

Franklyn Roger Alves Silva

# INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELA DEFESA

**7<sup>a</sup> edição**

Revista, atualizada  
e ampliada

2026

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## DESVENDANDO A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO BRASIL: O QUE PODE SER FEITO E O QUE DEPENDE DE ADAPTAÇÃO NORMATIVA

---

### 5.1 A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO NO PROCESSO PENAL – A IMPORTÂNCIA DA PREPARAÇÃO PROBATÓRIA COMO ASPECTO DA INFLUÊNCIA

Alçados ao nível constitucional e convencional, a ampla defesa e o contraditório previstos no art. 5º, LV, da CRFB representam os elementos-chave para o embasamento da investigação criminal defensiva, os seus pilares de sustentação no sistema jurídico interno.

O direito à prova assume a morfologia de direito fundamental pelo reconhecimento dos princípios supramencionados e também pela garantia de inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Como bem pontua Vitor de Paula Ramos<sup>1</sup>:

A fundamentalidade formal do direito à prova pode ser localizada em dois incisos do art. 5º da CF/1988. Primeiramente, no inc. LVI, uma vez que, proibida a admissão das provas ilícitas, permitida está a admissão das provas lícitas. Ainda, no inc. LV, em que, ao garantir o contraditório e a ampla defesa, o legislador constitucional explicitamente faz referência à asseguaração dos meios inerentes a essa; entre tais meios inerentes, está, por óbvio, o direito à prova. A fundamentalidade material da prova está intrinsecamente ligada à verdade e à importância dessa para qualquer relação jurídica. Não é aqui a sede adequada para que se reproduzam as diversas discussões doutrinárias sobre o tema. Bastará dizer que adotamos como premissa que a verdade é objetiva (no sentido de que não é determinada por um sujeito) e que se deve supor uma verdade por correspondência (no sentido de que independe de qualquer consenso ou coerência narrativa: a neve é branca somente se a neve é branca).

---

1 (RAMOS, 2013, p. 44).

Em decorrência dos compromissos e tratados firmados pelo Brasil no plano internacional, especialmente os diversos instrumentos de proteção dos direitos humanos, torna-se possível identificar outra fonte de suporte normativo para o exercício da defesa técnica e da atividade investigativa defensiva, esta última como corolário do direito à prova assegurado a todo imputado na investigação e no processo criminal.

A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê em seu art. 8º, itens 1 e 2, ‘b’, ‘c’, ‘d’, ‘e’ e ‘f’, as garantias judiciais mínimas para o acusado e dali se extrai o direito à atividade probatória, especialmente quando são assegurados a defesa técnica, o tempo e os meios necessários para preparação da defesa<sup>2</sup>.

A menção à defesa técnica e aos meios para a preparação da defesa compreende não só a presença de um defensor com capacidade para exercer a representação na fase investigatória e no processo penal, mas também a disponibilização dos recursos e meios de provas admitidos no ordenamento jurídico.

No *Caso Chaparrazo Álvarez e Lapo Íñiguez v. Equador* a Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve oportunidade de se pronunciar sobre a possibilidade de participação defensiva na prova pericial, especificamente na ocasião de sua juntada aos autos com oportunidade para questionamentos, além do dever de informar com a antecedência necessária a respeito da realização de diligência de prova, sob risco de violação às normas da Convenção Americana de Direitos Humanos.

---

## 2 Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

No Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos semelhantes direitos estão previstos no art. 14º, itens 1, 2 e 3, alíneas ‘b’, ‘d’ e ‘e’, na mesma estruturação da norma americana, assegurando-se a todo imputado o direito à defesa técnica e o tempo e meios necessários ao exercício da defesa<sup>3</sup>.

Por trás do direito a um defensor e da garantia de tempo e dos meios necessários para o exercício da defesa se insere a possibilidade de produzir

---

3 Artigo 14.º

1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda a pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, segundo a lei, independente e imparcial, na determinação dos fundamentos de qualquer acusação de carácter penal contra ela formulada ou para a determinação dos seus direitos ou obrigações de carácter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos da totalidade ou parte das sessões de julgamento por motivos de ordem moral, de ordem pública ou de segurança nacional numa sociedade democrática, ou quando o exija o interesse da vida privada das partes ou, na medida estritamente necessária em opinião do tribunal, quando por circunstâncias especiais o aspecto da publicidade possa prejudicar os interesses da justiça; porém, toda a sentença será pública, excepto nos casos em que o interesse de menores de idade exija o contrário, ou nas acções referentes a litígios matrimoniais ou tutela de menores.

