

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA - CAMPUS GOVERNADOR
VALADARES**

LAURIANE CARVALHO ROCHA

**INSTITUCIONALIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA DENTRO DA
DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL: UTOPIA OU REALIDADE?**

Governador Valadares

2021

LAURIANE CARVALHO ROCHA

**Institucionalização da investigação defensiva dentro da Defensoria Pública no Brasil:
Utopia ou realidade?**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao departamento de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora *campus* Governador Valadares, como requisito parcial para obtenção da graduação em Direito.

Orientador: Prof. Me. João Guilherme Gualberto Torres

GOVERNADOR VALADARES

2021

Lauriane Carvalho Rocha

**Institucionalização da investigação defensiva dentro da Defensoria Pública no Brasil:
Utopia ou realidade**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao departamento de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora *campus* Governador Valadares, como requisito parcial para obtenção da graduação em Direito. Área de concentração: Processo Penal

Aprovada em 10 de março de 2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. João Guilherme Gualberto Torres - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ma. Júlia Silva Vidal
Universidade Federal de Juiz de Fora

Me. Nicolás Bortolotti Bortolon
Defensoria Pública da União

RESUMO

O presente trabalho analisa a investigação no modelo de persecução penal brasileira pressupondo a necessidade do desenvolvimento de uma defesa proativa no tocante à coleta de fontes de prova e elementos probatórios favoráveis à pessoa investigada ou acusada, como corolário do direito à defesa técnica. A investigação direta pela defesa é justificada pelos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, pelo direito à prova e à defesa penal efetiva, conforme previsto em tratados internacionais, normas infraconstitucionais e atos administrativos. Considera-se a Defensoria Pública como instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, instrumento da democracia, incumbida da promoção dos Direitos Humanos. Por conseguinte, é indispensável que tal prática seja institucionalizada dentro de seus núcleos, tornada habitual na rotina processual dos defensores e seus auxiliares. Para tanto, é necessário pensar em mudanças estruturais e culturais a longo e médio prazo, haja vista que a instituição enfrenta diversas dificuldades no desempenho de suas atividades. Mesmo com os entraves, o exercício da investigação defensiva dentro da Defensoria não pode ser visto como algo utópico. O processo de institucionalização já está em andamento em alguns núcleos, evidenciando que na verdade o elemento primordial, levando em conta o cenário atual, é o empenho pessoal, a criatividade, a proatividade, a busca por inovações e a consciência do real papel da defesa técnica no processo penal.

Palavras-chave: Investigação Defensiva. Defensoria Pública. Defesa técnica penal efetiva.

Provas.

ABSTRACT

This work analyzes the investigation in the Brazilian criminal prosecution model assuming the need to develop a proactive defense regarding the collection of evidence sources and evidence favorable to the person investigated or accused, as a corollary to the right to technical defence. The direct investigation by the defense is justified by the constitutional principles of broad defense and the contradictory, the right to proof and effective criminal defense, as provided for in international treaties, infraconstitutional rules and administrative acts. The Public Defender is considered as a permanent institution essential to the judicial function of the State, an instrument of democracy, responsible for the promotion of Human Rights. Therefore it is indispensable that such practice be institutionalized within its nuclei, made customary in the procedural routine of the defenders and their assistants. For this, it is necessary to think about structural and cultural changes in the long and medium term, given that the institution faces several difficulties in the performance of its activities. Even with the obstacles, the exercise of defensive investigation within the Defender's Office cannot be seen as something utopian. The institutionalization process is already underway in some nuclei, showing that in fact the primordial element, taking into account the current scenario, is personal commitment, creativity, proactivity, the search for innovations and awareness of the real role of technical defense in criminal proceedings.

Keywords: Defensive investigation. Public Defender's Office. Effective penal technical defense. Evidence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABA	American Bar Association
ADO	Ação de Inconstitucionalidade por Omissão
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
ANADEP	Associação Nacional De Defensores Públicos
ART	Artigo
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CONADEP	Congresso Nacional das Defensoras e Defensores Públicos
CONDEGE	Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP	Código de Processo Penal
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DP	Defensoria Pública
DPE	Defensoria Pública do Estado
DPU	Defensoria Pública da União
EC	Emenda constitucional
EOAB	Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil
EUA	Estados Unidos da América
FGV	Fundação Getúlio Vargas
HC	Habeas Corpus
LC	Lei Complementar

LEP	Lei de Execução Penal
MP	Ministério Público
NUSPEN	Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PAD	Procedimento Administrativo Disciplinar
PIC	Procedimento Investigatório Criminal
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
VPI	Verificação de Procedência de Informações ou Verificação Preliminar de Inquérito

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
1.1 ASPECTOS METODOLÓGICOS	12
1.2 PREMISSAS TEÓRICAS	15
2 DIREITO À DEFESA TÉCNICA PENAL EFETIVA.....	18
3 A ATIVIDADE INVESTIGATIVA NA PERSECUÇÃO PENAL	22
3.1 QUEM DETÉM PODERES INVESTIGATIVOS NO PROCESSO PENAL?.....	24
3.2 MOMENTOS DA INVESTIGAÇÃO	26
3.2.1 Atos de investigação antes do processo.....	26
3.2.2 Atos de investigação paralelos ao processo	28
3.2.3 Atos de investigação depois do trânsito em julgado	29
4 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA	32
4.1 ÓBICES E CRÍTICAS À ATUAÇÃO INVESTIGATIVA DA DEFESA.....	34
4.2 AMPARO NORMATIVO EXISTENTE.....	35
4.3 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA EM OUTROS PAÍSES E SISTEMAS.....	41
4.4 POR QUÊ UMA LEGISLAÇÃO EXPRESSIVA SOBRE O TEMA?	42
4.5 VANTAGENS DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA.....	43
4.6 COMO DESENVOLVER UMA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA?.....	46
5 A DEFENSORIA PÚBLICA E A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA	51
5.1 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA PERSECUÇÃO PENAL	54
5.2 PREVISÕES NORMATIVAS ATINENTES AO TEMA.....	57
5.3 OBSTÁCULOS AO DESENVOLVIMENTO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA ..	62
5.4 É PRECISO MUDAR O “MIND SET” (MENTALIDADE)	70
5.5 COMO DESENVOLVER UMA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA DP?.....	73
5.6 É PRECISO PENSAR A MÉDIO E LONGO PRAZO	77
6 CONCLUSÃO.....	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	86

1 INTRODUÇÃO

Suites, The Good Wife e How To Get Away With Murder, a princípio ousa-se afirmar que tais nomes são conhecidos pelo leitor, mas a título informativo trata-se de séries fictícias de televisão. Mas o que elas têm em comum além do alto índice de visualizações e avaliações positivas? Personagens como Annalise Keating, Alicia Florrick e Harvey Specter são advogados atuantes em grandes escritórios que ao empenharem esforços na busca de elementos de prova visando à construção de um conjunto probatório a favor de seus clientes e obtendo sucesso nas demandas, ganharam o favoritismo dos telespectadores e despertaram em muitos o fascínio pela defesa e pela investigação. Ainda, todas as séries citadas retratam o trabalho de equipes multidisciplinares compostas por, além de advogados, investigadores, peritos e *experts* em várias áreas que vão ao local dos fatos, entrevistam testemunhas, coletam dados e elaboram laudos técnicos.

Apesar de tais séries serem relativamente novas, as produções que se dedicam a retratar o tema da investigação e coleta de provas não é recente, contudo, um ponto importante merece ser destacado: todas as produções mais famosas são estadunidenses. Esse é um ponto importante, pois embora as séries citadas sejam fictícias¹ o enredo é baseado na sistemática da persecução penal daquele país onde a investigação criminal conduzida pela defesa possui maior expressão e, infelizmente, quando o telespectador brasileiro se depara com a realidade de seu país, por vezes acaba frustrado.

Isso porque em terras tupiniquins o termo investigação criminal é para muitos sinônimo de inquérito policial, e à defesa é conferido um lugar de passividade e reatividade. Poucas são as vezes em que a defesa técnica se antecipa ou despede esforços para buscar elementos fáticos a fim de promover uma captura psíquica do seu interlocutor em favor do seu constituinte. Nesse sentido, fala-se na perpetuação de uma “cultura de gabinete”² e isso se deve a muitos fatores que serão desmistificados e analisados no curso do trabalho. Tanto é que as séries brasileiras quase nunca se dedicam a roteiros que incluem advogados de defesa desenvolvendo atos investigatórios, pelo contrário, as produções, principalmente séries documentais, mostram a investigação desenvolvida pela polícia. Por exemplo, a série intitulada “Investigação

¹ Há documentários interessantes também que mostram o desenvolvimento da investigação direta pela defesa nos EUA de forma ainda mais realistas, como: “O DNA da justiça”, “Prescrição Fatal”, “*Long Shot*”, “Inocente: Uma história real de crime e injustiças”. Ou filmes que contam histórias reais como “Brian Banks: um sonho interrompido”, “*Just Mercy*” (Luta por justiça).

² BULHÕES, Gabriel. **Workshop Online De Investigação Defensiva**. 1 ed. Rio Grande do Norte. 2020

Criminal”³ aborda crimes que tiveram grande repercussão no Brasil por meio de entrevistas somente com familiares e amigos das vítimas, policiais, delegados e promotores.

Dito isso, considerando que “a arte imita a vida” observações como estas, além de servir para aproximar o leitor leigo do tema a ser desenvolvido, confirma uma realidade já observada por vários autores, qual seja, a ausência de base teóricas, de regulamentação e de uma cultura de desenvolvimento da investigação defensiva a qual respeito ao conjunto de atividade investigatórias desenvolvidas pela defesa e outros profissionais especializados durante a persecução penal com a finalidade de obter elementos de prova que influenciem positivamente na tutela de direitos do seu constituinte.

Tal definição é possível extrair do enunciado do art. 1º do Provimento 188/18 da Ordem de Advogados do Brasil (OAB), um marco histórico importante no presente trabalho, embora alguns autores defendam sua inutilidade até mesmo sua inconstitucionalidade. Primeiramente, sua importância é evidenciada por trazer à tona o debate teórico que há muito andava adormecido, mas que já era objeto de estudo de autores como José Barcelos de Souza, Édson Baldan, Diogo Malan e André Machado.⁴

Do ponto de vista legislativo, o provimento regulamentou, ainda que minimamente, o que já constava na redação inicial do Projeto de Lei do Senado (PLS) 156/2009 que visa reformar o Código de Processo Penal (CPP) em seu art. 14⁵ (art. 13 do Projeto de Lei (PL) 8.045/2010), mas que até o presente ano ainda está em tramitação. Além disso, foi a partir do provimento que vários advogados e defensores públicos tomaram conhecimento sobre o assunto, começaram a adotar uma postura mais proativa e o tema começou a ser mais

³“Os bastidores das investigações dos crimes que mais chocaram o Brasil. Todos os fatos e elementos desconhecidos de seus respectivos inquéritos são apresentados e ordenados com precisão por meio de entrevistas com peritos criminais, legistas, delegados e outros profissionais envolvidos nos casos.” (INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. **Adoro Cinema**. disponível em: <http://www.adorocinema.com/series/serie-24498/> Acesso em: 04 mar 2021.)

⁴ SOUZA, José Barcelos de. Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa. **Migalhas**. Migalhas de peso. 3 dez. 2004. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/8498/poderes-da-defesa-na-investigacao-e-investigacao-pela-defesa> Acesso em 02 set 2020. BALDAN, Édson Luís; AZEVEDO, André Boiani. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). **Jus.com.br**. abr. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8220/a-preservacao-do-devido-processo-legal-pela-investigacao-defensiva> Acesso em 02 set 2020; BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 64.. p. 253 – 273. jan-fev. 2007; MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010; MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 96. p. 279 – 309. mai-jun ,2012.

⁵ “Art. 14. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Parágrafo único. As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas.” BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645> Acesso em 30 ago 2020

desenvolvido nas universidades, prova disso é o aumento de Trabalhos de Conclusão de Curso sobre a referida temática.

Ressalta-se, contudo, que os grandes escritórios que atuam em maxiprocessos,⁶ ou que são bem remunerados para prestação do serviço e necessitam de estratégias que garantam competitividade, já possuem equipe multidisciplinar e desenvolvem atos investigatórios há muito tempo. Esses profissionais partem do pressuposto de que a atividade não é ilícita, pelo contrário deriva de bases constitucionais e convencionais, tais como princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório e do direito à prova. Ocorre que até mesmo esses profissionais sofrem com restrições quanto ao constante indeferimento de pedidos de produção de prova, à limitação de participação na fase da investigação preliminar, à disparidade de armas entre a defesa e a acusação, à (des) valoração dos elementos probatórios colhidos e quanto à estigmatização da defesa criminal. Assim, desse contexto é que nasce a discussão principal sobre necessidade de uma regulamentação expressiva para que a defesa técnica tenha segurança jurídica e seus atos investigatórios possam adquirir um mínimo de credibilidade externa.

Aqui é necessário fazer uma breve digressão para explicar o termo defesa técnica, o qual será amplamente utilizado. O direito de defesa garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), no art. 5º, inciso LV, desdobra-se em direito à defesa técnica e à defesa pessoal. Para cumprir o escopo do trabalho interessa aqui o primeiro desdobramento, ou seja, a defesa técnica é compreendida como o direito a ser assistido por um profissional habilitado, defensor ou advogado, em todos os atos processuais de forma efetiva, principalmente naqueles relacionados a matéria probatória. Tal garantia tem como principal objetivo propiciar equilíbrio funcional entre a defesa e a acusação, pois normalmente o sujeito passivo não tem condições de promover uma defesa efetiva, pela ausência de conhecimento técnico.⁷ No curso do trabalho, portanto, o termo “defesa técnica” será utilizado para referir-se à atuação do advogado e do defensor público na persecução penal.

Nessa perspectiva, a discussão sobre a investigação defensiva ganha um nível ainda mais profundo quando surge em tela a seguinte questão: como garantir aos hipossuficientes que

⁶“Os maxiprocessos, que podem ser inicialmente compreendidos a partir de algumas evidências, tais como, a privilegiada posição social dos investigados (em geral políticos e empresários), a utilização de meios de obtenção de informações tecnologicamente mais avançados e ocultos capazes de devassar a intimidade dos investigados, com a conseqüente espetacularização do processo (...).” (SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para fase investigatória na Operação Lava Jato. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 81-116, jan.-abr. 2020.)

⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 604

não contam com a estrutura de escritórios de advocacia, ainda que mínima, para uma defesa penal efetiva baseada no exercício da investigação defensiva? Ou melhor, como não tornar a investigação criminal defensiva um instituto elitista? ⁸

Aqueles que já conhecem a estrutura do Judiciário logo dirão: por intermédio da Defensoria Pública (DP). A resposta está correta, tendo em vista que à DP, dos Estados, da União e do Distrito Federal, cabe a assistência jurídica integral e gratuita aos vulneráveis e não apenas economicamente hipossuficientes. Mais que isso, a instituição tem a função de defender o Estado Democrático de Direito, promover os valores republicanos, dentro dos quais incluem a efetivação dos direitos fundamentais tais como a defesa penal efetiva.

No entanto, a DP padece das mesmas dificuldades que a advocacia no tocante a investigação defensiva, mas com contornos específicos, tendo em vista sua estrutura institucional totalmente diferente. Por exemplo, se por um lado os defensores possuem como prerrogativa não conferida aos advogados o direito de requisitar de autoridades públicas informações, documentos, esclarecimentos etc., por outro a atuação desses profissionais na fase pré-processual é quase inexistente ao contrário da defesa técnica privada, o que coloca em total desvantagem os investigados vulneráveis.

Este debate tem ganhado força no meio da advocacia criminal e a DP não pode ficar atrás, sob pena de ocorrer o que acontece na Itália, por exemplo. No referido país a investigação defensiva já está regulamentada, mas a ausência de um modelo de assistência jurídica gratuita garante o acesso a esse instrumento apenas às vítimas,⁹ visto que em grande medida somente estas pessoas têm condições financeiras para arcar com os custos de uma defesa técnica privada. Observa-se que manter tal postura no Brasil contribui para a manutenção das desigualdades e disparidade de armas, além de colocar em xeque os próprios objetivos da instituição, quais sejam: a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; a afirmação do Estado Democrático de Direito; a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

⁸ O debate sobre a investigação defensiva deve passar necessariamente “pela reflexão atinente ao fortalecimento da instituição de assistência jurídica aos necessitados, sob pena de a investigação criminal defensiva torna-se um instituto elitista, afastado do principal público alvo do processo penal”. (SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação Criminal Direta pela Defesa**. 2 ed. Salvador. Juspodivm. 2020. p. 441)

⁹ Live atuação da defesa na investigação penal com Mayara e Franklyn Roger. As Defensoras. 9 set. 2019. (56m38s). Disponível em: <https://youtu.be/RLUU2ElzjO4> . Acesso em: 29 ago 2020

1.1 ASPECTOS METODOLÓGICOS

Alguns autores, principalmente defensores públicos, já se atentaram para a problemática, objeto do presente estudo e iniciaram a produção teórica sobre o assunto. Congressos já incluíram palestras sobre tema e alguns estados já discutem internamente a regulamentação da investigação defensiva.

Portanto, este trabalho tem como objetivo geral a compreensão e localização do tema investigação defensiva e, a partir de pesquisa bibliográfica prévia, pretende-se reforçar as ideias e contribuir com produção teórica. Já o objetivo específico é analisar em que fase está o processo de institucionalização da investigação criminal defensiva no âmbito da DP, ou seja, tentar-se-á responder o seguinte questionamento: Os núcleos da DP são capazes de realizar investigação criminal defensiva nas condições atuais? Ou pelo menos estão aptos a iniciar o processo de institucionalização da prática em seus núcleos?

A ideia de institucionalização que será utilizada no trabalho vem da sociologia e tem relação com as teorias institucionais. Parte-se do entendimento de que a institucionalização de uma prática está relacionada aos processos de regulamentação e rotinização.¹⁰

Assim a regulamentação é uma ação do Estado e a rotinização, entendida como a naturalização de um hábito sem excluir a reflexividade, é a resposta a essa ação. Ou seja, uma prática é institucionalizada quando passa a ser parte da vida de um determinado grupo social, tornando um hábito, uma ação simples que não exige grande esforço no momento de tomar a decisão da ação, bem como sobre ela é exercido um controle social.¹¹ Sob essa perspectiva Alcântara ainda complementa que:

Entendo que quando uma prática se institucionaliza ela registra incentivo e apoio social por parte do grupo de referência. Torna-se, então, mais fácil optar por esta prática quando ela encontra-se devidamente regulamentada ou passa a ser considerada comum aos hábitos do grupo em questão, podendo ocorrer também as duas coisas simultaneamente.¹²

¹⁰ALCÂNTARA, Fernanda Henrique Cupertino. **Economia Solidária: o dilema da institucionalização**. São Paulo: Arte e Ciência, 2005.

¹¹BERGER, Peter L; LUCKMANN, Thomas. **A Construção Social da Realidade: Tratado de Sociologia do Conhecimento**. 24 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 80

¹²ALCÂNTARA, Fernanda Henrique Cupertino. A Tentativa de Institucionalização das Práticas Cooperativas. **XII Congresso Brasileiro de Sociologia**. UFMG. Belo Horizonte. 2005. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjy6_WRt4zrAhVPK LkGHWgzBWAQFjABegQIAxAB&url=http%3A%2F%2Fwww.sbsociologia.com.br%2Fportal%2Findex.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_download%26gid%3D1055%26Itemid%3D171&usg=AOvVaw3oQKi3Dtdp8rni_Mu-ByE. Acesso em 01 set 2020

Nesse sentido, Ventura expõe outros conceitos apresentados por diversos autores. Transcreve-se abaixo com intuito de delimitar melhor o conceito supracitado:

Segundo Vieira e Misoczky (2000), *Instituições e Institucionalização* têm sido definidos de diversas formas, em diferentes áreas do conhecimento. Para eles, uma abordagem sociológica desses conceitos parece adequada para os estudos organizacionais. Selznick, o precursor dessa abordagem, chamou de *processo de institucionalização* a forma pela qual as expressões racionais da técnica são substituídas por expressões valorativas compartilhadas no ambiente onde a organização opera (VIEIRA e MISOCZKY, 2000).

Para Jepperson (1991), instituições são definidas como uma ordem social ou padrão que adquire um certo estado ou propriedade. Ocorre que quando uma prática social é institucionalizada, em determinado contexto, torna-se parte da vida daquela comunidade. Então, institucionalização liga-se à idéia de permanência; assim, a prática que rapidamente é abandonada, que é “dispensada” em resposta a uma nova circunstância ou demanda, não tinha se institucionalizado (SELZNICK, 1996).

Para Meyer e Rowan (1983, p. 341), “institucionalização envolve o processo pelo qual processos sociais, obrigações ou fatos passam ao *status* de regra no pensamento e na ação social”. Berger e Luckmann (2001) identificaram a institucionalização como um processo central na criação e perpetuação de grupos sociais duradouros. Assim, para eles, e segundo Tolbert e Zucker (1999), uma instituição – o resultado ou o estágio final de um processo de institucionalização – é definido como “uma tipificação de ações tornadas habituais por tipos específicos de atores”.¹³

Para enfrentar os objetivos propostos, predominará a pesquisa de natureza básica, pois o que se pretende é fazer um diagnóstico e analisar o cenário atual. Será utilizada a via exploratória e descritiva com delineamento bibliográfico baseada em artigos, livros e mídias audiovisuais.¹⁴ Além de dados e constatações levantadas pela autora em sua experiência como estagiária da Defensoria Pública da União Núcleo Governador Valadares.

Em um primeiro momento, serão abordados temas do Direito Processual Penal que reforçam e demonstram a necessidade de institucionalização da investigação defensiva, sem pretensões de transformar o trabalho em um manual, ou mesmo buscar um contexto histórico demasiadamente distante.¹⁵ Por outro lado a abordagem será crítica pontuando as discussões mais recentes sobre os assuntos e os pontos que convergem para o objeto principal.

O direito à defesa técnica penal efetiva perpassa todo o estudo, constituindo um direito fundamental, a premissa maior na atuação tanto do advogado quanto do defensor público. É possível considerar a investigação defensiva como um corolário da defesa penal efetiva já que

¹³VENTURA, Elvira Cruvinel Ferreira. **Dinâmica de institucionalização de práticas sociais**: estudo da responsabilidade social no campo das organizações bancárias. 2005. Tese (Doutorado em Administração) – Fundação Getúlio Vargas (FGV). p. 44.

¹⁴GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6 ed, São Paulo: Atlas. 2008. p.50.

¹⁵OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: **Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5177401/mod_resource/content/1/OLIVEIRA%2C%20Hamurabi.pdf Acesso em: 29 ago 2020

a prática agrega conhecimento técnico e empenho pessoal.¹⁶ Busca-se, nesse sentido, formas de fortalecer a atuação da DP nos processos criminais e institucionalizar a investigação defensiva dentro do órgão, levando em conta que uma defesa apenas pro forma não se compatibiliza com a ideia de assistência jurídica integral.¹⁷

A análise crítica da investigação criminal desenvolvida no Brasil ganha espaço fundamental, tornando-se importante estabelecer considerações a respeito da nomenclatura “investigação criminal” e sua aplicação no decorrer do trabalho.

Considera-se a “investigação criminal” como:

Uma atividade procedimentalizada, um conjunto de atos desempenhados para busca de elementos de formação do convencimento – ou fontes de prova- a respeito de fatos delituosos, dentro ou fora de uma relação processual e que não possui um único sujeito determinado para a sua condução.¹⁸

Portanto, gênero, que não se reduz ao inquérito policial, mas que contempla espécies de coleta de dados que tenham repercussão no processo penal.

Destarte, não há impedimentos para que sejam realizadas investigações antes do processo, até mesmo paralelamente ao processo ou ainda depois do trânsito em julgado. Muito menos que sejam realizados pelo sujeito diretamente interessado e envolvido no processo.

É certo, no entanto, que a investigação preliminar merece importante destaque, haja vista ser a fase na qual a defesa encontra-se em maior disparidade em relação aos órgãos estatais, polícia judiciária e Ministério Público (MP).

Importam, igualmente, o contexto do qual o processo de institucionalização é produto,¹⁹ dessa forma será analisado o estado da investigação defensiva no Brasil, qual seu status normativo, se há produção teórica, fundamentos e críticas, vantagens e desvantagens.

Explorar-se-á a atuação da DP nos casos criminais e a relação entre a instituição e a investigação defensiva, usando-se como referencial a DP do Estado de Minas Gerais, particularmente, os núcleos da DP do Estado e da União localizados no município de Governador Valadares.

¹⁶MALAN, Diogo Rudge. Defesa penal efetiva. Ciências Penais. v. 4. p. 253 – 277. jan-jun. 2006. p. 8

¹⁷CAPONI, Graziela Paro. Justiça cega, faça amolada: a defensoria pública como protagonista na investigação criminal defensiva. **XIV CONADEP**. Rio de Janeiro. 2019. Disponível em: [https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/42524/A_Defensoria_P_blica_como_protagonista_na_investigacao_criminal_defensiva_\(PA\).pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/42524/A_Defensoria_P_blica_como_protagonista_na_investigacao_criminal_defensiva_(PA).pdf) Acesso em 01 set 2020

¹⁸SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação Criminal Direta pela Defesa**. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm.. 2020. p. 363

¹⁹BERGER, Peter L; LUCKMANN, Thomas. **A Construção Social da Realidade: Tratado de Sociologia do Conhecimento**. 24 ed. Vozes: Petrópolis, 2004. p. 80 BERGER, Peter L; LUCKMANN, Thomas. **A Construção Social da Realidade: Tratado de Sociologia do Conhecimento**. 24 ed. Vozes: Petrópolis, 2004. p. 80

Por fim, se pretende analisar até que ponto o processo de institucionalização se afigura viável e factível diante das limitações específicas da instituição apresentando-se os obstáculos para o seu desenvolvimento e quais as propostas para o seu enfrentamento.

