter direitos efetivos**: as dimensões normativas e eficácia do direito fundamental social à assistência jurídica integral e gratuita de titularidade dos indivíduos e grupos sociais necessitados (ou vulneráveis) à luz do atual regime jurídico constitucional e infraconstitucional da Defensoria Pública brasileira. 2016. 276 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

fornecimento de condições para que esta atue, também, na fase pré-processual, assegurando uma defesa prévia eficiente aos necessitados.

Porém, não havendo modificações no cenário atual e sabendo-se que a Defensoria Pública é incapaz de atuar de forma enérgica na colheita de elementos defensivos durante a investigação, os riscos da atuação defensiva prévia começam a ficar visíveis. Assim, o sistema penal irá reforçar seu caráter estigmatizante e seletivo, haja vista que somente a classe dominante poderá fazer jus ao novo modelo investigativo.

3.2.3 Do resultado: defesa de medidas legais para a classe dominante e a consequente proteção dos poderosos

O princípio constitucional da igualdade encontra-se entre os elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito. A lei penal deve, em observância ao referido princípio, regular os interesses coletivos e ser construída e aplicada de maneira igualitária, pois o distanciamento dessas premissas fere os vetores democráticos e dá origem a um Direito Penal seletivo, utilizado indevidamente como forma de controle social e manutenção de privilégios para determinados grupos sociais.²⁵⁹

O mapeamento do sistema carcerário brasileiro, frente ao encarceramento massivo da parcela populacional vulnerável, demonstra a existência de um Direito Penal estigmatizante, o qual marginaliza indivíduos afastados do núcleo social e os fornece tratamento diferenciado ao longo de toda a cadeia de formação e atuação da justiça penal, resultando na aplicação desigual da legislação. Uma vez demonstrado que a instituição responsável pela garantia de direitos e acesso à justiça dos necessitados não suportará as demandas advindas da inserção da possibilidade de investigação defensiva no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se necessário o exame do resultado proveniente disso: a defesa de medidas legais para a classe dominante e a consequente proteção dos poderosos.

É sabido que o sistema penal (já) privilegia indivíduos pertencentes às classes sociais favorecidas. Em que pese a legislação também abranja crimes

²⁵⁹ MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. O mito da justiça penal igualitária no Brasil. *In: Consultor Jurídico*. São Paulo, 15 set. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-set-15/tribuna-defensoria-mito-justica-penal-igualitaria-brasil?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook. Acesso em: 21 jan. 2021.

cometidos pelos estratos mais elevados da sociedade como, por exemplo, corrupção, lavagem de dinheiro e crimes ambientais, ainda há uma discrepância desproporcional entre ricos e pobres, pois a escolha de condutas a serem tipificadas e o estabelecimento de suas sanções retratam que os indivíduos necessitados são tratados de maneira mais rigorosa pela lei penal.

Analisando-se o ordenamento jurídico criminal, percebe-se que a grande maioria dos tipos penais previstos descreve condutas praticadas pelos estratos sociais desfavorecidos, tornando possível afirmar que a escolha do legislador condiciona quem irá exercer o papel de criminoso. Evidente, portanto, o caráter estigmatizante e seletivo da justiça penal e sua relação direta com o vetor econômico social, na medida em que etiqueta os sujeitos tipificados por meio de interações sociais complexas como sendo “delinquentes” e imuniza da aplicação supostamente igualitária da lei penal os detentores do poder político-econômico.²⁶⁰

A proibição de excessos punitivistas, sob esse viés, parece atuar quase que exclusivamente quando se tem como destinatários sujeitos poderosos, escancarando-se a desproporcionalidade advinda da aplicação da norma penal em relação a indivíduos menos favorecidos. Neste sentido, a descriminalização fática de crimes tributários e a tentativa de imposições legais que inviabilizam interceptações telefônicas, quebras de sigilo bancário e outros recursos de apuração de delitos financeiros podem ser caracterizadas como exemplos de formas de permissividade estatal frente à ausência de repressão efetiva a delitos praticados por pessoas economicamente privilegiadas.

Isso significa dizer que o Direito Penal tende a favorecer os interesses de grupos dominantes e isentar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos, típicos dos sujeitos pertencentes a eles.²⁶¹ Deste modo, é exercida uma função ativa de reprodução e produção de desigualdades, à medida que a estrutura geral do direito punitivo brasileiro, em todos os seus mecanismos de

²⁶⁰ MAZONI, Ana Paula de Oliveira; FACHIN, Melina Girardi. A teoria do etiquetamento do sistema penal e os crimes contra a ordem econômica: uma análise dos crimes de colarinho branco. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 7, n. 1, p. 3-18, jan./abr. 2012.

²⁶¹ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 95-96.

aplicação, deixa acima da lei os detentores de poder econômico-político, promovendo, de certo modo, a sua impunidade.²⁶²

Conhecida como a “cifra dourada da criminalidade”, os *white collar crimes*²⁶³ – expressão inglesa utilizada para designar os cognominados “crimes do colarinho branco” – são aqueles perpetrados por pessoas que compõem os chamados segmentos de pressão social, isto é, dotadas de respeitabilidade e elevado status. Essas pessoas também possuem a capacidade de influir tanto nas decisões de política criminal quanto nas instâncias formais e informais de condutas desviantes e, comparando-as com aquelas etiquetadas pela sociedade, denota-se a imunização de suas condutas delitivas frente à ação controladora do Estado. Tal imunização pode ser atribuída a dois fatores: a) à dificuldade de investigação e confirmação de crimes de ordem econômica; b) à reação das autoridades que é dirigida à punição de outros tipos de crimes, geralmente os praticados pelos indivíduos pertencentes às classes mais baixas, uma vez que estes são tipificados como “merecedores” de controle penal.²⁶⁴

Dito isso, é possível concluir que – em virtude da maioria dos crimes de colarinho branco não serem sequer investigados quanto mais punidos pelos agentes do sistema penal – a “cifra dourada da criminalidade” integra a chamada “cifra oculta” do mesmo contingente, pois esta é formada pela porcentagem de delitos não solucionados ou punidos, sublinhando a existência de um significativo número de infrações penais desconhecidas “oficialmente”. Assim, uma vez demonstrada a impunidade que circunda os primeiros, vislumbra-se o prejuízo da coletividade como um todo e uma dupla falha nas estatísticas oficiais.

²⁶² FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios. *In: Fragoso Advogados*. Rio de Janeiro; São Paulo, [2021]. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/acervos/artigos-e-entrevistas/>. Acesso em: 21 jan. 2021.

²⁶³ De acordo com Edwin Hardin Sutherland (1883-1950), criador do conceito de *white collar crimes*, este pode ser definido como “um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e alto status social no curso de sua atividade”. Sua tese, portanto, é de que pessoas de classe socioeconômica mais alta estão engajadas em muitos comportamentos criminosos e que tais comportamentos diferem daqueles adotados por pessoas de classe econômica mais baixa, principalmente se forem analisados os procedimentos administrativos usados para lidar com os infratores. (CASTRO JR., Júnior Carlos Schwonke de. Crimes de colarinho branco e delinquência econômica: punição perante a Constituição e impunidade. *In: SALGADO, Daniel de Resende; ASSUNÇÃO, Bruno Barros de; CARDOSO, Natália Angélica Chaves. Sistema de Justiça Criminal*. Brasília: ESMPU, 2018, p. 204, *apud* SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de Colarinho Branco*. Versão sem cortes. Traduzido e apresentado por Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2012, p. 33-34).

²⁶⁴ MAZONI, Ana Paula de Oliveira; FACHIN, Melina Girardi. A teoria do etiquetamento do sistema penal e os crimes contra a ordem econômica: uma análise dos crimes de colarinho branco. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 7, n. 1, p. 3-18, jan./abr. 2012.