2. Qualquer pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência até que se prove a sua culpa conforme a lei.

Durante o processo, toda a pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

b) A dispor do tempo e dos meios adequados para a preparação da sua defesa e a comunicar com um defensor de sua escolha;

[...]

d) A apresentar-se em julgamento e a defender-se pessoalmente ou ser assistida por um defensor de sua escolha; a ser informada, se não tiver defensor, do direito que lhe assiste a tê-lo e, sempre que o interesse da justiça o exija, a que seja nomeado um defensor oficioso, gratuitamente, se não carecer de meios suficientes para o remunerar;

e) A interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter a comparência das testemunhas de defesa e que estas sejam interrogadas nas mesmas condições que as testemunhas de acusação.

provas na relação processual<sup>4</sup> e, conseqüentemente, o direito<sup>5</sup> à realização da busca e coleta de informações de interesse da defesa.

A investigação defensiva, como bem pontua André Mendes, é: “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”<sup>6</sup>.

Levando em conta que no capítulo antecedente assentamos a premissa de que a investigação realizada pelo Estado não representa uma atividade exclusiva, afigura-se possível que a defesa possa buscar fontes de prova no interesse do imputado.

Basta recordar que a Polícia Judiciária realiza a apuração do fato criminoso com vistas à aplicação da responsabilidade estatal. Mas essa previsão normativa não representa uma proibição ao particular para, dentro de suas limitações, procurar pessoas e informações que forneçam elementos a respeito de determinado fato que seja do seu interesse no contexto da imputação penal.

Francisco da Costa Oliveira, quando analisa a investigação criminal em Portugal, afirma com muita propriedade: “não existem no nosso ordenamento jurídico quaisquer limitações à actividade de investigar por conta própria ou por intermédio de terceiros, pelo que podemos partir da afirmação de um

---

4 “O direito à prova não encontra previsão expressa na Constituição Federal, podendo ser extraído no art. 5º, LV no que tange à sua intrínseca ligação com o contraditório e a ampla defesa. No âmbito internacional pode-se citar a Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada pelo Dec. 678/1992, que estabelece, no art. 2º, f, o “direito da defesa de, em plenas condições de igualdade com a acusação, 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”, bem o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, incorporado pelo Dec. 592/1992, que traz previsão análoga no art. 14, § 3º, e” (NARDELLI, 2015, p. 180).

5 “En el terreno de la admisión de pruebas, que las partes tengan el derecho a probar un hecho significan que tienen la facultad de presentar todos los medios de prueba relevantes y admisibles para apoyar su versión de los hechos en litigio. Para la parte que alega un hecho, esto significa que debe tener la posibilidad de presentar todas las pruebas positivas con las que cuente; para la parte contraria, supone que debe tener la oportunidad de presentar todas las pruebas contrarias o negativas de que disponga en relación con esos hechos. Desde el punto de vista de las normas relativas a la admisión de pruebas, este problema se debe resolver invocando simplemente al principio de relevancia (véase supra apartado 1): deben ser admitidas todas las pruebas positivas y negativas o contrarias relevantes. Las partes no pueden pretender que se admitan pruebas irrelevantes, pero se les debería permitir cualquier medio de prueba relevante” (TARUFFO, 2008, p. 57).

6 (MACHADO, 2010, p. 119).

princípio geral da livre investigação dos factos coincidentes com alguns dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados...”<sup>7</sup>.

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.

Quando se leva em conta que as frágeis bases da investigação direta do Ministério Público lhe permitem colher fontes de prova na qualidade de parte da relação processual, pensar que a defesa não possa ter iniciativa investigativa fragiliza a isonomia.

A hermenêutica das regras em matéria penal é muito clara. A interpretação taxativa ganha terreno sempre na leitura das normas limitadoras às liberdades e garantias individuais. Como destaca Carlos Maximiliano:

Como a exegese extensiva só se profíbe acerca de dispositivos que cominam pena ou agravam a criminalidade, segue-se que a forma rigorosa de interpretar concernente às leis penais não persiste relativamente ao Processo. Aplicam-se às prescrições de Direito Adjetivo as regras comuns de hermenêutica; sem sequer o recurso à analogia é vedado. Entretanto o preceito não é absoluto: quando se tratar de exceções às regras gerais, bem como de limitações à liberdade individual, ao exercício de direitos ou a interesses juridicamente protegidos, o texto considerar-se-á taxativo, será compreendido no sentido rigoroso, estrito<sup>8</sup>.

Quando afirmamos que a ampla defesa representa o direito de empregar todos os meios e recursos necessários ao exercício do direito de defesa<sup>9</sup>, essa assertiva tem uma razão de ser dentro do sistema jurídico<sup>10</sup>.

7 (OLIVEIRA, 2008, p. 31).

8 (MAXIMILIANO, 1998, p. 329).

9 “As partes ou os interessados na administração da Justiça devem ter o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir toda as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário. Esse direito abrange tanto o direito à auto-defesa quanto à defesa técnica por um advogado habilitado, e também o direito a não ser prejudicado no seu exercício por obstáculos alheios à sua vontade ou pela dificuldade de acesso às provas de suas alegações. A ampla defesa é por si mesma uma garantia genérica que se concretiza em muitas outras, sendo impossível delimitar aprioristicamente todo o seu alcance e, portanto, dela estarei tratando em muitos momentos no curso do presente estudo.” (GRECO, 2005b, p. 39).

