

# REVISTA FACINE 360°

## OS REFLEXOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DEVIDO PROCESSO LEGAL DO SÉCULO XXI

### THE REFLECTIONS OF DEFENSIVE CRIMINAL INVESTIGATION IN THE DUE LEGAL PROCESS OF THE 21ST CENTURY

*Esp. Fábio Fontenelle Carvalho Lima* <sup>[1]</sup>  
*Graduanda Laryssa de Fátima Costa Soares* <sup>[2]</sup>

Recebido em: 25/10/2021 | Aprovado em: 05/11/2021 | Revisado em: 20/02/2022

#### Resumo

O presente estudo aborda os principais aspectos da investigação criminal defensiva, no Brasil e no exterior, apresentando suas consequências no ordenamento jurídico pátrio. Com o objetivo geral de mostrar as implicações deste instituto e os específicos de explicar a investigação criminal defensiva no âmbito nacional e internacional, assim como comentar brevemente sobre o Provimento da OAB 188/2018. Para realizar esta pesquisa, utilizou-se da metodologia de pesquisa bibliográfica. Por fim, infere-se os benefícios que a investigação criminal defensiva pode trazer para a tutela dos direitos do investigado, sem embargo em apontar seus percalços para sua efetivação.

**Palavras-chave:** Investigação Criminal Defensiva. Devido Processo Legal. Reflexos.

#### Abstract

This study addresses the main aspects of defensive criminal investigation, in Brazil and abroad, presenting its consequences in the Brazilian legal system. With the general objective of showing the implications of this institute and the specific ones of explaining criminal and defensive investigations at the national and international level, as well as briefly commenting on the controversial Provision 188/2018. To carry out this research, the bibliographic research methodology was used. Finally, it is possible to infer the diverse benefits of defensive criminal investigation, despite its drawbacks.

**Keywords:** Defensive Criminal Investigation. Due Legal Process. Reflections.

<sup>[1]</sup> Pós graduado em Direito Constitucional pelo CERS, Pós graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela FAERPI, MBA em Formação Empresarial na Gestão de Pequenas e Médias Empresas pela UNIFOR, Bacharel em Direito pela UNIFOR, Graduado em Administração de Empresas pela UNIFOR, Professor do Curso de Direito da FACINE.

<sup>[2]</sup> Graduanda em Bacharelado de Direito pela FACINE.

## OS REFLEXOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DEVIDO PROCESSO LEGAL DO SÉCULO XXI

Fábio Fontenelle Carvalho Lima e Laryssa de Fátima Costa Soares

### INTRODUÇÃO

De uma maneira genérica, quando se fala em investigação preliminar podemos condensá-la em três grandes sistemas ou modelos.

O primeiro deles é a investigação a cargo de um juiz instrutor no qual este é o responsável pela condução de toda investigação realizada na fase pré-processual. É o caso da Espanha que adota este tipo de modelo.

Um segundo é aquele no qual o ministério público é o condutor da investigação e é adotado por alguns países da Europa como Alemanha e Portugal e América do Sul como Argentina e Chile.

Ressalta-se que na aplicação destes modelos persiste a atuação da polícia, no entanto, ficando subordinada às determinações do sujeito ativo das investigações, juiz investigador ou membro do Ministério Público.

No Brasil, adota-se o modelo policial, isto é, o sujeito ativo da investigação é polícia judiciária por intermédio do delegado de polícia de carreira que preside e conduz a investigação de forma independente e autônoma.

No atual cenário do Direito Penal, a investigação criminal é de natureza inquisitorial, em que há supressão quase que absoluta do direito de defesa do investigado ou indiciado (PENEDO, 2021, p. 292). Portanto, nessa fase, é comum que haja uma atuação do Estado-acusação encontrando-se este bem mais equipado para produzir provas de materialidade e indícios de autoria (PENEDO, 2021, p. 299), o que não significa o total cerceamento de defesa do investigado ou indiciado, haja vista a própria Constituição Federal delinear no título de direitos e garantias fundamentais, em seu art. 5º, LV: 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.