1.2 PREMISSAS TEÓRICAS

O trabalho situa-se na grande área do Direito Processual Penal, na medida em que seus objetivos circundam questões atinentes ao processo penal tais como defesa penal efetiva, investigação e coleta prévia de elementos informativos pela defesa para fortalecimento de teses defensivas.

Trata-se, no presente trabalho, da máxima efetivação dos direitos e garantias individuais, posto que a todo momento busca-se proteger os direitos do investigado/indiciado/imputado/acusado/réu, sem incorrer em visão fantasiosa ou ingênua do processo penal, pois é sabido haver discrepância entre as previsões normativas e a persecução.

A CRFB/88 é premissa fundamental para a construção teórica, na medida em que protagonizou o processo de redemocratização do Brasil, pelo que estabeleceu o modelo de Estado Democrático de Direito, definindo direitos fundamentais e ocupando o centro do sistema jurídico indicando valores e fins públicos relevantes.²⁰ Além de deter uma supremacia formal, ou seja, ser a norma que fundamenta todas as outras, exerce supremacia material, significando o filtro pelo qual todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado.²¹

No tocante aos institutos do Direito Processual Penal tal interpretação torna-se ainda mais relevante, uma vez que o CPP brasileiro claramente tem bases autoritárias que não encontram lugar diante do sistema instaurado pela CRFB/88.

Ainda, é preciso considerar que o processo penal, ao contrário do processo civil, rege-se pelo princípio da necessidade, ou seja, o processo é o meio necessário e indispensável para determinar o delito e impor uma pena,²² com vista a conter a arbitrariedade do poder punitivo estatal. Fala-se, nesse sentido, de uma instrumentalidade constitucional do processo penal, ou seja, é o processo penal interpretado sob a ótica constitucional onde a noção de instrumentalidade, nas palavras de Aury Lopes Jr. “tem como conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor dignidade da pessoa

²⁰BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** São Paulo: Saraiva. 8. ed., 2019. p. 523

²¹Ibidem. p. 524

²²LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva. 6.ed. 2014.

humana submetida à violência do ritual judiciário”.²³ Sob essa perspectiva o processo, além de ser um instrumento de proteção de direito e garantias individuais, é em si uma garantia fundamental e somente um processo penal constitucional e democrático corresponde ao atual modelo de Estado Democrático de Direito.

A CRFB/88, trouxe, também, em seu bojo princípios norteadores da atividade processual penal que servem justamente para cumprir os propósitos acima expostos. Diante da temática da pesquisa alguns merecem maior atenção por serem os legitimadores da investigação defensiva e da defesa penal efetiva por parte da DP, são eles: o devido processo legal, a presunção de inocência, a ampla defesa, o contraditório, o direito à prova e a isonomia (paridade de armas).

Tais princípios fazem parte das “regras do jogo”,²⁴ isto é, a persecução penal e todos os atos que a compõe ou que dela decorrem precisam ser guiados por eles. O devido processo legal só será aquele em que as partes, acusação e defesa, participam em paridade de condições, principalmente na gestão das provas, e o juiz julga de forma imparcial fundamentando sua decisão nos elementos probatórios produzidos em contraditório e somente após do trânsito em julgado o imputado poderá ser considerado culpado.

Parte-se, portanto, da premissa teórica constitucional da presunção de inocência pela qual o ônus probatório é integralmente da acusação e a dúvida leva a absolvição pelo *in dubio pro reo*.

Importante deixar bem claro esse aspecto, pois defender a investigação defensiva não significa colocar nas mãos da defesa o encargo de provar, como se verá ao longo da pesquisa. No entanto, na perspectiva prática, diante de um cenário em que garantias são afastadas cotidianamente e que à parte acusadora é autorizada a investigação, deve-se partir da culpabilidade a fim de que se estruture uma defesa que não caia na armadilha inquisitória.

Considerando todas as características e princípios preconizados na CRFB/88 está claro que ela também demarcou o sistema acusatório,²⁵ ou seja, antes mesmo da inclusão do art. 3º-A com a Lei nº 13.964/2019,²⁶ esta foi a opção política constituinte.

²³LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva. 6.ed. 2014 p. 44

²⁴LOPES, Aury. **Direito processual penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 159

²⁵NICOLITT, André. Juiz inquisidor com desejos moralistas: notas sobre O Santos Inquérito. **Consultor Jurídico**. Opinião. 04 jul 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-04/andre-nicolitt-juiz-inquisidor-desejos-moralistas> Acesso em 01 set 2020

²⁶Com a concessão de Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Min. FUX, está suspensa a eficácia do art. 3º-A.

Ocorre, contudo, que o Código Penal (CP) e o CPP, padecem de evidentes raízes autoritárias, descompassadas com a Carta Magna, o que implica admitir um modelo inquisitivo disfarçado ou apenas uma aparência acusatória, ou neo-inquisitória ou ainda há um modelo misto.²⁷

Sobre isso, a América Latina tem vivenciado, desde o início da década de 90, um processo de democratização e mudança do modelo inquisitivo para o acusatório. O Brasil, todavia, caminha em passos lentíssimos.

Mas porque o modelo acusatório é o único condizente com o paradigma do Estado Democrático de Direito? Como já dito o Estado Democrático de Direito prima, principalmente, pela tutela de direitos fundamentais, mas também pela divisão de poderes que reflete no processo penal a atribuição a cada um dos diferentes sujeitos as atividades específicas de julgar, acusar e defender.²⁸ Sendo a separação entre o juiz e as partes ao longo de todo o processo a principal característica do modelo acusatório, as consequências são sentidas na gestão das provas, pois, tal atividade fica a cargo apenas das partes; ao juiz, então, resta julgar a demanda com total imparcialidade.

Nesse sentido, a CRFB/88 reconhece a titularidade da ação penal pública ao MP, a garantia do juiz natural e imparcial, o direito à ampla defesa técnica e pessoal e ao contraditório do acusado. Ainda, tal modelo preza pelo tratamento igualitário das partes,²⁹ em que o acusado é sujeito de direitos fundamentais e não apenas um objeto na busca da verdade real. Portanto, é perceptível que a investigação defensiva é totalmente compatível com a Carta Magna, como se verá adiante.

²⁷IBCCRIM: Investigação Defensiva. IBCCRIM. 09 abr. 2018. (2h43m20s). Disponível em: <https://youtu.be/1e-R8X8j3GY>. Acesso em: 29 ago 2020; LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1405; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório**: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Brasília a. 46 n. 183 jul-set. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3&isAllowed=y> Acesso em 03 set 2020

²⁸PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade Constitucional das leis Processuais Penais. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005. p. 363-364

²⁹LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 181.

2 DIREITO À DEFESA TÉCNICA PENAL EFETIVA

A defesa técnica tem um papel fundamental na busca pela qualidade dos resultados baseados em um acervo probatório completo e rigoroso, mas principalmente na preservação dos direitos fundamentais do acusado e na contenção do arbítrio estatal, considerando o defensor como a voz dos direitos do acusado.³⁰

Nessa mesma lógica, John Kaplan aponta três funções exercidas pela defesa técnica: (I) aumento da acurácia da apuração de fatos relevantes para a adjudicação da causa; (II) controle sobre as eventuais condutas antiéticas ou ilegais de agentes estatais, e a adequação social ou constitucionalidade de normas penais; (III) declaração simbólica de respeito pela dignidade do acusado, cujos direitos são oponíveis ao Estado.³¹ Percebe-se, portanto, que a defesa técnica é indispensável para manutenção integridade do sistema de administração da justiça criminal.

A investigação, bem como o processo penal epistemicamente orientados necessita da participação efetiva e comprometida de todos os atores da persecução, sendo que a defesa precisa estar ainda mais preparada. Isso porque, a construção do conhecimento e a busca por uma decisão humanizada e mais próxima possível do que realmente aconteceu no passado, sem abusos, depende da preservação de garantias fundamentais e de um conjunto probatório rico e logicamente justificado.³² Contudo, infelizmente, tal requisito não é suprido apenas pela acusação. Pois, na realidade há uma tendência por parte do órgão de acusação e da polícia de buscar somente elementos para confirmar sua hipótese inicial,³³ somado ao fato de sofrerem uma pressão imensa da sociedade e da imprensa pela busca por resultados, os quais tornaram-se sinônimo de condenação e prisão.

Repousar sobre o manto da presunção de inocência e esperar que o juiz construa sua decisão apenas com as provas trazidas pela acusação não está sendo suficiente. O acusado e sua defesa técnica, os quais vivenciam sempre na pele as misérias do processo penal,³⁴ entram no processo com uma enorme desvantagem e precisam se esforçar para conseguir um *plot point*,

³⁰BARBOSA, Rui. **O dever do advogado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa. 2002

³¹apud MALAN, Diogo. Advocacia criminal para culpados: a culpa oral vs. a culpa legal. **Consultor Jurídico**. 03 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-03/diogo-malan-advocacia-criminal-culpados#sdfootnote1sym> Acesso em 30 ago 2020.

³²MACHADO, Leonardo Marcondes. Investigação criminal exige base epistemológica e fundamento democrático. **Consultor Jurídico**. Academia de polícia. 07 abr 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-07/academia-policia-investigacao-criminal-exige-base-epistemologica-democratica> Acesso em 02 set 2020

³³NARDELLI, Marcella Mascarenhas. Viesses Cognitivos e o problema das condenações errôneas: ou o incrível caso do serial killer que nunca matou ninguém. **Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal**. Bahia. Ano 2. n. 5, p. 24-27, outubro. 2019

³⁴CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russel, 2009.

embora a premissa maior seja a presunção de inocência. Para que a defesa técnica consiga exercer a defesa efetiva é preciso que a persecução penal seja realmente equilibrada³⁵ e que o contraditório, ao lado da ampla defesa, seja o norte para essa atuação.

Por isso, é preciso antecipar-se, criar estratégias³⁶ sempre balizadas pelas regras do jogo, quais sejam, as normas e princípios constitucionais. Em outras palavras, o defensor necessita ter um conhecimento técnico e intelectual muito amplo sobre o direito, mas não só isso, principalmente, o desenvolvimento de uma defesa penal eficiente exige um empenho pessoal. A defesa verdadeira pressupõe que o defensor leve os fatos a sério e concilie o bom desenvolvimento de teses jurídicas com uma postura de saída, ativa.³⁷ Dessa forma, haverá a concretização do devido processo legal, constituindo, portanto, um dever e não uma faculdade.

Sob a perspectiva do ônus probatório, a defesa não tem como obrigação trazer elementos que garantam uma comprovação além de toda dúvida razoável, mas ao trazer hipóteses alternativas ela obriga o julgador a justificar sua decisão levando-as em consideração. Trata-se de um direito, o direito à prova ou de defender-se provando.

Tal constatação decorre do próprio fato de o réu ser um sujeito processual com possibilidade de participar da construção da declaração do direito, considerando a existência do sistema de livre apreciação da prova.³⁸ Portanto, à defesa é facultado evidenciar a dúvida e cobrar do julgador a justificação da decisão, ao julgador, por sua vez, é incumbido um ônus argumentativo altíssimo.

Evidente que a busca por contraprovas para enriquecer o acervo probatório deve ser factível, não é desdobrar-se atrás de algo absurdo e inviável, mas sim utilizar todos os meios disponíveis para minimizar a difícil situação que o acusado se encontra. Outrossim, a defesa penal efetiva também compreende sensatez, a qual evitará, de certa forma, o descrédito da defesa criminal.³⁹

Importante frisar que a defesa efetiva não é sinônimo de garantia de absolvição, mas sim de não pedir a absolvição sem fundamento, apenas de forma automática. Portanto, significa atentar-se aos detalhes dos fatos, ter uma relação sincera e produtiva com o cliente ou assistido

³⁵BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE; Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. 1 ed. São Paulo, 2016.

³⁶DA ROSA, Alexandre Morais. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

³⁷MALAN, Diogo Rudge. **Defesa penal efetiva**. Ciências Penais. v. 4/. p. 253 – 277. jan-jun. 2006. p.8

³⁸MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. Porque presumir a inocência no processo penal? **Consultor Jurídico**. 20 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-20/tribuna-defensoriapor-presumir-inocencia-processo-penal> acesso em 15 de dez 2020.

³⁹ZVEIBIL, Daniel Guimarães. **A independência funcional na defesa pública criminal: o pedido de absolvição é sempre obrigatório?** In: Temas aprofundados da Defensoria Pública. 1 ed.. Juspodivm. 2013

e assim empreender esforços para que o máximo de hipóteses alternativas sejam levadas ao conhecimento do juiz, seja por meio de teses jurídicas ou contraprovas. Além disso, é buscar sempre a preservação dos direitos fundamentais, para que a decisão seja mais humanizada e proporcional possível.

Agir no momento oportuno também é essencial para configurar uma defesa efetiva, as estratégias precisam ser muito bem pensadas, sob pena de prejudicar o cliente/assistido. Há várias estratégias nesse sentido, por exemplo, deixar de mencionar uma nulidade no momento em que ocorre para alegar posteriormente, sem desconsiderar, contudo, o cenário do judiciário que cada vez mais se utiliza de princípios e da noção de prejuízo para conter tais ações.

Posto tudo isso, de forma sintética, pode-se dizer que a defesa criminal efetiva é consubstanciada quando o acusado ou investigado e sua defesa técnica participam do processo, entendendo e sendo entendidos; são informados sobre o suposto delito e sobre o fundamento das decisões; acessam o processo e as provas; apresentam informações e provas favoráveis. Para tanto, não podem ser colocados em posição de desvantagem, necessitam de tempo e recursos para apresentarem suas respostas e se prepararem.⁴⁰

Além disso, considerando o elevado número de processos, o desgaste dos profissionais, a complexidade das situações, o tempo escasso, dentre outros fatores, a forma como as informações e as provas são levadas até o juiz também fazem parte de uma defesa efetiva.

Sob essa perspectiva, falhas na defesa várias vezes devem-se ao desconhecimento de novas tecnologias e o apego a velhas práticas, comum aos profissionais do direito que tendem a fugir das áreas de exatas e informática. Contudo, o direito está cada vez mais afetado pela inovação e tecnologia, assim uma defesa penal efetiva também deve apropriar-se de saberes dessas áreas.

É o que se chama de “defesa 4.0”, a qual conjuga habilidades com ferramentas, técnicas e instrumentos tecnológicos, que podem ser mensuradas através de certificados e diplomas (*hard skills*), com habilidades sociocomportamentais (*soft skills*), tais como: boa comunicação, criatividade, boa argumentação e proatividade.

No tocante a legislação sobre o direito à defesa penal efetiva, além de preconizado na CRFB/88 em seu art. 5º, inciso LV, é uma garantia judicial na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), no art. 8º, item 2, alíneas c, d, e e. Mas para além disso, diante de tudo que já foi exposto até agora, considerando o sistema constitucional e democrático

⁴⁰BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE; Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. 1 ed. São Paulo, 2016. p. 9

instaurado pela CRFB/88, é possível concluir que a defesa técnica não poderá ser apenas pró forma, sob pena de não ser concretizada. Consequentemente, a violação desse preceito não apenas diante da ausência de um defensor, com também de uma defesa falha e insuficiente. deve ocasionar efeitos processuais em benefício ao réu.

Infelizmente, ainda não há no Brasil dados contundentes sobre erros judiciais, mas estudo realizado nos Estados Unidos (EUA) já evidenciam que muitos dele se devem às defesas insuficientes.⁴¹

O STF já se manifestou a respeito da insuficiência de defesa, cominando no enunciado da súmula nº 523. Conforme o dispositivo, apenas a ausência de um defensor configura nulidade absoluta, por outro lado a insuficiência da defesa gera apenas nulidade relativa, sendo indispensável a comprovação efetiva do prejuízo.⁴²

A questão do prejuízo ainda é controversa, pois para as Cortes Superiores uma sentença condenatória com consequente aplicação de pena privativa de liberdade não configura prejuízo por si só, cabendo à defesa demonstrar de forma concreta que uma atuação mais efetiva poderia levar a absolvição.⁴³ Por outro lado, para parte da doutrina a condenação e a prisão configuram prejuízos absolutos não carecendo maiores evidências.

É possível afirmar, então, que uma defesa penal efetiva é a premissa basilar da atividade da defesa técnica, seja exercida por um advogado ou por um defensor público. Contudo, não depende apenas da competência do defensor é preciso uma “estrutura constitucional e legislativa apropriada, uma estrutura institucional adequada, um compromisso político para com a defesa criminal e uma cultura jurídica e profissional que facilitem esse processo”.⁴⁴

A regulamentação é apenas uma das dimensões para institucionalização de uma defesa penal efetiva representando um avanço. Contudo, é necessário estar ainda mais atento para o aspecto da rotinização do hábito entre os profissionais da defesa de forma reflexiva. Ou seja, é preciso uma mudança de cultura radical que caminhará a curtos passos, mas em direção a um futuro super promissor.

⁴¹ALMEIDA, Luiz Guilherme de. “The Innocence Project” e a distante realidade brasileira. **Medium**. 13 set. 2016. Disponível em: <https://medium.com/@LuizGuilhermedeAlmeida/the-innocence-project-e-a-distante-realidade-brasileira-4c7f76a11916>. Acesso em 30 ago 2020

⁴²NULIDADE DE PROCESSO POR DEFICIÊNCIA DE DEFESA REQUER PROVA DE PREJUÍZO. **Consultor Jurídico**. 28 set. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-28/nulidade-acao-deficiencia-defesa-requer-prova-prejuizo>. Acesso em: 30 ago 2020.

⁴³TALON, Evinis. STJ: quando a defesa penal é fraca?. **Evinis Talon**. 07 abr. 2017. Disponível em: <http://evinistalon.com/stj-quando-a-defesa-penal-e-frac/> Acesso em 30 ago 2020

⁴⁴BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE; Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. 1 ed. São Paulo, 2016. p. 7

3 A ATIVIDADE INVESTIGATIVA NA PERSECUÇÃO PENAL

O termo “investigar”, em síntese, significa procurar elementos para trazer à tona o conhecimento sobre algo, ou seja, trata-se de uma ação, um movimento de ir ao encontro de hipóteses e testá-las. Investigar é uma atividade normal na vida e pode ser desenvolvida em qualquer área do conhecimento, não sendo exclusividade da seara criminal, muito menos de um agente específico, vez que não é ilícito investigar, ainda que se tenha como objeto um crime.

Considerando o processo penal como reconstrução histórica do fato supostamente delituoso em face do qual poderá ser aplicada uma pena, o ato de investigar é muito caro. Assim, uma vez noticiado o fato criminoso surge para o Estado um dever de o esclarecer.

Aproveitando-se o significado trazido, qualquer pessoa pode ir atrás de elementos sobre algum fato, ainda que relativo a um crime, por meio de ações como coletar e analisar dados públicos, conversar com pessoas, acompanhar disfarçadamente, obter filmagem ou áudio em locais públicos. Nesse caso, ao contrário do Estado, não existe um dever, mas sim uma faculdade.

Ocorre que algumas ações investigativas podem interferir em bens jurídicos de terceiros, tornando-se necessária, por força constitucional, a intervenção do poder judiciário, a fim de coibir condutas abusivas que coloquem em risco direitos fundamentais.⁴⁵

Nada obstante, percebe-se que o legislador pouco se preocupou com a regulação da investigação, sintetizada, por vezes, no inquérito policial, que está em constante evolução, principalmente tecnológica. Devendo-se observar que, quanto ao processo penal, a normalização é ainda originária de 1941, muito embora em contínua evolução cultural, social e tecnológica.

Aqui, contudo, o termo investigação criminal, será usado em seu sentido amplo como gênero do qual derivam outras espécies, tais como: inquérito policial, Procedimento Investigatório Criminal (PIC), investigação por detetive particular e investigação defensiva. Trata-se, nas palavras de Franklyn Roger Alves Silva, de:

Uma atividade procedimentalizada, um conjunto de atos desempenhados para busca de elementos de formação do convencimento – ou fontes de prova- a respeito de fatos delituosos, dentro ou fora de uma relação processual e que não possui um único sujeito determinado para a sua condução.⁴⁶

⁴⁵Por exemplo, busca e apreensão, interceptação telefônica, obtenção de dados financeiros e infiltração ferem diretamente direitos como privacidade e inviolabilidade do lar, por isso necessitam de um regramento específico para sua realização e introdução no processo penal como prova.

⁴⁶SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação Criminal Direta pela Defesa**. 2 ed. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 363

Ou seja, os atos de investigação criminal são aqueles direcionados a procurar elementos informativos e a identificar fontes de prova para formulação de hipóteses sobre o fato, uma atividade de campo e por essa perspectiva investigar não é um ato exclusivamente estatal.

Difere-se, portanto, de atos instrutórios na medida em que estes dizem respeito às decisões sobre a admissibilidade, documentação e produção da prova requerida pela parte interessada.⁴⁷ Frisa-se que os elementos colhidos em uma investigação precisam ser reproduzidos em juízo com exercício do contraditório para, somente, então, serem considerados provas, no sentido técnico, e assim poderem ser valorados pelo juiz em sua decisão. Compartilha-se da ideia, portanto, de que não é errado falar em atos de investigação paralelos ao processo. Diferentemente, Aury Lopes Jr ⁴⁸ enfatiza que atos de investigação são produzidos apenas na fase pré-processual.

Quanto aos meios de investigação, podem ser entendidos como os instrumentos pelos quais são realizados os atos investigativos. Em outras palavras, como a forma com que os elementos informativos são obtidos, por exemplo, interceptação telefônica, obtenção de objetos, vídeos e áudios, perícias no geral, da busca e apreensão, não havendo um rol taxativo dada a complexidade dos crimes e as inovações tecnológicas.

Mais uma vez, ressalta-se que há também diferença quanto aos meios de provas, pelos mesmos motivos já expostos acima. Dessa forma, “consistem nas atividades ou instrumentos por meio dos quais os elementos probatórios são introduzidos e fixados no processo” ⁴⁹ sempre observando o contraditório e, conseqüentemente, influenciam na decisão do julgador.

A finalidade, portanto, da investigação criminal é em sentido amplo obter elementos informativos que assumirão natureza de prova propriamente dita na fase de instrução processual, sendo que a depender da fase em que ela será realizada terá valor e finalidade diferente. Por exemplo, a investigação mais comum ocorre na fase pré-processual normalmente na forma de inquérito policial e tem como objetivo principal formar a *opinio delict* do titular da ação penal. Por outro lado, a investigação realizada após o trânsito em julgado pode ser utilizada para basear uma revisão criminal, com vistas a absolvição do réu ou um procedimento administrativo para apurar uma falta grave na fase da execução.

⁴⁷SOARES, Gustavo Torres. **Investigação Criminal e inovações técnicas e tecnológicas**: perspectivas e limites. 2014. 307 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. p. 288

⁴⁸LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 587

⁴⁹FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação**: Aspectos teóricos e conseqüências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012. p. 12

3.1 QUEM DETÉM PODERES INVESTIGATIVOS NO PROCESSO PENAL?

Como já mencionado, não é ilícito investigar algo. Contudo, quando se trata de investigação criminal são necessárias limitações e não é diferente em relação a quem tem poderes para conduzir formalmente tal atividade.

Não há um único sujeito com poderes investigativos no decorrer da persecução penal, sendo possível a realização de atos investigativos por todos os interessados. Por interessados, entende-se aqueles que são necessários para desenvolver a investigação criminal, delegado de polícia, MP, órgãos públicos tais como comissões parlamentares de inquérito, Receita Federal, agências regulamentadoras, todos com seus devidos auxiliares, o indiciado com sua defesa técnica, o querelante e a vítima.⁵⁰

Todos esses sujeitos com poderes investigatórios possuem interesse na investigação seja de natureza pessoal ou institucional. Mas como a matéria não foi legislada de forma clara e coerente com o sistema acusatório, dada às raízes inquisitórias do CPP, ainda há muitas discussões e embates travados entre os sujeitos, criando assim, certa instabilidade.

Convencionou-se que a investigação preliminar ou instrução preliminar, será realizada, em regra, pela polícia judiciária através do inquérito policial.⁵¹ A ideia por traz de tal atribuição, em síntese, é conferir a um órgão imparcial, com ferramentas aptas, poderes para apurar indícios de autoria e de materialidade de um fato aparentemente delituoso, ou seja, uma escolha normativa baseada em razões de política criminal.⁵²

A CRFB/88, em seu art. 144, fixa a competência das polícias judiciárias, federal e civil, para apuração de infrações penais e o título II, do CPP, trata do inquérito policial. Vem do art. 4º a noção de que a polícia judiciária, civil e federal, está incumbida de apurar as infrações penais e sua autoria. No entanto, o parágrafo único complementa afirmando que não excluirá a atribuição de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Outrossim, a Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013, reforça esse pensamento ao dispor sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia e ao delimitar no *caput* do art. 2º que “As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo

⁵⁰SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação Criminal Direta pela Defesa**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 365

⁵¹Nos crimes de menor potencial ofensivo não há inquérito. Nesses casos a polícia judiciária lavrará o termo circunstanciado e providenciará as requisições dos exames periciais necessários, um procedimento menos complexo.