10 “A garantia da ampla defesa envolve, modernamente, tríplice enfoque: ‘o direito à informação, a bilateralidade da audiência e o direito à prova, legitimamente obtida ou produzida.’ (SAAD, 2004, p. 215).

Um processo justo depende, em grande parte, da disposição de meios necessários para que a pessoa submetida a uma imputação penal possa participar do processo pessoalmente (autodefesa)<sup>11</sup> e ao mesmo tempo ter ao seu lado um profissional encarregado de manusear os instrumentos previstos no ordenamento jurídico (defesa técnica), garantindo-se a desejada paridade de armas na relação processual penal<sup>12</sup> e um resultado que melhor atenda aos interesses do imputado<sup>13</sup>.

De igual modo, a perspectiva do contraditório representa a possibilidade de a defesa exercer a influência em torno da interpretação fática que lhe seja mais favorável, realizando atividade probatória com essa finalidade<sup>14</sup>.

A atividade probatória se insere nesse contexto, como a forma de materialização da ampla defesa e o instrumento de exercício do contraditório, fazendo com que o plano abstrato das alegações encontre eco de concretude nos autos do processo<sup>15</sup>.

- 
- 11 “O direito de defesa apresenta-se bipartido em (a) direito à autodefesa; e (2) direito à defesa técnica. O direito à autodefesa é exercido pessoalmente pelo acusado, que poderá diretamente influenciar o convencimento do juiz. Por sua vez, o direito à defesa técnica é exercido por profissional habilitado, com capacidade postulatória e conhecimentos técnicos, assegurando assim a paridade de armas entre a acusação e defesa.” (BADARÓ, 2016, p. 58).
  - 12 “Ora, tudo isso está implícito nos meios e recursos essenciais ao direito de defesa, podendo parecer redundância, portanto, que a Constituição ainda impusesse, como garantia fundamental, a instrução contraditória.” (MARQUES, 1998, p. 87).
  - 13 “A cláusula da ampla defesa deve ser dotada do atributo da efetividade, entendida como idoneidade instrumental para atingir seu objetivo precípua: a melhora da situação jurídica do acusado. Nas hipóteses em que o defensor do acusado é negligente ou imperito, desperdiçando sucessivas oportunidades processuais a ponto de diminuir as chances de melhora da situação jurídica do seu constituinte, esvazia-se o conteúdo essencial da garantia constitucional da ampla defesa, que deixa de ter esse atributo da efetividade.” (MALAN, 2006, p. 253-277).
  - 14 “Reconhecido o processo como método epistêmico para aquisição de conhecimento, é possível dar um passo à frente e qualificar a cognição adequada como consectário lógico e necessário do contraditório e, portanto, como parte do arcabouço garantístico do processo justo. Se o meio para democratizar o ato jurisdicional é o contraditório, viabilizando o direito da parte de influir na decisão judicial, de participar na construção do conhecimento-julgamento no processo, isso somente vai ocorrer se esse processo tiver estrutura cognitiva capaz para tanto. A cognição é, portanto, uma garantia instrumental do contraditório, que permite a adequação da fisiologia do processo para a eficaz produção de conhecimento.” (ARAÚJO, 2017, p. 79).
  - 15 “Salienta-se, assim, o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a

Na atividade de investigação defensiva essa premissa também é verdadeira. O papel da defesa técnica é arrecadar informações e elementos que possam direcionar o exercício da resistência à pretensão acusatória e direcionar a proposição das provas na relação processual, permitindo que ambas as partes tenham o controle e a previsibilidade de suas ações no processo.

Não é por outra razão que o Estatuto da OAB e a Lei Complementar n. 80/1994 asseguram ao indiciado a assistência jurídica desde o inquérito policial e até após o trânsito em julgado da ação penal, de modo que o acompanhamento da coleta de elementos de formação do convencimento seja a mais completa possível<sup>16</sup>.

É a partir da intervenção defensiva na fase preliminar que o advogado ou membro da Defensoria Pública terão o pleno controle da atividade de defesa e poderão aprimorar o seu modo de agir na tutela de interesses do imputado.

O indiciado no inquérito policial não pode ser tratado como mero objeto da investigação. Objeto é tão somente o fato a ser apurado, sendo o investigado verdadeiro sujeito de direitos, com a certeza de que um rol de garantias ser-lhe-á assegurado<sup>17</sup>.

A preservação do contraditório na relação processual é, talvez, uma das mais importantes missões do juiz. Essa assertiva fica mais evidente quando olhamos para o Código de Processo Civil, que dispõe sobre o princípio em seu capítulo de normas fundamentais. Os novos paradigmas trazidos pelo legislador revelam o alinhamento de pensamento à doutrina moderna, que não mais encara o contraditório como a simples garantia da audiência bilateral.