A adoção de medidas legais que privilegiam os grupos dominantes é extremamente ostensiva e uma realidade do sistema penal atual. Em que pese se vislumbre comportamentos desviantes em todas as categorias sociais – uma vez que o comportamento criminoso, de acordo com a teoria da associação diferencial²⁶⁵, é aprendido por meio de um processo comunicacional - a sociedade capitalista reestruturou a criminalidade levando em conta a posição de classe do autor do delito: enquanto as massas populares são submetidas à estigmatizações e condenações com penas rigorosas, os detentores de poder econômico-político circulam nos espaços da lei e são abrangidos pela proteção estatal. Seus privilégios, portanto, tornam a criminalidade um investimento lucrativo, uma vez que não há a incidência de sanções capazes de inibir a prática do ato delituoso.²⁶⁶

O que se observa, portanto, é que o sistema das imunidades e da criminalização seletiva possui incidência correspondente sobre o estado das relações de poder entre as classes sociais, de maneira a oferecer salvaguarda somente para a prática de delitos por grupos dominantes. Em contrapartida, os crimes praticados pelos indivíduos pertencentes às classes sociais menos favorecidas são veementemente atacados e coibidos pelo sistema penal.²⁶⁷

No mesmo sentido, o referido sistema de imunidades incide, de maneira inversamente proporcional à força e ao poder de controle político alcançado pelas classes baixas, no interior das relações concretas de supremacia. Logo, é forçoso constatar a ocorrência de apropriação dos recursos estatais por uma elite econômica aliada a um sistema político cheio de vícios.²⁶⁸

O Brasil, como restou demonstrado, encontra-se em um quadro de países de desenvolvimento econômico tardio. Como consequência, o sistema penal é conformado pela elite dominante, de modo a garantir privilégios para uma classe

²⁶⁵ A Teoria da Associação Diferencial foi concebida por Edwin H. Sutherland, entre 1930 e 1940. De acordo com ela, o comportamento criminoso é aprendido por meio de um processo comunicacional. O indivíduo, portanto, agiria de acordo com esse aprendizado diferencial quando as manifestações favoráveis ao cometimento do delito superassem as desfavoráveis. (SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa**. 2014. 325 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014).

²⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 51-52.

²⁶⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 198.

²⁶⁸ CASTRO JR., Júnior Carlos Schwonke de. Crimes de colarinho branco e delinquência econômica: punição perante a Constituição e impunidade. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; ASSUNÇÃO, Bruno Barros de; CARDOSO, Natália Angélica Chaves. **Sistema de Justiça Criminal**. Brasília: ESMPU, 2018, p. 220.

abastada e singular. Por óbvio, não ocorre a aplicação dos princípios e valores republicanos contidos na Constituição Federal, o que pode ser constatado na simples análise da população carcerária do país, a qual é formada em sua quase totalidade por pessoas pobres, pardas ou negras. É duvidoso que, ao se realizar uma pesquisa detalhada em todo o território nacional, encontre-se algum integrante de grupo dominante cumprindo pena já transitada em julgado pelo cometimento de delito de colarinho branco.

Embora se saiba que os delitos econômicos são capazes de causar prejuízos ainda maiores se confrontados a delitos de outras espécies – posto que retiram do Estado recursos que poderiam ser empregados em áreas fundamentais – os delinquentes da elite quase nunca sofrem as sanções correspondentes à prática delitativa. Capazes de arcar com a contratação de profissionais extremamente habilitados, garantem a sua impunidade e a neutralização dos efeitos do delito praticado.

Deste modo, considerando-se a realidade brasileira, as diversas desigualdades socioeconômicas existentes na sociedade e a impunidade estatal conferida aos poderosos, torna-se impossível não reconhecer que a inserção de novos instrumentos penais no ordenamento jurídico, somada à impossibilidade de alcance total da população, irá contribuir para a confirmação do cenário atual. Sendo assim, esse pode ser considerado um dos prejuízos gerados pelo instituto da investigação defensiva.

À medida que uma investigação pela defesa irá favorecer unicamente setores privilegiados, como o da justiça negocial - posto que pode ser um forte recurso na resolução de crimes econômicos, por exemplo - há de se ater às consequências possivelmente geradas. Uma delas é o distanciamento cada vez maior entre a criminalidade convencional (composta pelas classes baixas, em estado de vulnerabilidade frente ao poder punitivo) e a criminalidade dos poderosos (formada por aqueles que sonégam impostos, lucram com informações privilegiadas ou enriquecem com verbas públicas)²⁶⁹, pois “para cada colarinho branco algemado no

²⁶⁹ CASTELLAR, João Carlos. **Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional**: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. – 1.ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 105.

espetáculo das polícias (à la FBI ou SWAT), milhares de jovens pobres [são] jogados nas horrendas prisões brasileiras”²⁷⁰.

Partindo-se do pressuposto de que a Defensoria Pública está abarrotada de demandas e, portanto, não é capaz de atuar na fase pré-processual de modo investigativo, e sabendo-se que grande parte da população não possui condições de arcar com os honorários de um advogado particular, a investigação defensiva serviria apenas aos interesses de um seletivo setor social. Isto posto, a seletividade do sistema penal seria (re)legitimada à medida que os detentores de poder econômico-político gozariam da possibilidade da adoção de uma nova medida legal em face dos menos favorecidos.

Ocorre que – por certo – o instituto não foi pensado e promovido com esse intuito, inclusive porque seria desnecessário frente à proteção estatal já conferida à elite. A investigação defensiva precisa ser vista como uma necessidade democrática, uma vez que – de fato – o é.

Sendo clara a imprescindibilidade de paridade de armas entre as partes, a fim de que seja garantida a igualdade material no processo penal, a inserção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro seria o ideal. Dessa forma, a investigação preliminar iria se livrar do ranço inquisitório que – ainda – a acompanha e a fase pré-processual passaria pela tão referida filtragem constitucional.

No entanto, para que a investigação defensiva alcance seus reais objetivos, faz-se necessária a reestruturação do sistema, sob pena de obtenção de resultado oposto ao esperado. Neste sentido, é preciso haver uma mudança de paradigma para uma investigação efetiva pela defesa.

3.2.4 Da necessidade de mudança de paradigma para uma investigação defensiva efetiva

A fim de evitar a permanência à deriva em um oceano de lamentações a respeito dos destinos do país – principalmente no âmbito criminal – urge combater os fatores capazes de fomentar a problemática atual. Uma vez que a desigualdade no Brasil é intensificada pela maneira como atua o campo penal, este deve ser repensado de modo a tornar-se mais justo e harmonioso entre seus segmentos.

²⁷⁰ BATISTA, Vera Malaguti. Sulfurosas marginalizações. In: **Revista de História** 160, p. 389-393, jan./jul. 2009.

A igualdade da lei penal, tanto na sua confecção quanto na sua aplicação, é considerada um ideal do sistema jurídico consubstanciado em uma verdadeira utopia perante o contexto do ordenamento brasileiro. É preciso reconhecer o caráter seletivo e estigmatizante do sistema e as consequências advindas disso, já que o que se apresenta atualmente não condiz com o padrão de um Estado Democrático de Direito.

Impende registrar que a crítica que se faz é referente a não aplicação do Direito Penal como *ultima ratio* e sua utilização simbólica e inconsequente. Desaprova-se a sua instrumentalização distorcida, influenciada pela política e pela mídia, e a ausência de atuação estatal na garantia de direitos fundamentais. Defende-se, portanto, o direito a ter direitos.