⁵²BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 593.727. Repercussão Geral. Relator: Min. Cezar Peluso. Relator para Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14 mai. 2015, Diário Oficial da União 8 set. 2015. p.10.

delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado”; o § 1º do artigo supracitado complementa ao afirmar que ao delegado de polícia cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei. A partir dessas leituras delegados e policiais defendem ferrenhamente que a investigação de infrações penais é exclusividade da polícia judiciária⁵³ e rechaçam a ideia de outros agentes exercerem a investigação de ilícitos penais, principalmente quando se trata da defesa.

Mas, a bem da verdade, o que é possível concluir a partir dessas leis é que o legislador não conferiu exclusividade à polícia judiciária para conduzir a investigação criminal, mas sim para conduzir o inquérito policial, apenas uma das modalidades de investigação e não a única.

Tanto que o STF já se posicionou em 2015 no sentido de reconhecer que o MP tem competência constitucional para promover investigação de natureza penal. No julgamento da repercussão geral do Recurso Extraordinário (RE) nº 593.727 foi fixada a seguinte tese:

Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado.⁵⁴

Levando em conta esse posicionamento, no ano de 2017 o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) publicou a Resolução nº 181/2017 a qual dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do MP.⁵⁵ Além da tese do STF, o CNMP considerou também o sistema acusatório e o acúmulo de processos.⁵⁶

A investigação conduzida pela polícia judiciária ou pelo MP sem dúvidas, é a mais comum e compõe a regra da investigação criminal no Brasil. Contudo, como já mencionado, o art. 4º, parágrafo único do CPP, não excluiu autoridades administrativas a quem por lei sejam cometidas essas mesmas funções. Nesse sentido, é possível incluir as Comissões Parlamentares

⁵³HOFFMANN, Henrique. Investigação exclusivamente criminal é atribuição da polícia judiciária. **Consultor Jurídico**. Academia de Polícia. 27 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-27/academia-policia-investigacao-exclusivamente-criminal-atribuicao-policia-judiciaria> Acesso em 29 ago 2020

⁵⁴BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 593727**. Repercussão Geral, Relator: Min. CÉZAR PELUSO, Relator para Acórdão Min. GILMAR MENDES, 15 mai. 2015, Diário Oficial da União. 8 set. 2015. p. 15 publicação em 8/9/2015. p. 10.

⁵⁵BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RESOLUÇÃO Nº 181 DE 7 DE AGOSTO DE 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. **Diário Eletrônico do CNMP**. 08 ago. 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 29 ago 2020

⁵⁶Frisa-se que antes disso, em 2013, a Proposta de Emenda à Constituição nº 37/2011, que pretendia emendar a CRFB/88 a fim de tornar investigação uma atividade privativa da polícia judiciária, foi rejeitada, principalmente após mobilização das entidades de classe do MP que já defendia a atuação da instituição na investigação criminal como uma atividade legítima. Ou seja, para além da polícia judiciária, sem adentrar no mérito na decisão do STF e nos aspectos sobre a legalidade, certo é que o MP também detém poderes investigatórios que vão além de somente fiscalizar a investigação desenvolvida pela polícia.

de Inquérito (CPIs), a Receita Federal e agências reguladoras na lista de sujeitos com poderes investigatórios, restritas às respectivas áreas de atuação. E ainda, a figura do detetive particular, cuja atuação é regulamentada pela Lei nº 13.432/17.

Além dessas, desponta a investigação conduzida pela defesa seja dos interesses do imputado ou da vítima, consoante examinado adiante.

3.2 MOMENTOS DA INVESTIGAÇÃO

Tendo como premissa que o termo investigação criminal não se reduz apenas a investigação preliminar, muito menos ao inquérito policial, faz-se importante demonstrar em quais momentos podem ser realizados atos investigatórios durante toda a persecução penal, com vistas a colher fontes de provas, das quais será possível extrair informações importantes para instrumentalizar as teses defensivas. Sendo que, a depender da fase em que os atos forem realizados a finalidade será diferente, bem como os seus efeitos.

3.2.1 Atos de investigação antes do processo

Antes mesmo de começar qualquer investigação pelos órgãos estatais, é possível empreender atos investigatórios, os quais denomina-se de “investigação preventiva”. O intuito é deixar claro que alguma conduta não configura crime afim de conter, por exemplo, ataques da imprensa e da sociedade. Em sentido oposto, pode ser utilizada para fundamentar um pedido de instauração de inquérito quando tratar-se do ofendido. Ou, ainda, para prevenir e resguardar elementos probatório que eventualmente irão se esvaír e poderão ser utilizados caso seja instaurada uma investigação estatal ou iniciada uma ação penal.

Assim, será exercida de forma privada desvinculada de qualquer atividade estatal em regra por advogados, mas a DP nesses casos, poderá prestar orientação jurídica, instruindo o assistido a procurar dados públicos, solicitar e guardar documentos. Além disso, poderá utilizar seu poder de requisição para solicitar esclarecimentos e informações de órgãos públicos a fim de prevenir uma futura ação penal.

Outra investigação que antecede à própria investigação criminal preliminar presidida pela polícia judiciária é a verificação de procedência de informações ou verificação preliminar de inquérito (VPI), nos termos do art.5º, § 3º do CPP. Sua finalidade, em última análise, é prevenir a instauração de inquéritos indevidos.

Há divergência quanto à legitimidade dessa ferramenta de investigação, pois o dispositivo legal do qual é extraído não é claro quanto à existência do procedimento. O perigo

é tal verificação tornar-se um inquérito convergindo para um constrangimento ilegal e flagrante abuso de autoridade⁵⁷ a depender do modo como é desenvolvido. Por isso, há quem defenda apenas a realização de um auto de verificação de procedência, que seja restrita aos requisitos para configuração da justa causa para instauração do inquérito e que também sejam remetidos ao MP.⁵⁸

Ultrapassado este momento, um processo penal poderá ser instaurado a partir de uma denúncia ou uma queixa crime. Conforme o art. 41 do CPP tais peças deverão conter a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, qualificação do acusado e a classificação do crime. Ocorre que nem sempre todas essas informações estão claras e evidentes, devendo-se desenvolver preliminarmente uma investigação para justificar o processo ou o não processo. Nesse sentido, pode-se dizer que a investigação preliminar visa apurar o fato, que aparenta ser ilícito e a autoria. Normalmente é realizado pela polícia judiciária na forma de inquérito policial que tem como características ser prévio, cautelar e administrativo com finalidade jurídica.⁵⁹

A investigação realizada antes da instauração do processo tem como fundamentos: esclarecer fatos ocultos, evitando índices elevados de casos sem solução; amenizar seus efeitos ou impedir o delito; e evitar acusações infundadas e consequente estigmatização social.⁶⁰

O último fundamento pode ser compreendido como uma função preservadora da investigação preliminar, isto é, preserva o investigado de acusações infundadas. Pode-se também falar de uma função acautelatória dos meios de prova.⁶¹

Com o incentivo à justiça penal negociada a investigação preliminar ganhou outra função além de criar subsídios para a denúncia ou queixa, dado que os elementos informativos obtidos podem embasar um acordo de não persecução penal ou uma transação penal nos crimes de menor potencial ofensivo. Além disso, não se pode esquecer que a investigação preliminar, não

⁵⁷NUANCES DO ART. 5º, § 3º DO CPP NO TOCANTE À (I)LEGALIDADE DA VPI: VERIFICAÇÃO DE PROCEDÊNCIA DAS INFORMAÇÕES. **Conteúdo Jurídico**. 2010. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/19568/nuances-do-art-5o-3o-do-cpp-no-tocante-a-i-legalidade-da-vpi-verificacao-de-procedencia-das-informacoes> Acesso em 29 ago 2020.

⁵⁸INSTAURAÇÃO DA VPI, VERIFICAÇÃO DA PROCEDÊNCIA DAS INFORMAÇÕES, E DE IPS, EM 2020. **Delegados**. Notícias. 2020. Disponível em: <https://delegados.com.br/noticia/instauracao-de-vpi-verificacao-da-procedencia-das-informacoes-e-de-ips-em-2020-2> Acesso em 29 ago 2020.

⁵⁹SAAD, Marta. Editorial do Dossiê “Reformas da Investigação Preliminar e a Investigação Defensiva no Processo Penal” – Investigação preliminar- Desafios e perspectivas. In. Dossiê “Reformas da Investigação Preliminar e a Investigação Defensiva no Processo Penal” – Investigação preliminar. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 81-116, jan.-abr. 2020. p. 31

⁶⁰LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶¹BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 593.727. Repercussão Geral. Relator: Min. Cezar Peluso. Relator para Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14 mai. 2015, Diário Oficial da União 8 set. 2015. p.10.

serve somente para basear acusação, mas também para fundamentar o arquivamento da investigação.

3.2.2 Atos de investigação paralelos ao processo

Em que pese convencionalmente tenha-se estabelecido que a fase pré-processual é a fase de investigação criminal por excelência, não há óbice para que a investigação continue ou comece na fase processual, bem como não se confunde a investigação com a audiência de instrução e julgamento.

Muitos atos de investigação serão realizados a fim de coletar fontes de provas que serão introduzidas no processo, momento em que a outra parte terá ciência e exercerá o contraditório.

Os meios de investigação poderão ser os mesmos da fase pré-processual, desde que seja fisicamente possível e autorizado pelo juízo. Contudo, os objetivos e a função da investigação depois de iniciada a ação penal não serão os mesmos da fase pré-processual. Primeiramente, como já há um processo há também partes e cabe a elas a gestão da prova, ou seja, os atos de investigação serão conduzidos pela acusação e/ou pelo assistente de acusação e pela defesa.

O MP, por exemplo, conduzirá atos investigativos com vistas fundamentar o pedido de condenação, pronúncia ou ainda de absolvição. Bem como poderá utilizar a investigação para embasar pedidos de prisão provisória ou preventiva. Ao passo que a defesa pode buscar elementos de prova com intuito de absolver sumariamente, desclassificar, impronunciar, absolver o réu ou para embasar um pedido de soltura.

Quanto ao momento da apresentação dos elementos coletados, em que pese a resposta a acusação seja a primeira oportunidade para especificar os meios de provas e principalmente para elencar o rol de testemunhas, a busca por fonte de provas pode continuar acontecendo. Diz-se isso, pois os elementos coletados quando forem documentos, escritos, instrumentos ou papéis públicos ou particulares, fotografia, cartas entre outros, poderão ser apresentados a qualquer fase do processo, no momento da audiência de instrução e julgamento ou ainda em sede de memoriais escritos, conforme art. 231 do CPP,

Quando se trata dos casos de competência do Tribunal do Júri a investigação mostra-se ainda mais evidente, dado que, para o réu é garantida a plenitude de defesa, podendo valer-se de todos meios de defesa possível. Assim, quanto mais elementos interessantes para a defesa foram coletados melhor, ainda mais quando se trata de elementos técnicos e visuais que capturem a psique dos jurados.

No tocante a fase recursal, é plenamente possível que após a sentença surjam novas provas contrárias à decisão ou até mesmo que aquelas produzidas em juízo sejam falsas. Ou seja, atos de investigação podem existir na fase recursal para embasar as razões recursais, por exemplo, a defesa poderá continuar buscando informações e descobrir que uma testemunha incorreu em falso testemunho, conseqüentemente poderá requerer a reinquirição da testemunha nas razões de apelação (CPP, art. 616).

Ocorre que a referida previsão é encarada pelos Tribunais como uma faculdade; assim, a apresentação e introdução de elementos probatórios nessa fase do processo enfrenta dificuldades, visto que, em regra, desembargadores e Ministros são resistentes no tocante ao reexame de fatos e provas. No caso das instâncias superiores essa questão é ainda mais evidenciada, já que quase sempre a súmula nº 7 do STJ é utilizada para impossibilitar o conhecimento dos recursos.

Ainda, a jurisprudência não admite a admissão, a produção e a valoração de provas novas pelos Tribunais, pois entende que haveria supressão do duplo grau de jurisdição, sendo aceitas somente diligências complementares antes do julgamento da apelação.

Uma solução apresentada por estudiosos do assunto seria o Tribunal converter o feito em diligência, desconstituir a sentença condenatória e reabrir a instrução processual em primeiro grau.⁶² Todavia, não há impedimento legal para que os tribunais considerem pelo menos os documentos juntados frutos de investigação.⁶³

Além das partes, a polícia também poderá investigar paralelamente ao processo, desde que tenha surgido fato novo que legitime a reabertura de um inquérito concluído,⁶⁴ tal atitude precisa ser comunicada imediatamente ao juízo competente. Não é justificável que a investigação policial continue após o oferecimento da denúncia fora dessa hipótese.

3.2.3 Atos de investigação depois do trânsito em julgado

Embora seja difundido que na fase de execução não há produção probatória, tal afirmativa não é verdadeira.

⁶²SALMEN, Ygor Nasser Salah; JUNIOR, Edson Luiz Facchi; FILHO, Paulo Silas. Prova após a sentença condenatória. **Sala de aula criminal**. 16 fev. 2018. Disponível em: <http://www.salacriminal.com/home/prova-nova-apos-sentenca-condenatoria> aceso em 15 dez 2020

⁶³TALON, Evinis. Investigação Criminal Defensiva para instruir razões de recurso. **Evinis Talon**. 18 nov 2020. Disponível em: <https://evinistalon.com/investigacao-criminal-defensiva-para-instruir-razoas-de-recurso/> Acesso em 15 dez 2020

⁶⁴VIEIRA, Rodrigo de Oliveira. A ilegalidade das investigações policiais paralelas. **Canal Ciências Criminais**. 14 jun. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/investigacoes-policiais-paralelas/> Acesso em: 29 ago 2020.

De acordo com a Lei de Execução Penal (LEP) e à luz da súmula nº 533 do STJ, nos casos em que ocorre falta disciplinar durante o cumprimento da pena, cabe à autoridade administrativa instaurar um procedimento administrativo disciplinar (PAD) para sua apuração. Será assegurado o direito de defesa e nos casos de falta grave deverá ser comunicado ao juiz da execução penal.⁶⁵

Para além dos casos de falta disciplinar atos investigativos podem ser realizados para fins de progressão de regime, aqui os elementos colhidos poderão ser apresentados também na audiência de justificação. Tais atos investigativos não devem ser resumidos apenas no interrogatório do apenado, é possível que a autoridade administrativa para a melhor apuração dos fatos junte outras fontes de prova.

Por parte da defesa, também poderão ser realizados atos de investigação e produção de prova em favor do apenado já que a ampla defesa e o contraditório são indispensáveis tanto no PAD quanto perante o juízo de execução penal. O objetivo pode ser justificar a falta disciplinar ou comprovar sua inexistência, fundamentar o pedido de detração penal ou de remissão da pena. Por exemplo, podem ser juntados documentos, anexadas fotografias, áudios ou vídeos, até mesmo proceder a colheita de declarações de outros presos ou agentes penitenciários,⁶⁶ o que seria um pouco mais difícil, mas de enorme valia, já que a palavra dos agentes penitenciários é prova idônea para o convencimento do magistrado.⁶⁷

Para além da execução, atos investigatórios são essenciais para embasar a revisão criminal com objetivo de rescindir uma sentença condenatória transitada em julgado⁶⁸ de juiz singular ou tribunal do júri. Ou seja, por meio dessa ação autônoma de impugnação pode-se desclassificar uma infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo que já não cabe recurso.

Atos investigatórios são amplamente desenvolvidos nessa fase, pois, por se tratar de uma peça com fundamentação vinculada somente será admitida nos casos em que a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; quando, após a sentença, se

⁶⁵O STF no RE 972.598/RS entendeu que o PAD é dispensável quando o condenado é ouvido pelo juízo da Execução Penal em audiência de justificação, desde que presentes o defensor e o MP. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 972.598. Relator: Min. Roberto Barroso, 30 abr. 2020, **Diário Oficial da União** 04 mai 2020).

⁶⁶TALON, Evinis. A investigação defensiva na execução penal. **Evinis Talon**. 31 mar. 2020. Disponível em: <https://evinistalon.com/investigacao-defensiva-na-execucao-penal/> Acesso em 29 ago 2020

⁶⁷STJ divulga mais dez teses sobre falta grave em execução penal. **Consulta Jurídico**. Jurisprudência da corte. 06 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/stj-divulga-dez-teses-falta-grave-execucao-penal> Acesso em: 29 ago 2020.

⁶⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1717

descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. Isto mostra que no julgamento de uma revisão criminal, com exceção da primeira hipótese, há uma reavaliação da prova, por conseguinte, a peça deverá ser muito bem instruída com elementos probatórios favoráveis ao condenado.

No entanto, não há produção de provas nessa fase, ou seja, os elementos probatórios a serem juntados deverão estar pré-constituídos. Isto significa que, caso ainda não estejam no processo, precisarão ser produzidos em juízo de primeiro grau através da produção antecipada da prova⁶⁹ disciplinada no Código de Processo Civil (CPC).

Um exemplo de atuação investigativa da defesa em sede de revisão criminal são os casos assistidos pelo *Innocence Project* Brasil. O referido projeto de origem estadunidense atua em diversos países enfrentando a questão das condenações de inocentes. Para além de reverter acusações injustas busca analisar e encontrar soluções para as causas de inúmeros erros judiciais.⁷⁰ Os advogados e a equipe trabalham da seguinte forma: recebem o pedido de atuação; obtêm informações preliminares sobre o caso; analisam se estão presentes os requisitos para a atuação; estudam os casos; vão atrás de provas não analisadas ou mal analisadas pelo judiciário, ou seja, fazem um trabalho investigativo efetivo; e por fim atuam em juízo. Percebe-se que a atividade investigativa, ainda incomum na advocacia criminal, ocorre antes mesmo de ajuizar a revisão criminal, pois visando manter a confiabilidade do projeto, é preciso superar um *standard* probatório muito rigoroso.

Os atos de investigação mais comuns são busca por possíveis provas materiais como áudios e imagens, seja por fotografia ou vídeo; provas periciais; provas documentais como laudos elaborados por profissionais renomados com expertise na área ou ainda cruzamento de dados. Em síntese, busca-se provas técnicas que não são tão frágeis como a prova oral.

⁶⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. Saraiva Educação, 17. Ed. São Paulo. 2020. P. 1727

⁷⁰ INNOCENCE PROJECT BRASIL. Página Inicial. São Paulo, Brasil. Disponível em: <https://www.innocencebrasil.org> Acesso em 29 ago 2020.

4 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Quando se pretende tratar de algo novo ou pouco explorado, o melhor ponto de partida para a discussão é apresentar a definição do termo. A introdução deste trabalho já contemplou esse quesito, contudo, considerando que este capítulo tem por finalidade analisar de forma mais detalhada os aspectos da investigação defensiva, faz-se importante retomar o conceito dessa ferramenta a fim de cumprir os objetivos propostos.

Apropria-se então, da descrição disposta no artigo 1º do Provimento nº188/18 da OAB, vez que se trata da mais recente tentativa de regulamentação da prática e contempla os elementos essenciais dessa ferramenta. Ressalta-se de antemão que a DP não segue as normas da OAB, sendo necessária portanto, uma regulamentação específica para a instituição. Todavia, o Provimento supramencionado, também não traz óbices ao desenvolvimento da prática pela DP. Veja-se:

Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.⁷¹

Frisa-se que descrição muito próxima e mais completa foi cunhada por Edson Baldan em 2007, que na oportunidade definiu a investigação defensiva como:

o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na ante judicial, 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.⁷²

De forma esquematizada pode-se extrair dos excertos acima as respostas para as seguintes perguntas: do que se trata a investigação defensiva? uma ação; quem irá desenvolver? a defesa sozinha ou com auxílio, de forma unilateral; em que momento? a qualquer momento da persecução penal ou até mesmo antes, de forma preventiva; com que finalidade? formar um

⁷¹BRASIL. CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Provimento nº 188 de 11 de dezembro de 2018. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. **Diário Eletrônico OAB**. Ano I N.º 1. 31 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 29/08/2020

⁷²BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 64. p. 253–273. Jan-fev. 2007

acerto probatório favorável a seu constituinte, a defesa irá busca elementos para instrumentalizar a sua tese.

Os artigos 2º e 3º do referido provimento deixam claro que os atos investigatórios podem ser utilizados em qualquer fase da persecução com finalidade de instruir de fundamentar pedido de instauração ou trancamento de inquérito; rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa; resposta a acusação; pedido de medidas cautelares; defesa em ação penal pública ou privada; razões de recurso; revisão criminal; habeas corpus; proposta de acordo de colaboração premiada; proposta de acordo de leniência; outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

Isto significa que a investigação defensiva não se resume aos autos de investigação defensiva, pois estes dizem respeito apenas ao registro formal dos atos investigativos conduzidos na fase de investigação preliminar. Certo é que, nem mesmo é necessário ter uma investigação criminal para serem desenvolvidos atos investigativos.

A investigação conduzida pela defesa não está vinculada à atividade estatal, assim sua publicidade não é obrigatória. Até porque, o ônus probatório é integral da acusação pelo princípio da presunção de inocência. À defesa ainda é conferido constitucionalmente o direito à parcialidade, a significar que o imputado e, conseqüentemente, a defesa técnica, estão amparados pelo direito à não auto incriminação e podem agir estrategicamente o que, é importante deixar muito claro, não é sinônimo de imoralidade ou falta ética. Assim como a publicidade não é obrigatória, o momento de juntar os elementos coletados na investigação também não é taxativo, depende da estratégia que a defesa está adotando.

Importante frisar que a investigação defensiva é suplementar e não substitui a investigação conduzida por órgãos estatais. A intenção não é suprimir o inquérito policial ou o PIC, até porque a parcialidade inerente a defesa poderia causar uma cegueira deliberada das provas, fugindo do objetivo da investigação criminal.

Em que pese o nome investigação defensiva, compartilha-se a ideia de que as mesmas atividades investigativas podem ser desenvolvidas em favor do ofendido seja para justificar uma ação penal de iniciativa privada propriamente dita, subsidiária da pública ou para figurar como assistente de acusação.

Alguns autores quando tratam dos ofendidos preferem, todavia, utilizar outra denominação, investigação auxiliar,⁷³ já que a finalidade é distinta, mas as ferramentas, técnicas e atividades podem ser desenvolvidas de igual maneira. De qualquer forma, a discussão é

⁷³SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação Criminal Direta pela Defesa**. 2 ed. Salvador: Juspodivm. 2020.

basicamente a mesma, as vítimas também sofrem em muitos casos com a falta de apoio dos agentes estatais, todavia o presente trabalho escolheu focar na defesa técnica do imputado.

4.1 ÓBICES E CRÍTICAS À ATUAÇÃO INVESTIGATIVA DA DEFESA

Posto o significado de “investigação defensiva” e fixado que o ato de investigar não é ilícito, bem como, que um conjunto probatório vasto e qualificado é importante para o deslinde do processo, frente à naturalização da concentração dos poderes investigatórios na Polícia Judiciária e no MP questiona-se o porquê de tal prática ser ainda impraticável no Brasil.

Impera no Brasil uma cultura de reatividade, sendo regra a passividade no tocante à busca de fontes de prova, tendo em vista que a tendência geral é acomodar-se com os meios de provas mais fáceis ou mais comuns, como testemunhal, o qual é sabido por ser dependente da memória, tende a apresentar enormes falhas. Por outro lado, o empenho da defesa na aquisição de fontes de prova, fica, por vezes, relegada a grandes escritórios que atuam em megaprocessos.

A participação da defesa na fase de investigação preliminar é correntemente negada, sob as justificativas de as investigações antes do processo serem mero procedimento administrativo, pelo que não há a figura do “acusado”, e, conseqüentemente, não há também a ampla defesa para o investigado ou indiciado.

É certo que estrutura atual da investigação preliminar revela que há sim um acusado que sofre restrições de sua liberdade e constantes ataques a seus direitos fundamentais, mesmo que contra ele não haja, ainda, uma acusação formal pelo órgão com atribuição. Trata-se de resquícios da matriz inquisitória, a qual considera o investigado como um objeto.⁷⁴

Opõe-se, ademais, à investigação defensiva, a demora causada na fase pré-processual. Nada obstante, a demora da conclusão das investigações também não deveria ser atribuída à defesa, já que mesmo sem a sua participação inquéritos policiais ultrapassam em muito o tempo estabelecido por lei e necessário para que haja um relatório conclusivo.

Objeta-se, igualmente, a possibilidade de a defesa realizar um inquérito defensivo ou poder registrar autos de inquérito defensivo, dada, atribuição exclusiva da polícia judiciária. Ou mesmo pelo fato de o particular não ter fé pública, de modo que os elementos obtidos pela defesa demandariam a confirmação pelo Estado.⁷⁵

⁷⁴PAIVA, Caio Cezar. **Prática penal para defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 144

⁷⁵HOFFMANN, Henrique. Investigação exclusivamente criminal é atribuição da polícia judiciária. **Consultor Jurídico**. 27 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-27/academia-policia-investigacao-exclusivamente-criminal-atribuicao-policia-judiciaria> Acesso em 31 ago 2020

Essa posição é representada por meio da Teoria da Canalização, isto é, o material colhido pela defesa só poderá entrar nos autos do inquérito a critério do delegado de polícia. O que esvazia quase totalmente o instituto e o deixa à mercê de uma decisão discricionária de agentes estatais que justamente tendem para acusação.

