

TEMA: A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO GARANTIA DE PARIDADE DE ARMAS ENTRE AS PARTES NO INQUÉRITO POLICIAL.

Filipe Vieira Ribeiro¹
Thamilles de Oliveira França²
Ana Paula Simões de Almeida³

RESUMO

O presente artigo é um estudo sobre a possibilidade da investigação criminal defensiva no inquérito policial, de forma regulamentada e técnica, não sendo permitido que o investigado fique apenas como espectador, podendo este, participar ativamente do inquérito. Tem como objetivo fazer a análise da investigação e observar a possibilidade da implementação do garantismo nesta fase, pois, o modelo investigatório utilizado hoje no Brasil é o inquisitório e, este não dá ao investigado a possibilidade de paridade de armas. Além disso, foi dada uma atenção a forma que este modelo de investigação é abordado no projeto de lei do Senado 156 de 2009, que pretende regulamentar a prática possibilitando a defesa do investigado, a paridade de armas e consequentemente o direito à prova e a efetiva investigação do ato criminoso. Restou constatado que a investigação criminal defensiva é a forma mais justa para o Estado Democrático de Direito, pois, garante a igualdade entre as partes.

PALAVRAS CHAVES- Investigação criminal defensiva. Paridade de armas. Investigação preliminar. Inquérito policial.

ABSTRACT

This present article is a study about a possibility of defensive criminal investigation in the police inquiry, in a regulated and technical way, the investigated person is not allowed to remain only as a spectator, who can actively participate in the investigation. This article have a purpose do the investigation analysis and the possibility of implementing guarantee at this phase, because, the investigative model used today in Brazil is the inquisitorial, and this does not give the investigated the possibility of parity of arms. Furthermore, was given an attention to form with this model of investigation is approached in project law of the senate 156 of 2009, which intends to regulate the practice, enabling the defense of the investigated, the parity of arms and

¹ Discente do Curso de Direito da UniFTC de Vitória da Conquista

² Discente do Curso de Direito da UniFTC de Vitória da Conquista

³ Mestre em Memória: Linguagem e Sociedade. Pós-graduada Lato Sensu em Ciências Criminais pela Unama/ Rede LFG. Possui graduação em Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz - UESC (2001). Professora do Curso de Graduação em Direito da Rede UniFTC, Unidade de Vitória da Conquista e da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público e Privado da FTC / Unidade de Vitória da Conquista. Tem experiência na área da advocacia. Atua na pesquisa e extensão acadêmica.

consequently the right to proof and the effective investigation of the criminal act. It remains to be seen that defensive criminal investigation is the fairest form for the Democratic Rule of Law, because, guarantees equality between the parties.

KEYWORDS- Defensive criminal investigation, parity of arms, preliminary investigation, police investigation.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo examinar a viabilidade do imputado proceder de modo direto a investigação do crime, através do seu defensor, para, com isto, congregar elementos de convicção que lhe sejam favoráveis. Hoje, este tema vem sendo bastante discutido, vez que, caracteriza um avanço para defesa do imputado e na apuração, em regra, pelo Ministério Público, da infração penal.

Com esta perspectiva de uma investigação defensiva, na fase pré-processual, apartada das realizadas por órgãos estatais, torna os princípios da igualdade e ampla defesa viáveis, e, conseqüentemente, garante a paridade de armas entre acusação e defesa, ao viabilizar a aquisição de importantes meios de prova que serão oportunamente aplicados para contrapor dados materiais colhidos pela investigação pública, tendenciosamente acusatória.

De fato, a investigação defensiva perfaz os pressupostos supracitados, em razão de garantir ao imputado, desde o começo da persecução penal, excluir a acusação que lhe foi imputada, logo, impedir a instauração de uma ação penal infundada, que sempre causa danos. Sem mencionar que esta promove uma apuração mais efetiva dos fatos apresentados, e, assim, uma Justiça penal mais eficaz ao expandir a cognição do Juiz, concedendo-lhe dados adicionais aqueles apurados na investigação pública, que forneceram a este maior suporte material para examinar e decidir a situação fática apresentada.

Afinal, conforme Zilli, *in verbis*:

Objetivo do processo penal não é, e nem pode ser, o de atingir a verdade, mas, sim, o de descobrir qual das percepções trazidas é a que se afigura como a mais plausível, levando-se em conta os fatos postos em julgamento. Nesse sentido, o sistema que promove competições e discussões dialéticas entre várias acepções acerca de um fato é, seguramente, o que melhor poderá refletir a realidade. (ZILLI, 2003. p. 50)

Entretanto, a referida investigação não é reconhecida na legislação nacional, que não prenuncia procedimento investigatório para o defensor do imputado, viabilizando lhe apenas requerer diligência dentro do inquérito policial. Cosas que não se confundem, vez que aquela permite ao defensor traçar a direção do trabalho investigatório, com independência em relação

aos entes públicos, colecionando, assim, elementos materiais lícitos favoráveis ao imputado. E, esta tem a condução da investigação determinada pelo à Autoridade Policial.

Segundo Távora e Alencar (2019) “enquanto o contraditório é um princípio protetivo das partes (autor e réu), a ampla defesa - que com o contraditório não se confunde- é garantia com destinatário certo: o acusado.” No entanto, no inquérito policial existe a limitação da fruição deste direito fundamental e após esta constatação percebe-se a importância e a necessidade de que haja um detalhamento do modelo investigatório brasileiro para que possa haver a paridade de armas e a garantia da investigação preliminar feita pelo investigado.