---

demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.” (GRINOVER *et al.*, 2006, p. 137).

16 “Justamente por ser o inquérito uma etapa importante para a obtenção de meios de provas, inclusive com atos que depois não mais se repetem, o acusado deve contar com assistência de defensor já nessa fase preliminar, preparando adequada e tempestivamente sua defesa, substancial de conteúdo” (SAAD, 2004, p. 200-201).

17 “Em verdade, o envolvido em inquérito policial deve ser reconhecido como sujeito ou titular de direitos, sujeito do procedimento e não apenas sujeito ao procedimento, verdadeiro titular de direitos que dentro dele exerce. O indivíduo é, aliás, sujeito e titular de direitos sempre, não importa em que estágio o procedimento se encontre. Os direitos e as garantias constitucionais não têm limites especiais nem obedecem a procedimentos, simplesmente devem ser obedecidos sempre.” (SAAD, 2004, p. 200-201).

Enxergar o contraditório apenas como a possibilidade de ciência e reação é uma visão reducionista do princípio. Se é fato que o contraditório possui essa vertente da participação na relação processual, a doutrina moderna também reconhece a possibilidade de se exercer a influência sobre o juiz na tomada da decisão como uma terceira característica do princípio<sup>18</sup>.

Não basta que a parte se manifeste no processo. Ela tem o direito de contribuir, cooperar na busca da decisão de mérito e influir no convencimento do juiz e na interpretação das normas discutidas na lide, em autêntico contraditório participativo.

Como bem registra Daniel Mcconkie em seu estudo sobre a *Discovery*, não faz sentido reconhecer que o juiz e o jurado tenham o direito de acessar todas as provas para a formação do convencimento e negar esse acesso ao imputado. Somente com informação ampla é que o acusado e seu defensor podem fazer juízos de valor a respeito das medidas, atos e renúncias a serem tomadas no procedimento criminal<sup>19</sup>:

Da mesma forma que um júri precisa de informações expansivas para julgar adequadamente a culpa e um juiz de primeiro grau tem a necessidade de mais informações para pronunciar uma sentença razoável, os réus precisam de informações expansivas para se declarar culpados e concordar com uma sentença, ou pelo menos nos contornos de uma sentença. Antes de se declararem culpados, eles precisam ter acesso tanto a evidências que os beneficie ou prejudique que estejam em poder do promotor. (tradução livre)

O *duty to disclosure* norte-americano e a *indagine difensiva* italiana contribuem decisivamente para a construção de uma boa defesa, ao permitirem que o defensor e o imputado possam ter um panorama dos elementos que

---

18 “Tal visão se encontra consentânea à concepção forte de contraditório, traduzida no direito de influência e no dever de debate endoprocessual, elementos preordenados à apresentação de argumentos racionais, tudo com vistas a influir na convicção do órgão julgador e dos demais sujeitos no debate relativo à resolução da questão de direito. Repise-se, pois, que o contraditório não pode mais ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas sim como uma possibilidade de influência sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais e pretensamente corretas, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.” (CAVACO, 2017, p. 98).

19 “In the same way that a trial jury needs expansive information to properly adjudicate guilt and a trial judge needs even more information to pronounce a reasonable sentence, defendants need expansive information to intelligently plead guilty and agree to a sentence, or at least the contours of a sentence. Before they plead guilty, they need access to both exculpatory and inculpatory evidence in the prosecutor’s possession.” (MCCONKIE, 2017, p. 7).

recaem em seu desfavor e, diante dessa conjuntura, realizar diligências no interesse da defesa, as quais servirão para robustecer a atividade probatória realizada na instrução processual.

Apesar de pouco explorado no processo penal, o aspecto da influência decorrente do contraditório é essencial para compreendermos a utilidade da investigação defensiva<sup>20</sup>, já que a atividade probatória não se resume apenas ao ato de produção, mas também ao de interferir na sua valoração.

Precisamos, então, resgatar o caminho de conexão entre o processo civil e o processo penal, como fizemos nos estágios iniciais da presente tese, e revelar que a concepção do contraditório no direito adjetivo civil tem merecido maior suporte teórico e normativo do que na tutela processual penal.

A primeira proteção ao contraditório se extrai do art. 7º, quando o NCPC, cuja aplicabilidade ao processo penal se extrai do art. 3º do CPP, determina que seja assegurada às partes a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Esse dispositivo quer consagrar a isonomia processual, posto que as partes em litígio devem ocupar posições de equilíbrio na relação processual, podendo elas ter aptidão plena ao exercício de seus ônus, deveres, faculdades e direitos processuais.

Há uma preocupação evidente do CPC com a isonomia processual, tanto que a parte final do art. 7º atribui ao juiz o dever de assegurar o contraditório das partes, especialmente nas hipóteses em que uma delas não está na plenitude de suas faculdades.