Questiona-se também a parcialidade do inquérito defensivo. Contudo, tal justificativa é rebatida pelos defensores da investigação defensiva, que apontam a autorização da condução da investigação pelo MP como contra-argumento. A parcialidade não diz respeito ao conteúdo prova, mas sim no direcionamento. Nesse sentido, a defesa poderá explorar hipóteses não investigadas pelos órgãos de investigação.⁷⁶ Mas se a questão chave é a suposta possibilidade de a defesa empreender atos irregulares e práticas antiéticas, é possível dizer que o mesmo pode acontecer por parte dos agentes estatais.

O inquérito por ser unilateral não está imune a vícios e ilegalidades, diferindo, no entanto, o fato de possuírem os agentes estatais fé pública e deverem observar princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. Sucede, contudo, que o defensor público é igualmente um agente estatal, submetido aos mesmos princípios.

De outro lado, a advocacia privada deve observar a ética e a moralidade conforme previsto na Lei nº 8.906/94 (EOAB), além, do Código de Ética e Disciplina que regulamenta a atividade dos advogados. Em síntese, as regras do jogo estão postas igualmente para todos.

Importante deixar claro que não se defende uma atuação indiscriminada da defesa na fase preliminar, pois se tem ciência que alguns atos seriam inviabilizados e a investigação não seria totalmente eficiente. A intenção é defender um equilíbrio e que o investigado não seja tratado com um objeto e que esta fase não signifique para o investigado uma pena antecipada.

4.2 AMPARO NORMATIVO EXISTENTE

Em que pese, a ausência de uma legislação específica para a investigação defensiva, existem no ordenamento jurídico brasileiro previsões que garantem uma atuação proativa da defesa no tocante à investigação criminal.

Tem-se a súmula vinculante nº 14 segundo a qual:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão

⁷⁶SILVA, Franklyn Roger Alves. A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p.70-71, jan.-abr. 2020.

com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Nesse mesmo sentido, o art. 14 do CPP preconiza que “o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”. No tocante a este dispositivo, a Lei nº 13.964/19 trouxe uma novidade legislativa ao introduzir o art. 14-A. Ainda que restrito a integrantes das forças de segurança pública que figure como investigado por fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, a referida norma sinaliza a ampliação e a importância da participação da defesa na fase de investigação preliminar, visto que dispõe a respeito à comunicação do investigado para consequente constituição de defensor. Contudo, está muito distante do novo art. 14 proposto no PLS 156/2009.

No tocante à advocacia privada, o Estatuto da OAB (Lei nº 8906/94) introduziu no ano de 2016 como prerrogativa dos advogados examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza.⁷⁷

Da perspectiva da DP a LC nº 80 também inclui como prerrogativa do defensor examinar, em qualquer repartição pública, autos de flagrantes, inquéritos e processos, assegurada a obtenção de cópias e podendo tomar apontamentos.⁷⁸

Ainda, a Lei nº 13.964/19 enfatizou tal direito, ao dispor que uma das funções do juiz das garantias, introduzido no CPP, é assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento.⁷⁹

Mas até que ponto tais previsões estão sendo suficientes para amparar a defesa técnica? Principalmente, amparar o imputado? Tais prerrogativas são essenciais, mas ainda representam obstáculos, por exemplo, qual será o juízo da autoridade competente para aceitar o pedido de diligências? E tal juízo será de oportunidade e conveniência, de forma discricionária?

Além do provimento da OAB, que veio para dar amparo ético disciplinar para os advogados, a tentativa mais palpável de regulamentação da investigação defensiva está no

⁷⁷BRASIL. Lei 8.906 de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm Acesso em 31 ago 2020

⁷⁸BRASIL. Lei complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. **Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm Acesso em 31 ago 2020

⁷⁹Com a concessão de Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Min. FUX, está suspensa a eficácia do art. 3º-A.

projeto de reforma global do CPP (PL 8.045/2010 originário do PLS 156/2009), em seu art. 13, onde dispõe que: “é facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a incitativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa”. Ou seja, o tema já está sendo pensando e a necessidade de regulamentação já é exigida há muito tempo.

Ademais, também em relação ao tema, tem-se outro PL, nº 5.282/2019,⁸⁰ que em resumo acrescenta dois parágrafos ao art. 156 do CPP a fim de dispor que ao MP cabe investigar de igual modo circunstâncias que interessam a acusação e a defesa com o propósito de buscar a verdade processual, sob pena de nulidade do processo. Evidenciando um ponto nefrálgico do direito processual penal que é a (im) parcialidade da acusação na busca de fontes de provas.

Mas enquanto isso, a defesa técnica está amparada pela CRFB/88 e por Tratados Internacionais, ou melhor, toda sistemática processual penal condiz com o exercício de uma defesa técnica investigativa. Além disso, o devido processo legal, de onde emanam todos os outros princípios constitucionais, só é efetivamente satisfeito quando todo o procedimento legal é cumprido, ou seja, todos os princípios e normas constitucionais são observados.

A começar pela presunção de inocência, o princípio fundante do processo penal preconiza que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado. De tal princípio decorre: primeiro, que o imputado é inocente durante todo processo, portanto, as medidas que restringem seus direitos devem ser reduzidas.⁸¹ Por outro lado, pode-se dizer que o contrário também precisa ser respeitado, ou seja, deve ser aumentadas as chances de provar a inocência definitivamente. Segundo, sendo considerando inocente até o trânsito em julgado cabe à acusação a carga probatória e existindo dúvidas o juiz deverá absolver o acusado. Contudo, a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* não afastam a possibilidade de a defesa ter iniciativa probatória.⁸²

Embora, se tenha consciência da existência da presunção de inocência, os operadores do direito não agem conforme dispõe o princípio. Se a defesa se fixar cegamente nessa garantia e na legalidade irá ingressar no processo com um saldo totalmente negativo e as chances de virar o jogo serão muito mais difíceis. Percebe-se que levar a presunção de inocência a sério, então, implica permitir que o acusado também junte todos os elementos favoráveis a comprovar

⁸⁰BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 5282 de 2019. **Altera o art. 156 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) para estabelecer a obrigatoriedade de o Ministério Público buscar a verdade dos fatos também a favor do indiciado ou acusado.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139043> Acesso em 30 ago 2020

⁸¹LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2020. p. 139

⁸²SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação Criminal Direta pela Defesa**. 2 ed. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 597

sua inocência, bem como que os elementos coletados pela acusação sejam no sentido de esclarecer os fatos e não para forçar uma condenação.

Posto isso, é possível inferir que o contraditório é o grande aliado da investigação defensiva, pois o contraditório não é apenas o direito a obtenção de informações e reação, além disso compreende também o direito de participar e influenciar no resultado, conseqüentemente são vedadas decisões surpresas.⁸³ As provas são importantes instrumentos para que tal função seja exercida, já que através delas o discurso é comprovado. O contraditório, portanto, só será respeitado quando as partes da relação processual tiverem condições iguais para influenciarem no processo.

Disso decorre o direito à paridade de armas no processo, ou seja, acusação e defesa devem receber um tratamento equânime na atuação de seus interesses. O tratamento paritário das partes deriva da própria lógica de processo democrático preconizado na CRFB/88. Pode ser sinônimo de igualdade ou isonomia entre as partes e diz respeito não apenas às condições iguais de influência, mas também à igualdade de direitos e deveres.

Contudo, diante das constatações feitas no cotidiano por advogados e defensores é possível falar que a igualdade processual é um mito, prova disso são as dificuldades no tocante a iniciativa probatória já mencionadas no trabalho. Enfim, o exercício da investigação defensiva mostra-se como uma forma de efetivar o direito à paridade de armas, uma vez que à acusação já é dada todas as oportunidades para coletar elementos probatórios para instrumentalizar suas teses, enquanto à defesa o mesmo não ocorre.

Nesse sentido, a investigação defensiva ainda pode ser vista como um corolário da ampla defesa e de uma defesa técnica penal efetiva, podendo até mesmo ser caracterizada como um direito fundamental do acusado, posto que, o imputado tem o direito de se defender utilizando todos os meios disponíveis. Quando se trata do tribunal do júri o referido princípio é ainda mais evidente, pois fala-se em plenitude de defesa.

Desse direito, bem como do contraditório, deriva o direito à prova, isto é, o direito subjetivo das partes de demonstrar a veracidade das teses levantadas através das provas. Tal direito se estende e cria como corolário o direito à investigação. O direito à prova não está adstrito aos quatro momentos dentro do processo, quais sejam: proposição, admissão, produção e valoração, mas consiste também no direito de poder “pesquisar as fontes de prova, de investigar o material que poderá subsidiar as alegações das partes durante toda persecução

⁸³DIAS, Alisson de Souza; PARREIRAS, Núbio Pinhon Mendes. A investigação defensiva sob a perspectiva da processualidade democrática. In: **Direito, democracia e poder**. 1 ed. Divinópolis: Motres, 2019.

penal”,⁸⁴ por todas as partes ou potenciais partes. Não há um artigo expresso na legislação brasileira sobre o referido direito, mas ele existe por decorrência lógica dos princípios supracitados e principalmente do direito de defesa, de ação e do contraditório.

Percebe-se, então, que todos os direitos estão interligados e em conjunto legitimam e autorizam o exercício da investigação defensiva.

Além disso, alguns tratados dos quais o Brasil é signatário evidenciam o direito à prova, bem como o direito à investigação pelo acusado por meio de sua defesa técnica. Nesse sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 dispõe no art. 14,3, b) e e) respectivamente, que toda pessoa acusada terá o direito de dispor de tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa, bem como, de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação. Já a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) no art. 8, 2, c, prevê como garantia mínima do acusado a “concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa”.

Ademais, a Lei nº 13.694/19 trouxe em seu bojo dispositivos que influenciam diretamente no exercício da investigação defensiva e legitimam-na, são eles: o sistema acusatório e a figura do juiz das garantias.

Quanto ao sistema acusatório importante aqui entender que com sua introdução expressa ficou ainda mais evidenciado que a gestão das provas deve ficar a cargo das partes. A defesa como parte tem o direito de gerir as provas a seu favor, sempre levando em conta que o ônus da prova é da acusação, mas que o direito à ampla defesa permite a utilização de todos os meios necessários para uma defesa penal efetiva, inclusive defender-se provando.

A figura do juiz das garantias aparece como uma expressão do sistema acusatório e no tocante a investigação defensiva apresenta uma limitação, não no sentido de deslegitimar, mas de fiscalizar a atuação da defesa e assim garantir que argumentos desfavoráveis que depreciam a imagem da defesa criminal não prosperem, já que haverá um juiz para fiscalizar a legalidade dos atos e impedir condutas que vão contra as regras do jogo. Ademais, o juiz das garantias abre espaço para a investigação defensiva porque significa um apoio quando a defesa se depara com obstáculos durante a investigação na fase pré-processual.

⁸⁴FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação:** Aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012.

A legitimidade da investigação defensiva também encontra respaldo na fundamentação da decisão de repercussão geral do STF no RE 593.727/MG.⁸⁵

A questão central do RE analisado foi se o MP poderia realizar investigação preliminar a partir da leitura conjugada da CRFB/88, do CPP, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e da Lei Orgânica do Ministério Público da União, mesmo sem norma expressa, o mesmo ponto nevrálgico atinente à investigação conduzida diretamente pela defesa.

Percebe-se no julgamento em questão que os mesmos argumentos levantados pelo MP servem para justificar e legitimar a referida prática. Primeiro, o órgão alega que a atividade investigatória não é exclusiva da polícia, tese com a qual o presente trabalho concorda; segundo, que não há violação do sistema acusatório, posto que as informações colhidas passarão pelo crivo do contraditório. Esse ponto ficou ainda mais latente após ser autorizado ao MP investigar, pois agora sim o desequilíbrio ficou evidente e será mantido se não for possibilitado à defesa empreender atos investigatórios.

A dispensabilidade do inquérito e o poder de produzir provas conferido às partes também foi citado pelo Min. Gilmar Mendes para embasar seu voto favorável ao MP. Em certo trecho o referido ministro diz que “É ínsito ao sistema dialético de processo, concebido para o estado democrático de direito, a faculdade de a parte colher, por si própria, elementos de prova hábeis para defesa de seus interesses”.⁸⁶ O problema é que logo em seguida o ministro diz que tal decisão não gera um desequilíbrio entre acusação e defesa, entretanto, o desequilíbrio é flagrante.

Outra justificativa para autorizar a investigação pelo MP foi a teoria dos poderes implícitos que deve ser estendida à defesa, pois se àquele que tem poderes para acusar implicitamente é dado também o poder de investigar, à defesa que pode oferecer queixa crime e patrocinar uma ação penal subsidiária da pública precisa ser conferido o meio direito. Bem como, à defesa é conferido também o poder implícito de se defender a partir de todos os recursos disponíveis, incluindo a busca de fontes de provas.

⁸⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 593727**, Repercussão Geral, Relator: Min. CÉZAR PELUSO, Relator para Acórdão: Min. GILMAR MENDES, julgamento em 14/5/2015, publicação em 8/9/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233> Acesso em 29 ago 2020.

⁸⁶BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 593.727. Repercussão Geral. Relator: Min. César Peluso. Relator para Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14 mai. 2015, Diário Oficial da União 8 set. 2015. p.87.

A conclusão é que autorizar a investigação apenas pelo MP e silenciar quanto à defesa viola frontalmente o devido processo legal,⁸⁷ por isso é totalmente legítimo o exercício da investigação defensiva.

4.3 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA EM OUTROS PAÍSES E SISTEMAS

O direito comparado também pode servir como inspiração, desde que acompanhado de reflexões e contextualização. Nesse sentido, os maiores exemplos citados por todos os doutrinadores são Itália e EUA. O primeiro se aproxima mais do sistema jurídico brasileiro, *civil law*, enquanto os EUA apesar de ser um modelo totalmente adversarial, diferente do Brasil, é o mais palpável, mesmo que através de obras fictícias, e o que demonstra de forma mais contundente o que se trata a investigação defensiva e como ela é conduzida.

De forma sintetizada, a literatura sobre o assunto pontua que a investigação defensiva na Itália é um desdobramento da paridade de armas, do direito a defesa e principalmente de defender-se provando. E pode-se dizer que o passado da *investigazioni defensiva* é muito parecido com o atual estado da investigação defensiva no Brasil. Isso porque, antes estar prevista na Lei nº 397/00 já havia de forma tímida a previsão de a defesa poder colher elementos probatórios em outros diplomas. Mas era necessária uma regulamentação mais expressiva, pois a defesa ainda agia de forma acuada, sem segurança⁸⁸ o que só foi alcançado com a lei supracitada. Nesse sentido, o art. 327-bis do CPP italiano regulamenta a “*Attività investigativa del difensore*”, isto é, o direito de o defensor proceder investigações para busca e identificação de provas a favor do seu cliente para o exercício da defesa em todos os graus do processo,⁸⁹ servindo de exemplo para muitos países.

Por outro lado, nos EUA, país onde vige a *commow law* e o sistema adversarial, não há um diploma específico para a investigação defensiva, mas institutos como a *Discovery* que exigem uma transparência das partes quanto às provas disponíveis e que serão produzidas ainda na fase pré-processual, incentivam o desenvolvimento de atos investigativos pela defesa. Por exemplo, é muito comum a defesa ouvir testemunhas nos escritórios com ou sem participação

⁸⁷CRIMINAL PLAYER. Episódio 134: Investigação defensiva com Edson Baldan e Alexandre. Entrevistador: Alexandre Morais da Rosa Entrevistado Edson Baldan. Editora EMais. 4 jul. 2020. *Podcast*. Disponível em: <https://emaiseditora.com.br/categoria/podcasts/criminal-player/> Acesso em 31 ago. 2020

⁸⁸SILVA, Franklyn Roger Alves A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 41-80, jan.-abr. 2020. P. 45-50

⁸⁹ITÁLIA. **Codice di Procedura Penale. Testo coordinato ed aggiornato del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447**. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2013/12/18/indagini-preliminari-e-udienza-preliminare-disposizioni-generalis> Acesso em 31 ago 2020

da parte contrária e ter em seu quadro de colaboradores investigadores privados, peritos e assistentes. Ainda, há no país precedentes que afirmam que a defesa penal efetiva é aquela que desenvolve atos investigativos, bem como, existe também os *standards* da ABA (American Bar Association) sobre a função defensiva.⁹⁰

Outros países da América Latina, tais como Chile, Colômbia e Uruguai também servem de exemplo, pois passaram por mudanças referente ao processo penal relativamente recentes, a partir de 1990, saindo de um modelo inquisitorial para o acusatório com tendências marcantemente democráticas.

O Uruguai, por exemplo, alterou em 2014, de forma sensível, o CPP do país. As mudanças vão ao encontro de um sistema com bases acusatórias, principalmente no que diz respeito a oralidade, publicidade e paridade de armas. No tocante a investigação preliminar esta será conduzida pelo MP, mas o art. 264 prevê que “*La defensa podrá armar su propio legajo de investigación, el que no será público*”,⁹¹ isto é, a defesa poderá juntar elementos para formar sua própria pasta de investigação. Além disso, a defesa poderá solicitar todas as diligências que considerar pertinente, em caso de negativa poderá recorrer ao órgão jurisdicional competente para que o ordene (Art. 260). O CPP uruguaio também é referência, pois previu um sistema de duplo juiz, um para a fase de audiência e outro para o a fase processual.

4.4 POR QUÊ UMA LEGISLAÇÃO EXPRESSIVA SOBRE O TEMA?

Pode-se concluir, portanto, que mesmo com todo esse aparato legislativo que viabiliza a prática investigativa pela defesa técnica, na prática ela não é autorizada. Diz-se isso, porque o advogado ao praticar condutas como ouvir testemunhas, corre o risco de ser advertido sob a justificativa de estar obstruindo a justiça.

Portanto é necessária a regulamentação expressa sobre o tema. Primeiro para a defesa ter um mínimo de credibilidade externa; segundo para que o direito de produzir prova seja efetivo; terceiro para que seja estabelecido qual o valor probatório as informações colhidas pela defesa terão no processo e mais que isso, efetivar o direito de ter as provas colhidas analisadas, valoradas e utilizadas para formar a convicção do juiz. Em síntese, o que se espera com uma

⁹⁰SILVA, Franklyn Roger Alves A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 41-80, jan.-abr. 2020. P. 53

⁹¹URUGUAI. **Código del Proceso Penal**. 2017. N° 19293. Aprobado por Ley n° 19.293 de 19 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal-2017/19293-2014> Acesso em 31 ago 2020.

regulamentação é conferir maior segurança para o profissional e estimular a atividade investigativa pela defesa.⁹²

A melhor forma para regulamentar essa ferramenta ainda está sendo discutida. Há doutrinadores que defendem um diploma mais extenso e analítico para não deixar brechas, através de uma lei federal. Enquanto outros, argumentam a favor de uma normatização mais aberta por meio de veículos mais restritos, mas que levam menos tempo e menos requisitos para serem publicados, uma vez que a questão é urgente. Por exemplo uma cláusula geral no estatuto da OAB, nesse caso o mesmo deveria acontecer em uma lei específica para a DP.

Há que se pensar se seria interessante uma lei única para disciplinar o direito de investigação pelos sujeitos do processo, MP, defesa e vítima e assim instituir uma igualdade processual. Ou ainda, um meio mais rápido poderia ser o mesmo seguido do MP, qual seja, primeiro ter uma autorização do STF e em seguida a publicação de um ato normativo por um órgão competente.

No caso de uma lei mais abrangente deveria constar, além do conceito e definição do que é a investigação defensiva, como ela será praticada, o momento, qual a finalidade, as garantias do interessado e do investigador, sobre a publicidade, sobre criação de órgãos de investigação e suas limitações. Quanto aos limites a maioria deles já foram tratados aqui e dizem respeito às regras do jogo, quais sejam, às normas constitucionais e infraconstitucional, além das normas deontológicas seja do código de ética da OAB, quanto das leis referentes à DP.

4.5 VANTAGENS DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Contraopondo-se às críticas de que à institucionalização da investigação conduzida pela defesa atrapalharia o andamento do processo, servindo apenas para driblar a busca da “verdade real”, percebe-se na realidade, é que os benefícios são muitos e não apenas para o acusado, mas também para a sociedade, para o Estado e para todos os envolvidos.

Quanto à investigação preliminar, é preciso ter em mente que ela não é meramente administrativa e informativa sem grande implicação. Importante lembrar que o juiz atua na fase pré-processual judicializando alguns atos e os autos da investigação servem de base para medidas cautelares que podem até restringir a liberdade. Além disso, na prática podem ser

⁹²SILVA, Franklyn Roger Alves A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 41-80, jan.-abr. 2020.

utilizados, desde que não exclusivamente, para formar o convencimento do juiz na decisão condenatória.⁹³

Ou seja, os atos investigativos na fase pre-processual de forma alguma estão totalmente desvinculados da fase processual. Ainda que a figura do juiz das garantias exista e que o inquérito seja descartado deve-se lembrar que há uma mediação muito grande dessa fase e o julgador é um ser humano que tem acesso a televisão, internet, rádio, dessa forma, não está blindado das informações.

Nesse sentido, a defesa técnica que pratica atos investigativos ainda na fase pré processual enriquece o acervo da investigação, trazendo elementos e hipóteses alternativas, ou seja, traz linhas investigativas não exploradas. Como consequência os fatos serão apurados com maior qualidade, o campo cognitivo da instrução processual é ampliado e a qualidade das decisões aumentam. Além disso, impera no processo penal brasileiro a utilização do elemento surpresa como uma estratégia, assim a defesa técnica que desenvolve atos investigativos não será surpreendida pela acusação ou se for os impactos serão menores.

A investigação conduzida pela defesa realizada na fase pré-processual então, poderá abreviar o procedimento para sequer tornar-se uma ação penal. Assim, mais uma de suas vantagens é conter “aventuras processuais”, processo infundados que trazem dor e estigma para o acusado, pois é inquestionável que o processo penal em si é muito grave para o sujeito.⁹⁴

Ainda que a denúncia seja recebida, a defesa que se antecipa realizando diligências e coletando fontes probatórias antes mesmo dessa decisão, tem mais chances de conseguir uma absolvição sumária. Sabe-se que o prazo para resposta à acusação é exíguo perto do tamanho dos autos do inquérito policial, por exemplo. Assim, quanto mais elementos já estiverem disponíveis mais rápido conseguirá desenvolver as teses e comprova-las, a captura da psique do julgador será mais fácil e as chances de sucesso maiores.

Além disso, o Estado também ganha, pois, evita gastos públicos desnecessários. Primeiro, porque manter uma estrutura ao longo de um processo custa muito aos cofres públicos e, segundo deve-se considerar que a CRFB/88, dispõe sobre o dever do Estado de indenizará o condenado por erro judiciário (art. 5º, LXXV). A investigação defensiva, portanto, é capaz de auxiliar na racionalização de recursos não apenas financeiros, como também processuais.

⁹³Com a concessão de Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Min. FUX, está suspensa a eficácia do art. 3º-A.

⁹⁴MACHADO, Leonardo Marcondes. Investigação é ainda mais dolorosa se não há limites para quem a dirige. **Consulta Jurídico**. Academia de Polícia. 07 jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-07/academia-policia-investigacao-ainda-dolorosa-nao-limites-quem-dirige> Acesso em: 31 ago 2020

Ademais, a investigação defensiva confere melhores condições de barganha diminuindo a desigualdade entre os sujeitos em um eventual acordo de colaboração premiada, acordo de não persecução penal ou em uma transação penal, já que o imputado terá acervo informativo mais completo ⁹⁵ podendo escolher se é melhor ou não aceitar as propostas do MP.

Ultrapassada a fase pré-processual, quanto mais a defesa participar da etapa de busca de fontes de prova terá menos limitação no manejo probatório e conseguirá sustentar uma estratégia processual efetiva. ⁹⁶ A investigação defensiva, nesse sentido, é necessária para qualificar a atividade probante, mas também é apta a trazer elementos que irão gerar dúvida suficiente para absolver o acusado.

A participação da defesa na investigação gera reflexos em uma eventual revisão criminal. Considerando que nessa fase não pode haver produção de provas, a coleta do máximo de elementos probatórios antes do trânsito em julgado é imprescindível. Nesse ponto, a preservação da cadeia de custódia tem grande importância, pois permite à defesa técnica rastrear a prova desde a sua origem para alegar eventuais nulidades ou necessidade de reanálises.

A imagem da defesa técnica criminal também é beneficiada com a investigação defensiva, pois os atos investigativos além de evitar muitos erros judiciais irá escancarar para sociedade aqueles que ultrapassaram a fase pré-processual e o trânsito em julgado. É o caso do trabalho do *Innocence Project* que ao causar comoção na sociedade com o trabalho de defender pessoas inocentes que foram condenados, mostram o importante papel da defesa criminal na luta por um judiciário menos falho.

É possível até falar em uma melhora no sistema carcerário, já que auxilia na diminuição do número de encarcerados injustamente, seja por barrar o início de uma ação penal infundada ou por influenciar uma decisão absolutória.

A depender do crime, principalmente os mais complexos, a defesa poderá contar com um aparato muito mais técnico para solucionar a demanda contribuindo para a eficiência do judiciário, já que mais casos serão solucionados, eventualmente em um tempo menor. Nesse sentido, a acusação se esforçará muito mais para trazer provas mais robustas.

⁹⁵MACHADO, Leonardo Marcondes. Delação premiada e investigação defensiva: levando o devido processo legal a sério. **Consultor Jurídico**. Academia de Polícia. 13 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-13/academia-policia-delacao-investigacao-defensiva-levando-processo-legal-serio> Acesso em 31 ago 2020

⁹⁶MACHADO, Leonardo Marcondes. Não existe ampla defesa no processo penal sem paridade de armas na investigação. **Consultor Jurídico**. Academia de Polícia. 02 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-02/academia-policia-nao-existe-ampla-defesa-paridade-armas-investigacao> Acesso em 31 ago 2020

A investigação defensiva contribui, portanto, para aumentar qualitativamente e quantitativamente a segurança pública e melhorar o sistema judiciário.