O projeto de Lei nº 156/2009, do novo Código de Processo Penal inova quando regulamenta a investigação preliminar defensiva e demonstra que a necessidade de remediar o desequilíbrio entre as partes é real e constante. Neste sentido, Távora e Alencar (2019), ao tratarem a respeito da paridade de armas afirma que “o sentido e o alcance da paridade de armas representam modo de conferir maior efetividade a sua função tendente a prevenir contra a possibilidade de que o imputado e sua defesa se reduzam a objetos decorativos da persecução penal.”

Este artigo estrutura-se em três capítulos. No primeiro é esclarecido os conceitos, natureza jurídicas da investigação criminal, em seguida é explanado uma visão histórica da investigação e como ela é tratada em diversos sistemas processuais. Adiante será apresentada o princípio da igualdade, da ampla defesa.

No segundo capítulo, a investigação defensiva será abordada diretamente, sendo relatada a criação do Projeto de Lei nº 156/2009, nos artigos 14 e 26 do mesmo, local em que nasce todo o debate e que traz as definições estruturais da investigação defensiva ainda no inquérito policial. Também, neste capítulo, foi discutida a necessidade de implementação das paridades de armas em um estado democrático, bem como, as consequências da investigação criminal defensiva e os reflexos no sistema processual penal.

Já no terceiro capítulo, é explanado a respeito da materialização da investigação defensiva em relação ao garantismo e a eficiência, em busca de demonstrar as expectativas de como funcionará o procedimento investigatório que tenha a participação do defensor. Além disso, é tratado a forma que se deverá conduzir a execução da investigação defensiva bem como o resultado positivo ou negativo da investigação defensiva.

Todo este contexto, dá-se através de uma pesquisa dedutiva qualitativa, baseada em referenciais bibliográficas que permitiram alcançar a compreensão da investigação criminal no Brasil, bem como, analisar o atual modelo de investigação criminal brasileiro no que tange os

princípios constitucionais, artigos que fundamentam a investigação criminal defensiva, ou mesmo, as modificações propostas pelo projeto de Lei 156/2009 e os reflexos constitucionais.

2 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

2.1 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E ASPECTOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.

A *persecution criminis* (persecução do crime), no direito brasileiro para Marques (1997) é dividida em duas fases a investigação criminal e o processo penal.

A ação penal é precedida de uma fase preparatória, que tem por finalidade a apuração de indícios de materialidade e autoria de um crime. Dentre diversas formas de investigação, será evidenciada apenas aquela empreendida, em regra, pela polícia judiciária.

É da alçada do Delegado de Polícia presidir a investigação preliminar, conforme preceitua o artigo 4º, do Código de Processo Penal Brasileiro e ao final dela apresentar relatório dos fatos apurados.

Para Silva (1988), a expressão investigação, provém do latim *investigatio e investigare*, representa uma averiguação ordenada por meio de indagação, apuração ou inquirição. Compreende-se por investigação na percepção gramatical, a pesquisa de vestígios e indícios relativos a certos fatos para esclarecer ou descobrir alguma coisa.

Para o Direito, a investigação é um procedimento, produzido através do agrupamento de ações conjuntas que tem como objetivo desvendar um ato enigmático, na ocasião em que o ato enigmático tem como objeto a elucidação de uma prática delituosa.

Conforme Pereira (2010) investigação criminal é “um conjunto de atividades probatórias que exigem não só a investigação, mas também a discussão dos elementos de prova em um processo que não pode ser cindido do poder que o legitima, a favor de uma verdade justificada apenas formalmente pelo procedimento”. Sendo necessária, a esta, a constituição da justa causa, haja vista que sua principal atividade é apurar fatos para um pedido de arquivamento ou a propositura da pretensão punitiva em juízo.

Para parte majoritária da doutrina, o caráter meramente informativo constitui regra da fase pré-processual da persecução criminal, o leva a compreensão de que esta apresenta ausência efetiva do direito de defesa.

Entretanto, alguns doutrinadores como Joaquim Canuto de Almeida defendem a presença de atos instrutórios (repetíveis e irrepetíveis), instrução preliminar, atos carregados de função preservadora e preparatória, detendo neles um caráter acusatório, haja vista que servem

para respaldo para decisão judicial ou medidas cautelares patrimoniais e pessoais. Sendo assim, existe o carecimento de se designar um patrono para exercer o direito de defesa ao imputado.

Na mesma linha de pensamento Saad afirma que:

[...] os elementos constantes da investigação preliminar não teriam finalidade apenas informativa, mas também amparariam o convencimento a respeito da viabilidade da ação penal, ou sobre as condições necessárias para a decretação de qualquer provimento cautelar no curso da fase investigatória. (SAAD, 2004. p.)

Diante disso, conceitua a investigação criminal como mecanismo exordial e preparatório da ação penal, constituído de atos concatenados, que suportam serem executados pelo autor, vítima, Estado e todos os interessados no procedimento penal.

De acordo a Carnelutti (2001), a investigação não tem somente a finalidade de corroborar a infração penal, possui, também, o propósito de ratificar a acusação comprovando a razoabilidade da responsabilidade do agente e afastando-se das ações penais desnecessárias.

Para Lopes Junior (2005) a investigação criminal detém natureza administrativa e complexa, sendo constituído por atos administrativos, judiciais e jurisdicionais. Desta forma, a sua natureza jurídica subordina-se aos atos predominantes.