Uma outra derivação do contraditório é extraída do art. 9º, também do Código de Processo Civil, quando é refutada a possibilidade de uma decisão ser proferida contra uma parte sem que ela tenha a prévia oportunidade de se manifestar. O contraditório prévio à decisão judicial, ou melhor, o diálogo entre as partes e o juiz é característica vital na estruturação do processo civil.

---

20 Quando aborda a questão do objeto do contraditório Fazzalari explica: “È costituito da questioni relative alle stesse attività processuali: se siano ammissibili (rectius, leciti o doverosi), pertinenti, utili uno o più atti da svolgere (ad esempio, nel processo giurisdizionale civile, la questione dell'ordine d'integrazione del contraddittorio; quella dell'ammissione di una prova; quella della dichiarazione d'invalidità di un atto processuale; della sua rinnovazione). Anche le questioni cosiddette di merito concernono il compimento di un atto processuale: precisamente dell'atto finale, del provvedimento (ancora nel processo civile, la questione di merito culminante è se il giudice debba emettere il provvedimento giurisdizionale richiesto, o rifiutarlo.” (FAZZALARI, 1992, p. 87-88).

Podemos apontar, no mesmo sentido, alguns dos procedimentos especiais penais (Juizados Especiais Criminais, Lei de Drogas, crimes praticados por funcionários públicos e Lei n. 8.038/1990) que determinam o contraditório prévio ao recebimento da denúncia, por meio de Resposta ou Defesa Preliminar.

Não obstante o legislador civil preconizar o contraditório, fica claro o seu entendimento de que o dogma da audiência bilateral não é absoluto e, por isso, permite-se, no parágrafo único do art. 9º do CPC, exceção à regra nos casos de tutela provisória de urgência, nas hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, II e III, e na decisão proferida em sede de Ação Monitória, nos termos do art. 701.

O processo penal possui regra semelhante no art. 282, § 3º, do CPP, quando determina o prévio contraditório por ocasião do deferimento de medida cautelar, só podendo essa exigência ser excepcionada no caso de urgência ou perigo de ineficácia da medida e nos ritos em que a apresentação da Resposta ocorre após o recebimento da denúncia (procedimentos ordinário, sumário e júri).

Advirta-se que em ambos os casos – processo civil e processo penal – não se está a proibir o contraditório. O que pretendem os códigos é postergá-lo para momento posterior à decisão judicial, pois o legislador entende que nessas hipóteses há a necessidade de pronta intervenção do Poder Judiciário, transferindo o exercício do contraditório para outro momento, sem que isso implique o seu afastamento. É uma verdadeira ponderação entre a garantia do acusado e a necessidade de um provimento jurisdicional imediato.

Ainda que com contraditório prévio ou postergado, somente com uma participação ativa da defesa, mediante a busca e o consequente fornecimento de elementos de formação do convencimento, é que se permitirá um contraditório eficaz, capaz de influenciar o juiz no momento inicial da imputação (recebimento da denúncia), na definição do *thema probandum* durante a instrução processual e na fase final com o julgamento da causa.

Diante desse contexto procedimental, percebe-se também a importância da ampla defesa, seja na sua vertente autodefesa ou no aspecto defesa técnica. Em ambos os desdobramentos do princípio é natural compreendê-lo como a possibilidade de busca e produção das fontes de prova que possam ter utilidade ao caso concreto<sup>21</sup>.

---

21 “Trata-se o direito à prova de “concessão aos sujeitos parciais (no processo penal, de *persecutio criminis*) de idênticas possibilidades de oferecer e materializar, nos autos, todos os elementos de convicção demonstrativos da veracidade dos fatos alegados, bem como de participar de todos os atos probatórios e manifestar-se sobre os seus respectivos conteúdos; e descartando-se, na expressão de Barbosa Moreira, qualquer

Torna-se natural concluir que, por trás da ampla defesa e do contraditório, é possível desdobrar uma série de direitos e garantias, dentre as quais a possibilidade de investigação defensiva como substrato do direito à produção probatória, esse último derivado do devido processo legal<sup>22</sup> e da paridade de armas<sup>23</sup>.

O contraditório também exerce seu papel axiológico na investigação criminal defensiva na medida em que a pesquisa desempenhada pela defesa nada mais é do que uma resposta à atividade persecutória punitiva<sup>24</sup>.

Em síntese de tudo o que foi exposto, o direito à prova é verdadeiro desdobramento dos princípios da ampla defesa e do contraditório<sup>25</sup> e a investigação criminal defensiva se insere como um procedimento defensivo dirigido à atividade probatória e com propósitos próprios a serem avaliados pela defesa técnica e com momentos não estanques para sua realização.