Seguindo essa linha de pensamento, surgiram debates doutrinários acerca da possibilidade da defesa realizar a sua própria investigação a fim de resguardar os princípios da paridade de armas e do devido processo legal (PENEDO, 2021, p. 295), numa espécie de dialética de ação e reação. Enfim, discutiu-se sobre a hipotética existência da investigação criminal defensiva, “que não se confunde com a participação do investigado na investigação oficial, sendo uma atividade compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e com a qual o Ministério Público deve lidar” (AMORIM, 2020, p. 143).

Assim, pergunta-se: **quais os reflexos da investigação criminal defensiva para o devido processo legal no atual ordenamento jurídico brasileiro?**

Ora, percebe-se a importância, ainda que em

fase pré-processual, para o investigado, do inquérito criminal realizado pelo delegado de polícia, uma vez que, segundo o art. 155, CP, ao proferir a sentença, o juiz de Direito Penal poderá junto ao arcabouço probatório utilizar-se dos autos do inquérito como fundamento desta (PENEDO, 2021, p. 293). Dessa forma, requer-se a devida reflexão sobre os prós e contras dessa nova investigação.

Assim sendo, a presente pesquisa pretende alcançar o objetivo geral de analisar os possíveis reflexos da investigação criminal para respeitar o devido processo legal. Ademais, possui como objetivos específicos: a) compreender o instituto do inquérito policial; b) estudar o Provimento 188/2018 da CFOAB e c) descrever a investigação criminal no direito brasileiro e no alienígena.

### 2 REVISÃO DE LITERATURA

Dentre as investigações criminais, a mais importante é o inquérito policial, que consiste em um procedimento administrativo de responsabilidade da Polícia Judiciária Estadual ou da Polícia Judiciária Federal, sob o comando do respectivo delegado de cada carreira, o qual pretende buscar a justa causa, constituída de elementos de prova para fundamentar provável denúncia ou queixa, iniciando uma ação penal (NUCCI, 2021, p. 238). Dessa forma, nota-se a relevância dessa fase pré-processual para o prosseguimento da persecução penal a fim de não instaurar investigações contra inocentes.

No dizer de Guilherme de Souza Nucci (2021, p.185):

Esse mecanismo auxilia a Justiça Criminal a preservar inocentes de acusações injustas e temerárias, garantindo um juízo inaugural de delibação, inclusive para verificar se se trata de fato definido como crime.

Conquanto não seja um pré-requisito nem tampouco condição para o exercício da ação penal, o inquérito policial é peça de grande relevância para uma aproximação na elucidação de fatos ocorridos – a busca por revelar fatos ocultos, isto é, o esclarecimento com certa margem de probabilidade do *fumus commissi delicti* – cujas conclusões poderão vir a fazer parte do convencimento do parquet para o oferecimento da denúncia ou até mesmo para um pedido de arquivamento.

Por ser uma das modalidades mais importantes, é imprescindível delinear as suas principais características, ainda que de forma sucinta: a) procedimento escrito (art. 9º, CPP); b) sigiloso (art. 14, CPP), ressalvado o acesso aos autos do inquérito policial aos defensores dos investigados, conforme Súmula Vinculante 14 do STF; c) oficialidade, realizado por órgãos oficiais; d) oficiosidade (art. 5º, I, §§ 4º e 5º,

## OS REFLEXOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DEVIDO PROCESSO LEGAL DO SÉCULO XXI

Fábio Fontenelle Carvalho Lima e Laryssa de Fátima Costa Soares

CPP), o inquérito é instaurado ex officio por intermédio de notícia criminis, salvo as situações de ação penal pública condicionada e ação penal privada; e) autoridade (art. 144, § 4º, CF/88), o qual inquérito é instaurado por autoridade policial, isto é, pelo delegado de polícia de carreira; f) indisponibilidade (art. 17, CPP), depois de instaurado, não poderá ser arquivado, exceto em algumas situações e g) inquisitivo (art. 14 e 107, CPP), o qual não se permite a existência de contraditório (CAPEZ, 2021, p. 294).

Dentre essas características, a mais relevante e que o distingue do processo judicial é a inexistência de contraditório. Ademais, cabe ressaltar novamente, que não significa total cerceamento da defesa do investigado, garantindo-se ao causídico total acesso aos autos do inquérito com fulcro na supracitada Súmula Vinculante n. 14, STF.

Outra investigação criminal que vem ganhando destaque no âmbito jurídico, mas não isenta de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, é aquela promovida pelo Ministério Público: Procedimento Investigatório Criminal (NUCCI, 2021, p. 188).