Em análise a Machado (2010) a investigação preliminar sempre será de natureza pré-processual, em virtude de ser prévio a ação penal, com a intenção de evitar possíveis ação infundadas ou com desígnio de fundamentar a instituição de tal procedimento.

Em relação a natureza pré-processual, Scarance Fernandes (2005) afirma que “antes da fase processual, pode ser necessário o transcurso de fase prévia destinada à investigação, que não faz parte do processo, mas o prepara”.

O inquérito policial é inquisitivo, essa característica decorre do fato de ser pré processual, na ação penal temos o detentor da ação (Ministério Público ou vítima), juiz e acusado de acordo ao demonstrado por Lopes Junior (2008). No inquérito não existe incriminação, sendo assim não há de se falar em autor nem acusado. A figura do juiz existe, porém não preside o inquérito, quem faz este papel é o delegado da polícia administrativa.

Conforme entendimento do pensamento de Scarance Fernandes (2005) em teoria geral do procedimento a investigação é a sequência de atos concatenados feitos de forma administrativa ou judicial, de acordo a entidade competente para a realização de tais atos, com característica pré processual, uma vez que ocorre anterior a ação penal, em virtude de congregar fatos para convicção de possível fato delituoso.

A investigação prévia possui dois aspectos fundamentais: a autonomia e a instrumentalidade. Em relação ao aspecto instrumental que se traduz em elucidar os fatos

apresentados na *notitia criminis*, propiciando elementos que possam permitir o prosseguimento ou o arquivamento da persecução penal.

Para Machado (2009) no aspecto instrumental duas finalidades se destacam, a preparatória e a preservadora. Preparatória por reunir e proteger a produção de provas que eventualmente podem desaparecer pelo desgaste do tempo. Preservadora, já que refreia a abertura de um processo penal infundado, em virtude disso preserva a imagem do inocente e abstém-se de custos dispensáveis para o Estado.

Já, no que diz respeito a autonomia deve-se compreender que a investigação criminal preliminar tem a finalidade de assistir ao processo, este não depende daquele. A casos que a querela é impertinente e a investigação é condicionado sem a iniciativa do processo judicial.

Em contrapartida, pode haver ação judicial sem a investigação prévia, em casos da entidade responsável pela acusação tenha informações suficientes e que comprovem a autoria e materialidade delitiva do fato delituoso, sendo denominado de acusação formal.

2.2 HISTÓRICO E VINCULAÇÕES COM OS DIVERSOS SISTEMAS PROCESSUAIS.

No decorrer da história, a investigação sucedeu por diversos meios, imputando a sujeitos diferentes o poder e o dever para o desvendar o fato tido como crime e imputado a um sujeito; porém, a todo momento a finalidade de comprovar e colher dados que justifiquem a autoria e materialidade de um evento delitivo, teve suas características diversificadas a depender do sistema processual atuante (inquisitório, acusatório ou misto), conforme observa-se na obra o direito processual penal e suas conformidades constitucionais escrito por Lopes Junior (2008).

Temos como pioneiro o sistema acusatório, nascido na Antiguidade Clássica, em virtude da sua natureza hegemonicamente privada de acusação. Ostentou-se até meados do século XII, na Europa Continental e caracteriza-se pelo fato de ocorrer a separação dos poderes entre sujeitos processuais distintos de acordo ao lecionado por Moraes (1986).

Seguindo o pensamento de Machado (2009) neste sistema, a investigação criminal é iniciada por uma entidade distinta do julgador, garantindo assim a imparcialidade do juiz, bem como a independência dos sujeitos processuais, a igualdade, o contraditório, a ampla defesa e a publicidade.

Em consonância ainda a Machado (2009) pela separação das funções de acusar, defender e julgar a entidades diferentes, possuem 3 (três) repercussões: os elementos colhidos

de forma probatória na investigação servem somente para a formação do juízo de valor do acusador, impossibilitando sua entrada no processo e muito menos ser valorado como somente prova; a inércia do juiz, já que ele somente pode agir se for provocado por um órgão divergente do juiz; e, a garantir na ação penal o contraditório. A Investigação durante o sistema acusatório ocorria pelas partes ou era conduzida por uma entidade diversa do julgador, de acordo aos poderes anteriores fixados em lei. A autoridade Judiciária somente verificava posteriormente a legalidade do ato prévio.

O sistema inquisitório, por sua vez, ocorreu no período da Roma imperial, indo até a idade medida período das inquisições, manifestou-se nos países da Europa continental até o século XVIII. Neste, segundo Saad (2004) o Juiz passa a ser o principal participante da persecução penal, definindo nele todos as funções da ação penal, cabendo a ele instaurar de ofício a ação penal, recolher as provas e sentenciar.

Utilizando-se do pensamento de Calabrich (2007) a fase pré processual era secreta e realizada pelo próprio juiz, que deveria ouvir as testemunhas, interrogar o acusado de maneira a conseguir a sua confissão, sendo possível a prática de torturas. Contrário ao sistema acusatório, o imputado é visto apenas como um objeto de investigação. Mesmo durante a ação penal o direito de defesa do imputado é falho, pois nessa fase se busca, somente a confirmação dos elementos descobertos na instrução prévia.