---

disparidade no deferimento ou indeferimento de sua apresentação ou produção. Consequentemente, impõe-se ao legislador, a par da assecuração, aos agentes estatais da persecução penal e ao imputado, de absoluta igualdade no direito de obter ou produzir provas dos fatos perquiridos, estatuir normas determinantes de que: a) quando necessário, o indiciado, acusado ou condenado necessitado não sofra, de que modo seja, limitação em sua atividade probatória; e b) o órgão jurisdicional, independentemente das provas produzidas pelas partes, e inquisitivamente, proveja à realização daquelas por ele tidas como indispensáveis à descoberta da verdade material.” (SAAD, 2004, p. 345).

22 “*Por consiguiente, el derecho a presentar todos los medios de pruebas relevantes que estén al alcance de las partes es un aspecto esencial del derecho al debido proceso y debe reconocerse que pertenece a las garantías fundamentales de las partes.*” (TARUFFO, 2008, p. 56).

23 “O direito fundamental à investigação defensiva, portanto, pode ser duplamente fundamentado: (a) no direito à prova defensiva, na medida em que o seu exercício em Juízo pressupõe prévia atividade investigativa; (b) na garantia da paridade de armas.” (MALAN, 2012, p. 290).

24 “A prova passa a ser um dos componentes do direito de defesa, o *direito de defender-se provando*, que não se exaure no direito de propor a sua produção, mas se completa com o direito de produzir todas as provas que potencialmente tenham alguma relevância para o êxito da postulação ou da defesa.

Mas a parte não pode ter prejudicado o seu acesso à tutela jurisdicional em razão da dificuldade de produzir a prova dos fatos que a ela interessam, em razão das regras que distribuem os ônus da prova. A doutrina e a jurisprudência vêm aconselhando, nesses casos, a inversão do ônus da prova, como meio de restabelecer o equilíbrio entre as partes no acesso à tutela jurisdicional efetiva, repudiando as chamadas *provas diabólicas*, ou de produção impossível, que põem uma das partes em indevida posição de vantagem, incompatível com a garantia do contraditório.” (GRECO, 2005b, p. 44).

25 “A jurisprudência brasileira é tranquila nesse sentido, falando na imprescindibilidade de se conferirem a ambas as partes todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória. E, se tal não ocorrer, fala a jurisprudência, genericamente, em cerceamento de defesa ou de acusação.” (GRINOVER *et al.*, 2006, p. 137-138).

A respeito da paridade de armas e do contraditório, é necessária a atenção para o alerta doutrinário<sup>26</sup>:

O desempenho de investigação defensiva abre também um leque enorme de oportunidades, especialmente em crimes conexos às infrações administrativas, em que há o exercício de atividade sancionadora em instâncias diversas. Nesses casos, o papel defensivo poderá abreviar a discussão administrativa e, até mesmo, evitar a persecução penal, como é o caso de alguns crimes tributários, cuja instauração da ação penal é condicionada à constituição do crédito tributário.

A importância da atuação defensiva em procedimentos dessa natureza decorre do fato de que muitos deles geram repercussões no campo do Direito Penal, inclusive com a tipicidade de determinados comportamentos, diante do potencial sancionador visto no capítulo antecedente.

Pensamos que a interpretação do princípio da legalidade pode nos dar um norte e permitir a sua adequação às regras de investigação criminal. Compreenda-se, então, que o sistema jurídico não contém regras que vedem a investigação defensiva, o que significa que ela pode ser exercida a partir da interpretação da função processual da defesa técnica e das prerrogativas conferidas aos advogados e membros da Defensoria Pública.

Estamos, na verdade, em um momento normativo de sombras, em que cabe ao legislador definir os estreitos limites da atuação defensiva com vistas à sua própria segurança, evitando-se a incidência de figuras típicas como nos casos em que a defesa esteja agindo de boa-fé, sujeitando-se a transtornos derivados de equívocos interpretativos por parte dos agentes estatais.

No entanto, essa zona de penumbra não representa um obstáculo à realização da investigação defensiva, mas apenas um alerta a quem a realiza, daí a necessidade de se enxergar uma capacidade normativa plural. Ainda que anseie pela regulamentação a nível legislativo, os órgãos de defesa podem avançar seus primeiros passos no trato do tema.

Na sequência deste capítulo trataremos uma abordagem segmentada em dois eixos, um deles demonstrando como é possível realizar a investigação com suporte nas normas atualmente vigentes e, ao mesmo tempo, um segundo eixo propositivo de modificações normativas para a definição dos limites da

---

26 *BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. Defesa criminal efetiva na América Latina: resumo executivo e recomendações. São Paulo: ADC, 2016. P. 91.*

atividade defensiva, sem que a proposta de *lege ferenda* represente prejuízo à imediata realização de atos de identificação das fontes de prova<sup>27</sup>.

## 5.2 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: O GRANDE POTENCIAL DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Diante da construção teórica que se expôs até agora na presente tese, é possível iniciarmos a reflexão sobre o desenvolvimento de uma investigação criminal defensiva em nosso sistema jurídico. Parece-nos que o ponto de partida compreende o que deve ser considerado como investigação defensiva para o nosso sistema jurídico.