A legislação penal não deve ser utilizada como resposta aos clamores sociais e como forma de legitimar a operação do Estado. A expansão do Direito Penal precisa ser freada, posto que a introdução de novos tipos penais e o agravamento de penas já existentes é contraproducente e conduz a uma situação insustentável para a administração da justiça, à medida que o excessivo aumento de ilícitos penais gera enormes dificuldades para uma harmonização da prestação jurisdicional.²⁷¹

Obviamente se reconhece que a questão é complexa. Percebe-se a insegurança e o medo que circundam a sociedade e compreende-se o anseio por mais proteção frente ao incremento da criminalidade. No entanto, defende-se que o Direito Penal não pode ser visto como instrumento de proteção dos “cidadãos de bem” contra o crime,²⁷² pois – sabendo-se que o sistema penal não cumpre o ideal de ressocialização – o que se vislumbra é apenas o reforço de práticas delitivas, posto que o sistema carcerário – deficiente, insalubre, superlotado e precário – acaba tornando-se uma “escola do crime”.

A mudança de paradigma é uma necessidade que se impõe. Governo e população precisam interagir de modo a não enxergar no encarceramento a solução para tudo – pois ele não é. O fetiche punitivista deve ser contido e a busca por soluções (realmente) eficazes deve ser colocada como centro de discussão.

²⁷¹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Visões da Sociedade Punitiva: elementos para uma Sociologia do controle penal. In: GAUER, Ruth M. Chittó (coord.). **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 50-51.

²⁷² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 24.

A sociedade deve conceber as consequências de um sistema que não busca a verdade dos fatos e que apenas se preocupa em mostrar resultados figurativos apoiados no encarceramento de uma parcela populacional específica. A garantia de direitos constitucionais precisa ser aplicada diariamente e entendida como uma urgência democrática, sob pena da ocorrência de abusos, injustiças, opressão e intolerância, disfarçados de atuação coercitiva fundamentada e legalizada.

Neste sentido, frente à ideia de mudança paradigmática acima exposta, tem-se que a inserção do instituto da investigação defensiva no ordenamento jurídico penal seria de extrema sensatez e conveniência, tendo em vista que a tão almejada paridade de armas poderia ser efetivada e a fase preliminar seria contemplada com a presença de garantias fundamentais – contraditório e ampla defesa. Deste modo, seria possível a consumação do modelo acusatório em detrimento do inquisitório.

Porém, para que o instituto seja de fato eficiente, sendo alcançado – inclusive – pelos menos favorecidos, é essencial que o Estado atue no sentido de fornecer os meios necessários para tanto. A ampliação progressiva do serviço público de assistência jurídica aos necessitados, por meio da criação e ampliação da estrutura e dos quadros da Defensoria Pública, é algo crucial.

Nesse viés, deve-se observar o dispositivo constante na EC nº 80/2014, o qual inseriu o artigo 98 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), fixando no texto constitucional, para além da obrigação decorrente dos artigos 5º, LXXIV e 134,²⁷³ o compromisso do legislador constitucional para com a efetivação do direito fundamental à assistência jurídica e ampliação da Defensoria Pública no território nacional.²⁷⁴ Segundo o dispositivo mencionado, “o número de defensores

²⁷³ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...]”; “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. [...]”. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 fev. 2021).

²⁷⁴ FENSTERSEIFER, Tiago. **O direito a ter direitos efetivos**: as dimensões normativas e eficácia do direito fundamental social à assistência jurídica integral e gratuita de titularidade dos indivíduos e grupos sociais necessitados (ou vulneráveis) à luz do atual regime jurídico constitucional e infraconstitucional da Defensoria Pública brasileira. 2016. 276 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população” (*caput*), estabelecendo-se, para tanto, que “no prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais” (§1º), bem como que “a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional” (§2º).²⁷⁵ Isso posto, depreende-se que – de acordo com o texto constitucional – o Estado tem o dever de ampliar o serviço prestado pela Defensoria Pública, cabendo ao Estado-Legislador e ao Estado-Administrador – nos âmbitos federal, distrital e estadual – adotar as medidas necessárias ao cumprimento do comando constitucional.

A omissão estatal perante isso é injustificável e o descaso frente ao cenário atual pode ser considerado flagrante descumprimento da norma constitucional. Portanto, é necessário que o Estado tome uma atitude a fim de solucionar a problemática em questão e, de fato, garantir a assistência jurídica aos necessitados, em todas as fases da persecução penal.

Uma vez cumprido esse dever, a investigação defensiva não mais será vista como uma forma de beneficiar somente a elite do país – com condições de arcar com o custeio dos honorários de um advogado particular –, passando a abranger toda a população. À medida que a Defensoria Pública tenha condições de atuar na investigação de delitos, com o intuito de promover a defesa de indivíduos, os mais necessitados terão uma defesa técnica apta a contrapor os argumentos acusatórios.

Sabendo-se que a desigualdade brasileira não recai somente entre acusação e defesa, mas também entre os acusados em si, a possibilidade de uma investigação defensiva abrangente deve ser tratada com seriedade. Sendo essa possível, a diferença existente entre investigados pobres e ricos será amenizada e, uma vez demonstrada a inocência dos primeiros, a estigmatização advinda do sistema (talvez) possa ser repensada.

Por certo não se ignora o fato de vivermos em uma sociedade preconceituosa e discriminatória, que por muito tempo produziu e reproduziu estigmas. No entanto,

²⁷⁵ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 80, de 04 de junho de 2014**. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc80.htm. Acesso em: 21 jan. 2021.

é preciso dar um passo no sentido de superação dessas crenças, de modo a fazer valer a igualdade pregada no texto constitucional. A democracia precisa ser – de fato – acessível a todos, do mesmo modo que o poder político precisa ser, com efeito, representativo.

É de extrema importância fomentar-se um olhar empático por parte de cada cidadão diante do próximo, de modo que sejam reconhecidas as diversas dificuldades enfrentadas por aqueles que precisam conviver diariamente com a seletividade advinda do sistema penal. Além disso, é preciso incentivar o pensamento crítico para que a população reconheça e questione os instrumentos de dominação e manutenção de poder. O que se objetiva, portanto, é uma visão social menos seletivista e isenta de discriminações, de modo a apaziguar a tentativa de neutralização dos grupos marginalizados.

À vista disso, a investigação defensiva pode ser utilizada como um instrumento apto a arriscar essa mudança de cenário. Certamente existem aperfeiçoamentos a serem realizados a fim de conferir segurança jurídica à atividade. O que temos até hoje em relação ao instituto é apenas um norte, sendo necessária – ainda – a mudança cultural, estrutural, postural e legislativa.

A reengenharia do sistema precisa ser colocada em prática, além de ser imprescindível outras referências normativas, como um marco legal que sedimente e amplie as prerrogativas da advocacia a partir da visão da investigação defensiva. Uma vez concluído isso, o ordenamento jurídico brasileiro poderá ser visto como algo mais justo e democrático nesse aspecto.

4 CONCLUSÃO

O instituto da investigação defensiva é extremamente complexo e merece atenção por parte dos operadores do Direito. Por ser capaz de alterar a realidade atual, reduzindo traços inquisitórios durante a fase preliminar, precisa ser analisado pelas diversas perspectivas existentes, a fim de que não gere resultado oposto ao esperado.

Nesse sentido, a dissertação em tela se propôs justamente a isso, à medida que buscou examinar o tema pelo viés criminológico, inserindo-o no contexto sistemático penal. O objetivo, portanto, foi a realização de uma análise precisa sobre os benefícios e riscos advindos da inserção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente frente à possibilidade de (re)legitimação da seletividade do sistema penal.

Deste modo, optou-se por iniciar o primeiro capítulo tratando da teoria de sustentação da investigação defensiva. A partir de sua conceituação, passou-se ao exame dos princípios constitucionais relacionados com a possibilidade de investigação pela defesa, sendo eles: o devido processo legal – utilizado como alicerce da investigação criminal -, o contraditório e o direito de defesa – estes com enfoque na fase pré-processual, a igualdade e paridade de armas e, por fim, a presunção de inocência. Diante dessa análise, foi possível depreender que o instituto da investigação defensiva, diante dos princípios constitucionais, pode ser tido como uma necessidade democrática, posto que possibilitaria a garantia de aplicação desses durante a fase preliminar que – atualmente – é composta por peculiaridades inquisitórias, contrárias ao Estado Democrático de Direito.