Por fim, tem-se o sistema misto, fundamentado no Código de Instrução Criminal Napoleônico de 1808 e embasados pelos ideais iluministas. Este modelo difundiu pelos países da Europa e latino-americanos, como o Brasil, dividindo-se da seguinte forma: acusatório na etapa processual e inquisitório na fase de investigação.

Segundo Tucci:

[...] alastrando-se pela Europa e, por igual, pelos países americanos de origem latina, esse novo tipo procedimental, denominado misto, foi também, obviamente, implantando no Brasil, em que a persecution criminis se desenvolve em duas fases, a saber: a) a primeira, realizada, quase toda, inquisitorialmente por agente estatal encarregado da investigação criminal, em regra pertencente à polícia judiciária, para a constatação da prática delitiva ou contravencional e da respectiva autoria; e b) a segunda, denominada de ação penal, dirigida por órgão do Poder Judiciário, e com a presença dos órgãos do Poder Judiciário, e com a presença dos órgãos técnicos da acusação e da defesa, postos em contradição recíproca, num procedimento público e, ainda que parcialmente, informado pela oralidade. (TUCCI, 1980. p.79)

Ocorre que, para alguns juristas, como Lopes Junior(2005) somente a separação das funções processuais não são suficientes para definir o sistema como acusatório ou inquisitório, sendo que o critério diferenciador destes sistemas seria a gestão das provas, se ocorresse pelas

partes – seria o sistema acusatório, em que o juiz atua como mero espectador; caso contrário seria inquisitório.

2.3 A IGUALDADE E A AMPLA DEFESA

2.3.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, trata a igualdade como um direito fundamental do cidadão, não devendo esta portanto ser apenas meramente formal.

Conforme Roberto (2011) deve ser tratado com conceitos diferente a igualdade e paridade de armas, “a fim de evitar que o investigado ou acusado seja tratado como convidado de prata”.

Desta forma, a paridade de armas, que constitui igualdade na persecução penal, seria atribuir ao investigado uma atuação que lhe garantisse reais instrumentos investigativos, quais sejam pedidos de interceptação telefônicas, entre outros.

Diante disto, a igualdade prevista em lei deve ser garantida pelos aplicadores da norma jurídica. Sendo então, por lógica, garantidor do tratamento paritário, tornando as providências cautelares, exequíveis em toda a persecução penal.

2.3.2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

A ampla defesa consiste em um direito que não se confunde com o contraditório, pois este é um princípio que protege ambas as partes, no entanto a ampla defesa é a garantia destinada ao acusado.

Contudo, Távora e Alencar (2019), defendem que a ampla defesa não se confunde com a “plenitude de defesa”, pois entendem que o exercício da ampla defesa está distrito aos argumentos Jurídicos que tem o intuito de rebater as acusações.

Diante do exposto, a presença efetiva destas garantias se faz fundamentais dentro de um inquérito policial, pois, a sua aplicação reverbera diretamente na liberdade do agente, devendo estar presentes a todo momento. Além disso, é possível afirmar que a ausência de observação desses princípios leva a questionamento relacionados a efetivação de direitos fundamentais básicos.

3 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Conforme análise de Machado (2010) a investigação defensiva trata-se da necessidade que surge em possibilitar a investigação preliminar em defesa do imputado, de forma concreta e técnica, o que vai na contramão do atual modelo que se encontra hoje previsto na legislação brasileira.

Este instituto ainda não se encontra previsto na legislação pátria, que regulamenta apenas, um procedimento investigatório presidido pela Polícia Judiciária. Mas, sua inclusão legislativa apresenta-se marcante nas discussões doutrinárias, uma vez que se trata de uma forma de equilibrar a realidade processual frente ao movimento de concessão de poderes investigatórios ao Ministério Público. De acordo Fernandes:

A prática evidenciou que o Ministério Público, quando encarregado de dirigir ou supervisionar a investigação, foca sua atenção na obtenção de elementos que possam sustentar a sua futura acusação o que acaba prejudicando a pessoa suspeita, tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para a sua defesa e demonstração de sua inocência. Decorre, daí, a preocupação em abrir para o investigado a possibilidade de investigação privada, como já sucede nos Estados Unidos. Trata-se de assunto que, com o avanço do Ministério Público para a investigação também entre nós, provavelmente, passará a ser objeto de maior atenção (FERNANDES, 2002 p.13).

Pois, assim, Ministério Público, quanto incumbido da instrução preliminar, atua parcialmente, com o propósito de demonstrar a tese acusatória, negligenciando dos fatos favoráveis ao imputado.

Tendo em vista o Código de Processo Penal (CPP) ser de 1941, com o decorrer do tempo este se tornou ultrapassado, com isto passou a não alcançar as expectativas para um processo penal democrático, garantista e atual. No entanto, desde 2009, tramita no Senado o projeto de lei 156 de 2009, de autoria de José Sarney, que tem como objetivo reformular o CPP atual.

Neste projeto, a investigação defensiva ocorre de forma absolutamente desvinculada e independente da investigação pública, pois está de competência do defensor ocorre sem subordinação a autoridades públicas. Obedecendo critérios constitucionais e legais, e tem por finalidade. Ou seja, na investigação desenvolvida por órgãos públicos o defensor não passa de mero coadjuvante, já na defensiva, é protagonista, tornando a defesa mais ampla e efetiva.

Neste contexto, Oliveira (2004) lista os benefícios da investigação defensiva, como: maior profundidade na investigação das circunstâncias favoráveis ao imputado; descondicionamento das investigações, normalmente dirigidas no sentido acusatório; intervenção direta na fixação preliminar do objeto do processo e maior antecipação das questões fáticas e jurídicas convenientes à defesa.