O conceito trazido por Édson Luís Baldan é pertinente, quando o autor afirma<sup>28</sup>:

Investigação defensiva é o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial.

Estamos de acordo com a proposição sugerida pelo autor, mas com o acréscimo de que a investigação defensiva pode também ser realizada em favor de outros sujeitos processuais, a exemplo da vítima nas suas mais variadas posições (querelante e assistente de acusação).

O dicionário descreve os diversos significados da palavra “defesa”, dentre os quais: ato de defender(-se), de proteger(-se); capacidade de resistir a ataque(s), guarda, resistência; meio ou método de proteção (individual ou coletiva); argumento de reforço ou justificativa, alegação, justificação; conjunto de fatos e métodos adotados por um réu contra quem é movida queixa-crime ou outra ação qualquer<sup>29</sup>.

27 “No Brasil, o art. 14 do Código de Processo Penal permite ao indiciado requerer diligências, ficando a sua realização na dependência do arbítrio da autoridade policial. Não há previsão sobre a possibilidade de o investigado obter elementos de prova para sua defesa. Nem está ele impedido de investigar. O exemplo do que ocorreu na Itália mostra ser necessária, entre nós, maior participação da defesa na investigação, evitando-se que o avanço para essa etapa do Ministério Público represente excessivo desequilíbrio de forças entre a acusação e a defesa.” (FERNANDES, 2005, p. 328).

28 (BALDAN, 2007, p. 269).

29 (FERREIRA, 2010, p. 222).

Todos os significados possuem um ponto de coesão: uma postura passiva de resistência a uma atividade ou comportamento. O que pretendemos é reconstruir neste capítulo, do ponto de vista jurídico, o significado do verbo “defender-se”, para caracterizá-lo como um comportamento reativo, derivado da incidência dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do direito à prova.

Defesa, portanto, não representa apenas a resistência a uma pretensão, mas a conduta proativa de agir na tutela dos interesses do defendido, não só no aspecto da apresentação de argumentos, mas também na pesquisa e identificação de fonte de provas, o que ocorrerá a partir do exercício da atividade investigativa.

No contexto da investigação defensiva, é importante destacar que a atividade de coleta de elementos informativos guarda relação direta com o direito à produção probatória, de modo que a prévia regulamentação sobre o tema seria despicienda, já que a falta de norma sobre a procedimentalização desses atos não representa obstáculo ao seu exercício, conforme advertência feita por Andrea Scella<sup>30</sup>:

Além disso, observou-se que uma disciplina da investigação de defesa pode não ser estritamente necessária, desde que isso assuma a forma de toda uma série de atividades posicionadas fora do contexto processual. Embora precisa, a pesquisa não parece afetar a necessidade de uma previsão específica das maneiras pelas quais os resultados da pesquisa são usados. Procedendo por ordem, deve-se ressaltar, no entanto, que, de maneira correta e apropriada, o art. 38 das disposições de atuação considera o poder de investigação do defensor como uma das condições de eficácia do direito a prova. É então salientado que o direito de buscar pessoas que contribuam para o esclarecimento dos fatos que são objeto do procedimento constitui um elemento essencial desse poder. (tradução livre)

Ademais, ainda que haja relação com o tema probatório, a atividade defensiva não necessariamente se dirigirá a uma dialeticidade com a investigação policial ou ao suporte da defesa na ação penal. Muito mais do que isso, pode ela ser exercida para fornecer subsídios em qualquer fase ou grau

---

30 “Peraltro, è stato osservato che a rigore potrebbe non essere strettamente necessaria una disciplina dell’indagine difensiva, posto che questa si concretizza in tutta una serie di attività che si posizionano al di fuori del contesto procedimentale. Ancorché esatto, il rilievo non pare scalfire la necessità di una specifica previsione dei modi di impiego delle risultanze di tale indagine. Procedendo per ordine, si deve comunque sottolineare che, in maniera quanto mai corretta ed opportuna, l’art. 38 disp. att. considera il potere di investigazione del difensore come uno dei presupposti di effettività del diritto alla prova. Viene poi puntualizzato che la facoltà di conferire con le persone a conoscenza dei fatti oggetto del procedimento costituisce una componente essenziale di quel potere.” (SCELLA, 1993, p. 1174).

procedimental, inclusive para eventual embasamento de uma revisão criminal ou para aspectos na seara da execução penal<sup>31</sup> (formas não prisionais de cumprimento de pena), sendo verdadeiro reflexo da paridade de armas<sup>32</sup>.

Dentre seus vários escopos<sup>33</sup>, a investigação defensiva se prestará a permitir a coleta de elementos que forneçam a construção de teses defensivas baseadas em certos fatos; favorecer a aceitação dessas teses defensivas<sup>34</sup>; permitir a formação de um percurso defensivo no processo quando o agente tenha parcela de responsabilidade pelo fato praticado; desanuviar a percepção da defesa quanto à oportunidade e conveniência na aceitação de institutos despenalizadores; antecipar a visualização de futuras colidências de defesa entre acusados; refutar a validade de provas produzidas pela acusação; ou até mesmo na própria elucidação da conduta criminosa, nesse caso, situação mais comum quando a vítima quiser participar da apuração por meio de investigação própria.