Com efeito, a Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) instituiu nova modalidade de investigação criminal por órgão diverso do previsto até então, a polícia judiciária. Referida resolução atribuiu ao Ministério Público a possibilidade de instaurar e presidir procedimentos investigatórios criminais abrindo um leque no aprimoramento deste tipo de investigação. O objetivo desta não é o de desbancar a atividade desenvolvida pela polícia judiciária através do inquérito policial, mas sim o de ampliar de forma efetiva a capacidade institucional na coleta de provas para uma tomada de decisão sobre o pedido de abertura de uma ação criminal.

Por fim, chega-se a outro debate doutrinário, que é a possibilidade de investigação criminal realizada pelo próprio investigado por intermédio de seu advogado. A seguir, abordar-se-á a respeito desse tópico.

### 2.1 DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

A investigação defensiva criminal trata-se do investigado, em paralelo, produzir provas durante a fase pré-processual, sob o crivo do princípio da igualdade das partes e do devido processo legal (NUCCI, 2021, p. 191 e PENEDO, 2021, p. 295). Segundo Silva (2020, p. 64), é bem mais amplo:

Muito mais do que isso, pode ela ser exercida para fornecer subsídios em qualquer fase ou grau procedimental, inclusive para eventual embasamento de uma revisão criminal ou para aspectos na seara da execução penal (formas não prisionais de cumprimento de pena), sendo verdadeiro reflexo da paridade de armas.

Ademais, essa investigação criminal poderia

ser exercida pelo advogado, sendo privada ou pelo defensor público, sendo de caráter público e oficial, como alega Silva (2020, p. 72). Enfim, observe-se a crítica trazida por Tatiana Imai Zanardi (2016, p. 200):

O que se nota é uma estrutura inquisitória, na qual a Polícia Judiciária primeiramente “decide” se o acusado é culpado, para depois buscar a prova necessária para a acusação, o que também pode acontecer com o juiz marcado pelo Complexo de Nicolas Marshall <sup>[3]</sup>.

Como já visto, a fase inquisitorial não permite o contraditório, o que faz Guilherme de Souza Nucci (2021, p. 191), suscitar o questionamento: “Por que a defesa não pode produzir prova na fase investigatória?”.

A princípio, é importante discutir sobre a principiologia do processo penal, na visão da investigação criminal defensiva: princípio da igualdade, princípio da ampla defesa e do contraditório e princípio do devido processo legal (MACHADO, 2009, p. 77).

Em primeiro lugar, o princípio da igualdade, o qual deriva o da paridade de armas, é a ideia de conceder a todos os integrantes as mesmas oportunidades. Na concepção da investigação, por parte do investigado, mira-se o que dispõe André Mendes Augusto Machado (2009, p. 79):

Acusador e acusado realmente estão em posições desiguais na persecução penal, pois aquele possui o aparato estatal para ampará-lo, enquanto este deve contar com as suas próprias forças. No entanto, de tal circunstância não se infere a ausência de paridade de armas no processo penal; ao contrário, depreende-se a necessidade de se garantir o equilíbrio de oportunidades entre as partes para demonstrarem as suas teses. Por isso, em algumas situações, pode haver o tratamento diferenciado da parte mais fraca, para compensar a sua posição mais frágil na persecução penal.

Percebe-se, outrossim, que, ao substituir os termos para investigador e investigado, a lógica ainda subsiste, necessitando do “equilíbrio de oportunidades” (MACHADO, 2009, p. 79). Ora, se o juiz de direito, nos termos do art. 155 do CPP, pode-se utilizar, junto ao conjunto probatório, do material contido nos autos do inquérito, o quão nocivo para o investigado é essa disparidade das armas? (PENEDO, 2021, p. 293).

Em segundo lugar, o princípio do contraditório e da ampla defesa, que são dois direitos diferentes, os quais

<sup>[3]</sup> Essa expressão deriva da série televisiva “Justiça Final”, na qual o juiz Nicholas Marshall durante o dia obedece e respeita o sistema e as normas e à noite faz justiça com as próprias mãos, desrespeitando o devido processo legal (ROSA, 2003).