4.6 COMO DESENVOLVER UMA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA?

A palavra que mais tem ligação com a investigação defensiva é proatividade, isto é, abandonar a “cultura de gabinete” e ir atrás de elementos, ferramentas e técnicas que possam melhorar a defesa. Para além de desenvolvimento de teses jurídicas é preciso buscar elementos que instrumentalize tais teses e o início dessa busca pressupõe o conhecimento de tudo que perpassa o processo no qual irá atuar, atores e fatores, que poderão influenciar no seu deslinde.

Essa não é a cultura predominante entre a defesa técnica, como já dito, tanto que o tema ainda causa uma instabilidade e a defesa técnica, privada ou pública, principalmente a pública precisa se adaptar a esse “novo” modelo de defesa.

Os estudiosos da investigação defensiva elencam em seus estudos várias formas de praticar atos investigativos. Algumas realmente necessitam de um dispêndio maior de recursos financeiros, mas percebe-se que a maioria depende muito mais do empenho do defensor do que de dinheiro.

A todo tempo o trabalho dedicou-se a falar da atividade investigativa pela defesa técnica, consubstanciada nas figuras do advogado e do defensor público. Embora, a investigação defensiva deva ser conduzida por tais sujeitos, o mais interessante é que seja formada uma equipe. Assim, antes de qualquer coisa é preciso ter uma rede de apoio ainda que não permanente, pois os resultados tendem a ser mais exitosos quando há o auxílio de técnicos, investigadores, especialistas etc.

Formada a equipe ou pelo menos ciente de onde encontrar os recursos e as pessoas necessárias para execução de atos investigativos, passe-se para a criação de um planejamento estratégico de investigação,⁹⁷ a fim de otimizar o tempo. Tal planejamento deverá prever algumas questões importantes: a) avaliação dos elementos probatórios interessantes para a defesa, lembrando que a defesa deve se antecipar para que os elementos não se distancie demais dos fatos; b) mapeamento dos tipos de provas, elencando-as como: provas previsíveis e prováveis; provas que ainda não foram produzidas, mas podem ser; provas que poderão ser produzidas pelo estado; provas que a defesa pode produzir; provas que precisam de um dispêndio maior de esforços e as provas que irão depender da autorização do juízo; c)

⁹⁷BULHÕES, Gabriel. **Workshop Online De Investigação Defensiva. Aula 2, 2 de abril de 2020.** 1º ed. Rio Grande do Norte. Plataforma Youtube. 2020

elaboração de formulários de autorização, ciência, informação dentre outros para garantir a idoneidade dos elementos a serem coletados e prevenir contra eventuais imputações em desfavor da defesa técnica. Feito o planejamento e criadas as estratégias é preciso partir para a ação.

Nesse processo são diversas as formas de exercer uma defesa investigativa, contudo a tecnologia tem ganhado muito destaque e é considerada uma forte aliada na busca por fontes de prova, por ser a princípio mais fácil e acessível já que não demanda, por exemplo, um deslocamento físico.

Nesse sentido, a pandemia causada pelo coronavírus colocou em evidência novas tecnologias e a importância de todos saberem utilizá-las, principalmente a defesa técnica, já que o deslocamento ficou restrito. Quanto à tecnologia e inovação é perceptível como o Estado há muito tempo está qualificando e preparando seus agentes para lidarem com elas e com a dinamicidade do processo penal, enquanto a defesa está defasada.

Nesse sentido, as tecnologias ligadas a internet, são essenciais. Por exemplo, a defesa pode empreender busca em bancos de dados públicos virtuais, nas redes sociais e sites; utilizar ferramentas do Google, como *Google Maps* ou *Google Earth* para verificar as condições de uma localidade e identificar a localização geográfica; levantar notícias em portais jornalísticos ou blogs. Mas é preciso tomar cuidado com as fontes, pois precisam ser validadas, já que podem conter informações falsas.

Quanto aos dados a atenção deve ser redobrada. Ao manipulá-los é preciso estar atento as consequências legais, principalmente àquelas elencadas na Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da internet) e na Lei nº 13.709/18 (Lei geral de proteção de dados pessoais) que prevê o tratamento de dados para exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral. Nesse sentido, a principal preocupação da defesa técnica tem de ser com o consentimento expresso, pois na maioria dos casos trata-se de dados pessoais e dados sensíveis. Conseqüentemente, as informações poderão ser usadas somente para os fins previamente autorizados, por isso é importante sempre ter formulários de autorização, informação e consentimento, todos escritos.

Mas tudo isso, só é possível porque há um ser humano por trás, isso significa que a tecnologia, em que pese, seja extremamente importante, não substitui práticas que necessitam do dispêndio de esforços físicos. Tais como inspeções e vistorias, desde que em ambiente público ou com autorização do proprietário; visitas ao presídio; oitiva de testemunhas, obtenção de documentos físicos; registros fotográficos dentre outras diligências interessantes para a

defesa. Lembrando que não é recomendado participar de nenhum desses procedimentos sozinho, sempre é importante ter um acompanhante.

A Lei de registro públicos (Lei nº 6.015/73) também é uma aliada da defesa no tocante ao levantamento de documentos, no sentido de que qualquer pessoa pode requerer certidão do registro e os encarregados são obrigados a fornecer as informações solicitadas. Mas, a busca por informações públicas demanda que a defesa vá até o cartório e colete dados que podem ser sobre o registro de empresa, atas, estatutos, contratos sociais, certidões, registros etc. Outra lei que favorece a defesa investigativa é a lei de acesso a informações (Lei nº 12.527/11) a qual obriga os órgãos e entidades do poder público propiciar amplo acesso e divulgação de informações públicas. Nesse sentido, a pessoa que irá atrás das informações também precisa fazer um bom trabalho, sendo o mais claro possível no pedido, especificando bem o que está sendo solicitado e pedindo apenas o necessário.

Talvez a questão mais complicada seja a oitiva de testemunha, pela falta de coercitividade direta e pela visão negativa que os operadores do direito têm de tal prática.

Quanto à coercibilidade, é verdade que a defesa não tem até certo ponto, mas quando a diligência for ultrapassar os limites permitidos o advogado ou defensor poderá recorrer à autoridade policial ou ao juiz das garantias.⁹⁸ De qualquer forma, como a questão ainda não é vista com bons olhos por muitos, alguns procedimentos são indispensáveis para respaldar a defesa contra eventuais acusações de obstrução da justiça.

O primeiro contato com a testemunha depende do seu perfil, ou seja, se a pessoa for amigável o convite pode ser feito de forma menos formal, por um e-mail, telefonema ou mensagem por aplicativo. Já uma testemunha neutra a melhor opção será uma carta com AR intimando para vir ao escritório ou núcleo da defensoria. Quando tratar-se de uma testemunha hostil é preferível intimar por meio de um oficial de notas e dependendo da hostilidade poderá ser mencionada no processo posteriormente.⁹⁹

A intimação poderá ser pública ou privada, mas em todas as hipóteses é preciso que conste a recomendação para que a testemunha vá ao local acompanhada pelo seu advogado ou por qualquer pessoa de confiança e que já esteja claro o objetivo da oitiva.

A oitiva precisa ser registrada por vídeo e áudio sem cortes a começar pela qualificação da testemunha. Em seguida, deverá ser lido o termo com as informações necessárias, feitos os

⁹⁸Com a concessão de Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Min. FUX, está suspensa a eficácia do art. 3º-A.

⁹⁹BULHÕES, Gabriel. **Workshop Online De Investigação Defensiva. Aula 4, 4 de abril de 2020.** 1º ed. Rio Grande do Norte. Plataforma Youtube. 2020

devidos esclarecimentos e confirmada a ciência e a voluntariedade. É importante ainda, mostrar que a defesa está lá e advertir quanto às penas de falso testemunho, mesmo sem poder tomar o compromisso.

Ao final é necessário que ainda na frente da testemunha o arquivo seja verificado com a finalidade de garantir sua integridade. Importante frisar, novamente, que tudo precisa ser formalizado e registrado, a defesa precisa atuar de forma lógica, cronológica e padronizada. Para um maior amparo os advogados podem até mesmo comunicar a OAB previamente.

Tudo isso não serve apenas para oitivas, a ausência de fé pública da defesa reforça ainda mais a necessidade de preservação da cadeia de custódia, tornando essencial a redução a termo de qualquer diligência por um tabelião. Por exemplo, quanto se tratar de um áudio de *WhatsApp*, *print* de uma tela, uma ligação, fotos etc. todas as atividades devem ser registradas em relatórios e dispostas de forma organizada. As fontes originais precisam ser mantidas e tudo que está por traz dos arquivos também precisa ser registrado.

A investigação defensiva está umbilicalmente ligada a multidisciplinariedade e à parceria com outros profissionais, como já reforçado no início desse tópico. Por exemplo, a obtenção de dados na web nem sempre será tarefa fácil, bem como a análise contábil ou do local do delito, assim a atuação conjunta com especialistas de outras áreas do conhecimento é essencial.

Nesse sentido, os peritos tem papel fundamental e o Estado conta com um aparato muito bom que está subaproveitado. Mas não apenas peritos, designer, assessores de imprensa, jornalistas que já possuem um histórico investigativo, engenheiros, psicólogos, detetives particulares e outros, também são profissionais que precisam agir em conjunto com a defesa. Ou seja, em que pese se fale a todo tempo do advogado e do defensor público é imprescindível recorrer a outros profissionais para realizarem as diligências. Para além, a defesa também poderá utilizar o depoimento técnico dos especialistas. Tal conduta é muito difundida nos EUA, por exemplo, quando a defesa pede para ouvir em juízo um especialista em balística.

Seguindo esse raciocínio tem crescido no mercado jurídico as *Lawtechs* ou *Legaltech* que são *startups* que desenvolvem produtos e serviços inovadores e tecnológicos com a finalidade de aprimorar o setor jurídico e facilitar a vida dos operadores do direito. Ganham destaque nesse ramo as empresas de suporte a litígio, por exemplo, a Ethos Brasil¹⁰⁰ que tem como objetivo centralizar os melhores profissionais de diversas áreas e ferramentas relacionadas às técnicas investigativas para auxiliar a defesa técnica na elaboração de

¹⁰⁰ETHOS BRASIL. Página Inicial. Brasil. Disponível em: <https://ethosbrasil.org>. Acesso em 29 ago 2020.

estratégias. Ou seja, defensores e advogados podem recorrer a essas empresas, que possuem custo benefício relativamente baixo, para encontrar os melhores profissionais e as melhores ferramentas dentro do orçamento disponível e assim, desenvolver investigação e elaborar as melhores teses.

Por fim, faz parte ainda da investigação defensiva a solicitação de realização de diligências à autoridade policial ou ministerial, os quais deverão executar ou fundamentar de forma contundente quanto a irrelevância ou impertinência. É possível também fazer pedido diretamente ao juiz quando a diligência invadir direitos fundamentais. Os pedidos podem ser de busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico ou bancário, fornecimento de dados de rastreamento físico de celular, interceptação telefônica. Tais práticas não são rotineiras e a defesa as vezes se esquece que também pode utilizar esses recursos, claro, se for interessante para o seu constituinte.

5 A DEFENSORIA PÚBLICA E A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Positivada na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXXIV e artigos 134 e 135; e regulamentada de forma geral pela LC nº 80 de 12 de janeiro de 1994 a DP da União, do Distrito Federal e dos Estados, surge para prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, a fim de efetivar o direito ao acesso igualitário à justiça. Dessa forma, a atuação do referido órgão contém uma dimensão positiva, na medida em que deve viabilizar a paridade de armas e garantir ao cidadão hipossuficiente assistência profissional qualificada. Para além desse aspecto, a Constituição dispõe que à DP é a expressão e instrumento da democracia, sendo a ela incumbida a promoção dos direitos humanos.

Em recente julgado do STF, sob a relatoria do Min. Luiz Fux,¹⁰¹ a suprema corte reiterou a íntima relação entre a atuação da DP e a defesa do Estado Democrático de Direito como consequência da interpretação dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal. Ainda, afirmou que “por meio da Defensoria Pública, reafirma-se a centralidade da pessoa humana na ordem jurídico-constitucional contemporânea, deixando-se claro que todo ser humano é digno de obter o amparo do ordenamento jurídico brasileiro”.

A exemplo, a DPE de Minas Gerais (DPE/MG), estado que será utilizado no trabalho como referência, reforça em seu site institucional que sua missão é “Prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados com foco na garantia do acesso à justiça, na proteção da dignidade da pessoa humana, na promoção da cidadania e no fomento à solução pacífica dos conflitos sociais”.¹⁰² Além disso, tem como visão “Ser a Melhor Defensoria Pública do Brasil, tornando-se referência em atendimento ao assistido e em gestão”, para isso os seguintes valores precisam ser observados e respeitados: “Prioridade máxima ao assistido, compromisso com resultados positivos, transparência, inovação e busca contínua da justiça”.

A DP é consideravelmente nova se comparada ao MP (1832). Aliás, aquela nasceu dentro deste, pois os defensores públicos compunham o quadro de funcionário do MP do estado do Rio de Janeiro, na época, capital do Brasil. Somente com a LC nº 6 de 1977 que a defensoria foi organizada e regulamentada pela primeira vez de forma independente em relação ao MP.¹⁰³

¹⁰¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 2, Min. Relator Luiz Fux, julgamento 15 abr. 2020, **Diário Oficial da União** 30 abril 2020

¹⁰² DEFENSORIA PÚBLICA DE MINAS GERAIS. Planejamento Estratégico da Defensoria Pública de Minas Gerais 2018/2023. Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/index.php/transparencias/planejamento-estrategico/> Acesso em 31 ago 2020

¹⁰³ FILHO, Mário Lima Wu. A justiça essencial. Diferença entre as prerrogativas do Ministério Público e da Defensoria Pública. **Jus.com.br**. Ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24322/a-justica-essencial> Acesso em 31 ago 2020

Em que pese a instituição seja autônoma, ou seja, não esteja vinculada a nenhum dos poderes, seus gastos são custeados pela Estado. No caso da DPU a autonomia foi alcançada com a EC nº 74/2013 e declarada constitucional pelo STF em 2020¹⁰⁴; já a DPE adquiriu esse status em 2004 com a EC nº 45/2004¹⁰⁵ que na oportunidade acrescentou o § 2º ao art. 134 da CRFB/88. Mas somente em 2014 a DP assumiu o estado de instituição permanente, status que o MP já carregava desde a promulgação da CRFB/88.

No Estado de Minas Gerais a instituição existe desde 1946, há mais de 70 anos. No entanto, somente em 1976, a entidade que prestava tal serviço começou a ser chamada de Defensoria Pública e foi após o Decreto estadual nº 21.453/81 que a DPE ganhou os contornos iniciais para se tornar o que é hoje.¹⁰⁶

Importante mencionar que além da regulamentação na CRFB/88 e da LC nº 80, as DPEs são disciplinadas por leis específicas. Por exemplo, a DPE/MG é regida pela LC nº 65, de 16 de janeiro de 2003, recentemente alterada pela LC nº 141 de 13 de dezembro de 2016 para adequar às disposições constitucionais alterada pelas EC nº 45 e 80, e pela Constituição Estadual (Arts. 129 e 130).

A DP é vista com bons olhos e seus membros são descritos como bem preparados e combativos, embora tal atitude seja entendida como excessiva por promotores e juízes. Essa foi a percepção dos pesquisadores do estudo Defesa Criminal Efetiva na América Latina.¹⁰⁷ Eles ainda tiveram a impressão que há mais réus sendo representados pela instituição do que por advogados privados, embora não se tenha dados concretos.

O modelo de DP instaurado no Brasil é exemplo para diversos países, servindo de base para estudo da Organização das Nações Unidas. E pode ser considerado o melhor na relação custo-benefício considerando a estrutura social do Brasil, ou seja, oferece um serviço jurídico-assistencial de qualidade com um mínimo de dispêndio das verbas públicas.¹⁰⁸

¹⁰⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.296/ DF**. Ministra Relatora Rosa Weber. Diário Oficial da União 04 nov 2020.

¹⁰⁵ PAIVA, Caio Cezar. **Prática penal para defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

¹⁰⁶ DEFENSORIA PÚBLICA DE MINAS GERAIS. Histórico. Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/index.php/dpmg/historico/> Acesso em 31 ago 2020

¹⁰⁷ BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE; Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. 1 ed. São Paulo, 2016. p. 225

¹⁰⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. ESTEVES, Diogo. O modelo brasileiro de assistência jurídica estatal gratuita. **Consultor Jurídico**. Tribuna da defensoria. 05 fev 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-fev-05/tribuna-defensoria-modelo-brasileiro-assistencia-juridica-estatal-gratuita#_ftn4 Acesso em 31 ago 2020

Estudo recente (2018-2019) elaborado pela Associação de Magistrados do Brasil (AMB) e Fundação Getúlio Vargas (FGV)¹⁰⁹ onde foram ouvidas mais de 2,5 mil pessoas, revelou que a DP é a instituição mais confiável, mais conhecida e com melhor avaliação com 78% de aprovação pela sociedade. Entre os advogados a DP também ocupa o primeiro lugar, sendo que 86% dos profissionais a consideram “ótima + boa”.

Outro estudo elaborado pelo CNMP anteriormente (2017)¹¹⁰ obteve resultado parecido, concluindo que mais pessoas conhecem a DP comparado ao MP. Além disso, a DP ocupou o primeiro lugar no ranking de importância das instituições, deixando em segundo lugar o MP e em terceiro a polícia. Já quando se refere a confiança a DP ficou atrás apenas das forças armadas. Um resultado que chamou atenção nessa pesquisa foi que ao perguntarem “Na sua opinião, qual(is) o(s) principal(is) cargo(s) que constitui(em) o Ministério Público?”, a maioria das respostas (30,3%) foi “defensor público”. Uma conclusão possível de se chegar a partir desses dados é que existe na sociedade a ideia de que quem “faz justiça” e defende a população é o MP.

Mas ainda há um hiato entre o projeto normativo e o resultado prático. É notório que às defensorias são delegadas muitas responsabilidades e ao mesmo tempo a instituição carece de infraestrutura para desenvolver suas atividades, principalmente investigativa, ao passo que o MP, enquanto parte acusadora, possui vasto acervo de ferramentas e prerrogativas.

Por exemplo, o MP de Minas Gerais deixa claro em seu site que são funções do MP no âmbito criminal a supervisão e fiscalização das investigações feitas pela polícia, por meio da análise dos inquéritos, bem como o desenvolvimento de investigações próprias em crimes de grande interesse social. Para tanto conta com as Coordenadorias Regionais de Combate às Organizações Criminosas (CRCOCs), o Centro de Inteligência do MPMG (CIMP), a Coordenadoria de Combate e Repressão ao Tráfico Ilícito de Entorpecentes; o Laboratório de Tecnologia de Combate à Lavagem de Dinheiro (LAB-LD) (convenio com o ministério da justiça); Comitê Interinstitucional de Monitoramento de Repressão aos Crimes Violentos (parceria com a Secretaria de Estado de Defesa Social, a Polícia Militar e a Polícia Civil do Estado de Minas Gerais). Além de palestras, seminário e cursos, o MPMG tem acesso a vários

¹⁰⁹ ESTUDO DA IMAGEM DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO. Associação de Magistrados Brasileiros; Fundação Getúlio Vargas; Instituto De Pesquisas Sociais, Políticas E Econômicas. Dez, 2019. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/12/ESTUDO-DA-IMAGEM-DO-JUDICIA%cc%81RIO-BRASILEIRO.pdf>. Acesso 31 ago 2020

¹¹⁰ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Relatório da pesquisa de satisfação e imagem do CNMP e do Ministério Público**. jul, 2017. p. 21. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_da_pesquisa_CNMP_V7.pdf. Acesso em 31 ago 2020.

bancos de dados, sendo que o Ministério da Justiça, Receita federal e Ministérios Públicos estaduais compartilham seus bancos de dados.¹¹¹ Enquanto em busca feita no site da DPE/MG não se encontrou nenhum órgão de apoio a investigação.

Esse desequilíbrio é inconcebível dentro de uma estrutura democrática que preza pela paridade de armas e onde a própria legislação afirma que à DP é garantido sentar-se no mesmo plano do MP (LC nº 80, art. 4º, § 7º). Ou seja, o Estado deveria manter a estrutura da instituição defensora tão forte quanto da instituição acusadora, mas essa realidade caminha em passos lentos.

5.1 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA PERSECUÇÃO PENAL

Todos os fundamentos e finalidade mencionados no início desse capítulo direcionados à atuação da DP são ainda mais evidentes quando se trata do acesso à justiça penal. Pois o assistido que tem um crime a ele imputado alcança um nível a mais de vulnerabilidade. Nesse sentido, o defensor apesar de ser um servidor do Estado deve atuar na contenção do poder punitivo do Estado.

O defensor público federal Caio Paiva, autor do livro “Prática penal para Defensoria Pública”,¹¹² expõe bem a função da DP no âmbito criminal, a qual será sintetizada a seguir.

Primeiramente, quem pode ser assistido pela defensoria? Em regra, os imputados pobres, hipossuficientes financeiramente, mas também aqueles que mesmo tendo condições de arcar com uma defesa técnica privada não o fazem dentro do prazo legal. Tal postura é alvo de muitas críticas, mas os defensores da assistência jurídica penal universal fundamentam-na no direito à ampla defesa e na imprescindibilidade de defesa técnica.

Já no tocante a divisão de competência entre DPE, DPDF e DPU tem-se que a DPU, no âmbito penal, atua na defesa dos assistidos que estejam sendo processados ou investigados por crimes federais, eleitorais, de competência da Justiça Militar da União ou que estiver preso em estabelecimento penais federais.¹¹³ Já a DPE e a Defensoria Pública do Distrito Federal consequentemente, assistem investigados ou processados por crime de competência da justiça estadual inclusive execução da penal. Aqui é preciso lembrar todas as regras de competência e as súmulas, por exemplo, súmula nº 192 do STJ, segundo a qual “Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal,

¹¹¹ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Atuação Criminal. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/areas-de-atuacao/atuacao-criminal/> Acesso em 31 ago 2020

¹¹² PAIVA, Caio Cezar. **Prática penal para defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

¹¹³ PAIVA, Caio Cezar. **Prática penal para defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 19

Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos a Administração Estadual”. Algumas exceções existem em decorrência do art. 14, § 1º da LC nº 80, pois este artigo dispõe que a DPE poderá atuar no poder judiciário federal quando não houver DPU instalada na unidade federativa correspondente.

A Constituição estabelece que DP presta assistência jurídica gratuita de forma integral, interpreta-se, portanto, que a defesa abrange todas as fases da persecução penal. Assim, o defensor público pode atuar desde a prisão em flagrante.

Nesse sentido, o art. 5º, LXIII, dispõe que a prisão deve ser comunicada ao advogado, interpreta-se então, que a defensoria deve ser comunicada imediatamente nos casos em que o preso não constitui advogado. A LC nº 80 reforça essa ideia ao dispor no art. 4º, XIV introduzido em 2009, que é função da defensoria “acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado”.

Contudo, o STF entendeu que a autoridade policial não tem obrigação de nomear defensor técnico na realização do interrogatório na fase preliminar.¹¹⁴ O CPP no art. 306 também não dispõe a respeito da comunicação imediata à defensoria, mas o § 1º impõe que a cópia integral dos autos seja remetida à DP em até 24 horas. Esse é o entendimento também da doutrina majoritária, ao passo que parte minoritária, principalmente composta por defensores públicos e advogados, entende que a falta de assistência jurídica nesse momento ameaça direitos com o de permanecer calado e pode ter reflexos na fase processual.¹¹⁵

Como dito, em até 24 horas a cópia integral do auto de prisão em flagrante deve ser encaminhada à DP, mas se não for encaminhado nesse prazo não gera nulidade da prisão em flagrante. Há defensores que concordam¹¹⁶ e outros que discordam dessa posição.¹¹⁷ Considerando que os autos foram encaminhados, primeiramente cabe a defensoria verificar a legalidade da prisão e após reunir elementos que possam contribuir para fundamentar um pedido de liberdade. Nesse momento é possível empreender atos investigativos como ir até o presídio e colher informações com o próprio preso, falar com a família, produzir laudos sociais,

¹¹⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n 136.239**. Relator Min. Celso de Mello, 1ª Turma, 07 abr. 1992

¹¹⁵ PAIVA, Caio Cezar. **Prática penal para defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 151

¹¹⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. ESTEVES, Diogo. O modelo brasileiro de assistência jurídica estatal gratuita. **Consultor Jurídico**. Tribuna da defensoria. 05 fev. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-fev-05/tribuna-defensoria-modelo-brasileiro-assistencia-juridica-estatal-gratuita#_ftn4 Acesso em 31 ago 2020

¹¹⁷ PAIVA, Caio Cezar. **Prática penal para defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense 2016.

tirar fotografias, dentre outras medidas. Essas mesmas diligências podem ser utilizadas para fundamentar pedidos de liberdade nos casos de prisão temporária ou preventiva.

A DP atua também, obrigatoriamente, nas audiências de custódia agora positivada no *caput* do art. 310 do CPP. Na ocasião a defesa técnica será fundamental para influir na decisão do juiz acerca da legalidade e necessidade de manter a prisão, bem como agirá em favor do preso para noticiar ou prevenir maus-tratos, tortura ou qualquer tipo de violência contra o assistido, para tanto o contato entre defensor e assistido de forma reservada é fundamental.

