



SANTOS, Alexandre Cesar. **Investigação criminal defensiva**: direito fundamental à produção da prova na persecução penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2022, 221 p.

**RESUMO:** O objetivo desta resenha é apresentar a obra “Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal” de Alexandre Cesar dos Santos. Na obra o autor apresenta o conceito de investigação criminal defensiva, análise de normas estrangeiras, dificuldades de concretização prática no direito interno e as perspectivas futuras do instituto.

**PALAVRAS-CHAVE:** investigação criminal defensiva; garantismo penal; princípios constitucionais; prova.

## O DIREITO FUNDAMENTAL À PRODUÇÃO DA PROVA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Cristóvão de Souza Brito<sup>1</sup>

Welton Roberto<sup>2</sup>

### 1 NOTAS INICIAIS

Alexandre Cesar dos Santos é graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), pós-graduado (latu sensu) em Ciências Penais e em Direitos Humanos e Segurança Pública. É também mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), ocupando atualmente o cargo de delegado de polícia do Estado de Alagoas.

<sup>1</sup> Analista Jurídico no Tribunal de Justiça de Alagoas. Pós Graduado em Direito Processual Civil - UFAL. Doutorando em Ciências Jurídicas UMSA. Ar.

<sup>2</sup> PhD pela Universidade de Pavia - Itália - em Justiça Penal Internacional. Doutor em Processo Penal pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Mestre em Processo Penal pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL. Professor Adjunto da Universidade Federal de Alagoas - Graduação e Pós-Graduação.

A obra “Investigação Criminal Defensiva: direito fundamental à prova na persecução penal” traz uma temática desafiadora para o autor, ou seja, quebra todos os paradigmas e preconceitos que podem envolver um delegado de polícia a reconhecer o direito fundamental do investigado em produzir a prova na apuração do delito.

E é justamente sobre essa perspectiva que Alexandre se debruça, procurando sob a teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, demonstrar a presença do direito fundamental à produção da prova pelo investigado, conferindo-lhe o exercício do contraditório e ampla defesa no inquérito policial.

Para fincar bases teóricas e normativas sólidas, o autor estabelece conceitos sobre o instituto, faz análise do direito comparado e sua aderência ou similitude com o direito pátrio, registra as dificuldades e perspectivas, buscando através de sua pesquisa confirmar a existência do direito constitucional de se defender provando na investigação criminal, seja por princípios implícitos ou explícitos extraídos da Constituição.

O diálogo com os autores se apresenta interessante, na medida em que adota referenciais garantistas, a exemplo do próprio Luigi Ferrajoli, Welton Roberto, Aury Lopes Junior, Rosmar Rodrigues Alencar, Ingo Wolfgang Sarlet, entre outros, mas sem esquecer de citar os autores de posições contrárias.

Escrever sobre o exercício do contraditório e ampla defesa na investigação criminal é tarefa das mais difíceis, notadamente quando a doutrina clássica e jurisprudência majoritária tenham raízes fincadas na dispensabilidade e natureza administrativa do inquérito policial, principal espécie do gênero investigação.

## **2 O DILEMA INSTITUCIONAL: ENTRE O GARANTISMO PENAL E O PODER PUNITIVO**

Para o autor, a investigação criminal defensiva prescinde de uma base normativa que lhe dê sustentação para o exercício proativo na produção da prova, em paridade de armas com a acusação, com vistas à justa persecução penal, tendo em vista que o direito à defesa e à prova são axiomas da teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli.

Assim, a preocupação em estabelecer o elo entre o Garantismo e a investigação criminal defensiva passa inicialmente pela correta interpretação e conceituação sobre a teoria: um modelo normativo de direito, o que segundo Ferrajoli deve obedecer à estrita legalidade (2006, p. 785-786). Para Alexandre, trazer em sua obra a base teórica devidamente conceituada, permite ao leitor compreender que a adoção do Garantismo não é, nem de longe,

a adoção do abolicionismo, mas um conjunto de postulados destinados à limitação do poder estatal, considerando-se o investigado como sujeito de direitos.

Então, torna-se necessário relacionar o direito à defesa e à produção da prova a estes postulados, também denominados de axiomas. Dentre eles, o autor destaca o princípio do ônus da prova ou da verificação e do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade. Buscar provas favoráveis dotadas de fé pública e em condição paritária a quem está no polo passivo da investigação é o objetivo nodal da investigação criminal defensiva.

Essa mudança de paradigma é gradativa e vem sendo criticada e combatida por autores clássicos e parcela da jurisprudência nacional que ainda trazem a investigação criminal como procedimento meramente administrativo e dispensável, tendo como finalidade precípua e inarredável apenas servir de base à ação penal.