Na sequência, examinou-se a legalidade da nova modalidade investigativa. Em virtude do Brasil não possuir lei ordinária específica que regule o tema, priorizou-se – de início – a análise da legislação estrangeira. Observou-se a forma que o instituto é previsto nos Estados Unidos e na Itália, concluindo-se que ambos os ordenamentos jurídicos contemplam aparatos de permissão à busca de elementos de formação do convencimento pela defesa nos mais variados estágios da persecução, o que resulta em um processo penal mais igualitário entre as partes.

Na análise brasileira, o estudo recaiu sobre o Projeto de Lei nº 8.045/2020 e o Provimento nº 188/2018 da Ordem dos Advogados do Brasil, uma vez que foram os pioneiros na realização da abordagem do assunto e de sua prévia regulamentação,

respectivamente. Constatou-se que, em que pese exista a tentativa de inserção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, tal tentativa é embrionária e, diante disso, diversas incertezas recaem sobre a possibilidade de investigação pela defesa, uma vez que inseguranças são trazidas à tona e enquanto uma parcela dos operadores do Direito se manifesta a favor do instituto, existe outra que se opõe ferrenhamente a ele. Portanto, é possível concluir que a investigação defensiva ainda carece de lei que a solidifique, pois existem diversos aperfeiçoamentos a serem realizados com o intuito de conferir segurança jurídica à atividade. Ainda que os ditames apontados sinalizem um avanço, é imprescindível tanto a mudança legislativa quanto a mudança cultural, a fim de que o modelo investigatório brasileiro seja reformado e suspeitos e indiciados deixem de ser meros espectadores durante a fase preliminar.

O segundo capítulo, em contrapartida, foi dedicado ao exame do tema propriamente dito. Com o intuito de verificar a possibilidade de (re)legitimação do sistema penal diante da inserção da investigação defensiva no ordenamento jurídico, optou-se por – em um primeiro momento – analisar o sistema em si. Deste modo, discorreu-se sobre a sua estrutura, discurso *versus modus operandi*, teoria do etiquetamento e impossibilidade de igualdade formal em uma sociedade desigual. Ao final, constatou-se que o atual sistema penal é falho e não serve como controle formal das condutas vistas como negativas à sociedade. Em oposição à justiça e proteção pregadas por aqueles que o defendem, sua atuação mostra-se repressiva e estigmatizante, na medida em que suas linhas preventivas são frustradas, suas respostas não possuem intensidade regulada e a degradação da figura social de sua clientela escolhida de forma seletiva torna-se cada vez mais escancarada.

Percebendo-se que o sistema privilegia os detentores de poder econômico e social, à medida que protege os seus interesses, promovendo uma certa “elitização”, utilizou-se o final do último capítulo para tratar sobre a validação desta em decorrência da investigação defensiva. Analisaram-se as dificuldades de implementação do instituto no sistema penal vigente, bem como a ausência de aparato estatal na condução da investigação pela defesa – firmada na impossibilidade da Defensoria Pública desempenhar tal função no cenário atual. Deste modo, examinaram-se as consequências advindas disso, resumidas na defesa de medidas legais para a classe dominante e na proteção de poderosos, o

que levou à conclusão de necessidade de mudança de paradigma para uma investigação defensiva efetiva.

Portanto, a partir da análise exposta, onde restaram explicitados os benefícios e riscos advindos da nova modalidade investigativa, denotou-se que – em que pese o instituto seja (de fato) uma necessidade democrática, sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro requer uma ampla alteração de conjuntura. A investigação defensiva, apta a promover a paridade de armas entre acusação e defesa, precisa ser observada – também – em um contexto social. Sabendo-se que a sociedade brasileira é excessivamente desigual, e que mais da metade da população não tem condições de arcar com os custos de um advogado particular, faz-se imprescindível examinar o instituto sob a perspectiva das diferenças existentes entre os próprios acusados.

Estigmatizados pelo sistema penal seletivo, imputados de classes baixas já sofrem com a repressão existente. Seu afastamento do núcleo social gera diversas consequências e, inclusive, colabora para a manutenção da criminalidade. A investigação defensiva, neste viés, não pode ser utilizada de modo a incitar essa desigualdade.

Sendo assim, é de extrema importância a reestruturação da Defensoria Pública, mediante o fornecimento de incentivos para a sua possibilidade de atuação na fase pré-processual. O direito de acesso à justiça deve ser colocado em prática, de modo a garantir a participação de todas as classes no cenário jurídico. Além disso, é preciso educar a população a fim de capacitá-la a questionar os mecanismos autoritários do sistema, impostos como se fossem os únicos meios aptos a garantir a segurança pública.

Portanto, a mudança necessária é drástica. Mais que um marco legal que forneça segurança jurídica para a investigação pela defesa, se faz indispensável uma mudança de cultura – apaziguando o fetiche social punitivista -, de perspectivas e de postura tanto por parte da sociedade quanto por parte dos operadores do Direito.

O que se tem até agora é um avanço incipiente em direção a um processo penal mais equilibrado, fundamentado no sistema acusatório. No entanto, o tema – certamente – precisa ser aperfeiçoado e, para isso, é necessário o empenho da sociedade como um todo, a fim de que tenhamos um ordenamento jurídico mais justo e democrático.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. **Criminal justice standards for the defense function**. Fourth edition, Illinois: ABA, June, 2016. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/. Acesso em: 01 ago. 2020.

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**, n. 52, p. 163-182, jul. 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15205>. Acesso em: 08 jan. 2021.

ARAÚJO, Marcelo Azambuja. Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS n. 156/09. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 16, p. 233-246, jan./jun. 2017.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de.; AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Política Criminal e legislação penal no Brasil: histórico e tendências contemporâneas. *In: Política Criminal Contemporânea: Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal – Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS*. Coord. Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt... [et.al.] – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

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

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Sociologia da administração da justiça penal. *In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. (org.). Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Visões da Sociedade Punitiva: elementos para uma Sociologia do controle penal. *In: GAUER, Ruth M. Chittó (coord.). Sistema Penal e Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003.

BALDAN, Edson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 64, v. 15, p. 261, jan./fev. 2007.

BALDAN, Edson Luís. Modelo dual de polícia e operacionalidade do sistema acusatório de processo penal brasileiro. *In*: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARBOSA, Aline Vieira Montenegro. **O Direito Penal do Inimigo e a Seletividade do Sistema Penal**: dois lados da mesma moeda. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 16 jun. 2017. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/aline_barbosa_20171.pdf. Acesso em: 12 jan. 2021.

BARBOSA, Emerson Silva. Funções de Polícia: o que faz a Polícia Federal Brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 1, n. 1, p. 181-212, 2010. Disponível em: <https://periodicos.dpf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/34>. Acesso em: 14 nov. 2020.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999. (Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury).

BARROSO, Daniel Viegas S. **Criminologia**: do Estado de Polícia ao Estado de Direito. Florianópolis: Conceito, 2009.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia e Política Criminal. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, v.1, n.2, p. 20-39, jul./dez. 2009.

BATISTA, Vera Malaguti. Sulfurosas marginalizações. *In*: **Revista de História** 160, p. 389-393, jan./jul. 2009.

BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no Direito Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: QuartierLatin, 2007.

BERTOLINO, Pedro J. **El Debido Proceso Penal**. La Plata, Platense, 1986.

BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**: Argentina; Brasil; Colômbia; Guatemala; México; Peru. 1. ed. São Paulo: ADC; CERJUSC; CONECTAS; DEJUSTICIA; ICCPG; IDDD; IJPP; INECIP, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 8.045**, de 22 de dezembro de 2010. Código de Processo Penal. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Autoria: Senador José Sarney. Brasília, DF: Senado Federal, [2010]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=49026>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08 fev. 2021

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 07 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 80, de 04 de junho de 2014**. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc80.htm. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL, **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL, **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm. Acesso em: 07 de jul. de 2020.