## OS REFLEXOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DEVIDO PROCESSO LEGAL DO SÉCULO XXI

Fábio Fontenelle Carvalho Lima e Laryssa de Fátima Costa Soares

aquele consiste em uma dialética entre o acusado e acusador na fase processual e o último, em levantar exceções, podendo existir na fase investigatória (MACHADO, 2021, p. 83).

Essa distinção é necessária, pois, na medida em que, há uma discussão na doutrina, por um lado, a respeito da possibilidade de contraditório na fase inquisitorial, o que pela características de sigilo, é um contrassenso jurídico (MACHADO, 2009, p. 87). Por outro lado, é viável, mesmo que de forma tímida, alguma defesa por parte do investigado, como dispõe André Mendes Augusto Machado (2009, p. 84):

Tal posição parece ser a mais acertada. De fato, não se vislumbra contraditório no inquérito policial, por ser próprio de uma relação jurídico-processual, com a dialética que lhe é característica. Em contrapartida, é inegável que deve ser reservado ao imputado, em grau adequado, o direito de se defender da imputação que lhe foi feita nesta fase, para evitar a aplicação de medidas cautelares descabidas ou o advento de ação penal infundada.

Todavia, Franklyn Silva (2020, p. 60) defende a doutrina atual, que o contraditório não é apenas a resistência à pretensão punitiva do autor da ação, mas também o poder de convencer o juiz da causa.

À concepção de Machado, acrescentamos a observância à criação de uma norma sobre a investigação criminal do investigado e do Ministério Público, nos moldes do Direito Italiano, como defendido por Guilherme de Souza Nucci (2021, p. 193), quanto à confecção da lei, e por Marcus Vinicius Amorim de Oliveira, quanto a utilização do ordenamento estrangeiro, " pode servir como paradigma para o debate em torno da matéria visando sua adequada e menos traumática entronização do ordenamento jurídico" (2020, p. 155).

Todavia, deve-se reconhecer, como diz Silva (2020, p. 68), o art. 13 do PLS 156/2009, que pretendeu abordar sobre esse instituto quando foi discutido o novo Código de Processo Penal. Para Silva (2021, p. 68), é de bom alvitre o legislador respeitar este rol que, na concepção dele, é imprescindível para o instituto tomar uma boa forma:

Pensamos que uma regulamentação inicial e não exaustiva da investigação defensiva pelo Código deva prever: 1 – o reconhecimento da atividade propriamente dita e os momentos em que ela pode ser realizada; 2 – as diligências e o seu modo de agir, estabelecendo limites e comportamentos, especialmente em relação aos terceiros abordados por essa investigação; 3 – o grau de publicidade da investigação defensiva e a possibilidade de

utilização no inquérito policial, procedimento investigatório, ação penal ou qualquer outro momento procedimental; 4 – a possibilidade de investigação defensiva em favor de vítimas; 5 – o responsável pela condução da investigação defensiva e os sujeitos que dela farão parte; 6 – a possibilidade de amparo judicial quando houver obstáculo ao exercício da investigação defensiva.

Portanto, para evitar excessos na investigação da defesa, como o fornecimento de dados inverídicos, a indispensável confecção de leis em sentido estrito (SILVA, 2020, p. 69). No mais, a investigação, segundo Silva (2020, p. 75), poderia realizar o seguinte:

Fora esse contexto, torna-se possível admitir que a defesa possa: 1 – coletar e registrar depoimentos; 2 – requisitar documentos e informações; 3 – realizar exames e contraprovas periciais; 4 – examinar o local e os instrumentos do crime com apoio de assistente técnico; 5 – contar com o depoimento de especialistas; 6 – ter acesso a bancos de dados de natureza pública; 7 – ter acesso às informações de seu constituinte; 8 – valer se de dados da vítima e de terceiros disponíveis em meios públicos de acesso à informação.

Ademais, oriunda do princípio do contraditório e da ampla defesa, existe o direito à prova, segundo Machado (2009, p. 89). Este conceitua prova da seguinte maneira:

[...] a possibilidade de as partes demonstrarem a veracidade de suas alegações, a fim de formar o convencimento judicial, por meio da coleta dos dados que entenderem pertinentes e relevantes, bem como da participação nos atos probatórios e manifestação sobre o seu resultado.

Em vista da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual o Brasil faz parte, no art. 8º, 2, "f", prescreve, ao investigado, o direito de " 'inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos'" (MACHADO, 2021, p. 90).