Trata-se a investigação defensiva de uma espécie de investigação privada, onde defensor possui poderes coercitivos na prática das atividades investigatórias o que faz com que este diante de empecilhos recorra ao Juiz (LOPES JR., 2015).

O artigo 13, do projeto de Lei supracitado não regulamenta a quem é direcionado o poder de instaurar a investigação preliminar da defesa, pois, mesmo que ainda não exista a ação

penal e sim apenas as investigações, a pessoa que estiver sendo investigada poderá se julgar competente para instaurar tal investigação. Além, da inconsistência acima citada Barbara, é a falta de direcionamento da finalidade que se deve ter a investigação defensiva.

Em síntese, o Projeto de Lei nº156/2009 tem apenas um artigo que discorre sobre a investigação realizada pela defesa, se comparado com tamanha importância que este ato trará ao processo, ainda é pouco, no entanto apesar dos poucos detalhes, a discussão tem se alongado entre os juristas, promovendo debates enriquecedores.

3.1 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E A NECESSIDADE DE PARIDADE DE ARMAS EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO.

O modelo de investigação que está o Projeto de Lei, traz a possibilidade da aplicação da ampla defesa na fase pré-processual, de modo que este poderá confrontar a investigação feita pela polícia judiciária, juntar documentação e trazer mais eficiência ao ato visando elucidar os fatos.

No entanto, o artigo 14, do CPP penal vigente diz que tanto o ofendido, seu advogado ou até mesmo o indiciado podem fazer requerimentos, porém, no modelo de investigação defensiva proposta até a data desta pesquisa, não se igualaria a esse modelo, de modo o defensor vai sempre se limitar aos seus interesses bem como principalmente aos direitos fundamentais.

Além disso, é possível analisar a investigação criminal defensiva a partir da interpretação de Távora (2019), que defende que esta poderá ser controlada pelo judiciário, a fim de evitar os excessos, como explana à seguir:

[...] Embora carente de regulamentação no âmbito do processo penal, não há óbice à condução paralela de investigação pela defesa do indiciado (investigação criminal defensiva), desde que não ofenda direitos individuais fundamentais, como a intimidade, a honra e a vida privada. (TÁVORA, 2019. p.135)

Portanto, apenas os requerimentos que restarem demonstrados completamente infundados ou protelatórios, poderão ser indeferidos, o que hoje em dia, com o advento do artigo 14 acima citado não obriga a autoridade policial acatar tal pedido, podendo a defesa do indiciado ser prejudicada.

Na contramão do que hoje está vigendo, o artigo 26 do Projeto de lei 156/2009 apresenta redação diferente prevendo as diligências e os requerimentos. Qual seja:

Art. 26. A vítima, ou seu representante legal, e o investigado poderão requerer ao delegado de polícia a realização de qualquer diligência, que será efetuada, quando reconhecida a sua necessidade. § 1º Se indeferido o requerimento de que trata o caput deste artigo, o interessado poderá representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público. (grifo nosso)

Neste caso, o parágrafo 1º do referido artigo tem como o objetivo findar a possibilidade de haver discricionariedade pelo agente policial, impossibilitando ou diminuindo a incidência de abusos por parte da autoridade policial.

Além disso, a paridade de armas torna-se um meio em que as partes estão apresentando os pontos que lhes cabem, de forma que poderá o órgão julgador, posteriormente decidir melhor. Ainda seguindo essa linha de raciocínio, TÁVORA (2019, p.135), afirma,

O Projeto do Código de Processo Penal (projeto nº 156/2009), a propósito, prevê disciplina específica para a investigação criminal defensiva conduzida pelo investigado, assistido por seu advogado, por defensor público ou por outros mandatários com poderes expressos. O artigo 13, do projeto, dispõe que será facultado ao investigado tomar iniciativa de investigar, identificando fontes de prova em favor de sua defesa, inclusive entrevistando pessoas. Trata-se de enunciado que objetiva instruir, expressamente, permissão legal para investigar, muito embora o sistema já admita tal possibilidade implicitamente, eis que não há incompatibilidade, nem, muito menos, proibição explícita. A investigação defensiva, no entanto, poderá ser controlada pelo judiciário, mormente se houver excesso.

Contudo, Santos (2016) coloca a paridade de armas com elemento fundamental num Estado Democrático de Direitos, que venha possibilitar que o sujeito do processo atue ativamente na concretização de sua defesa, sendo assim, preservada as garantias penais e processuais do cidadão e inevitavelmente, uma decisão jurídica legítima.

3.2 A EXECUÇÃO E CONSEQUÊNCIAS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E A NECESSIDADE NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL.

De acordo a Machado, os principais requisitos da investigação defensiva são:

[...] prática de atos de investigação (e não de prova); II) pelo defensor do imputado, com ou sem o apoio de auxiliares técnicos; III) em qualquer momento da persecução penal; IV) fora dos autos da investigação pública e como contraponto a esta; V) com o objetivo de reunir elementos de convicção lícitos e relevantes para a defesa do imputado. (MACHADO, 2010, p.48)

Em conformidade a Oliveira são benefícios que decorrem da investigação:

maior profundidade na investigação das circunstâncias favoráveis ao imputado; descondicionamento das investigações, normalmente dirigidas no sentido acusatório; intervenção direta na fixação preliminar do objeto do processo e maior antecipação das questões fáticas e jurídicas convenientes à defesa. (OLIVEIRA, 2004. p.21)

O modelo processual penal acusatório deve ser baseado nos direitos fundamentais da defesa e de igualdade, devendo estar presente em todo o rito persecutório, inclusive na fase preliminar, sendo assim a investigação defensiva goza dos direitos expostos, e através dela garantir a efetiva aplicação, faz necessário assegurar que garantia e direito são institutos diferentes, enquanto a natureza tem assecuratória, o direito possui natureza declaratória.