Nesse cenário, o livro traz postulados universais, tais como o devido processo legal, infelizmente mitigado pela proposta estatal de redução da criminalidade, fomentada numa política criminal de participação única do Estado enquanto responsável pela colheita do elemento probatório, sendo a defesa um participante coadjuvante, ou em determinados casos, apenas expectador e passivo. O sentido amplo trazido ao devido processo legal enquanto postulado básico do Estado Constitucional e Democrático de Direito nos leva à reflexão além da interpretação literal do exercício dos demais direitos somente na fase processual.

Registre-se, também, ser a jurisdicionariedade uma garantia que funciona como ponte na obra de Alexandre, uma vez que em diversos trechos, o mesmo destaca a presença de atos de controle jurisdicional pelo juiz, com participação do Ministério Público, tais como prisões processuais, medidas cautelares em geral, as quais necessitam da participação da defesa em intenso e claro exercício do contraditório, não somente deferido, mas aliado à prospectiva atividade defensiva na produção da prova.

Na obra, as críticas doutrinárias a este conjunto de postulados em favor do investigado são levantadas por alguns autores, como Douglas Fischer, para quem o Garantismo tem sido interpretado unicamente em seu aspecto negativo, restando ausente o plano positivo, na medida em que o Estado não deve conferir proteção deficiente à sociedade. Alia-se a este argumento a necessidade de combate à corrupção, sob o viés de que a proteção excessiva em favor do imputado dificultaria a atividade persecutória estatal em punir principalmente estes tipos de crime.

Inegavelmente, a construção desta premissa, além de não se coadunar com o direito de defesa, haja vista uma não influir na outra, parte de um contexto histórico de autoritarismo que remonta à própria história brasileira enquanto nação independente, desde as ordenações

do reino à aprovação do atual código de processo penal, o qual remonta a 1941, de índole fascista e clara influência italiana da época, paralelamente ao Código Rocco e de método tecnicista (Gloeckner 2018, p. 189).

Estabelecer os princípios constitucionais vigorantes na investigação criminal é passo fundamental para formar a base epistemológica e normativa que permeia a atuação defensiva na fase pré-processual. Inclusive, a formação da norma jurídica é trazida na obra como tarefa executada pelo intérprete a partir dos textos e enunciados fincados pelo direito positivo.

A ênfase no processo de produção material da norma jurídica, ou seja, concretizável não somente em atenção à formalidade, mas ao conteúdo que se extrai com a atividade hermenêutica, evidencia-se com a premissa de que a Constituição Federal de 1988 permite identificar princípios explícitos e implícitos. Por exemplo, o art. 5º, inciso LV, assegura que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. A abrangência do postulado à seara administrativa autoriza maximizar o direito fundamental ao investigado em sede de investigação preliminar, notadamente em atenção à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o autor traz como princípios constitucionais garantistas e necessários na investigação criminal o contraditório na produção da prova, o de não produzir prova contra si mesmo e a paridade de armas, logicamente, calcados no devido processo legal e na dignidade daquele que figura como investigado, mas sujeito de direitos.

Cabe ênfase à paridade de armas, originária do princípio da igualdade, para alguns, ou do contraditório, para outros, dá fundamento à atuação prospectiva da defesa. Implicitamente extraída da Carta da República, vem contemplada na obra como pura expressão do contraditório, mas que não se comprime somente na confrontação do elemento probatório produzido pela parte, seja em tempo real ou diferido, mas principalmente na possibilidade do investigado ir em busca deste mesmo elemento e apresentá-lo em pé de igualdade com o órgão estatal persecutório.

Assim, a base teórica da paridade de armas passa pela citação de Paolo Ferrua, retratada como pressuposto da inalienabilidade, inviolabilidade e inderrogabilidade do direito de defesa, e traz a ideia principal do jurista ao destacar que a “injustiça de um procedimento é muito mais prejudicial do que a injustiça de uma decisão”. Logo, só resguardando a paridade entre defesa e acusação levaria ao justo processo.

Desse modo, a relação meio e fim entre o exercício efetivo do contraditório proativo e a paridade de armas pela defesa é condição primeira para a investigação criminal defensiva

se desenvolver eficazmente, aliada à superação do modelo inquisitivo e tradicional de proporcionar ao Estado a exclusiva produção da prova na fase preliminar. Registre-se, ainda, não ser este direito fundamental obstáculo à concretização do *jus puniendi*, tampouco fomento da impunidade, se considerada a releitura dos dispositivos processuais penais do código à luz dos direitos e garantias constitucionais presentes na Constituição.

### **3 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA**

Para Alexandre, o direito de se defender provando é a materialização da paridade de armas e justa persecução penal, na medida em que se põe à defesa o protagonismo na formação do elemento probatório e busca da verdade quando do momento de valoração pelo juiz, sendo determinante para absolvição ou condenação.