BRASIL, **Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL, **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 23 jan. 2021.

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento nº 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Presidência, 2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 88.190**. 2ª Turma. Relator: Ministro Cezar Peluso, 29 de agosto 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus nº 94.016**. 2ª Turma. Relator: Ministro Celso de Mello, 16 de setembro de 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**. 2ª Turma. Relator: Ministro Teori Zavascki, 15 de dezembro de 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 58/DF**. Pleno. Relator: Ministro Carlos Velloso, 04 de dezembro de 1990.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 7612/DF**. 2ª Turma. Relator: Ministro Edson Fachin, 12 de março de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 593.727**. Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso, 14 de maio de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2641697> Acesso em: 11 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 97.926/GO**. 2ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2664297>. Acesso em: 12 de mar. 2020.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.

BUENO, Marisa Fernanda da Silva. O devido processo legal à luz do sistema de garantias proposto por Ferrajoli. *In*: GHISLENI, Cristiane; BUENO, Marisa Fernanda da Silva; LUZ, Alexandre Teixeira. **Monografias jurídicas 10**. Santa Cruz do Sul: Instituto Padre Reus, 2005. v.3.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A polêmica sobre a investigação defensiva. *In*: **Jus Brasil**, ago. 2018. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/671168109/a-polemica-sobre-a-investigacao-defensiva>. Acesso em: 30 ago. 2020.

CABRERA, Michelle Gironde. A mentalidade inquisitória no processo penal brasileiro (Parte II). *In*: **Canal Ciências Criminais**. Porto Alegre, 03 nov. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/processo-penal-brasileiro/>. Acesso em: 09 ago. 2020.

CAMARGO, Rodrigo de Oliveira; BULHÕES, Gabriel. A investigação defensiva como uma necessidade democrática. *In*: **Canal Ciências Criminais**. Porto Alegre, jan. 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/686479153/a-investigacao-defensiva-como-uma-necessidade-democratica>. Acesso em: 24 mar. 2020.

CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; BULHÕES, Gabriel. Defesa Penal efetiva no Brasil: desafios da atuação defensiva na investigação preliminar em meio ao sistema acusatório. *In*: GONZÁLEZ, Leonel; BALLESTEROS, Paula. **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA-JSCA, 2019. v. III.

CAMPOS, Fernando Teófilo. Sistemas de Common Law e Civil Law: conceitos, diferenças e aplicações. *In*: **Jus Brasil**, dez. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62799/sistemas-de-common-law-e-de-civil-law-conceitos-diferencas-e-aplicacoes>. Acesso em: 12 jul. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASTELLAR, João Carlos. **Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional**: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. – 1.ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CASTRO JR., Júnior Carlos Schwonke de. Crimes de colarinho branco e delinquência econômica: punição perante a Constituição e impunidade. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; ASSUNÇÃO, Bruno Barros de; CARDOSO, Natália Angélica Chaves. **Sistema de Justiça Criminal**. Brasília: ESMPU, 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru**. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, 25 de setembro de 2006.

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

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas; CANI, Luiz Eduardo; e BALTAZAR, Shalom Moreira. Do projeto de reforma do CPP ao projeto de lei “anticrime”: mirando a Constituição. *In: **Consultor Jurídico***. São Paulo, 12 abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limite-penal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime>. Acesso em: 19 ago. 2020.

DELMANTO JR., Roberto. Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 67, p. 212 – 232, jul./ago. 2007.

DERVAN, Lucian E. Overcriminalization 2.0: the symbiotic relationship between plea bargaining and overcriminalization. *In: **Journal of Law, Economics and Policy***, v.7, n.4, p. 645-655, 2011.

DEU, Teresa Armenta. **Prova ilícita**: um estudo comparado. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: M. Pons, 2014.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Lisboa: Coimbra, 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. 2. ed. Lisboa: Coimbra, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Processo Penal**. Coimbra: Coimbra, 2004.

FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais. **Anima**: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet, v. 1, 2009. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/anima_1.php. Acesso em: 15 nov. 2020.

FAYET JR., Ney; MARINHO JR., Inezil Penna. Complexidade, insegurança e globalização: repercussões no sistema penal contemporâneo. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 84-100, jul./dez. 2009.

FENSTERSEIFER, Tiago. **O direito a ter direitos efetivos**: as dimensões normativas e eficácia do direito fundamental social à assistência jurídica integral e gratuita de titularidade dos indivíduos e grupos sociais necessitados (ou vulneráveis) à luz do atual regime jurídico constitucional e infraconstitucional da Defensoria Pública brasileira. 2016. 276 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madri: Trotta, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Trad. José Manuel Díaz Martín. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. Originalmente publicado em 1975.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios. *In: Fragoso Advogados*. Rio de Janeiro; São Paulo, [2021]. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/acervos/artigos-e-entrevistas/>. Acesso em: 21 jan. 2021.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução, apresentação e notas André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GAUER, Ruth Maria Chittó. A Ilusão Totalizadora e a Violência da Fragmentação. *In: GAUER, Ruth M. Chittó (coord.). Sistema Penal e Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GHISLENI, Cristiane. Sistema constitucional das provas penais: ilicitude e direitos fundamentais. *In: GHISLENI, Cristiane; BUENO, Marisa Fernanda da Silva; LUZ, Alexandre Teixeira. Monografias jurídicas 10*. Santa Cruz do Sul: Instituto Padre Reus, 2005. v.3.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Salvador: JusPodivm, 2009.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. Entrelugares: o espaço da decisão no campo dos significantes (hiância, metáforas, metonímias) – Tecnicização do discurso jurídico-penal. *In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. Criminologia e(m) crítica*. Curitiba; Porto Alegre: Champagnat – PUC-PR; EDIPUCRS, 2013. (Coleção ABEU Sul).

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. Sistema punitivo e redução de danos: por que uma teoria agnóstica? *In: GLOECKNER, Ricardo*

Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(m) crítica**. Curitiba; Porto Alegre: Champagnat – PUC-PR; EDIPUCRS, 2013. (Coleção ABEU Sul).

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2013. Originalmente publicado em 1961.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios e Garantias Constitucionais. *In*: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988**: Estudos em Homenagem ao Professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GRUBBA, Leilane Serratine. Para a segurança humana: a vida digna. **Direitos Culturais**, v. 7, n. 12, p. 85-106, 2012.

GUARNERI, Giuseppe. **Le parti nel processo penale**. Milão: Fratelli Bocca, 1949.

GÜNTHER, Jakobs; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Tradução e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

HASSEMER, Winfried. **Perspectiva de uma moderna política criminal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. Advogado não pode fazer investigação criminal defensiva. *In*: **Consultor Jurídico**. São Paulo, 29 jan. 2019. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/academia-policia-advogado-nao-realizar-investigacao-criminal#:~:text=De%20acordo%20com%20a%20lei,%2C%20par%C3%A1grafos%201%C2%BA%20e%204%C2%BA\).&text=Quanto%20ao%20particular%2C%20seja%20v%C3%ADtima,a%20chamada%20investiga%C3%A7%C3%A3o%20criminal%20defensiva](https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/academia-policia-advogado-nao-realizar-investigacao-criminal#:~:text=De%20acordo%20com%20a%20lei,%2C%20par%C3%A1grafos%201%C2%BA%20e%204%C2%BA).&text=Quanto%20ao%20particular%2C%20seja%20v%C3%ADtima,a%20chamada%20investiga%C3%A7%C3%A3o%20criminal%20defensiva). Acesso em: 30 ago. 2020.

IAI, Ivano. Le investigazioni difensivi nei reati di criminalità organizzata. *In*: **La Giustizia Penale (parte terza: Procedura Penale)**, 2003.