Na fase preliminar de investigação, além de participar do interrogatório, a defesa pode ter acesso aos autos de investigação (súmula 14 do STF e arts. 44, VIII; 89, VIII; e 128, VIII da LC nº 80), acompanhar toda a investigação, dentro dos limites legais, e requisitar diligências (art. 14 CPP e arts. 44, X; 89, X; e 128, X da LC nº 80). A investigação defensiva, como já se viu, é essencial nessa fase, ou seja, para além de meramente acompanhar o inquérito policial o defensor deve empreender atos investigativos em favor do acusado, observando as discussões já desenvolvidas no trabalho.

O defensor também pode começar sua atuação somente a partir da resposta à acusação (art. 396-A, CPP), seja a partir de um ato voluntário do assistido que é intimado e solicita a assistência jurídica gratuita ou por força do § 2º do art. 396-A do CPP, quando os autos são remetidos para a instituição suprir a ausência de defesa técnica.

O defensor público participa também das audiências, principalmente da audiência de instrução e julgamento. Assim, poderá orientar a testemunha a dizer a verdade, sem induzir ou coagi-la; orientar o assistido quanto aos seus direitos, especialmente o direito ao silêncio, mostrar as consequências desse comportamento ou de outra informação que venha a falar em seu depoimento; deverá prezar pela garantia da forma e impugnar qualquer tipo de nulidade; requerer diligências quando necessárias; apresentar alegações finais de forma oral, quando não for determinada a substituição por memoriais.

É essencial também a participação da defensoria nos crimes julgados pelo tribunal do júri. Nesse momento, a atuação do defensor é muito marcante e exige habilidades como boa oratória e sabedoria para utilizar o direito à plenitude de defesa. Portanto, a qualificação do profissional é fundamental, tanto que, algumas defensorias possuem núcleos especializados para auxiliar e capacitar os profissionais.

A integralidade da assistência jurídica gratuita determina que a DP também atuará na fase recursal até as instâncias superiores, sempre que for viável e benéfico para o assistido e não apenas de forma automática. Podendo também ajuizar revisão criminal quando pertinente.

A Lei de Execuções Penais (LEP) garante ao preso e interno sem recursos financeiros para constituir advogado assistência jurídica que será prestada pela DP (art. 11, III; art. 15 e art. 16 da LEP) na defesa em procedimento administrativo disciplinar e no procedimento judicial, através do agravo em execução, HC, dentre outras ações possíveis nessa fase. Ademais, a DP é considerada um órgão da execução penal (art. 61, VIII), assim, deve velar pela regular execução da pena (art. 81-A). As demais incumbências estão discriminadas no art. 81-B da LEP. A partir dessa disposição, a defensoria ganha, ainda, uma legitimidade extraordinária para atuar em favor da liberdade do preso mesmo este possuindo advogado, devido a sua condição de vulnerabilidade processual decorrente de uma defesa precária.

Além de atuar em favor do imputado, a defensoria também age em favor dos interesses do ofendido ou vítima, seja no patrocínio de uma ação penal privada ou subsidiária da pública (art. 4º, XV da LC nº 80) e poderá atuar como assistente de acusação, conforme jurisprudência do STJ.¹¹⁸ Nesse caso alguns pressupostos devem ser observados como: hipossuficiência da vítima, ilegitimidade do MP para agir e esgotamento das possibilidades de solução extrajudicial do conflito.

Por fim, a presença da defesa técnica é indispensável nos atos que tem como objetivo a negociação, ou seja, no acordo de não persecução penal, na composição civil e na transação penal. Por ser um ambiente de flagrante desequilíbrio, a defesa técnica é imprescindível para eliminar ou diminuir eventuais acordos abusivos.

5.2 PREVISÕES NORMATIVAS ATINENTES AO TEMA

A questão da investigação defensiva ganha contornos ainda mais relevante quando adentra o âmbito da DP, por conseguinte, de forma alguma pode ser um debate afeito apenas a advocacia. Os defensores públicos devem dar mais voz a essa discussão, pois partindo da linha de pensamento construída até aqui a investigação defensiva constitui um corolário do direito à ampla defesa e a uma defesa penal efetiva, podendo até ser entendido como um direito fundamental, e sua institucionalização está umbilicalmente relacionada a um Estado Democrático de direito. Ou seja, a realização de investigação defensiva pela DP deve ser considerada um dever, uma prática regular, e não apenas uma faculdade.

Isso porque, é correto dizer que além dos princípios constitucionais e tratados internacionais, os próprios objetivos, funções, garantias e prerrogativas da DP legitimam atos

¹¹⁸ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Ordinário em Mandado Segurança nº. 45.793/SC, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma. **Diário Oficial da União** 15 jun. 2018.

investigativos conduzidos pela defesa. Mais que isso, reforçam a ideia de que a investigação defensiva é um instrumento necessário para o exercício de uma defesa penal efetiva e é dever da instituição dar a máxima efetividade a esse direito. Além disso, a legislação específica das defensorias a coloca um passo à frente da advocacia criminal nessa questão quando preconiza algumas prerrogativas exclusivas.

Primeiramente, é preciso analisar os objetivos da DP dispostos no art. 3º-A da LC nº 80, são eles: a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; a afirmação do Estado Democrático de Direito; a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Os objetivos da garantia a primazia da dignidade da pessoa humana e a prevalência e efetividade dos direitos humanos, por exemplo, impõe às defensorias uma responsabilidade em relação à população carcerária brasileira. Considerando a situação desumana dos presídios brasileiros¹¹⁹ e o perfil dos detentos, em sua maioria baixa renda,¹²⁰ fica evidente que uma ação proativa da instituição poderá contribuir para diminuição do encarceramento em massa.

Chama atenção o objetivo de garantir o direito à ampla defesa e contraditório. Sobre esse tema, Franklyn Roger afirma que a atuação da DP representa um elemento equilibrador do status social no processo, garantindo que os hipossuficientes possam influir na mesma medida na decisão judicial.¹²¹ Sendo que tal influência poderá ser consubstanciada através da produção de provas que sejam úteis aos interesses da defesa.

À DP também são incumbidas muitas funções dentre elas, no que toca ao processo penal, é pertinente o inciso V do art. 4º LC nº 80 o qual preconiza que o defensor precisa utilizar todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa dos interesses do assistido em respeito a ampla defesa e ao contraditório. O inciso anterior, IV, ainda reforça a ideia da assistência interdisciplinar por equipe técnica especializada. Seguindo o mesmo raciocínio, o inciso X dispõe que é função promover a mais ampla defesa de direitos fundamentais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a sua adequada e efetiva tutela. Ou seja, para uma defesa ampla e efetiva a lei impõe a utilização e busca de todos os meios e formas

¹¹⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Medida Cautelar Min. Relator Marco Aurélio. **Diário Oficial da União** 09 set. 2015.

¹²⁰ BARBIÉRI, Luiz Felipe; PALMAS, Gabriel. Déficit no sistema prisional brasileiro cresce apesar de criação de vagas, diz Infopen. **G1**. 14 fev. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/02/14/deficit-no-sistema-prisional-brasileiro-cresce-apesar-de-criacao-de-vagas-diz-infopen.ghtml> Acesso em 31 ago 2020

¹²¹ ESTEVES, Diogo; Silva, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

necessárias e prevê que a equipe da defensoria seja composta por técnicos especializados em áreas diferentes para melhor desenvolver tais funções.

O inciso XIV dispõe sobre a função de acompanhar o inquérito policial. Ressalta-se, mais uma vez, que apenas acompanhar não configura a prática da investigação defensiva, esta só acontece quando o defensor torna-se protagonista na investigação. Assim, por mais que o legislador tenha falado apenas do inquérito policial uma interpretação ampla leva à conclusão de que a defensoria tem como função acompanhar a investigação preliminar presidida por qualquer autoridade e não apenas em uma posição passiva.¹²²

Como já dito anteriormente a investigação defensiva não é usada apenas em benefício do imputado, sendo possível utilizá-la em favor também do ofendido ou vítima. Nesse sentido, a defensoria poderá patrocinar ação penal privada e subsidiária da pública (inciso XV). Bem como poderá atuar como assistente de acusação.

Atos investigativos conduzidos pela defesa também são muito importantes na fase de execução e é função da DP “atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais” (inciso XVII). Ou seja, a atuação investigativa a defensoria nessa fase é mais que necessária para assegurar um cumprimento de pena digno.

Ainda, com a finalidade de possibilitar aos defensores executar adequadamente as funções institucionais,¹²³ considerando o grande volume de trabalho e a estrutura deficitária a lei confere aos defensores algumas prerrogativas que podem ser relacionadas ao exercício da atividade investigativa, de certa forma facilitando-a. Ressalta-se que as prerrogativas não são taxativas e podem ser/estar previstas em outras leis.

A intimação pessoal mediante entrega dos autos com vista somada ao prazo em dobro são fortes aliadas da DP e pode ser vista positivamente com relação a investigação defensiva. Isso porque, uma das maiores reclamações da defesa técnica para praticar atos investigativos é o prazo curto entre os atos. Ressalta-se que a intenção do legislador foi garantir que os prazos fossem cumpridos, levando em conta o grande número de casos assistidos pelas defensorias, assim nem sempre o prazo mais estendido significará o tempo necessário para empreender atos investigativos diante do volume de trabalho, mas representa um ponto muito positivo se comparado à advocacia privada.

¹²² PAIVA, Caio Cezar. **Prática penal para defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 158

¹²³ *Ibidem*, p. 71

A prerrogativa da comunicação com seus assistidos e do livre ingresso em estabelecimentos policiais, prisionais e de internação coletiva, independentemente de prévio agendamento favorece muito a atuação investigativa da defensoria quando há necessidade conversar com o assistido para entender melhor os fatos, seja nos casos de prisão processual, ainda na fase investigativa ou quando a pena já está sendo executada.

A prescindibilidade de agendamento propicia ao defensor maior liberdade para ir ao presídio nos momentos mais conveniente, considerando que a legislação delimita uma jornada de trabalho a ser cumprido pelo defensor. E ainda, tal prerrogativa garante que sejam verificadas e coletadas provas no seu real estado quando houver denúncias de tortura, maus tratos e outras infringências de direitos ou para instruir procedimento de falta grave.¹²⁴

Os defensores podem examinar, em qualquer repartição pública, autos de flagrantes, inquéritos e processos, assegurada a obtenção de cópias e podendo tomar apontamentos, mesmo nos processos em que não estejam exercendo a defesa.

O poder de requisição dos defensores talvez seja a prerrogativa mais benéfica para o exercício da investigação defensiva, em que pese direcionada apenas a autoridades públicas. Dispõe a LC nº 80 que os defensores públicos podem requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições. Importante frisar que a requisição é o mesmo que ordem, ou seja, não é mera solicitação, pois é dotada de imperatividade, autoexecutoriedade e presunção de legitimidade.¹²⁵

Aos membros da DP também são concedidas algumas garantias, dentre elas a independência funcional no desempenho de suas atribuições, ou seja, podem atuar livremente no exercício de suas atividades. Não significa que suas teses jurídicas possam estar em desacordo com os princípios que norteiam a defensoria, a lei, a consciência e os interesses do assistido irão guiar a atuação do defensor.¹²⁶

Tal garantia tem várias implicações, interessa aqui duas: o fato de poder escolher as suas estratégias de defesa e de que a defesa técnica não tem vinculação com a defesa pessoal. Tudo isso não significa poder agir de forma prejudicial ao assistido, mas sim que poderá com base nos elementos que estiver em mãos perseguir a tese com mais chances de sucesso, que não necessariamente será a absolvição. Pedidos de absolvição, assim como interposição de recursos

¹²⁴ PAIVA, Caio Cezar. **Prática penal para defensoria pública**. Rio de Janeiro, Forense. 2016.

¹²⁵ PAIVA, Caio Cezar. **Prática penal para defensoria pública**. Rio de Janeiro, Forense. 2016. p. 154

¹²⁶ ESTEVES, Diogo; Silva, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 630

em massa vão contra a defesa penal efetiva, pois, não leva em conta todos os elementos que circundam o caso, os quais são diferentes em cada demanda. Tal conduta resulta em certo descrédito em relação atuação da DP e, ainda, compromete a qualidade do trabalho.

A ideia então é sempre buscar as teses que mais beneficiem o assistido, que ao mesmo tempo estejam em consonância com os princípios e valores da instituição. Por essa perspectiva a coleta de fontes de provas possibilita um leque maior hipóteses a fim de criar estratégias de defesa.

A defesa técnica é um direito fundamental, cabe ao Estado, portanto, arcar com os custos quando se trata de um indivíduo hipossuficiente e zelar pela efetividade da defesa, tendo em vista que a LC nº 80 é clara ao estabelecer que é direito do assistido a qualidade e eficiência do atendimento.

A fim de que o direito à ampla defesa será realmente garantido o defensor deve empenhar-se, não significa obter êxito sempre, pois, o processo depende de inúmeros fatores, mas fazer o máximo para que isso aconteça. Para o exercício da investigação defensiva é imprescindível o empenho da defesa técnica, reitera-se que é necessária uma postura de saída, de antecipação, de ir ao encontro das provas e não apenas de esperar o ataque. Ou seja, vai além da mera intervenção no inquérito policial, a investigação defensiva desenvolvida pelos defensores públicos deve ser independente, respeitando sempre os critérios para obtenção de uma prova lícita¹²⁷ e a ética profissional.

Na decisão que reconheceu repercussão geral no RE 593.727/MG, e autorizou a investigação conduzida pelo MP, o Min Gilmar Mendes expressou que:

Dessa forma, considerando o poder-dever conferido ao MP na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, da CF), afigura-me indissociável às suas funções relativa autonomia para colheita de elementos de prova.

Repara-se que à DP são incumbidas responsabilidade iguais ou ainda maiores, dessa forma, igualmente à tal instituição precisa ser conferidas as mesmas condições de exercício da atividade investigativa.

O empenho da DP para desenvolver atos investigativos, em qualquer fase da persecução, irá igualar, nesse aspecto, o cidadão hipossuficiente em relação àquele que tem recursos

¹²⁷ A jurisprudência tem considerado a vedação às provas ilícitas como norma-princípio, haja vista que em várias situações também se utiliza o juízo de proporcionalidade *pro reo*. Ou seja, há decisões que admitem as provas ilícitas quando forem suficientes para provar a inocência do imputado. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 402.717. Relator: Min. CÉZAR PELUSO, 02 dez 2008. **Diário Oficial da União** 13 fev 2009.)

financeiros para arcar com os custos de um advogado de alta expertise ou que pelo menos já tem conhecimento sobre esse instrumento. Assim, irá garantir a paridade de armas no processo ou pelo menos diminuir a desigualdade, o que é extremamente necessário, já que o efetivo acesso à justiça só será cumprido quando houver paridade de condições entre acusação e defesa.

Percebe-se, portanto, que o desenvolvimento da investigação defensiva pela DP trata-se de um dever, ou ainda, um *pode-dever*, não podendo ser praticada de forma facultativa, pelo contrário, deve ser uma prática regular, institucionalizada.

5.3 OBSTÁCULOS AO DESENVOLVIMENTO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Em que pese a legislação direcionada à Defensoria seja favorável ao exercício da investigação defensiva, há muitos obstáculos que impedem seu desenvolvimento. Além daqueles já mencionados no capítulo anterior que assolam a defesa técnica criminal em sentido amplo, a DP encontra desafios próprios que precisam ser superados.

O primeiro obstáculo diz respeito ao baixo orçamento direcionado às defensorias, consequente, os reflexos são uma estrutura física precária e o déficit de pessoal.

A situação precária é denunciada por membros e servidores da instituição, bem como por assistidos. Nesse sentido, é comum achar na internet manchetes como “Defensoria Pública completa 20 anos com estrutura precária”,¹²⁸ “Defensoria em situação precária”,¹²⁹ “TV Cultura retrata realidade precária da Defensoria Pública da União”.¹³⁰

Infelizmente, a última análise de dados oficiais sobre a situação da DP são de 2014, ou seja, não são tão recentes. Tais dados foram obtidos pelo Ministério da Justiça à época e apresentados por meio do IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Em que pese a situação tenha mudado em certa medida, do ponto de vista geral as reclamações continuam as mesmas, por isso se utilizará alguns números apresentados para exemplificar a realidade financeira e estrutural da DP.

No tocante ao orçamento das DPEs é preciso levar em conta que a instituição possui autonomia financeira (orçamentária) e orçamentos diferentes em cada estado. Os dados do

¹²⁸ DEFENSORIA PÚBLICA COMPLETA 20 ANOS COM ESTRUTURA PRECÁRIA. **Notícia Max**. Cuiabá. 25 fev. 2019. Disponível em: <https://noticiamax.com.br/fica-esperto/defensoria-publica-completa-20-anos-com-estrutura-precaria/36434> acesso em: 01 set 2020

¹²⁹ BARBOSA, Lívio. Defensoria em situação precária. **O Tempo**. 28 fev. 2007. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/cidades/defensoria-em-situacao-precaria-1.315678> Acesso em 01 set 2020

¹³⁰ TV CULTURA RETRATA REALIDADE PRECÁRIA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **ANADEF. Notícias**. 2012. Disponível em: <https://www.anadef.org.br/noticias/ultimas-noticias/item/tv-cultura-retrata-realidade-precaria-da-defensoria-publica-da-uniao.html> Acesso em 01 set 2020

Ministério da Justiça¹³¹ mostraram essas disparidades e concluíram que, enquanto São Paulo teve um orçamento de R\$ 683.737.314,00, o Acre tinha disponível R\$ 2.565.000,00. Veja-se a conclusão da pesquisa:

As Defensorias Públicas Estaduais que recebem mais recursos são São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Minas Gerais. Em todas elas, o Tesouro Federal contribui com parte significativa dos recursos, contudo em Minas Gerais as cifras oriundas de outras fontes também são vultosas. Por outro lado, os estados nos quais as Defensorias Públicas Estaduais receberam os menores volumes de recursos em 2014 são Acre, Piauí, Rio Grande do Norte, Santa Catarina e Sergipe¹³².

Na avaliação dos defensores sobre a estrutura material das DPEs mais de 40% dos entrevistados disseram que os materiais essenciais para desempenho das funções como internet, telefone, infraestrutura física etc. eram regulares, ruins ou inexistentes.¹³³ No tocante às DPU's a resposta também foi parecida, por exemplo, a estrutura física foi criticada por 56,9% dos defensores.

Para se ter um referencial comparativo utilizar-se-á novamente a DP de Minas Gerais como exemplo em relação ao MP/MG. Assim, enquanto a DPE/MG possuiu no ano de 2020 um crédito autorizado pela Lei Orçamentária Anual (Lei nº 23.579/20) de R\$ 551.543.898,00,¹³⁴ o MP/MG detinha R\$ 2.612.179.864,00 incluindo valores advindo de dois fundos especiais.¹³⁵ Há uma disparidade muito grande com o outro órgão do sistema de justiça com o qual a DP precisa ter paridade de condições.

Quanto à remuneração dos defensores, importante salientar que em cada estado o salário base é distinto, enquanto em alguns estados, como Minas Gerais, um defensor público classe intermediária tem como subsídio o valor de R\$ 25.387,63¹³⁶ (abril/2020), já no Estado do

¹³¹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Brasília. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/iv-diagnostico-defensoria-publica-brasil.pdf>. Acesso em 01 set 2020

¹³² BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Brasília. 2015. p.29 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/iv-diagnostico-defensoria-publica-brasil.pdf>. Acesso em 01 set 2020

¹³³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Brasília. 2015. p. 68. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/iv-diagnostico-defensoria-publica-brasil.pdf>. Acesso em 01 set 2020,

¹³⁴ DEFENSORIA PÚBLICA DE MINAS GERAIS. Transparência. Créditos autorizados/Despesas realizadas. 2020. Disponível em: <ftp://200.198.49.69/pub/TRANSPARENCIA/404.pdf> Acesso em 01 set 2020

¹³⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Transparência. Execução Orçamentária e Financeira - Despesas por Ação Orçamentária. Período: 2020. Disponível em: https://transparencia.mpmg.mp.br/db/execucao_orcamentaria_e_financeira/despesas_por_acao_orcamentaria?year=2020&format=html Acesso em 01 set 2020

¹³⁶ DEFENSORIA PÚBLICA DE MINAS GERAIS. Transparência. Quadro de pessoas. 2020. Disponível em: <ftp://200.198.49.69/pub/TRANSPARENCIA/399.pdf> Acesso em 01 set 2020

Alagoas o subsídio de um defensor é R\$ 30.404,42¹³⁷ (maio/2020), enquanto no estado do Espírito Santo um defensor público titular nível 2 recebe como salário base o valor de R\$ 10.707,16 (março/2020).¹³⁸

A questão salarial também influencia no empenho do profissional, por um lado o fato dos defensores receberem mal desestimula o exercício de uma defesa proativa não afeita apenas a elaboração de petição baseadas em teses jurídicas. Por exemplo, no Estado de São Paulo, de 2007 a 2017 142 defensores saíram da instituição por considerar a atividade pouco atrativa financeiramente e com estrutura ruim¹³⁹. Já por outro, em certos casos, o valor alto dos subsídios independente do sucesso dos processos pode fazer com que o servidor se acomode.

O diagnóstico desenvolvido pelo Ministério da Justiça ainda identificou que 70,8% das defensorias não possuíam convênios ou acordos com profissionais externos. No caso da DPU sequer há orçamento para custear convênios para prestação de atividade-fim como perícias, laudos, pareceres etc. E ainda, os maiores gastos das instituições são com o pagamento de defensores, servidores e estagiários. Conclui-se, portanto, que ambas as defensorias possuem poucos recursos para investimentos na própria instituição.

A partir desses dados é possível deduzir que a existência de investigadores e peritos dentro do quadro de servidores da DP é algo inexistente, sequer assistente técnico para acompanhar as diligências estatais a instituição dispõe.

A título exemplificativo até o mês de julho de 2020 a DPE/MG gastou R\$ 87.949,63 com capacitação de membros, servidores e cidadão e não houve nenhuma despesa com construção e reforma ou expansão da DP, enquanto foi desembolsado R\$ 192.941.021,85 com a remuneração de pessoal ativo¹⁴⁰. O MP/MG, por outro lado, no mesmo período investiu R\$ 1.112.982.121,01¹⁴¹ serviços de tecnologia da informação e comunicação, obras e instalações

¹³⁷ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS. Portal da transparência. Subsídios 2020. Disponível em: https://defensoria.audora.com.br/alagoas/api/download_documento/4513300a-4eb9-4ccc-9367-640245fd1e95 Acesso em 01 set 2020.

¹³⁸ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Portal da Transferência. Servidores. 2020 Disponível em: <http://defensoriapublica-es.portaltp.com.br/consultas/pessoal/servidores.aspx> Acesso em 01 set 2020

¹³⁹ OS PLEITOS DOS DEFENSORES PÚBLICOS: VALORIZAÇÃO DA CARREIRA **Apadep em Revista..** São Paulo: Letras & Fatos Comunicação. n.º 42. jul 2017. Disponível em: http://www.apadep.org.br/wp-content/uploads/2017/07/Apadep_numero42_correta_vs2.pdf Acesso em 30 ago 2020

¹⁴⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DE MINAS GERAIS. Transparência. Despesas realizadas por natureza/elementos de despesa – unidade orçamentária 1441. 2020. Disponível em: <ftp://200.198.49.69/pub/TRANSPARENCIA/403.pdf> Acesso em 01 set 2020

¹⁴¹ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Transparência. Execução Orçamentária e Financeira – Detalhamento das despesas. Período: 2020. Disponível em: https://transparencia.mpmg.mp.br/db/execucao_orcamentaria_e_financeira/detalhamento_das_despesas?year=2020&format=html Acesso em 01 set 2020

e equipamentos e material permanente e destinou para custear as despesas com pessoal R\$ 120.209.884,35.

Com relação ao pessoal, hoje a DP está presente em todos os estados, contudo, há um déficit de defensores muito grande. No início de 2020 havia cerca de 6.072 defensores em todo Brasil, no entanto para garantir acesso à justiça a todos seria necessário no mínimo mais 5000,¹⁴² já que o certo é 1 defensor para cada 15 mil pessoas.¹⁴³ Na relação defensores públicos por habitantes o estado do Paraná se destaca, infelizmente, são aproximadamente 100 mil habitantes para cada defensor.¹⁴⁴

No estado de Minas Gerais a defensoria está presente em todas as regiões. Mas apenas 110 municípios contam com assistência jurídica gratuita prestada pela instituição. O déficit de defensores ainda é muito grande considerando que existem 296 comarcas no Estado.¹⁴⁵ Nesse sentido, enquanto até setembro de 2020 havia 1061¹⁴⁶ promotores de justiça ativos no MP/MG, até o mês de agosto de 2020 o quadro da DPE/MG era composto por 631 defensores.¹⁴⁷

A situação da DPU é ainda mais grave, uma vez que das 279 Seções e subseções Judiciárias da Justiça Federal a instituição está presente em apenas 81. Na verdade há DPU em apenas 71 localidades, contudo alguns núcleos possuem competência para cobrir mais de uma subseção judiciária. Estudos ainda apontam que a instituição está somente em 33% dos municípios brasileiros e consegue cobrir apenas 44% da população-alvo, que carrega as características necessárias para ser assistido.¹⁴⁸ No Piauí e em Santa Catarina, por exemplo, apenas 17% das seções e subseções judiciárias contam com os serviços da DPU.