Logo, as premissas básicas são trazer o conceito de prova, como deve ser a mesma produzida e gerida pelo sistema processual adotado, o respeito à cadeia de custódia, bem como a definição das provas ilícitas e sua utilização pelas partes na persecução penal.

De início, verifica-se que o conceito de prova adotado é em sentido amplo, pois se retrata como verificação ou reconstrução do fato passado (Lopes Jr, 2016, p. 193), muito embora o autor mencione a distinção adotada pelo código de processo penal em seu art. 155 quando estabelece como prova somente a produzida em contraditório judicial, o que excluiria a possibilidade de utilização desta nomenclatura na investigação preliminar.

Assim, a dimensão atribuída ao direito de provar é extensa o suficiente para que a defesa possa participar na formação do convencimento do juiz em eventual ação penal, tornando paritária, e, sobretudo, justa a persecução penal desde o nascedouro. E essa justeza depende, logicamente, da gestão da prova no sistema processual adotado, o qual, segundo ao autor, tem melhor encaixe no acusatório.

O sistema inquisitivo, caracterizado pelo sigilo, escrita e inexistência de contraditório, não considera o investigado como sujeito de direitos, mas objeto de cuja investigação se tenha como prioridade confirmar a hipótese inicialmente levantada quanto ao cometimento do crime, e principalmente, sem controle na gestão do elemento inserido, dando margens à admissão de provas ilícitas.

Por outro lado, o sistema acusatório, caracterizado pela oralidade, separação de funções e maior participação das partes na produção da prova, permite uma relação dialética e

dinâmica, permeada pelo controle epistemológico e racional, dando-se garantias ao investigado de que as provas inseridas serão lícitas e em acordo com a Constituição.

O autor não deixa passar despercebido o sistema de persecução adversarial no *common law*, especificamente o inglês, fazendo análise comparada quanto ao protagonismo dado às partes na produção da prova, assim como a neutralidade do juiz, sem, contudo, esquecer de registrar as dificuldades enfrentadas pelos investigados mais vulneráveis economicamente, os quais não possuem condições de se manter em equilíbrio com o Estado perseguidor.

Quanto à cadeia de custódia da prova, traz autores importantes sobre o tema, tais como Geraldo Prado e Rosmar Rodrigues Alencar, entrelaçando o controle epistêmico relacionado à admissibilidade e integridade do elemento probatório e a caracterização da nulidade ou ilicitude e a consequência ou providência tomada.

Torna-se providencial o respeito ao conteúdo da evidência coletada quando do cometimento de um crime, porquanto a decorrência lógica será o atendimento ao devido processo legal, base na qual a defesa poderá ser prospectiva. Aliás, a obra coteja a dinâmica probatória para quem a defesa deve integrar a formação da prova e contribuir positivamente para a formação da convicção do magistrado (Roberto, 2021, p. 156).

Ainda nesta toada, o autor levanta posicionamentos polêmicos quanto à inadmissibilidade de provas ilícitas, rechaçando sua utilização pelo Estado, mas flexibilizando quando em favor da defesa, notadamente quando seja apta à demonstração de inocência do imputado, configurando-se verdadeira exceção cívica e histórica quanto aos direitos do homem (*status libertatis*) frente à observância da cadeia de custódia da prova e boa-fé objetiva.

#### **4 NOTAS FINAIS: INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA, LEGISLAÇÃO E PERSPECTIVAS**

Ao assentar como bases teóricas o garantismo penal e o direito fundamental à prova em atendimento ao devido processo legal, o autor analisa a investigação criminal defensiva nos Estados Unidos e na Itália, registrando a base histórico-normativa destes países, bem como as similitudes com o Brasil.

Sobre os Estados Unidos, verifica-se protagonismo da defesa em realizar atividades probatórias por autoridade própria, mas seguindo os parâmetros da mesma aquisição daquelas

obtidas em Juízo. Não impede, entretanto, que o investigado formule seu caderno investigativo e junte aos autos.

Cabe sublinhar de forma interessante o confronto entre a investigação criminal defensiva e o instituto do *PleaBargain*, alternativa de redução da jornada processual mediante acordo entre a acusação e defesa, posteriormente homologado pelo juiz. É de se ver a constatação de incompatibilidade entre os mesmos, uma vez que, conforme assentado no início da pesquisa, o contraditório, ampla defesa, direito de não se autoincriminar e paridade de armas permeiam a investigação criminal defensiva, esvaziando-se quando o investigado resolve transacionar com a acusação.

A incompatibilidade não se resume somente aos princípios, mas ao próprio fator ético, na medida em que o advogado se compromete em buscar provas de interesse de seu constituído, dotadas de sigilo e características peculiares que não devem ser compartilhadas. Neste ponto, menciona-se a regulamentação administrativa feita pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, através do Provimento nº 188, de 11 de dezembro de 2018, a qual estabelece no art. 5º o dever de preservação do sigilo pelo advogado quanto às informações colhidas.