KERCHE, Fábio. Autonomia e discricionarietà do Ministério Público no Brasil. **Dados Revista de Ciências Sociais**, v. 50, n. 2, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582007000200002>. Acesso em: 14 nov. 2020.

LANGBEIN, John H. **The origins of adversary criminal trial**. New York: Oxford University Press, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia Jurídica**. 8. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Série métodos em direito, v.1).

LEMERT, E. M. **Social Pathology**: A Systematic Approach to the Theory of Sociopathic Behaviour. Whitefish (EUA): Literary Licensing, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 23 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Ímpetus, 2013.

LINK, José Antônio Gerzson. **A Criminologia nos entre-lugares: diálogos entre inclusão violenta, exclusão e subversão contemporânea**. 2008. 197 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade com a Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da; BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. *In: Consultor Jurídico*. São Paulo, 01 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em 30 ago. 2020.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Entenda o impacto do Juiz das Garantias no processo penal. *In: Consultor Jurídico*. São Paulo, 27 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em 08 jul. 2020.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Investigação Defensiva melhora a competitividade penal. *In: Consultor Jurídico*. São Paulo, 06 set. 2019. Disponível

em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-06/investigacao-defensiva-melhora-competitividade-penal>. Acesso em 08 jul. 2020.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MACHADO, André Augusto Marques. **Investigação Criminal Defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução Crítica à Investigação Preliminar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tomo II. Trad. Santiago Santis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: El Foro, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium, 2000. v. I.

MAZONI, Ana Paula de Oliveira; FACHIN, Melina Girardi. A teoria do etiquetamento do sistema penal e os crimes contra a ordem econômica: uma análise dos crimes de colarinho branco. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 7, n. 1, p. 3-18, jan./abr. 2012.

MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MESQUITA, Gil Ferreira de. O Devido Processo Legal em seu sentido material. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 43, n. 170, p. 209-220, abr./jun. 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. v. 5.

MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. O mito da justiça penal igualitária no Brasil. *In: Consultor Jurídico*. São Paulo, 15 set. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-set-15/tribuna-defensoria-mito-justica-penal-igualitaria-brasil?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook. Acesso em: 21 jan. 2021.

MURARO, Mariel. Discursos legitimadores da pena. *In: Canal Ciências Criminais*. Porto Alegre, 18 nov. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/discursos-legitimadores-da-pena/>. Acesso em: 08 de jan. 2021.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal**. São Paulo: Edipro, 2002.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere**: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Fernando da Costa. **A Defesa e a Investigação do Crime**. Coimbra: Almedina, 2004.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos**: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Washington: CIDH, c2020. Assinada em 1969. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 08 jun. 2020.

PRADO, G. Parecer. As garantias na investigação criminal: o direito de se defender provando. *In: SCARPA, A. O.; HIRECHE, G. F. E. (org.). Temas de direito penal e processo penal*: estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. Salvador: Juvspodvim, 2013.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

RATTON, José Luiz. Pobreza, desigualdade, estrutura social e crime. *In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org.). Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

RICHTER, André. STF decide que Ministério Público tem poder de investigação criminal. *In: Agência Brasil*. Brasília, 14 mai. 2015. Disponível em:

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-05/stf-decide-que-ministerio-publico-tem-poder-investigacao-criminal>. Acesso em: 11 mar. 2020.

RODRIGUES, Martina Pimentel. Os sistemas processuais penais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n.3833, 29 dez.2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26262>. Acesso em: 16 mar. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**: Bricolagem de Significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROVEGNO, André. O sistema de provas no processo penal estadunidense. *In* FERNANDES, Antônio Scarance. *et al.* (coord.). **Provas no processo penal**: estudo comparado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SABATINI, Giuseppe. **Il Pubblico Ministero nel diritto processuale penale**. Napoli: Dott; Eugenio Jovene, 1943. v. 2.

SAMPAIO, André Rocha. Profanando o dispositivo Inquérito Policial e seu Ritual de Produção de Verdades. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 25, v. 134, p. 351-383, ago/2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris; ICPC, 2006.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa**. 2014. 325 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SILVA, César Dario Mariano da. A inconstitucionalidade da investigação defensiva instituída pela OAB. *In*: **Consultor Jurídico**. São Paulo, 28 mai. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/cesar-dario-inconstitucionalidade-investigacao-defensiva>. Acesso em: 30 ago. 2020.

SILVA, Franklyn R. A. A investigação criminal direta pela defesa: instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 41-80, jan./abr. 2020. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/308>. Acesso em: 08 fev. 2021.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 35, de dez. 2001). São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 66, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SINHORETTO, Jacqueline. Seletividade penal e acesso à justiça. *In*: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.

SIRACUSANO, Delfino et al. **Diritto processuale penale**. Milano: Giuffrè, 2009.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STF fixa requisitos para atuação do Ministério Público em investigações penais. *In*: **Notícias STF**, Brasília, 14 maio 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>. Acesso em: 30 ago. 2020.

TARUFFO, Michelle. **El proceso civil adversarial en la experiencia americana**: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva. Trad. Beatriz Quintero. Bogotá: Temis, 2008.

THE LIBRARY OF CONGRESS (United States of America). **Primary Documents in American History**: Judiciary Act of 1789. Washington: The Library of Congress, [2019?]. Disponível em: loc.gov/rr/program/bib/ourdocs/judiciary.html. Acesso em 22 jul. 2020.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza; SOTERO, Ana Paula da Silva; LIMA, Mariana Gomes; NONATO, João Leles. Politização da criminalidade e vulnerabilidade social: entre os paradigmas da justiça criminal e da seletividade penal. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 152-167, jul./dez. 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

UBERTIS, Giulio. **Il processo penale: la verifica dell'accusa**. Bolonha: Il Mulino, 2008.

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.

VELANI, Luigi Gino. **Le investigazioni preventive**. Milano: Giuffrè, 2012.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de Armas no Processo Penal**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia – F. Bastos, 2001

WEBER, Cristiano. **O advogado diante da inquisitorialidade do Inquérito Policial**. São Leopoldo: Oikos, 2009.

WERNECK, Alexandre. Teoria da rotulação. *In*: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.

WUNDERLICH, Alexandre. Muito além do bem e do mal: Considerações sobre a execução penal antecipada. *In*: CARVALHO, Salo de (org.) **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (v. 1: Parte Geral).

ZANARDI, Tatiane Imai. Investigação criminal defensiva: uma prática a ser difundida. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 8, n. 14, p. 191-216, jan./jun. 2016.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. "Os bons ventos de Haia". **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n. 190, p. 13-14, set. 2008.

ANEXO A – REFERÊNCIAS À LEGISLAÇÃO ITALIANA

COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA²⁷⁶ (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ITALIANA)

Art. 2.

La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Art. 24.

Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.

La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.

Art. 111.

La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di

²⁷⁶ Optou-se por não anexar a Constituição integralmente, apenas alguns artigos específicos, os quais foram extraídos dos sites do Senado Italiano (*Senato della Repubblica*), disponível em: www.senato.it; e *Altalex*, disponível em: www.altalex.com.

dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

CODICE DI PROCEDURA PENALE²⁷⁷ (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL)

Art. 38.

Termini e forme per la dichiarazione di ricusazione.

1. La dichiarazione di ricusazione può essere proposta, nell'udienza preliminare, fino a che non siano conclusi gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti; nel giudizio, fino a che non sia scaduto il termine previsto dall'articolo 491 comma 1; in ogni altro caso, prima del compimento dell'atto da parte del giudice.
2. Qualora la causa di ricusazione sia sorta o sia divenuta nota dopo la scadenza dei termini previsti dal comma 1, la dichiarazione può essere proposta entro tre giorni. Se la causa è sorta o è divenuta nota durante l'udienza, la dichiarazione di ricusazione deve essere in ogni caso proposta prima del termine dell'udienza.
3. La dichiarazione contenente l'indicazione dei motivi e delle prove è proposta con atto scritto ed è presentata, assieme ai documenti, nella cancelleria del giudice competente a decidere. Copia della dichiarazione è depositata nella cancelleria dell'ufficio cui è addetto il giudice ricusato.