¹⁴² PARANÁ É O ESTADO COM MENOS DEFENSORES PÚBLICOS DO BRASIL. **Migalhas**. Migalhas quentes. 22 jan 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/318863/parana-e-o-estado-com-menos-defensores-publicos-por-habitante-no-brasil> Acesso em: 01 set 2020

¹⁴³ FRANCO, Naurimar. Brasil tem déficit de 6 mil defensoras e defensores públicos estaduais. **Defensoria Pública Do Mato Grosso Do Sul**. 13 ago 2018. Disponível em: <http://www.defensoria.ms.gov.br/imprensa/noticias/919-brasil-tem-deficit-de-6-mil-defensoras-e-defensores-publicos-estaduais> Acesso em 01 set 2020

¹⁴⁴ PARANÁ É O ESTADO COM MENOS DEFENSORES PÚBLICOS DO BRASIL. **Migalhas**. Migalhas quentes. 22 jan 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/318863/parana-e-o-estado-com-menos-defensores-publicos-por-habitante-no-brasil> Acesso em: 01 set 2020

¹⁴⁵ MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Lista de Comarcas do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://www8.tjmg.jus.br/juridico/comarcas.html> Acesso em 02 set 2020

¹⁴⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Transparência. Gestão de Pessoas - Quadro de Membros – Ativos. Período: 2020. Disponível Em: https://transparencia.mpmg.mp.br/db/gestao_de_pessoas/quadro_membros/ativos?year=2020&format=html Acesso em 01 set 2020

¹⁴⁷ DEFENSORIA PÚBLICA DE MINAS GERAIS. Transparência. Quadro de pessoas. 2020. Disponível em: <ftp://200.198.49.69/pub/TRANSPARENCIA/409.pdf> Acesso em 01 set 2020

¹⁴⁸ BRASIL.DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil: um panorama da atuação da defensoria pública da união**. 3º ed. Brasília. 2018, p. 58. Disponível em: https://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Panorama_Atuacao_mapa_DPU.pdf. Acesso em 01 set 2020.

Em Minas Gerais apenas 18%¹⁴⁹ são atendidas pelos serviços da instituição, a qual está presente somente em cinco municípios, Governador Valadares, Juiz de fora, Montes Claros e Uberlândia, incluindo a capital Belo Horizonte. A situação ainda correu o risco de piorar no ano de 2019, pois, quando o governo anunciou a devolução de 63% dos servidores cedidos, consequentemente, o fechamento de 43 unidades apenas a capital manteria suas portas abertas. A situação freada pela MP 888/2019¹⁵⁰ poderia piorar o acesso à justiça, pois, dados publicados pela própria DPU em 2018 estimam que em MG há um déficit de 78%¹⁵¹ de defensores.

O núcleo da DPU em Governador Valadares é um ótimo caso para ilustrar o déficit de pessoal que dificulta o exercício da profissão e o acesso à justiça. Situada em uma casa alugada no centro de Governador Valadares, dois defensores federais atuam em todas as searas (cível, criminal, previdenciário, tributário etc.) e atendem 56 municípios.¹⁵² Enquanto a autora estagiou neste núcleo integravam o quadro de trabalhadores da unidade: 10 estagiários de direito e 1 nível médio, durante a pandemia esse número reduziu drasticamente, sem haver novos processos seletivos; uma assessora dos defensores; um profissional de Tecnologia da Informação; duas agentes administrativo, no meio desse período apenas uma delas continuou o trabalho; duas pessoas encarregadas do atendimento e duas que trabalham no setor denominado cartório, no mesmo período houve mudança de pessoas neste setor, em certo momento eram 3 funcionários; além de vigilantes e serviços gerais. Desses profissionais apenas os defensores e pessoa que ocupa o cargo de agente administrativo enquadram no regime estatutário, sendo os demais contratados por uma empresa terceirizada.

Ciente desse enorme déficit a Associação de Defensores Públicos da União propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº138.856 em 2005 alegando que haveria uma lacuna normativa integradora que impediria a implantação da DPU de forma efetiva. A intenção era que os órgãos competentes fossem compelidos a elaborar um PL que garantiria uma estrutura efetiva à instituição. A ação foi julgada somente no ano de 2020 quando o STF julgou improcedente o pedido e fundamentou, principalmente, no sentido de que uma política

¹⁴⁹ Ibidem, p. 103

¹⁵⁰ SENADO APROVA MP QUE MANTÉM SERVIDORES NA DEFENSORIA PÚBLICA DA União.

Senado Federal. Notícias 15 out 2019. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/10/15/senado-aprova-mp-que-mantem-servidores-na-defensoria-publica-da-uniao>. Acesso em 01 set 2020.

¹⁵¹ BRASIL. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil: um panorama da atuação da defensoria pública da união.** 3º ed. Brasília. 2018. Disponível em:

https://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Panorama_Atuacao_mapa_DPU.pdf. Acesso em 01 set 2020.

¹⁵² BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1º REGIÃO. Seção Judiciária de Minas Gerais. Jurisdição. Subseção: Governador Valadares. Disponível em:

<https://portal.trf1.jus.br/sjmg/processual/jurisdiacao/jurisdiacao.htm> Acesso em 01 set 2020

pública de implementação de um serviço de defesa pública federal não nasce pronta e acabada.¹⁵³

A tendência é melhorar esse quadro, contudo o crescimento está sendo muito tímido, diminuindo as esperanças de que o ideal estabelecido pela EC nº 80 seja atingido, isto é, que todas as unidades jurisdicionais tenham a presença da DP até 2022 (art. 98, § 1º do ADCT).

A falta de pessoal, tanto na DPEs quanto nas DPUs refletem nas pilhas de processos acumulados conseqüentemente em defensores sobrecarregados, sem tempo e vontade para empreender atos investigativos que demandam mais esforço e empenho pessoal.

Um dado interessante do diagnóstico realizado pelo Ministério da Justiça diz respeito a capacitação dos profissionais. 42,2% dos defensores das DPEs afirmaram que nunca tinham participado de capacitação ofertada ou custeada pela instituição, ao lado de 30,9% dos defensores federais que afirmaram a mesma coisa.

A flagrante disparidade de armas entre a instituição defensora e a instituição acusadora também configura um obstáculo a investigação defensiva. Primeiramente, obstáculos de ordem financeira, pois, como já foi mostrado, a defensoria quando comparada ao MP possui uma estrutura muito defasada, a remuneração dos procuradores e promotores é maior que a dos defensores, além de possuir muitas parcerias, convênios e órgãos próprios de investigação.

Sobre essa comparação, é importante lembrar que tanto o defensor público como o procurador ou promotor são servidores públicos, portanto, estão submetidos ao mesmo regime jurídico, a ineficiência de ambos os serviços pode ser imputada ao Estado, significando uma responsabilização civil do Estado, conseqüentemente, prejuízo ao erário. No entanto, o MP tem condições muito mais favoráveis para exercer o seu trabalho de forma efetiva. A referida instituição possui departamentos, coordenadorias e núcleos dentro da instituição com especialistas qualificados para praticarem investigação. É certo que a acusação possui o ônus da prova, contudo a defensoria é atribuída a função de garantir a ampla defesa com todos os meios necessários, mas quais meios estão disponíveis hoje para defensoria?

A questão cultural constitui outra barreira à investigação defensiva, principalmente, quando se trata da concepção que a sociedade tem sobre de justiça e sobre quais os sujeitos que a promovem.

O MP, assim como a DP são entes estatais que gozam de presunção de veracidade. Isso significa que a princípio não é cogitado que MP possa cometer abuso de direito ou ilegalidades

¹⁵³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 2. Min. Relator. Luiz Fux. 15 abr. 2020. **Diário Oficial da União** 30 abr 2020.

dentro do processo, por outro lado a defensoria, principalmente na defesa criminal, está quase sempre rodeada por desconfiança em relação aos seus atos pelos outros sujeitos do processo.

Tais disparidades, a princípio, podem ser consideradas o reflexo de um Estado que está muito mais preocupado em acusar, prender e punir a defender, garantir a liberdade e efetivamente estabelecer a paz social. O MP como uma instituição bem estruturada ganha muito em auxiliar a defesa.

Além do que já foi dito, há também obstáculos relacionados ao próprio cotidiano da instituição e à prestação da assistência jurídica.

Primeiramente, ao assistido não é dada a oportunidade para escolher o defensor e nem o contrário pode acontecer, pois contraria a impessoalidade. De certa forma, essa condição pode distanciar a defesa e o assistido, ao passo que a proximidade é primordial para uma boa defesa técnica, pois o imputado mais que ninguém sabe sobre os fatos, assim a confiança é imprescindível para construir uma boa estratégia de defesa. O acusado já está em uma situação de hiper vulnerabilidade e a relação com o defensor não pode agravar ainda mais a situação.

Também não é possibilitado ao defensor escolher qual área irá atuar, assim nem sempre o direito penal e as questões atinentes à parte criminal é de interesse do profissional que por vezes desconhece institutos importantes e discussões muito específicas desse âmbito, como a investigação defensiva, por isso não coloca em prática, comprometendo a efetividade da defesa.

Segundo, a forma como o defensor ingressa no processo. Nem sempre o defensor atua desde a prisão em flagrante ou desde a investigação. Sob esse aspecto, tem-se duas situações: a primeira ocorre quando o imputado voluntariamente recorre a defensoria, nesse caso ainda que a instituição não tenha atuado desde o começo da persecução penal as limitações não são tão amplas, pois a partir daí terá contato com o assistido e poderá empreender atos investigativos condizentes com o momento processual. Por exemplo, quando for o a oportunidade da resposta a acusação a defesa técnica poderá requerer a produção de prova que seja favorável ao assistido.

A segunda situação, ocorre quando os autos são remetidos à instituição por força de lei, nesse caso o defensor não tem, e provavelmente não terá, contato com o imputado, dessa forma, precisa lidar apenas com as informações constantes nos autos até o momento. Na maioria das vezes, quando é o momento da resposta à acusação utiliza-se respostas genéricas ou algumas táticas para não deixar a defesa insuficiente, como: arrolar as mesmas testemunhas da acusação e eventualmente requerer a substituição; pedir a relativização do prazo para apresentar o rol de testemunhas depois e se até a audiência o defensor tiver contato com o imputado poderá pedir

para que ele leve testemunhas que poderão ser ouvidas no dia.¹⁵⁴ Percebe-se que nessa situação o defensor tem que ter consciência da sua função e empenhar-se mais para que a defesa seja efetiva. Ressalta-se que artifícios também poderão ser utilizados de forma estratégica, nesse caso não infringirá a ampla defesa, pelo contrário.

Terceiro, a grande quantidade de processos, muitos com fatos aparentemente parecidos faz com que, até mesmo inconscientemente, o defensor crie estratégias para agilizar o andamento a partir de defesas automática. Contudo, por mais que os casos pareçam iguais sempre há um diferencial que precisa ser explorado. Petições prontas evidentemente facilitam o dia-a-dia do defensor, e em certas ocasiões são aceitáveis e cumprem o papel pretendido, mas o serviço automatizado compromete a defesa penal efetiva e pode também fazer com que o defensor a longo prazo perca a motivação e o amor pelo trabalho, o que influencia no desempenho e no ânimo para sair do seu gabinete e ir atrás de provas.

Conclui-se que o alto número de processos, somado ao déficit de pessoal, à enorme quantidade de dados e informações constantes nos autos e a ausência de contato com o assistido, que por diversas vezes acontece na porta da sala de audiência, influencia também no tempo para estudo do caso entre a intimação e a audiência. Consequentemente, em algumas audiências fica evidente o despreparo com relação aos fatos. Nesses casos, se o defensor sequer tem tempo para analisar os autos que dirá para coletar elementos probatórios. Além disso, quando se trata de assistido preso surge ainda um dilema: Produzir provas e prolongar a prisão cautelar ou abrir mão da diligência e se sujeitar a um julgamento sem que a ampla defesa tenha sido plenamente exercida na fase de investigação?

A intenção ao trazer essas limitações é mostrar a realidade como ela é, mas esse não pode ser o ponto de chegada e acomodação, pelo contrário, deve ser o ponto de partida. Pois mesmo estando cientes de todos os obstáculos a conclusão ainda é que a investigação defensiva não é algo utópico e precisa se tornar uma prática regular. Isto é, precisa fazer parte de um novo paradigma de defesa penal que orientará todos os processos em que a investigação for minimamente viável, independe da complexidade, da gravidade e dos envolvidos. Para que isso ocorra mudanças precisam ocorrer e logo.

¹⁵⁴ PAIVA, Caio Cezar. **Prática penal para defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 210

5.4 É PRECISO MUDAR O “MIND SET” (MENTALIDADE)

Entra-se, então, em um conflito: de um lado a falta de infraestrutura, de pessoal e de recursos financeiros obstaculizam o desenvolvimento de atos investigatórios. Contudo, paralelamente tem-se uma legislação legitimando e impondo ao defensor uma atuação mais proativa, com maior empenho pessoal.

Primeiramente, adianta-se que é possível desenvolver investigação defensiva com as condições estruturais atuais da defensoria. Contudo, é preciso primeiro que os sujeitos que atuam na instituição tenham conhecimento dessa ferramenta e tenham o desejo de praticá-la, para tanto é necessária que haja mudança de hábitos, já que essa não é a rotina processual da maioria dos defensores, servidores e estagiários. O que se vê na prática é que os defensores públicos são profissionais altamente capacitados para desenvolver teses jurídica inovadoras e leva-las às cortes superiores, mas a mesma expertise não é canalizada da igualmente para matéria probatória, por exemplo, raramente pedem perícias.¹⁵⁵

O fato de haver poucos escritos de autores defensores públicos sobre essa temática evidencia essa realidade. Por exemplo, ao digitar o termo “investigação defensiva” no buscador do site da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP)¹⁵⁶ onde concentra-se notícias e matérias relacionadas à DP, obteve-se quinze resultados; desses apenas nove têm realmente relação com a investigação defensiva, sendo eles: MG: *Live* da Esdep traz debate sobre a nova defesa no processo penal (27/07/2020); Encontro do Centro-Oeste: defensor do RJ aborda investigação penal defensiva (06/03/2020); SP: Investigação defensiva promovida pela Defensoria leva a absolvição de homem preso e acusado por homicídio (27/02/2020); XIV CONADEP (RJ 2019): Justiça cega, faça amolada: A Defensoria Pública como protagonista na investigação criminal defensiva (05/11/2019); CE: Homem preso injustamente por oito meses é solto nesta segunda (7) (09/10/2019); CE: Motorista de aplicativo é inocentado após atuação da Defensoria Pública (03/09/2019); Defensor público do RJ lança livro "Investigação Criminal Direta pela Defesa" (22/07/2019); MG: Defensor público realiza estágio voluntário na Suprema Corte do Alabama e na Defensoria Pública Federal Norte-Americana (11/01/2016); ANADEP consulta associados sobre reforma do CPP (07/12/2009).

Nesse sentido, em meio ao pouco conteúdo, ganha destaque Franklyn Roger Alves da Silva, atuante no estado do Rio de Janeiro. O referido defensor além de escrever sobre o tema

¹⁵⁵ BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE; Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. 1 ed. São Paulo, 2016. p. 220

¹⁵⁶ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS (ANADEP). Busca. 2020. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/busca> Acesso em 02 set. 2020

participa de eventos, faz *lives* em suas redes sociais, sempre reforçando a ideia de que o desenvolvimento da investigação defensiva fortalece a atuação da defensoria.

No Rio de Janeiro a discussão encontra-se até mais avançada, tendo em vista que há proposta no plano plurianual da instituição (2020-2023) de implantação de um projeto de investigação defensiva, bem como há projetos para regulamentar internamente a prática através de um ato normativo.¹⁵⁷ O objetivo é “implantar núcleos especializados com a finalidade de reunir elementos de formação de convencimento durante a fase administrativa (inquérito policial) e processual, que sirvam de suporte à defesa do investigado”.¹⁵⁸

O defensor público Emerson Castelo Branco, titular do Núcleo de Assistência ao Preso Provisório e Vítimas de Violência (NUAPP) no Ceará, também advoga em favor dessa prática a qual denomina “investigação defensorial”. O defensor e autor discute em vários eventos os erros judiciais e já atuou juntamente com o *Innocence Project* no caso do borracheiro Antônio Claudio.

O ex defensor público federal, Caio Cezar Paiva, utilizado amplamente como referência nesse trabalho, escreve a favor da investigação defensiva quando propõe uma atuação mais proativa do defensor na colheita de elementos informativos.¹⁵⁹

Graziela Paro Caponi, defensora pública do Ceará, também já se mostrou interessada pelo tema ao apresentar o texto “Justiça cega, faça amolada: A Defensoria Pública como protagonista na investigação criminal defensiva”¹⁶⁰ no XIV Congresso Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (CONADEP) realizado no ano de 2019 no Rio de Janeiro.

Nesse processo de mudança de hábitos e mentalidade (*mind set*) algumas características precisam ser levadas em conta. Por esse ponto de vista, é certo afirmar que a DP precisa ser “4.0”. Conceito parecido é utilizado por advogados que têm se dedicado à temática, sob a denominação de “advocacia 4.0”. Pegando então emprestado o termo e suas características,¹⁶¹ em síntese pode-se dizer que uma defensoria 4.0, atuante não apenas no âmbito criminal, será

¹⁵⁷ CRIMINAL PLAYER. Episódio 146: Investigação defensiva com Franklyn Roger e Alexandre. Entrevistador: Alexandre Morais da Rosa Entrevistado: Franklyn Roger. Editora EMais. 1 ago 2020. Podcast. Disponível em: <https://emaiseditora.com.br/categoria/podcasts/criminal-player/> Acesso em 31 ago. 2020

¹⁵⁸ DEFEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Plano plurianual 2020-2023. Rio de Janeiro. 2020.

¹⁵⁹ PAIVA, Caio Cezar. **Prática penal para defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 156

¹⁶⁰ CAPONI, Graziela Paro. Justiça cega, faça amolada: a defensoria pública como protagonista na investigação criminal defensiva. **XIV CONADEP**. Rio de Janeiro. 2019. Disponível em: [https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/42524/A_Defensoria_P_blica_como_protagonista_na_investiga_o_criminal_defensiva_\(PA\).pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/42524/A_Defensoria_P_blica_como_protagonista_na_investiga_o_criminal_defensiva_(PA).pdf)

¹⁶¹ ADVOCACIA 4.0: SETE CARACTERÍSTICAS. **Associação Brasileira De Lawtechs E Legaltechs**. 26 jun. 2018. Disponível em: <https://ab2l.org.br/advocacia-4-0-sete-caracteristicas/> Acesso em 01 set 2020.

aquela desenvolvida: a) por servidores proativos e criativos, que não desenvolvem seu trabalho apenas de forma passiva, mas estão sempre de olhos nas inovações, desde a forma de organização do local de trabalho até proposições de ideia para o fortalecimento da instituição. Assim, aqueles que trabalham dentro da DP precisam desenvolver habilidades em vários ramos que não apenas jurídicos e suas ações devem ser sempre em prol dos assistidos e da sociedade e não do processo em si; b) com o uso inteligente das tecnologias, ferramentas digitais como internet, nuvem e dados. Tudo isso é essencial tanto para aumentar a velocidade da resolução dos problemas e diminuir os custos, como também para manter a conexão entre as defensorias com outros profissionais, assistidos, sociedade, órgãos locais e com o Estado; c) por fim, a defensoria 4.0 é desenvolvida por servidores preocupados com as “soft skills”, que significa habilidades ligadas a interação com o outro, capacidades emocionais e sociais.¹⁶² Assim, não basta ter domínio sobre as ferramentas tecnológica, é preciso saber colaborar, liderar, se comunicar, ser flexível, ser criativo, trabalhar sobre pressão entre outras competências ligadas a inteligência emocional.

A pandemia causada pelo coronavírus acelerou esse processo de inserção da tecnologia na DP, vários autores defensores públicos se dedicaram a escrever sobre essa questão e evidenciando que “Os seres humanos não conseguem mais abandonar o desenvolvimento tecnológico da mesma forma que os pássaros não podem abandonar o voo”.¹⁶³ Assim, a DP vista como “instituição das reinvenções” precisa apropriar-se das novas tecnologias a seu favor e, principalmente, a favor dos assistidos, tomando sempre o cuidado para que o “feitiço não vire contra o feiticeiro”, isto é, para que a tecnologia não se torne mais um obstáculo de acesso à justiça.

No estado do Espírito Santo já está sendo utilizado o serviço com o nome “Defensoria 4.0”. Em funcionamento desde outubro de 2019 em Cariacica (ES), o serviço tem como objetivo facilitar o acesso aos serviços da instituição de forma remota. Por meio do WhatsApp o cidadão pode receber orientação jurídica e decisões do seu processo. Com a pandemia todo estado começou a utilizar o serviço.¹⁶⁴ Em Rondônia também há projeto parecido com o mesmo nome

¹⁶² O que são soft skills e como desenvolvê-las para crescer na carreira. **Na Prática**. 04 jun. 2020. Disponível em: <https://www.napratica.org.br/como-desenvolver-soft-skills/> Acesso em 01 set 2020

¹⁶³ MACHADO, José Alberto Oliveira de Paula. Seja bem-vinda a versão híbrida da Defensoria Pública pós Covid-19. **Consultor Jurídica**. 21 jul 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-21/tribuna-defensoria-seja-bem-vinda-versao-hibrida-defensoria-publica-pos-covid-19> Acesso em 01 set. 2020

¹⁶⁴ ES: DEFENSORIA 1.0 REGISTRA MAIS DE 8.400 ATENDIMENTOS EM MAIO. Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep). 03 jun 2020. Disponível em: <https://anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=44529>. Acesso em 01 set 2020

e com objetivo parecido, agendar atendimento do defensor pelo WhatsApp. Além desses, vários órgãos já utilizam aplicativos privados para melhorar o desempenho de suas atividades.

Nesse sentido também, o XIV Congresso Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (CONADEP), realizado no final de 2019 teve como tema “Os caminhos para uma nova Defensoria Pública: incidência política, novas tecnologias e produção de dados e de informação”.

Tudo isso tem como objetivo aumentar a eficiência e eficácia do trabalho da instituição. E se esse processo de mudança começar desde já a tendência é que em pouco tempo seja uma realidade em todo o país, pois não são necessários gastos exorbitantes, exige-se muito mais a busca por conhecimento e o empenho pessoal.

5.5 COMO DESENVOLVER UMA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA DP?

A partir do momento que defensores, servidores e estagiários conhecerem a investigação defensiva, suas implicações e limites, o próximo passo é saber como desenvolver atos investigativos na persecução penal em favor do assistido levando em conta a falta de infraestrutura. A questão é: é possível investigar com poucos recursos humanos e financeiros?

Já foi adiantado no tópico anterior que a resposta é sim. No capítulo em que se tratou sobre a investigação defensiva foram apresentadas algumas formas e todas podem ser aplicadas pela DP, isso demonstra que que a tarefa pode ser mais simples do que imaginam.

Nesse sentido, a DP do Estado do Pará, Graziela Paro Caponi cita alguns atos investigativos passíveis de serem realizados

[...] por ausência de recursos para tanto, a prática da investigação defensiva poderá se dar por intermédio de atos isolados, tais como a expedição de ofícios requisitórios visando, por exemplo, obter documentos, objetos e certidões; ou, igualmente, a realização de diligências, como a inspeção; ainda, a produção de perícias, inclusive por profissionais técnicos lotados em entes públicos distintos, assim como entidades particulares conveniadas. Os exemplos são inúmeros: a requisição de filmagens oriundas de circuito interno de segurança podem demonstrar dinâmica dos fatos diversa daquela narrada no inquérito; a realização de levantamento fotográfico do local dos fatos pode demonstrar condições de luminosidade que impeçam a confiabilidade do reconhecimento pessoal; inspeções e visitas *in loco* podem se prestar à identificação de testemunhas etc.¹⁶⁵

¹⁶⁵ CAPONI, Graziela Paro. Justiça cega, faca amolada: a defensoria pública como protagonista na investigação criminal defensiva. XIV CONADEP. Rio de Janeiro. 2019. Disponível em: [https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/42524/A_Defensoria_P_blica_como_protagonista_na_investiga_o_criminal_defensiva_\(PA\).pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/42524/A_Defensoria_P_blica_como_protagonista_na_investiga_o_criminal_defensiva_(PA).pdf)

Quanto à tecnologia e ao tratamento de dados pela DP a mesma observação feita no capítulo anterior merece atenção aqui, qual seja, o respeito as regras da Lei nº 13.709/18. Assim, “sempre que coletar dados pessoais, a instituição deverá buscar o consentimento do titular, de forma livre, informada e inequívoca, a respeito da concordância do tratamento de seus dados para finalidade determinada”.¹⁶⁶ Além disso, os dados devem ser usados para fins legítimos e autorizados pelo titular. A defensoria precisa ainda prezar ao máximo pela proteção dos dados coletados.

A questão principal é ir atrás, principalmente, de provas técnicas, ou seja, não ficar refém das provas que dependem da memória. Nesse sentido, não é raro que a defensoria, principalmente, na resposta a acusação especifique como prova apenas as testemunhas já mencionadas pela acusação. Nisso há dois problemas, o primeiro reside no fato de que estudos muito recentes mostram o quão falha é a memória humana,¹⁶⁷ assim confiar apenas em testemunhas não é a melhor escolha. O segundo problema, ainda mais grave, é produzir as mesmas provas que a acusação, as quais normalmente não ajudam o imputado.