Cuidadosamente, também se presencia o risco de falsas delações, a fim de penalizações mais brandas e em clara mitigação, ou até eliminação, dos direitos e garantias fundamentais processuais penais, gerando retrocessos quanto ao sistema acusatório, uma vez que se baseia eminentemente na colheita da confissão como ponto de partida.

Sobre a Itália, cumpre destacar a previsão legislativa encartada no Código de Processo Penal Italiano, em seu art. 327-bis, autorizando a defesa a buscar elementos de prova, em qualquer fase da persecução penal, conferindo independência e paridade. “O advogado tem a prerrogativa funcional de requisitar diretamente informações e fontes de provas de órgãos oficiais, desde que, relacionados com a investigação” (p. 160). Outro ponto importante é a participação da defesa na apuração do crime, dirigindo-se ao local e podendo realizar perícias através de profissionais competentes, o que aumenta o contraditório real e diminui riscos de manipulação do elemento probatório.

A investigação criminal defensiva é espécie do gênero investigação criminal, caracterizando-se pela possibilidade autônoma da defesa de buscar elementos probatórios na fase preliminar de investigação, em juízo ou até após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, podendo conferir a revisão criminal como alternativa a restabelecer direitos do imputado. Possui como características a autonomia e instrumentalidade, na medida em que o caderno investigativo é elaborado independentemente da investigação pública, assim como as

técnicas utilizadas variam conforme o tipo de crime apurado, e tem como fim atingir a verdade do fato ocorrido.

Dentre os objetivos, o autor sintetiza suas atenções à produção da prova favorável ao imputado, de modo que a elucidação do crime, materialidade e demais circunstâncias continuem sob responsabilidade da atuação estatal. No entanto, a investigação criminal defensiva não deixa de ter amplitude, cuja abrangência se inicia desde o cometimento do delito, percorre a investigação e o processo, chegando-se até o trânsito em julgado, sem prejuízo da revisão criminal.

A garantia da investigação criminal defensiva funciona como equilíbrio entre as garantias constitucionais do imputado e o “combate ao crime, com o alinhamento dos postulados do devido processo legal” (p. 169). Como corolário, tem-se no imputado um sujeito de direitos e não objeto da investigação.

Outra finalidade é reduzir a desigualdade entre acusação e defesa, e assim, fomentar a paridade de armas, o que trará ampliativamente a concretização do direito de defesa. Um obstáculo encontrado a esta sedimentação de direito constitucional é o eficientismo penal, o qual procura atender pautas sociais sob o crivo do punitivismo.

Para Alexandre, há dificuldades a serem superadas. Inicialmente, o plano legislativo é o ponto de partida, já que o Ministério Público pode investigar, enquanto a defesa pende de aprovação do projeto de lei nº 156-2009 – Novo Código de Processo Penal. A existência da sumula vinculante nº 14 do STF ainda não é suficiente, pois garante somente o contraditório deferido. Embora a lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016 tenha acrescido o inciso XXI ao art. 7º da lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 – Estatuto da OAB, garantindo a assistência do advogado aos clientes assistidos na apuração de infrações, sob pena de nulidade do depoimento ou interrogatório, ainda se configura tímida a mudança para a regulamentação necessária a este direito constitucional de se defender provando.

Outras dificuldades apontadas são a estrutura estatal de suporte à Defensoria Pública, na maioria das vezes sobrecarregada com milhares de processos, bem como da vulnerabilidade financeira do imputado, o qual também na maioria das vezes, não tem como contratar o aparato de profissionais necessários à colheita da prova. É preciso lembrar que a investigação de um crime pode demandar inúmeras áreas do conhecimento, tais como contábil, médico-legal, tributária, econômica, e nem sempre os investigados terão como contratar os peritos respectivos.

Ademais, some-se a isso a descredibilidade dada pelo Estado ao investigado, pesando sobre ele a possibilidade de falseabilidade na colheita da prova, notadamente testemunhal, o

que desviaria sobremaneira o trabalho investigativo. Ainda, segundo o autor, a defesa enfrenta o eficientismo oriundo do direito penal simbólico e de emergência, transformando o direito penal em política criminal única, ou pelo menos a principal, de combate à criminalidade.

A obra de Alexandre Cesar dos Santos é muito importante para essa nova perspectiva de investigação criminal, no caso, sob o ângulo da defesa, calcada nos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, direito de não se autoincriminar e paridade de armas, uma vez que sob a teoria do garantismo penal, torna-se possível equilibrar a relação entre investigado e Estado persecutório, evitando abusos e arbítrios, bem como penalizações injustas.

## REFERÊNCIAS

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: TirantloBlanch, 2018.

ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. 2. ed, rev, ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SANTOS, Alexandre Cesar. **Investigação criminal defensiva**: direito fundamental à produção da prova na persecução penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2022.