²⁷⁷ Decidiu-se por não anexar o Código de Processo Penal integralmente, apenas alguns artigos específicos, os quais foram extraídos do site *Altalex*, disponível em: www.altalex.com.

4. La dichiarazione, quando non è fatta personalmente dall'interessato, può essere proposta a mezzo del difensore o di un procuratore speciale. Nell'atto di procura, devono essere indicati, a pena di inammissibilità, i motivi della ricusazione.

Art. 61.

Estensione dei diritti e delle garanzie dell'imputato.

1. I diritti e le garanzie dell'imputato si estendono alla persona sottoposta alle indagini preliminari.
2. Alla stessa persona si estende ogni altra disposizione relativa all'imputato, salvo che sia diversamente stabilito.

Art. 190.

Diritto alla prova.

1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti.
2. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio.
3. I provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio.

Art. 197.

Incompatibilità con l'ufficio di testimone.

1. Non possono essere assunti come testimoni:

[...]

d) coloro che nel medesimo procedimento svolgono o hanno svolto la funzione di giudice, pubblico ministero o loro ausiliario nonché il difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva e coloro che hanno formato la documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni assunte ai sensi dell'articolo 391-ter.

Art. 200.

Segreto professionale.

1. Non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria:

[...]

b) gli avvocati, gli investigatori privati autorizzati, i consulenti tecnici e i notai;

[...].

Art. 327-bis.

Attività investigativa del difensore.

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

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

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

Art. 362

Assunzione di informazioni.

1. Il pubblico ministero assume informazioni dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini. Alle persone già sentite dal difensore o dal suo sostituto non possono essere chieste informazioni sulle domande formulate e sulle risposte date. Si applicano le disposizioni degli articoli 197, 197-bis, 198, 199, 200, 201, 202 e 203.

1-bis. Nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 351, comma 1-ter, il pubblico ministero, quando deve assumere informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile. Allo stesso modo provvede quando deve assumere sommarie informazioni da una persona offesa, anche maggiorenne, in condizione di particolare vulnerabilità. In ogni caso assicura che la persona offesa particolarmente vulnerabile, in occasione della richiesta di sommarie informazioni, non abbia contatti con la persona sottoposta ad indagini e non sia chiamata più volte a rendere sommarie informazioni, salva l'assoluta necessità per le indagini.

1-ter. Quando si procede per i delitti previsti dagli articoli 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 612-bis del codice penale, ovvero dagli articoli 582 e 583-quinquies del codice penale nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, del medesimo codice, il pubblico ministero assume informazioni dalla persona offesa e da chi ha presentato denuncia, querela o istanza, entro il termine di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, salvo che sussistano imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa.

Art. 367.

Memorie e richieste dei difensori.

1. Nel corso delle indagini preliminari, i difensori hanno facoltà di presentare memorie e richieste scritte al pubblico ministero.

Art. 368.

Provvedimenti del giudice sulla richiesta di sequestro.

1. Quando, nel corso delle indagini preliminari, il pubblico ministero ritiene che non si debba disporre il sequestro richiesto dall'interessato, trasmette la richiesta con il suo parere, al giudice per le indagini preliminari.

Art. 391-bis.

Colloquio, ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni da parte del difensore.

1. Salve le incompatibilità previste dall'articolo 197, comma 1, lettere c) e d), per acquisire notizie il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici possono conferire con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa. In questo caso, l'acquisizione delle notizie avviene attraverso un colloquio non documentato.

2. Il difensore o il sostituto possono inoltre chiedere alle persone di cui al comma 1 una dichiarazione scritta ovvero di rendere informazioni da documentare secondo le modalità previste dall'articolo 391-ter.

3. In ogni caso, il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici avvertono le persone indicate nel comma 1:

- a) della propria qualità e dello scopo del colloquio;
- b) se intendono semplicemente conferire ovvero ricevere dichiarazioni o assumere informazioni indicando, in tal caso, le modalità e la forma di documentazione;
- c) dell'obbligo di dichiarare se sono sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato;
- d) della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione;
- e) del divieto di rivelare le domande eventualmente formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date;
- f) delle responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione.

4. Alle persone già sentite dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero non possono essere richieste notizie sulle domande formulate o sulle risposte date.

5. Per conferire, ricevere dichiarazioni o assumere informazioni da una persona sottoposta ad indagini o imputata nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato, è dato avviso, almeno ventiquattro ore prima, al suo difensore la cui presenza è necessaria. Se la persona è priva di difensore, il giudice, su richiesta del difensore che procede alle investigazioni, dispone la nomina di un difensore di ufficio ai sensi dell'articolo 97.

5-bis. Nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 351, comma 1-ter, il difensore, quando assume informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile. ⁽¹⁾

6. Le dichiarazioni ricevute e le informazioni assunte in violazione di una delle disposizioni di cui ai commi precedenti non possono essere utilizzate. La violazione di tali disposizioni costituisce illecito disciplinare ed è comunicata dal giudice che procede all'organo titolare del potere disciplinare.

7. Per conferire, ricevere dichiarazioni o assumere informazioni da persona detenuta, il difensore deve munirsi di specifica autorizzazione del giudice che procede nei confronti della stessa, sentiti il suo difensore ed il pubblico ministero. Prima dell'esercizio dell'azione penale l'autorizzazione è data dal giudice per le indagini preliminari. Durante l'esecuzione della pena provvede il magistrato di sorveglianza.

8. All'assunzione di informazioni non possono assistere la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa e le altre parti private.

9. Il difensore o il sostituto interrompono l'assunzione di informazioni da parte della persona non imputata ovvero della persona non sottoposta ad indagini, qualora essa renda dichiarazioni dalle quali emergano indizi di reità a suo carico. Le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese.

10. Quando la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa abbia esercitato la facoltà di cui alla lettera d) del comma 3, il pubblico ministero, su richiesta del difensore, ne dispone l'audizione che fissa entro sette giorni dalla richiesta medesima. Tale disposizione non si applica nei confronti delle persone sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento e nei confronti delle persone sottoposte ad indagini o imputate in un diverso procedimento nelle ipotesi previste dall'articolo 210. L'audizione si svolge alla presenza del difensore che per primo formula le domande. Anche con riferimento alle informazioni richieste dal difensore si applicano le disposizioni dell'articolo 362.

11. Il difensore, in alternativa all'audizione di cui al comma 10, può chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza o all'esame della persona che abbia esercitato la facoltà di cui alla lettera d) del comma 3, anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 392, comma 1.

Art. 391-ter.

Documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni.

1. La dichiarazione di cui al comma 2 dell'articolo 391-bis, sottoscritta dal dichiarante, è autenticata dal difensore o da un suo sostituto, che redige una relazione nella quale sono riportati:

- a) la data in cui ha ricevuto la dichiarazione;
- b) le proprie generalità e quelle della persona che ha rilasciato la dichiarazione;
- c) l'attestazione di avere rivolto gli avvertimenti previsti dal comma 3 dell'articolo 391-bis;
- d) i fatti sui quali verte la dichiarazione.

2. La dichiarazione è allegata alla relazione.

3. Le informazioni di cui al comma 2 dell'articolo 391-bis sono documentate dal difensore o da un suo sostituto che possono avvalersi per la materiale redazione del verbale di persone di loro fiducia. Si osservano le disposizioni contenute nel titolo III del libro secondo, in quanto applicabili.

Art. 391-quater.**Richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione.**

1. Ai fini delle indagini difensive, il difensore può chiedere i documenti in possesso della pubblica amministrazione e di estrarne copia a sue spese.
2. L'istanza deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o lo detiene stabilmente.
3. In caso di rifiuto da parte della pubblica amministrazione si applicano le disposizioni degli articoli 367 e 368.