Conforme Barbosa;

[...] uma coisa são os direitos, outra as garantias, pois devemos separar, ‘no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito. (BARBOSA, 1978. p. 121)

De acordo a essa ótica, vislumbra-se que a investigação defensiva é a garantia fundamental do acusado, frente a um processo de partes, uma vez que tal medida se torna instrumento para garantia dos direitos constitucionais de igualdade e de defesa.

Realmente, em conformidade ao princípio da isonomia, deve-se ter paridade de armas entre as partes, possuindo os mesmos ônus, deveres e direitos, em todas as instâncias do procedimento.

É ainda maior a necessidade de uma investigação defensiva nos casos em que está a frente o Ministério Público, por se tratar de um sujeito parcial e que conduz a investigação com o viés acusatório, sem se quer pensar nos interesses do acusado.

Ademais, não adianta garantir ao acusado o direito de produção de prova judicial, sem se quer lhe dar a possibilidade de previamente realizar a busca de provas, decorrentes da atividade investigativa, além de que este procedimento faculta ao acusado participar ativamente do seu direito de defesa, desde a fase que configura a justa causa, reunindo dados que são importantes a comprovar a veracidade de seus argumentos e até mesmo evitar a instauração de uma ação penal.

Sendo assim, se o ordenamento jurídico prevê um procedimento investigativo público, com intenção exclusivamente acusatória, é necessário e admissível que permita a investigação por parte da defesa.

4 A MATERIALIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA EM RELAÇÃO AO GARANTISMO E EFICIÊNCIA.

Diante dos conceitos já expostos, faz necessário analisar um esboço de como funcionará o procedimento investigatório e como a participação do defensor atenderá aos pressupostos deste trabalho de paridade de armas as partes da persecução criminal.

Em face de eficiência, entende-se de acordo a Scarance:

Por eficiência entende-se a capacidade de uma ação de produzir determinado efeito, sendo medida pela maior ou menor qualidade do meio para alcançar o resultado. A eficácia diz respeito à qualidade do resultado em si, ou seja, leva em consideração o tipo de resultado atingido. Por seu turno, a efetividade também se refere aos efeitos alcançados, relacionando-os a certos objetivos almejados. (SCARANCE, 2008, p. 21)

E também trazendo tal conceito para o processo penal onde o mesmo Scarance (2008) diz que “que eficiência é a capacidade de um ato processual ou de investigação de gerar o efeito que dele se espera; enquanto eficaz é o ato que produz o efeito esperado e, por fim, a análise da efetividade implica verificação do resultado positivo do ato realizado”.

O garantismo por sua vez, conectado ao ideal de um devido processo legal, que no caso da investigação defensiva está interligado a garantia das partes, em especial ao acusado e como garantidor do probó processo. Ferrajoli (2002), “estabelece um modelo garantista, que possui 10 (dez) princípios norteadores, que são circunstâncias imprescindíveis para aplicação da pena e responsabilidade penal, sendo elas: a) princípio da materialidade da ação; b) princípio da retributividade da pena em relação ao delito; c) princípio da legalidade; d) princípio da necessidade ou da economia do direito; e) princípio da lesividade do evento; f) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; g) princípio da jurisdicionariedade; h) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; i) princípio do ônus da prova; j) princípio do contraditório e da ampla defesa”.

De acordo a este modelo, apenas o sistema penal que possui esses dez princípios seria um processo penal garantidor, “um modelo limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfazível” Ferrajoli (2002).

Em resumo, este binômio significa a necessidade de balanceamento entre os direitos fundamentais à segurança e à liberdade.

De acordo ao demonstrado, a investigação defensiva está em harmonia com a ideia de garantismo e eficiência. Primeiramente, porque ela dar condições iguais ao imputado com a acusação, permitindo que o defensor recolha elementos de provas de descargo. Em segundo, porque ela aumenta o campo intelectual do juiz, que, ao elucidar a viabilidade da persecução penal, poderá defrontar os dados recebidos da investigação pública e defensiva. Sem mencionar que corrobora com as garantias fundamentais do imputado e diminui os riscos de ações infundadas, tornando assim o sistema penal mais eficiente.

Oliveira, cita alguns objetivos da investigação defensiva:

[...](i) comprovação do álibi ou de outras razões demonstrativas da inocência do imputado;(ii) desresponsabilização do imputado em virtude da ação de terceiros;(iii) exploração de fatos que revelam a ocorrência de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade;(iv) eliminação de possíveis erros de raciocínio a que possam induzir determinados fatos;(v) revelação da vulnerabilidade técnica ou material de determinadas diligências realizadas na investigação pública;(vi) exame do local e a reconstituição do crime para demonstrar a impropriedade das teses acusatórias;(vii)

identificação e localização de possíveis peritos e testemunhas.[...] (OLIVEIRA, 2004. p.58)

Em análise ao intuito da investigação defensiva, é notório que a sua eficácia está ao tempo. Quanto antes iniciar a sua atividade investigatória, grande é a sua probabilidade de possuir os elementos necessários para a argumentação da defesa.