Ademais, dentre os dispositivos do Código de Processo Penal, cita-se o art. 14, o qual permite ao investigado requerer diligências durante o inquérito policial à autoridade competente, porém ressalta-se o fato de esta não se confundir com a investigação criminal defensiva, a qual é mais abrangente (MACHADO, 2009, p. 91-93). Por fim, atente-se a essa diferença trazida por Machado (2009, p. 93):

De fato, enquanto o inquérito policial é caracterizado por limitada participação do imputado, com o objetivo de tutelar seus

## OS REFLEXOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DEVIDO PROCESSO LEGAL DO SÉCULO XXI

Fábio Fontenelle Carvalho Lima e Laryssa de Fátima Costa Soares

interesses mais relevantes, principalmente seus direitos fundamentais; a investigação defensiva é dirigida pelo defensor, que define a sua própria linha investigatória, com o propósito de reunir, licitamente, dados materiais favoráveis ao imputado e capazes de influir no convencimento judicial.

Em terceiro lugar, o devido processo legal, corolário do princípio da legalidade, o qual consiste na observância dos princípios penais e processuais penais (NUCCI, 2021, p. 109). Dessa forma, por decorrência lógica, respeitados os demais princípios supracitados, cumpre-se o supraprincípio do Direito Penal (PENEDO, 2021, p. 295).

Por fim, é interessante observar a conclusão de Franklyn Roger Alves Silva, que critica aqueles que pensam ser um óbice à carência legislativa deste instituto, comparado ao Ministério Público, que sem base normativo, já realiza as suas diligências investigativas, ferindo o princípio da isonomia (2020, p. 57):

Em certo ponto, há um receio de que a investigação criminal defensiva não tenha espaço no Brasil por conta da ausência de regras que disciplinem o seu modo de realização. Pensar dessa forma seria negligenciar o conteúdo do princípio do devido processo legal e efetuar uma errônea leitura da ampla defesa, do contraditório, do direito à atividade probatória e da própria isonomia.

Destarte, impera-se o respeito aos princípios aqui avençados. Assim, compreende-se a importância da investigação criminal defensiva, nas palavras de Machado, que bem explicita o porquê da defesa deste instituto (2009, p. 95): “Até porque, nesta fase, já existe imputação em sentido amplo e, por conseguinte, o inegável interesse do imputado em demonstrar a sua inocência.”

Ao prosseguir nesta pesquisa, observa-se que em outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, a título de ilustração, o Direito Italiano (OLIVEIRA, 2020, p. 155) e Estadunidense (PENEDO, 2021, p. 300) há uma grande quantidade de conteúdo a respeito disso, não sendo para estes novidade.

A princípio, é importante dizer que os dois ordenamentos jurídicos regem-se por sistemas distintos, o primeiro é pelo Civil law e o segundo pelo Common law. Dessa forma, é imprescindível informar que no último, a questão defesa do investigado, já está impregnada no cerne do processo do cidadão norte-americano:

A investigação defensiva se mostra, dessa forma, parte pertencente ao próprio sistema, sendo, inclusive, estimulada por regras que, a título de exemplo, impõe ao órgão acusador

o dever de compartilhamento de material probatório com a defesa (PENEDO, 2021, p. 300).

Ademais, para o Silva (2020, p. 52), cita o precedente *Strickland vs. Washington*, o qual considerou a investigação criminal defensiva primordial para um “defesa efetiva”, nas palavras do autor (SILVA, 2020, p. 52). Desse modo, no sistema common law dos EUA, inexistem leis expressas acerca deste instituto, mas um compilado de precedentes que o sustentam (SILVA, 2020, p. 54). A seguir, segue-se um resumo da investigação criminal defensiva estadunidense (SILVA, 2020, p. 54):

Sob um prisma teórico, a doutrina costuma apontar a seguinte metodologia para a condução de uma investigação criminal defensiva no sistema norte-americano: 1 – revisão dos materiais fornecidos pelo procedimento da Discovery (relatórios policiais, laudos de local, laudos periciais e informações das vítimas e testemunhas); 2 – entrevista inicial do imputado; 3 – exame do local do crime com registro esquemático e fotográfico; 4 – coleta de informações sobre o perfil das vítimas e testemunhas; 5 – confecção de relatório da investigação defensiva.