A partir desses objetivos, a defesa realiza diligências com o propósito exclusivo de identificar elementos que possam favorecer a sua situação jurídica, sem a necessária preocupação com a apuração da verdade. Poderá, entretanto,

---

31 *“vi si prevede che le investigazioni difensive possano attivarsi anche a prescindere dalla pendenza di una procedura giudiziaria e in funzione di un suo successivo possibile avvio. L’esercizio del diritto di difesa – nel senso ampio, fatto proprio dall’art. 24 co. 2 Cost – perimetra, dunque, il generale trapezio delle finalità delle investigazioni, le quali possono così, essere svolte in ogni stato e grado del procedimento, nell’esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione.”*

32 “O esforço dirigido ao fim de configurar novos procedimentos reclama a organização de um modelo epistêmico presidido por princípios éticos que são favorecidos pela adoção do dispositivo da Discovery.

A paridade de armas sucumbe na hipótese de a acusação, por si ou através da polícia, vir a dispor de amplo conjunto de informações e este acervo terminar sonogado à defesa, ainda que parcialmente, porque não foi devidamente resguardado ou até porque foi suprimido.” (PRADO, 2014, p. 57).

33 “Por ultimo, se as investigações judiciárias pecam por serem muitas vezes centradas na solução do crime, ao invés de serem dirigidas em função das necessidade de prova especificamente impostas pela lei processual penal para a condenação efectiva dos eventuais agentes do crime, pelo contrário, as investigações criminais levadas a cabo pelo próprio arguido deverão ser sempre preferencialmente dirigidas para a comprovação dos factos que depende a sua Defesa e não à solução crime, propriamente dita, pelos menos enquanto tal não for tido por necessário.” (OLIVEIRA, 2008, p. 57-58).

34 *“However, defense investigators generally do not need to determine if a crime was committed. Nor do they generally need to determine who has committed the crime. Defense investigations are often focused on specific issues, the goal being to uncover evidence to support that someone did not commit the crime. Specifically, that the defendant charged with the crime is not guilty.”* (PERRON, 1998, p. 1-3).

agir imbuída no espírito de clarificação da verdade, trazendo ao conhecimento da acusação informações negligenciadas pelos órgãos de Polícia Judiciária<sup>35</sup>, de acordo com a impressão de Susan Haack:

A atividade de um investigador é descobrir a verdadeira resposta à sua pergunta; portanto, sua obrigação é buscar as evidências que ele puder e avaliar o mais razoavelmente possível. Então, novamente, estritamente falando, “investigador desinteressado e imparcial é meio que um pleonasmismo; um investigador interessado e tendencioso e um oximoro. Mas na vida real, obviamente, é muito mais confuso. Provavelmente ninguém é de integridade intelectual sólida, e até os mais honestos inquiridores têm seus preconceitos e pontos cegos; e um defensor ansioso para evitar ser pego de surpresa pode perguntar com escrupulosa meticulosidade. (tradução livre)

Como bem destaca Brandon A. Peron:

Em um mundo perfeito todos os crimes seriam investigados aprofundadamente. Cada indício seria analisado e nenhuma pedra deixaria de ser remexida. No entanto, não estamos em um mundo perfeito. Assim, a investigação criminal defensiva é frequentemente suportada pela necessária responsabilidade de lançar luz onde outros desejem que permaneça a escuridão<sup>36</sup>.

As vantagens da investigação desenvolvida pela defesa serão inúmeras. Com um maior aproveitamento do tempo entre a data do fato e o trânsito em julgado da causa, permitir-se-á que a defesa exerça maior intervenção nos estágios iniciais, em que os elementos de formação do convencimento estão com maior frescor, proporcionando uma imediatidade entre a prática de atos investigativos e a presença da diligência.

---

35 “An inquirer’s business is to discover the true answer to his question; so his obligation is to seek out what evidence he can and assess it as fairly as possible. So, again strictly speaking, ‘disinterested, unbiased inquirer is kind of a pleonasm, and interested, biased inquirer an oxymoron. But in real life, obviously, it’s a lot messier. Probably nobody is of rock-solid, across-the-board intellectual integrity, and even the most honest inquirers have their prejudices and blind spots; and an advocate anxious to avoid being blindsided may inquire with scrupulous thoroughness.” (HAACK, 2014, p. 30).

36 “In a perfect world every crime would be investigated thoroughly. Every lead would be pursued leaving no stone unturned. However, ours is not a perfect world. Therefore, criminal defense investigators are often shouldered with the awesome responsibility of bringing to light what others may not want to be uncovered.” (PERRON, 1998, p.vii).