Nos dias atuais a atuação da defesa, inicia-se logo após ao imputado ter ciência do procedimento criminal voltado para si, e tal atividade depende de nomeação da nomeação do advogado ou defensor pelo acusado, geralmente o ato de ciência somente é dado após a ação penal.

Para que seja instaurada a investigação criminal defensiva no Brasil o acusado deverá ter ciência do procedimento criminal com maior anterioridade possível, para que possa ser providenciado um defensor seja ele particular ou público.

Ótimo seria se o acusado soubesse da instauração da investigação quando ela seja instaurada, salvaguardando as hipóteses de sigilos.

No decorrer da investigação defensiva, o patrono deverá possuir poderes de investigação iguais aos dos órgãos públicos, em virtude dos princípios da ampla defesa e da paridade de armas, ainda deverá refletir sobre a investigação os limites iguais o da investigação pública sobretudo no tangente à necessidade de prévia autorização judicial para adotar medidas que ferem os direitos e garantias constitucionais. Tais atos ainda sofreram restrições pois ao patrono não é designado o poder de polícia, por tal motivo, somente poderá atuar o defensor com o consentimento do titular do direito.

Além do mais, deverá ser consentido ao defensor, analisar documentos e deles retirar cópias, por intermédio de pedidos particulares ou à órgãos públicos, assim como adentrar-se a locais privados ou públicos, que neste caso devera preceder de autorização judícia previa.

Não sendo detentor de conhecimento técnico para realizar um ato investigativo, poderá nomear assistente técnico para a realização de perícias e criação de laudos.

Fernandes, em teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal, corrobora ao afirmar:

"não há, no direito processual penal brasileiro, regra a respeito da investigação pela defesa. Nada impede a sua realização, mas, além de o investigado não poder contar com a colaboração da polícia, eventuais elementos obtidos pela defesa são vistos com muita desconfiança pelos promotores e juízes e, em regra, pouco considerados" (FERNANDES, 2005. p.99)

Chama, assim, atenção a um dos relevantes conflitos presentes na investigação defensiva, a dessemelhança dos valores probatórios das circunstâncias colhidas pelo defensor e pelo órgão público. Milenar tradição inquisitorial das investigações, presume-se a credibilidade aos materiais colhidos pelos órgãos públicos, enquanto aos recolhidos pela defesa estes que são vistos com restrição.

Garantindo-se um grau de confiabilidade da investigação defensiva perante a investigação pública, deverá o legislador regular de forma normativa os atos investigatórios, destinando ao defensor do acusado, no mínimo, aqueles requisitos que são destinados aos órgãos públicos.

Diante do exposto, para que seja eliminada a carga preconceituosa que carrega a investigação defensiva e para atribui-lhe o mesmo peso da investigação realizada pelos órgãos públicos deve haver uma revisão legal do meio pelo qual se deve dar a investigação baseando-se pela constituição, demonstrando a forma de execução e dando sanções ao seu exercício abusivo ou de forma irregular.

Em virtude do perfil modificado em que se encontra o inquérito policial, o ordenamento jurídico pátrio deve regulamentar e institui a investigação prévia realizada pelo defensor, sendo facultado ao defensor o seu exercício, com base nos parâmetros definidos, para que seja reunidos dados úteis à sua tese defensiva.

A instituição do instituto da investigação defensiva, assegura-se no processo penal a indispensável paridade de armas entre as partes. Existe quem compreende que a investigação defensiva, embora seja aceitável no teórico, seria algo que não surtiria efeitos na prática no Brasil, uma vez que o país tem uma precária situação econômica da maioria dos acusados, que não possuem condições de custear o defensor particular. Ocorre que, em caso em que a situação econômica do imputado não permita custear o defensor particular o Estado deverá suprir a escassez dos recursos do imputado.

O direito de defesa, é um direito constitucional que detém o acusado, sendo assim se o imputador não suportar as despesas de um patrono, é dever do Estado promover a assistência integral e gratuita em consonância ao Artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, bem como o artigo 8º da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.

Diante disso, a hipossuficiência do acusado não impede a investigação defensiva, que deverá ser realizada por intermédio do defensor público, em caso de necessidade de defesa do imputado que não puder patrocinar advogado particular.

Evidencia-se, afinal que, no ano de 2008, ocorreu alteração no procedimento comum ordinário, por intermédio da Lei nº 11.719/08, que estabeleceu a chamada fase intermediária entre a persecução previa e a ação penal, onde o acusado pode mostrar a insustentabilidade da acusação.

De acordo a Zilli (2008), a importância da fase preliminar ao acusado, pois, é

o momento processual oportuno para que o acusado - que, invariavelmente não tomou parte na construção dos elementos informativos - traga todos os elementos que repute aptos a impedir o recebimento da acusação. O objetivo, portanto, é o de evitar que acusações desprovidas de sustentabilidade, ou mesmo desde logo manifestamente infundadas, tenham prosseguimento, prolongando o drama individual, além de onerarem, desnecessariamente, o Estado. (ZILLI, 2008 p.06)

Em seguida ao exame da resposta do acusado, o juiz poderá receber a peça acusatória, destinando-se a instauração da persecução criminal e o desenvolvimento dos procedimentos que compõem a ação penal com fulcro nos artigos 399 e seguintes do Código de Processo Penal, ou sumariamente determinar sua absorção, se estiver presente no caso alguma das hipóteses previstas no 397 do CPP.