Já no ordenamento jurídico italiano implementou-se depois de um certo tempo, em comparação com o estadunidense, mas:

[...] com a edição da Lei 397 de 200 a Itália passou a adotar de modo claro e sistematizado a investigação defensiva, de maneira que a defesa passou a participar efetivamente da investigação preliminar, podendo compartilhar da investigação conduzida pelo órgão acusador ou conduzir a sua própria perquirição (PENEDO, 2021, p. 301).

Entretanto, para o penalista Franklyn Roger Alves Silva (2020, p. 46), não é correto afirmar que a investigação criminal defensiva derivou-se da Lei 397 de 2006, devendo realizar uma revisão histórica do próprio instituto. Assim sendo, para ele, atribui-se ao novo Código de Processo Penal Italiano de 1988 a mudança crescente de um sistema inquisitorial, na fase inicial do procedimento, contrário à defesa do investigado por meio da investigação para um sistema acusatório, que, mesmo com disposições normativas poucas, apoia (SILVA, 2020, p. 46).

Mesmo assim, o novo Codex ainda não permitia a investigação criminal por parte da defesa de maneira mais abrangente (SILVA, 2020, p. 47):

Na versão aprovada da nova codificação houve apenas o reconhecimento da possibilidade de o defensor desenvolver a investigação e colher elementos servíveis à defesa, mas faltava uma normativa mais completa. Essa omissão tornava

## OS REFLEXOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DEVIDO PROCESSO LEGAL DO SÉCULO XXI

Fábio Fontenelle Carvalho Lima e Laryssa de Fátima Costa Soares

inidônea qualquer iniciativa investigatória, ainda que se encarasse a atividade como um reflexo do direito de cidadania. Pontua-se que esse clima de anomia da investigação defensiva, apesar de desestimular o exercício da atividade, não impedia a sua realização, ainda que ela ocorresse de modo tímido e reprimido.

Ademais, para Silva (2020, p. 47), a investigação criminal defensiva foi pensada para alcançar a “defesa em juízo, inclusive para a própria tutela da liberdade” (SILVA, 2020, p. 47). De acordo com o mesmo autor (SILVA, 2020, p. 48), embora haja resquícios desse instituto no Decreto Legislativo 271, em seu art. 38, é inegável a evolução com a chegada da Lei 379/2001, que “passou a regular a investigação defensiva na parte do Código destinada à fase pré-processual” (SILVA, 2020, p. 48).

Por fim, para Silva (2020, p. 49), a investigação criminal defensiva teve como objetivo o de permitir à defesa uma função mais ativa desde a fase pré-processual, “deixando a defesa de desempenhar um papel de mera resistência” (SILVA, 2020, p. 49).

Embora, saiba da importância da investigação criminal da defesa não é admissível infringir preceitos constitucionais como da competência legislativa, no que se refere ao Provimento 188/2018 da CFOAB, o qual dispõe o advogado como promovedor da investigação do investigado, sendo assistido por colaboradores, peritos e técnicos, por exemplo (OLIVEIRA, 2020, p. 148-149). Dessa forma, percebe-se a inconstitucionalidade formal do dito Provimento (OLIVEIRA, 2020, p. 149). Embora, Franklyn Silva (2020, p. 69) defenda o presente provimento, em caso de ausência de lei que preveja o instituto.

Além disso, é importante observar o posicionamento da Anna Carolina Canestraro e Túlio Felipe Januário (2020, p. 320), no que tange à atuação do advogado na investigação criminal da defesa, no que se refere ao provimento:

Dessa feita, em definitivo, depreende-se que o advogado responsável pela investigação interna – e consequentemente sua equipe – detêm um dever de sigilo quanto às informações colhidas na investigação, mas também possuem as prerrogativas do attorney-client-privilege e do work-product-protection, o que se depreende da inexistência de dever de informação expressamente prevista no Artigo 6º.

Além disso, para Silva (2020, p. 73), existem duas maneiras de exercer a investigação criminal defensiva por meio de inquérito em benesse do acusado, indiciado, investigado ou outro realizado, denominado auxiliar, feito pelo querelante, vítima ou assistente da

acusação.

Por fim, como bem preceitua Evinis Talon (2020, p. 13), a relevância deste instituto para o exercício da advocacia criminal:

O Advogado tem o dever de tomar todas as medidas possíveis/cabíveis em favor do investigado/réu. Essas medidas não podem ser limitadas a reações aos atos da acusação e às decisões dos Juízes, porque devem abranger também iniciativas da defesa técnica, como a investigação criminal defensiva.