Art. 391-quinquies.**Potere di segretezza del pubblico ministero.**

1. Se sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine, il pubblico ministero può, con decreto motivato, vietare alle persone sentite di comunicare i fatti e le circostanze oggetto dell'indagine di cui hanno conoscenza. Il divieto non può avere una durata superiore a due mesi.
2. Il pubblico ministero, nel comunicare il divieto di cui al comma 1 alle persone che hanno rilasciato le dichiarazioni, le avverte delle responsabilità penali conseguenti all'indebita rivelazione delle notizie.

Art. 391-sexies.**Accesso ai luoghi e documentazione.**

1. Quando effettuano un accesso per prendere visione dello stato dei luoghi e delle cose ovvero per procedere alla loro descrizione o per eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi, il difensore, il sostituto e gli ausiliari indicati nell'articolo 391-bis possono redigere un verbale nel quale sono riportati:
 - a) la data ed il luogo dell'accesso;
 - b) le proprie generalità e quelle delle persone intervenute;
 - c) la descrizione dello stato dei luoghi e delle cose;
 - d) l'indicazione degli eventuali rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi eseguiti, che fanno parte integrante dell'atto e sono allegati al medesimo.Il verbale è sottoscritto dalle persone intervenute.

Art. 391-septies.**Accesso ai luoghi privati o non aperti al pubblico.**

1. Se è necessario accedere a luoghi privati o non aperti al pubblico e non vi è il consenso di chi ne ha la disponibilità, l'accesso, su richiesta del difensore, è autorizzato dal giudice, con decreto motivato che ne specifica le concrete modalità.
2. Nel caso di cui al comma 1, la persona presente è avvertita della facoltà di farsi assistere da persona di fiducia, purché questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell'articolo 120.
3. Non è consentito l'accesso ai luoghi di abitazione e loro pertinenze, salvo che sia necessario accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato.

Art. 391-octies.**Fascicolo del difensore.**

1. Nel corso delle indagini preliminari e nell'udienza preliminare, quando il giudice deve adottare una decisione con l'intervento della parte privata, il difensore può presentargli direttamente gli elementi di prova a favore del proprio assistito.
2. Nel corso delle indagini preliminari il difensore che abbia conoscenza di un procedimento penale può presentare gli elementi difensivi di cui al comma 1 direttamente al giudice, perché ne tenga conto anche nel caso in cui debba adottare una decisione per la quale non è previsto l'intervento della parte assistita.
3. La documentazione di cui ai commi 1 e 2, in originale o, se il difensore ne richiede la restituzione, in copia, è inserita nel fascicolo del difensore, che è formato e conservato presso l'ufficio del giudice per le indagini preliminari. Della documentazione il pubblico ministero può prendere visione ed estrarre copia prima che venga adottata una decisione su richiesta delle altre parti o con il loro intervento. Dopo la chiusura delle indagini preliminari il fascicolo del difensore è inserito nel fascicolo di cui all'articolo 433.
4. Il difensore può, in ogni caso, presentare al pubblico ministero gli elementi di prova a favore del proprio assistito.”.

Art. 391-nonies.**Attività investigativa preventiva.**

1. L'attività investigativa prevista dall'articolo 327-bis, con esclusione degli atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria, può essere svolta

anche dal difensore che ha ricevuto apposito mandato per l'eventualità che si instauri un procedimento penale.

2. Il mandato è rilasciato con sottoscrizione autenticata e contiene la nomina del difensore e l'indicazione dei fatti ai quali si riferisce.

Art. 391-decies.

Utilizzazione della documentazione delle investigazioni difensive.

1. Delle dichiarazioni inserite nel fascicolo del difensore le parti possono servirsi a norma degli articoli 500, 512 e 513.

2. Fuori del caso in cui è applicabile l'articolo 234, la documentazione di atti non ripetibili compiuti in occasione dell'accesso ai luoghi, presentata nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare, è inserita nel fascicolo previsto dall'articolo 431.

3. Quando si tratta di accertamenti tecnici non ripetibili, il difensore deve darne avviso, senza ritardo, al pubblico ministero per l'esercizio delle facoltà previste, in quanto compatibili, dall'articolo 360. Negli altri casi di atti non ripetibili di cui al comma 2, il pubblico ministero, personalmente o mediante delega alla polizia giudiziaria, ha facoltà di assistervi.

4. Il verbale degli accertamenti compiuti ai sensi del comma 3 e, quando il pubblico ministero ha esercitato la facoltà di assistervi, la documentazione degli atti compiuti ai sensi del comma 2 sono inseriti nel fascicolo del difensore e nel fascicolo del pubblico ministero. Si applica la disposizione di cui all'articolo 431, comma 1, lettera c).

Art. 570.

Impugnazione del pubblico ministero.

1. Il procuratore della Repubblica presso il tribunale e il procuratore generale presso la corte di appello possono proporre impugnazione, nei casi stabiliti dalla legge, quali che siano state le conclusioni del rappresentante del pubblico ministero. Salvo quanto previsto dall'articolo 593-bis, comma 2, il procuratore generale può proporre impugnazione nonostante l'impugnazione o l'acquiescenza del pubblico ministero presso il giudice che ha emesso il provvedimento.

2. L'impugnazione può essere proposta anche dal rappresentante del pubblico ministero che ha presentato le conclusioni.

3. Il rappresentante del pubblico ministero che ha presentato le conclusioni e che ne fa richiesta nell'atto di appello può partecipare al successivo grado di giudizio quale sostituto del procuratore generale presso la corte di appello. La partecipazione è disposta dal procuratore generale presso la corte di appello qualora lo ritenga opportuno. Gli avvisi spettano in ogni caso al procuratore generale.

ANEXO B – REFERÊNCIA AO PROJETO DE LEI Nº 8.045/2010

EMENTA: Código de Processo Penal

AUTOR: Senado Federal - José Sarney (PMDB-AP)

Consulta em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>

[...] TÍTULO II**DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL****CAPÍTULO I****DISPOSIÇÕES GERAIS**

[...]

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

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

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

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

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

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

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

**ANEXO C – PROVIMENTO Nº 188/2018 DA OAB
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**

CONSELHO PLENO

PROVIMENTO

PROVIMENTO N. 188/2018

Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 54, V, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 – Estatuto da Advocacia e da OAB, e considerando o decidido nos autos da Proposição n. 49.0000.2017.009603-0/COP, RESOLVE:

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.

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.

Art. 3º A investigação defensiva, sem prejuízo de outras finalidades, orienta-se, especialmente, para a produção de prova para emprego em:

I – pedido de instauração ou trancamento de inquérito;

II – rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa;

III – resposta a acusação;

IV – pedido de medidas cautelares;

V – defesa em ação penal pública ou privada;

VI – razões de recurso;

VII – revisão criminal;

VIII – habeas corpus;

IX – proposta de acordo de colaboração premiada;

X – proposta de acordo de leniência;

XI – outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

Parágrafo único. A atividade de investigação defensiva do advogado inclui a realização de diligências investigatórias visando à obtenção de elementos destinados à produção de prova para o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária.

Art. 4º Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição.

Parágrafo único. Na realização da investigação defensiva, o advogado poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo.

Art. 5º Durante a realização da investigação, o advogado deve preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas.

Art. 6º O advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados.

Parágrafo único. Eventual comunicação e publicidade do resultado da investigação exigirão expressa autorização do constituinte.

Art. 7º As atividades descritas neste Provimento são privativas da advocacia, compreendendo-se como ato legítimo de exercício profissional, não podendo receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades.

Art. 8º Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Brasília, 11 de dezembro de 2018.

CLAUDIO LAMACHIA

Presidente

NILSON ANTÔNIO ARAÚJO DOS SANTOS

Relator