Devido a institucionalização da nova fase processual, torna-se imprescindível a previsão legal do instituto da investigação prévia pela defesa no ordenamento jurídico brasileiro. Simplesmente pelo fato de que somente por intermédio da atividade investigativa, o patrono da causa conseguirá reunir os elementos necessário para embasamento de sua resposta preliminar, além do mais garantirá ao acusado a paridade de armas juntamente com o Ministério Público na investigação preliminar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O principal modelo de investigação utilizado no Brasil é o inquérito policial, que é imparcial por natureza. Aqui a produção de provas não possui contraditório ou ampla defesa e é exatamente por esse motivo que as provas produzidas nessa fase não podem ser a única fonte para a prolação de uma sentença, sem que haja outra que a corrobore.

O Projeto de Lei nº 156/2009, discorre sobre a investigação criminal, no artigo 13, prevê os sujeitos desta e não se limitam apenas na polícia Judiciária, no entanto, poderá de forma regulamentada o indiciado também iniciar a investigação defensiva.

É verdade que apenas um artigo para regulamentar a investigação defensiva ainda é incompleto, no entanto, o fato de haver o debate, no tocante a quem deve instaurar a investigação criminal defensiva, sobre a sua finalidade ou mesmo de que forma o investigado

que estiver produzindo sua investigação paralela poderá contribuir no inquérito policial, sendo observadas as limitações e os direitos fundamentais, é um grande avanço no direito brasileiro.

Compreender a investigação criminal no Brasil e a forma que o Projeto de Lei trata só é possível após analisar o modelo de investigação criminal, seus princípios constitucionais nas diferentes fases processuais bem como os impedimentos existentes para tal, o objetivo é definir a investigação criminal defensiva, de forma conceitual em que possibilite compreender as modificações que serão geradas com o novo projeto bem como os possíveis reflexos para a persecução penal.

Além disso, a investigação preliminar defensiva possibilita que o indiciado tenha a oportunidade de traçar estratégias de defesa investigativa, de forma que não estará à mercê da discricionariedade da autoridade policial, desde que este observe a legalidade e a constitucionalidade da produção de provas. Possibilita ainda que sejam recolhidos pela defesa do investigado elementos de provas que no processo penal possa esclarecer ao magistrado, uma vez que este poderá analisar elementos probatórios da investigação defensiva e daquela que foi feita pela acusação.

Sendo assim, um Estado Democrático de Direito, não deve, jamais, permitir que a ação penal tenha elementos de dificultem a ampla defesa do indiciado e possivelmente acusado, pois, na contramão do que hoje ainda é aplicado, a investigação preliminar defensiva, possibilita que a tese de acusação seja desde o seu nascimento refutada, possibilitando que haja uma justiça mais célere, pois os números de processos judiciais instaurados de maneira desnecessária seria cada vez menor.

Dessa forma, a paridade de armas coloca em grau de igualdade a acusação e a defesa, pois, a finalidade é fazer com que as partes possuam os mesmos direitos, encargos e responsabilizações.

6. REFERÊNCIAS:

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: revista dos tribunais, 1973
- ALMEIDA, José Raul Gavião de e MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BARBOSA, Ruy e Hildon Rocha: **República, Teoria E Prática: Textos Doutrinários Sobre Direitos Humanos E Políticos Consagrados Na Primeira Constituição Republicana**. Petrópolis, Brasil: Editora Vozes, 1978. Print.
- BRASIL, **PL do Senado nº 156, de 2009**, Redação final do Projeto de Lei do Senado. Sala de Reuniões da Comissão, em 7 de dezembro de 2010.
- CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bosh, 1950, vol. II.
- FERNANDES, Antônio Scarance. “**Rumos da investigação no direito brasileiro**” in *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, Ano V, n.º 21, jul./set. 2002.
- FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.
- LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, vol. I.
- LOPES Jr., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LOPES Jr., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- LOPES Jr., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. Orientador: Antonio Scarance Fernandes. 2009. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 18. Malheiros, 1997. Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950, vol. II.
- OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A Defesa e a Investigação do Crime**. Coimbra: Almedina, 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- PEREIRA, Eliomar da Silva. **A investigação criminal na reforma do processo penal: a divisão intraprocessual de funções como condição de possibilidade da devida investigação.** Boletim IBCCRIM, n. 312, 2018. Revista dos Tribunais, 2002.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal - uma introdução jurídico-científica.** Coimbra: Almedina, 2010.
- ROBERTO, Welton, **Paridade de armas no processo penal.** Belo Horizonte: Fórum 2011 p.88
- SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SANTOS, Bárbara Pedroso dos. **Investigação criminal defensiva.** 2016.
- SCARANCE FERNANDES, Antônio. **"Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no Processo Penal"** in Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo.
- SCARANCE FERNANDES, Antônio. **Processo Penal Constitucional.** 3ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SCARANCE FERNANDES, Antônio. **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 15ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 14ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1997.
- TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual Penal**/Nestor Távora, Rosimar Rodrigues Alencar – 14.ed.rev. e atual.- Salvador: Ed JusPodivim, 2019.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução penal, prisão e liberdade.** São Paulo: Saraiva, 1980.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **"Hamlet entre nós"** in Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.º192, novembro/2008.