Nesta esteira, trazemos recente decisão do Supremo Tribunal Federal em consonância com o Provimento 188/2018 da OABCF na relatoria do Min. Gilmar Mendes, in verbis:

Nas palavras de André Augusto Mendes Machado, a investigação defensiva traduz uma “garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa.” (Machado, *Investigação criminal defensiva*, 2008, p. 58) Como se depreende do IPL 50313661320164047000, o objeto da investigação contra o investigado seria justamente o contrato de prestação de serviços jurídicos firmado com a empresa Odebrecht, especificamente para realizar análise de dados provenientes de interceptação telefônica e telemática. Sobre isso, pertinente destacar que, a partir da investigação contra Antônio dos Santos Junior, a PF e o MPF passaram a ter acesso, por meio de quebra de sigilo telefônico e telemático, a dados sensíveis que envolviam diversos dos advogados atuantes na Lava Jato, os quais eram seus clientes. Fica claro, aqui, especial interesse da Polícia Federal no indiciamento de Antônio, para além da ausência de indícios de autoria e materialidade quanto a supostas condutas criminosas cometidas pelo advogado. No ponto, haveria uma suspeita de que o investigado teria sustentado tratativas ilícitas diretamente com empresas de telefonia para ter acesso aos dados, o que, de fato, não ocorreu, já que a própria empresa Odebrecht, na qualidade de colaboradora e cliente de Antônio, afirma categoricamente que a fonte dos dados analisados por ele era lícita. (e DOC 318, p. 12) Da leitura do referido contrato (eDOC 38, p. 15-17), verifica-se, na mesma linha, que o objeto da prestação de serviços era a extração e a análise de dados que já estavam consolidados em procedimentos investigatórios e aos quais os advogados da empresa já tinham acesso – isso significa que o objeto do contrato que gerou a produção do relatório

## OS REFLEXOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DEVIDO PROCESSO LEGAL DO SÉCULO XXI

Fábio Fontenelle Carvalho Lima e Laryssa de Fátima Costa Soares

(eDOC 322-334) e sobre o qual a PF levantou suspeita era claramente lícito. Ante o exposto, concedo a ordem, de ofício, para determinar o trancamento dos Procedimentos Criminais 5031366-13.2016.4.047000 (IPL 898/2016) e 5050808-62.2016.4.04.7000 (13ª Vara Criminal Federal), somente com relação a Antônio dos Santos Junior. Publique-se. Intime-se. Brasília, 19 de agosto de 2021. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente. (STF - Rcl: 36542 PR 0027997-05.2019.1.00.0000, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 19/08/2021, Data de Publicação: 31/08/2021)

A seguir, abordar-se-á os possíveis impactos da investigação criminal no ordenamento brasileiro.

### 2.2 PRINCIPAIS REFLEXOS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As principais consequências de implantar uma investigação realizada pela defesa são mais positivas que negativas ao que tudo indica. Segundo Larissa Gonçalves Penedo (2021, p. 298), o qual exemplifica “o melhor aproveitamento do tempo”, quando se adquire os indícios antes das provas se perderem com o transcurso do tempo.

Ademais, exerce o advogado relevante papel dentro do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive com assento constitucional no art. 133 que preceitua ser o advogado indispensável à administração da justiça não podendo ter sua atuação tolhida impedindo o pleno exercício de seu munus público. Opera o advogado munido de uma arcabouço de prerrogativas garantidas a ele como verdadeiros escudos na salvaguarda dos direitos fundamentais de seu constituído defendendo-o contra uma força – ainda que tenha poderes limitados – é sabidamente desproporcional.

Entretanto, de acordo com Penedo (2021, p. 298-299), encontra-se alguns óbices, que nesse caso seria a hipossuficiência de alguns investigados para promover esta investigação, que seria onerosa, mas a solução apontada estaria na intervenção de uma Defensoria Pública mais bem estruturada e dotada de melhores recursos.

Portanto, percebe-se os grandes benefícios acerca da investigação defensiva a respeito do devido processo legal.

## 3 METODOLOGIA

Para a confecção do presente artigo científico, será utilizada uma pesquisa bibliográfica sobre a investigação criminal defensiva.

Dessarte, a pesquisa bibliográfica é realizada por intermédio de fontes mais atuais sobre o objeto de

estudo. Segundo o escritor Gil (2002, p. 44), a respeito da pesquisa científica, “é desenvolvida com base em material já elaborado, principalmente de livros e artigos científicos”. Quanto a sua relevância o autor discorre (GIL 2002, p. 45): “a principal vantagem da pesquisa bibliográfica reside no fato de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente”.

## 4 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Pelo todo exposto, nota-se a relevância da investigação defensiva para o respeito dos direitos constitucionais. Ora, muitos benefícios já foram aqui citados (PENEDO, 2021, p. 298).

Apesar de os obstáculos terem aparentemente sido solucionados ao colocar a cargo da Defensoria Pública para promover a investigação dos hipossuficientes (PENEDO, 2021, p. 298-299).

Entretanto, lembra-se da limitação dos recursos públicos e pergunta-se: de onde a Administração pública retirará a verba para financiar as perícias e outras diligências da investigação criminal defensiva?

Ademais, é crucial recordar-se sobre o princípio da reserva do possível e da paridade das armas, que estão, por ora, em conflito. Cabe, portanto, ao Plenário, buscar sopesá-los em um possível debate no futuro.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Alguém devia ter caluniado Josef K., porque foi preso uma manhã, sem que ele houvesse feito alguma coisa de mal.”. Dessa forma, que se inicia um dos clássicos do escritor tcheco Franz Kafka (2009, p. 5), o qual o protagonista da trama enfrenta um enorme processo em um juízo arbitral, que nega a ele a ampla defesa e o contraditório e, por conseguinte, o devido processo legal.

Embora seja uma obra fictícia, não escapa à realidade as diversas formas de cerceamento de defesa o qual o investigado passa, desde a instauração do inquérito. Não se está a falar somente da dificuldade de implantar a investigação criminal defensiva, mas também da prerrogativa violada da advocacia (art. 7º, inc. XIV, EOAB): o acesso aos autos do inquérito. Para fazer prevalecer a lei, foi preciso o Supremo Tribunal Federal, inclusive, proferir a Súmula Vinculante 14.

Após extensa exposição a respeito, as principais inferências a que se chegam são, sem dúvida, da relevância da investigação criminal defensiva para a salvaguarda de direitos constitucionais supracitados, bem como das dificuldades com que este novo instituto possa enfrentar.

**OS REFLEXOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DEVIDO PROCESSO LEGAL DO SÉCULO XXI**

Fábio Fontenelle Carvalho Lima e Laryssa de Fátima Costa Soares

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. Lei Nº 8.906, de 4 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm).

----- Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 14, de 23 de junho de 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula762/false>. Acesso em: 15 set. 2021.

----- Supremo Tribunal Federal. Rcl: 36542 PR 0027997-05.2019.1.00.0000, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 19/08/2021, Data de Publicação: 31/08/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/>. Acesso em: 09 out. de 2021.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 283-328, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.324>. Acesso em: 2021-09-01.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

KAFKA, Franz. O Processo. Alfragide:Leya, 2009. E-book.

MACHADO, André Augusto Mendes. A investigação criminal defensiva. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/D.2.2009.tde-27082009-114835. Acesso em: 2021-09-01.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021;

ROSA, Alexandre Morais da. "O Juiz e o Complexo de Nicolas Marshall". Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/tribunapr.uol.com.br/noticias/o-juiz-e-o-complexo-de-nicolas-marshall/amp/>. Acesso em: 11 out. 2021.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Ministério Público e investigação criminal defensiva: desafios e algumas propostas. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 76, p. 143-157, abr./jun. 2020.

PENEDO, L. G. Investigação criminal defensiva: a atuação ativa da defesa na fases pré-processual e busca pela paridade de armas. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 27, p. 288-306, 2021. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/289>.

defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/289. Acesso em: 1 set. 2021.

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, vol. 6, n. 1, p. 41-80, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.308>.

TALON, Evinis. Investigação Criminal Defensiva. Gramado: ICCS, 2020. E-book.

ZANARDI, Tatiana Imai. Investigação Criminal Defensiva: uma prática a ser difundida. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 8, n. 14, p. 191-216, jan./jun. 2016.