Com isso não se quer dizer que utilizar testemunhas como meios de provas seja algo extremamente ruim, mas sim que há outras diligências que podem capturar muito mais a psique do julgador. E quando esta for a opção mais favorável para o assistido, o procedimento a ser seguido será o mesmo apresentado no capítulo anterior que se resume basicamente em registrar tudo desde a intimação até a saída da pessoa da sede da defensoria e nunca deixar apenas uma pessoa realizando o procedimento.

Sobre testemunhas, uma opção que pode ser uma grande aliada da defesa técnica são os depoimentos técnicos, isto é, levar às audiências especialistas como psicólogo para falar sobre algo de sua expertise, já que, em tese, os núcleos da DP deveriam contar com atendimento interdisciplinar.

Considerando a prerrogativa de requisição conferida á DP é possível, por exemplo, requisitar laudos do IML; ou para confirmar álibis, requisitar lista de presença da escola, ou ainda, requisitar prontuário da vítima em hospital para verificar negligência médica a fim de retirar o nexos causal entre o crime e a conduta do acusado, dentre outras iniciativas que dependem da criatividade e proatividade de quem for realizar a investigação.

¹⁶⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. A LGPD e o tratamento de dados dos assistidos pela Defensoria Pública. **Consultor Jurídico**. Tribuna da defensoria. 31 mar 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/tribuna-defensoria-lgpd-tratamento-dados-assistidos-defensoria> Acesso em 01 set. 2020.

¹⁶⁷ SANTOS, Rafa. Erro judiciário não é questão apenas de estatística, mas também de neurociência. Entrevista com fundadores do *Innocence Project*. **Consultor Jurídico**. 30 ago 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-30/entrevista-fundadores-innocence-project-brasil> Acesso em 01 set. 2020

A fim de sanar o problema da ausência de contato entre defensor e assistido, a defesa técnica pode ir até o presídio conversar com o assistido antes da resposta à acusação para obter informações e assim poder ir atrás de eventuais fontes de prova. Se no presídio tiver um posto permanente da DP o contato será mais fácil, principalmente quando se tratar de questões atinentes a execução.

A DP de Minas Gerais possui um núcleo especializado em Execução Penal que visa garantir o exercício de direitos consagrados pela LEP e reduzir a taxa de ocupação do sistema carcerário mineiro. No mesmo sentido, no Rio de Janeiro, existe o NUSPEN (Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro) ao qual “incumbe a prestação de assistência jurídica integral e gratuita à população prisional nos estabelecimentos penais e hospitais de custódia do Estado do Rio de Janeiro”.¹⁶⁸

Em Governador Valadares, a DPE desde 2015 possui uma sala na Penitenciária Francisco Floriano de Paula com a finalidade de fornecer aos detentos assistência jurídica de forma humanizada e discreta.¹⁶⁹

A DPU/GV por sua vez não possui igual espaço, conforme apurado pela autora. Quanto a essa questão, o núcleo desta defensoria adotou a prática de enviar à penitenciária o “kit preso” ou “kit criminal”, o qual consiste em um formulário com algumas perguntas do tipo “Conte-nos um pouco sobre sua versão” e “O (a) Sr (a) tem testemunhas para serem ouvidas em sua defesa? Indique o nome, endereço, telefone ou e-mail”. Se preferir, envie-nos uma carta pelo correio”. A finalidade desse contato é obter informações necessárias para a instrução em defesa processual do assistido. Em grande medida este recurso é utilizado quando os defensores não conseguem contato com familiares e pode ser eficiente. Todavia, percebe-se, que os defensores não cultivam o costume de ir até o estabelecimento prisional, devido a fatores aqui desconhecidos. Tal conduta pode ser prejudicial para a construção de uma estratégia defensiva, vez que o contato direto entre defensor e acusado é importante para reconstrução dos fatos, além disso, o traslado da folha entre o detento e o defensor é feito por algum funcionário do presídio, conseqüentemente, há a diminuição da confiança entre os sujeitos.

Prova de que é possível desenvolver investigação defensiva é que há notícias na internet em que defensores empregaram a prática e obtiveram sucesso. Por exemplo, o defensor público

¹⁶⁸ NÚCLEO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO. **Defensoria Pública Do Estado Do Rio De Janeiro**. Disponível em <http://www.defensoria.rj.def.br/Cidadao/NUSPEN> Acesso em 01 set 2020.

¹⁶⁹ MG: DEFENSORIA PÚBLICA INAUGURA SALA EM PENITENCIÁRIA EM GOVERNADOR VALADARES. **Anadep**. Ascom/Dpe-Mg. 17 set. 2015. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=24282>. Acesso em 15 dez 2020

Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré do estado de São Paulo, ao obter imagens de vídeo de um crime e compara-las com as imagens da audiência de custódia ocorrida após prisão em flagrante, conseguiu comprovar que a roupa do acusado não era compatível com a de nenhum dos autores que estavam na cena do crime. Assim, o eletricitista acusado de homicídio qualificado não foi pronunciado.¹⁷⁰

Já no Ceará, o defensor Emerson Castelo Branco atuou em casos como o do motorista de aplicativo Rubem que em um dia normal aceitou uma corrida sem saber que os passageiros estavam armados, assim ao passar por um carro da polícia, os agentes solicitaram que parasse. Nesse momento os passageiros sacaram as armas e o mandaram continuar. Houve troca de tiro e Rubem foi baleado, quando o carro parou os policiais não acreditaram em sua versão e o prenderam em flagrante. A atuação do defensor no processo foi fundamental para que Rubem não fosse pronunciado. Foram coletados prints do aplicativo, depoimento de testemunhas e ainda se realizou um estudo minucioso para refutar a palavra da polícia, única prova no processo até então.¹⁷¹ Emerson também atuou em parceria com o *Innocence Project* no caso do Sr. Antônio Cláudio condenado por supostamente estuprar várias mulheres em Fortaleza a partir do reconhecimento de uma criança de 11 anos. Com apoio de duas investigadoras da polícia civil e da DPE/CE foram produzidas provas que comprovaram a inocência do acusado. Neste caso, a fim de demonstrar que Antônio não possuía as características do estupro, foi crucial a juntada de um vídeo do momento de um dos ataques, juntamente com um laudo que comprovava que a cor da moto do suspeito era diferente do real criminoso,¹⁷² somente assim Antônio Cláudio foi reconhecido inocente após cumprir cinco anos de prisão.¹⁷³

Outra parceria fantástica entre o projeto e a DP foi no caso do Heberon Lima de Oliveira. Acusado de estupro, ficou preso preventivamente durante quase três anos, quando foi inocentado, sendo que a defesa penal efetiva se iniciou apenas após uma visita de uma defensora à unidade prisional.

¹⁷⁰ SP: INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA PROMOVIDA PELA DEFENSORIA LEVA A ABSOLVIÇÃO DE HOMEM PRESO E ACUSADO POR HOMICÍDIO. **Associação Nacional De Defensores Públicos (Anadep)**. 27 fev 2020. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=43203> Acesso em 01 set 2020

¹⁷¹ MOTORISTA DE APLICATIVO É INOCENTADO APÓS ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA. **Defensoria Pública do Estado Do Ceará**. 2019. Disponível em: <http://www.defensoria.ce.def.br/noticia/motorista-de-aplicativo-e-inocentado-apos-atuacao-da-defensoria-publica/> Acesso em 01 set 2020

¹⁷² INNOCENCE PROJECT BRASIL. Casos. São Paulo, Brasil. Disponível em: <https://www.innocencebrasil.org/casos> Acesso em 29 ago 2020

¹⁷³ IMPROVÁVEL. Episódio 20: A prova e o IDDD. Entrevistadora: Janaína Matida. Entrevistados Hugo Leonardo e Marina Dias. Editora EMais. 15 jun. 2020. *Podcast*. Disponível em: <https://emaiseditora.com.br/categoria/podcasts/improvavel/> Acesso em 01 set. 2020

Outro caso recente de revisão criminal aconteceu em 2020 no Estado do Paraná também por intermédio da DP do referido Estado. Marcado por muitas irregularidades ao longo do processo de conhecimento, e tendo como única prova a palavra da vítima e dos guardas municipais, um homem foi condenado por estupro e roubo em 2017, sendo que desde outubro de 2016 já estava preso. Somente no ano de 2020, quando a DP assumiu a defesa, foi requerida a análise do sêmen colhido à época dos fatos em exame feito na vítima. Após exame genético constatou-se que não havia correspondência entre o acusado e o sêmen, constituindo assim prova nova apta a instruir a revisão criminal, processo no qual o assistido foi inocentado.¹⁷⁴

Todos os casos trazidos no presente trabalho foram executados pela DPE dos respectivos Estados. No tocante à DPU não foram achados casos com características parecidas, acredita-se que seja devido ao tipo de delitos em que a instituição atua e, ainda, o fato de ser uma defensoria de nível federal, com poucas unidades e com apenas um site oficial faz com que nem todos os casos sejam publicados.

5.6 É PRECISO PENSAR A MÉDIO E LONGO PRAZO

Percebe-se, portanto, que mesmo sem legislação expressiva e com recursos deficitários é possível desenvolver a investigação defensiva. O que precisa de fato é maior empenho pessoal dos defensores e servidores seja para exercer na prática, saindo indo atrás dos elementos de prova, ou para buscar conhecimento sobre o instituto ou ainda para contribuir para construção de uma legislação específica sobre a matéria.

Ressalta-se que eventuais críticas feita no presente trabalho com relação à DP e sua atuação no processo penal não são voltadas diretamente aos defensores e servidores da instituição, mas sim ao Estado que relegou às defensorias um lugar de menor importância durante toda a história, tendo como resultado hoje uma instituição com poucos recursos e muitas responsabilidades, refletindo diretamente no desempenho das funções. E ainda, ao pouco espaço dado aos fatos e provas nas doutrinas e academias.

Assim, em que pese tenha-se trazido formas de praticar a investigação defensiva com os recursos disponíveis, somente isso não é suficiente, soluções precisam ser pensadas com urgência para que o cenário comece mudar. Nesse sentido, alguns autores que estão cientes

¹⁷⁴ ÂNGELO, Tiago. Homem condenado por estupro e roubo é inocentado após análise de material genético. **Consultor Jurídico**. 30 ago 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-30/homem-condenado-estupro-absolvido-exame-genetico> Acesso em 02 set 2020

dessa situação pensaram em propostas para que a investigação defensiva seja institucionalizada na DP.

Inicialmente é imprescindível que a própria instituição se fortaleça. O déficit de defensores nos Estado precisa diminuir, principalmente no interior onde a DP, especificamente a DPU, não está presente em cem por cento das comarcas. Bem como é preciso maiores investimentos em equipamentos tecnológicos. Essa é também uma recomendação do estudo “Defesa Criminal efetiva na América Latina”¹⁷⁵ direcionada ao Brasil para uma defesa penal efetiva e o pensamento do ex- Defensor Público Federal Caio Paiva quando escreve:

Diante de um cenário de estrutura deficiente, parece-me que as Defensorias podem abrir duas frentes de articulação para que a função institucional de acompanhar a investigação seja finalmente exercida. A primeira delas reclama uma articulação externa, notadamente com os Poderes Legislativo e Executivo, e tem como propósito obter um incremento de estrutura (orçamento, mais defensores, mais servidores etc.), vinculando-o explicitamente ao aparelhamento da Defensoria para atuar de forma mais proativa na investigação. A segunda delas, que não necessariamente pressupõe o êxito da primeira, exige uma articulação interna para que a distribuição de cargos e a aplicação do orçamento da instituição sejam pensadas considerando algumas prioridades, entre as quais certamente deverá ocupar lugar de destaque a atuação dos defensores públicos na investigação.¹⁷⁶

A curto prazo, como já foi dito, é possível realizar atos de investigação defensiva com as ferramentas disponíveis. Na mesma medida, é preciso que os defensores, estagiários e servidores conheçam o tema e queiram realmente desenvolver uma defesa penal efetiva. O caminho para a mudança cultural pode ser longo, mas a vontade de mudança pode começar agora. Por exemplo, a atitude de querer ir até o assistido e fortalecer essa relação já representa um grande avanço. É possível também, dar maior ênfase à temática nos cursos de formação dos novos membros da DP e ofertar cursos de capacitação, palestras e seminários. Nesse sentido Graziela Paro Caponi diz:

[...] é nítido que o aperfeiçoamento profissional contínuo, assim como a criatividade e o talento ínsitos ao defensor público que opta por militar na área criminal, produzirão resultados positivos que, a longo prazo, poderão subsidiar a expansão da investigação criminal defensiva como prática institucional regular e não mais como mera ferramenta facultativa e pouco acessível.¹⁷⁷

¹⁷⁵ BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE; Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina**. 1 ed. São Paulo, 2016, p. 519

¹⁷⁶ PAIVA, Caio Cezar. **Prática penal para defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p.156

¹⁷⁷ CAPONI, Graziela Paro. Justiça cega, faca amolada: a defensoria pública como protagonista na investigação criminal defensiva. **XIV CONADEP**. Rio de Janeiro. 2019. p. 16. Disponível em: [https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/42524/A_Defensoria_P_blica_como_protagonista_na_inve_stiga__o_criminal_defensiva_\(PA\).pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/42524/A_Defensoria_P_blica_como_protagonista_na_inve_stiga__o_criminal_defensiva_(PA).pdf) Acesso em 01 set 2020

Pode-se pensar na criação de convênios entre a defensoria e entidades privadas ou públicas, como Universidade, que desenvolvem algum tipo de serviço interessante para investigação, por exemplo, que tratam dados, façam perícias ou emitam pareceres. Até mesmo para atuarem como assistentes técnicos acompanhado as diligências desenvolvidas pelo MP ou pela Polícia.

Por ser uma instituição pública a contratação de serviços dessa natureza necessita de tramites especiais, por exemplo, a instituição não pode contratar um detetive particular sem que tenha previsão normativa para tanto, embora o assistido por conta própria possa, por isso, considera-se que será uma solução a médio prazo.

É preciso também criar uma rede entre os núcleos da DP visando diminuir os custos, para compartilhamento de dados, produtos e serviços. Por exemplo, consta no mapa da DPU de 2018 no tópico sobre cooperação internacional uma iniciativa denominada “projeto inocentes”, que ainda estava em fase de desenvolvimento de acordo com o documento:

O projeto se propõe a promover uma organização sul-americana por meio de debates locais e regionais, estatísticas sociais, seminários, capacitação e intercâmbio. Com essa iniciativa, possibilita-se o encaminhamento de denúncias, propostas de melhoria dos sistemas penais e reparação de dados dos casos de pessoas injustamente encarceradas.¹⁷⁸

A promoção de concursos públicos direcionados para os cargos de investigadores, peritos, designers etc. poderá ser pensada a longo prazo, assim como tudo que envolva modificação da legislação ou criação de novas normas.

A regulação expressiva da investigação defensiva é algo necessário a curtíssimo prazo, contudo, considerando o processo legislativo brasileiro e o estado da arte da temática, pensa-se em uma mudança a longo prazo. Antes disso, atos internos podem ser publicados, semelhantes ao Provimento nº 188 da OAB. Outra alternativa poderá ser a mesma encontrada pelo MP, isto é, a DP poderá perquirir a autorização do STF e em seguida regulamentar administrativamente por meio da autoridade competente, nesse caso o CONDEGE (Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais).

Franklyn Roger em seu livro trouxe inúmeras propostas, já com os modelos redigidos, principalmente de alteração da legislação. Assim ele propôs uma alteração da LC nº 80 para acrescentar no rol de funções da defensoria a realização da investigação defensiva. Além disso,

¹⁷⁸ BRASIL.DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil: um panorama da atuação da defensoria pública da união**. 3 ed. Brasília. 2018. p. 45 Disponível em: https://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Panorama_Atuacao_mapa_DPU.pdf. Acesso em 01 set 2020.

incluir prerrogativas relacionadas a investigação defensiva como intimar testemunhas, requisitar médicos legista e ter acesso a qualquer banco de dados público e a proibição de prestar informações relativas à investigação defensiva. Propõe ainda, a alteração do PLS 156/09, bem como do CPP. Por exemplo, sugere a inclusão da figura da testemunha especialista no capítulo da prova testemunha e a troca do nome do capítulo III, do título VIII, para “defesa técnica”.¹⁷⁹

Criou também uma “Proposta de edição de norma regulamentadora da investigação defensiva no âmbito das defensorias públicas”.¹⁸⁰ Nessa proposta institui-se a Coordenação de Investigação Defensiva para auxiliar os defensores públicos na área penal. Ele fala ainda da criação de um dever ético de investigar e da possibilidade de criar núcleos específicos dentro da DP para investigação.¹⁸¹

Mas a proposta mais original trazida pelo referido autor é a criação de um órgão de suporte defensivo, uma estrutura proporcionada pelo Estado que possa dar suporte à defesa privada e pública, e esse papel será atribuído à DP, como explica o autor:

Pensamos, dessa forma, que a Defensoria Pública como instituição de promoção de direitos humanos e de assistência jurídica organizada pelo Estado deva assumir essa frente, procurando paulatinamente estruturar-se orgânica e financeiramente para, ao lado da sua função de defesa técnica dos necessitados, fornecer também suporte investigativo para todo imputado que não seja por ela patrocinado, mas que dependa de apoio estatal para a busca de fontes de prova.¹⁸²

Por exemplo, um advogado que tenha dificuldade para acessar algum banco de dados poderia recorrer à DP para desenvolver o serviço. Mas antes é preciso que as defensorias estejam fortalecidas e tenham a estrutura física necessária, considerando que no momento nem todas possuem essas condições. Tal órgão irá democratizar a investigação defensiva para que não concentre apenas nos grandes escritórios ou apenas nos casos assistidos pela DP.¹⁸³

O delegado de polícia, Leonardo Marcondes Machado, também elenca algumas propostas para reduzir as desigualdades na fase de investigação preliminar todas elas relacionadas a elaboração de leis: primeiro, equiparação normativa entre as prerrogativas solicitantes do MP e da defesa no inquérito policial; segundo a regulamentação da investigação

¹⁷⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação Criminal Direta pela Defesa**. 2 ed. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 625-63

¹⁸⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação Criminal Direta pela Defesa**. 2 ed. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 649-651

¹⁸¹ Ibidem.

¹⁸² Ibidem, p. 452

¹⁸³ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação Criminal Direta pela Defesa**. 2 ed. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 453

defensiva; terceiro, igualdade de dotação orçamentário entre o MP e a DP para atuação nas investigações preliminares.¹⁸⁴

Dayan Albuquerque, defensor público em de Rondônia, ex delegado da polícia civil do estado, em *live* na rede social Instagram da Defensoria Mineira (@defensoriamineira) propôs a criação de cargos de assessoramento para assuntos de investigação ou a contratação de empresas para esse serviço. Outra iniciativa aventada foi a elaboração de um termo de cooperação com os institutos de criminalista. A dinâmica seria comprar equipamentos com o dinheiro advindo do fundo decorrente de honorários, em seguida doar para o instituto, em contrapartida seria fornecido o serviço. Além disso, Albuquerque afirmou que os defensores devem ter conhecimentos para além de normas, tais como cadeia de custódia, balística e lesões.

Embora o modelo de assistência jurídica em outros países não seja o mesmo do Brasil, o exemplo dos EUA mostra que institucionalizar a investigação defensiva não é impossível, por outro lado é muito necessário. Em viagem aos EUA o defensor público Cirilo Augusto Vargas da DPE/MG acompanhou o trabalho da DP federal do Estado do Alabama. Em entrevista para a ANADEP disse ter se impressionado com a estrutura física e com a qualidade dos profissionais. Ainda, afirmou que há investigadores criminais de diversas especializações atuando dentro da defensoria com o objetivo de coletar elementos de provas favoráveis ao assistido, além disso há uma troca de informações constante entre investigadores e defensores. Nas palavras do defensor

A investigação criminal defensiva tornou-se atividade imprescindível, pois viabiliza a fiscalização do trabalho da polícia e do Ministério Público, durante todo o processo criminal. O papel destes investigadores é decisivo, por exemplo, na apuração de falhas periciais, na localização de testemunhas e na obtenção de documentos.¹⁸⁵

Comparando com a descrição feita pelo defensor percebe-se que no Brasil o caminho ainda é longo para atingir o mesmo nível, isso porque, é muito baixo o número de defensores que defendem e praticam a investigação defensiva, e de núcleos de DP que estão pensando em soluções internas para iniciar esse processo de mudanças para uma “nova” defesa criminal. Mas é certo que essa prática não é totalmente desconhecida por aqui, assim, ainda que em passos

¹⁸⁴ MACHADO, Leonardo Marcondes. Não existe ampla defesa no processo penal sem paridade de armas na investigação. **Consultor Jurídico**. 02 ago 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-02/academia-policia-nao-existe-ampla-defesa-paridade-armas-investigacao> Acesso em 31 ago 2020

¹⁸⁵ MG: DEFENSOR PÚBLICO REALIZA ESTÁGIO VOLUNTÁRIO NA SUPREMA CORTE DO ALABAMA E NA DEFENSORIA PÚBLICA FEDERAL NORTE-AMERICANA **Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep)**. 11 jan 2016. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=25790> Acesso em: 01 set 2020

lentos o processo de institucionalização dentro das defensorias já está ocorrendo, ou seja, não é algo utópico.

Por exemplo, a DPE/RJ encontra-se em nível mais avançado, primeiro porque a regulamentação já está em vistas de acontecer por ato administrativo interno, de acordo com defensor público Franklyn Roger;¹⁸⁶ e segundo, pois, o referido defensor atuante no Estado é referência no assunto e está disseminando o conhecimento em produções acadêmicas, palestras, congressos etc.

Assim, com incentivo e exemplo tão próximo a tendência, com o tempo, é tornar-se uma conduta habitual entre os defensores. Ao passo que em Minas Gerais ainda há pouca produção sobre o assunto, percebe-se isso, pois ao buscar no site da instituição o termo “investigação defensiva” houve apenas 1 resultado com o título “*Live* da Esdep traz debate sobre a nova defesa no processo penal”, sendo o tema da *live* “A nova defesa no processo penal: investigação defensiva, cadeia de custódia e balística forense”.¹⁸⁷ Ademais, não há indicativo, pelos menos no site e nas redes sociais da instituição, de regulamentação interna da prática, além disso pelo título da *live* percebe-se que a investigação defensiva é uma realidade nova para a instituição.

Por fim, ressalta-se que alguns defensores já desenvolvem atos investigativos sem relacioná-los um instituto específico, quer-se dizer que independente da nomenclatura utilizada o que deve ser institucionalizado é a prática, a ação.

É de suma importância dar visibilidade a todos os casos em que a DP atuou e obteve sucesso ao empreender atos investigativos indo atrás de provas técnicas, pois, além de evidenciarem as falhas do judiciário, aos poucos estar-se-á inculcando na sociedade a aceitação quanto a participação da defesa na investigação, conseqüentemente, a tendência é que com o tempo também passarão a cobrar o desenvolvimento da prática e a valorizar a defesa criminal. Pois, a institucionalização da investigação defensiva dentro dos núcleos de DP não cabe apenas ao Estado, este tem o papel essencial de fornecer os meios e garantias para execução da ferramenta, mas para o processo concretizar-se é essencial um novo olhar da sociedade e dos próprios agentes estatais para a defesa criminal.

¹⁸⁶ CRIMINAL PLAYER. Episódio 146: Investigação defensiva com Franklyn Roger e Alexandre. Entrevistador: Alexandre Morais da Rosa Entrevistado: Franklyn Roger. Editora EMais. 1 ago 2020. *Podcast*. Disponível em: <https://emaiseditora.com.br/categoria/podcasts/criminal-player/> Acesso em 31 ago. 2020

¹⁸⁷ LIVE DA ESDEP TRAZ DEBATE SOBRE A NOVA DEFESA NO PROCESSO PENAL. **Defensoria Pública De Minas Gerais**. 24 jul. 2020. Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/index.php/2020/07/24/live-da-esdep-traz-debate-sobre-a-nova-defesa-no-processo-penal/> Acesso em 02 set. 2020

6 CONCLUSÃO

O contato direto com a persecução penal brasileira revela que o dia a dia da defesa técnica brasileira é permeado de obstáculos culturais e legais, principalmente no tocante à sua participação ativa na investigação criminal, a qual não é um ato exclusivamente estatal e pode ser desenvolvida em qualquer fase da persecução penal ou até mesmo antes do seu início.

A investigação criminal exercida diretamente pela defesa ainda é um assunto pouco discutido e não possui regulamentação específica. Especialmente, quando relacionada à Defensoria Pública a questão é ainda mais complicada, visto que a advocacia privada conta, pelo menos, com o Provimento nº 188 da OAB.

Contudo, ainda que sem legislação específica sobre o tema, as bases para o seu desenvolvimento encontram-se positivadas nos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, ainda no direito à prova e à defesa penal efetiva, preconizados nos tratados internacionais, em normas infraconstitucionais e atos administrativos. Além disso, outros países que positivaram em seus ordenamentos a possibilidade de investigação diretamente pela defesa servem de parâmetro para o Brasil de que tal prática é viável juridicamente.

A investigação defensiva representa uma ferramenta, dentre outras, para conter decisões arbitrárias, visto que consegue tornar o material probatório mais amplo e qualificado, impondo ao julgador a exposição do caminho que o levou a proferir uma decisão em detrimento de outra; constitui um corolário do direito à prova e do direito à uma defesa técnica efetiva. Diz-se efetiva quando a defesa técnica não é apenas pró-forma, pelo contrário baseia-se no conhecimento de teses jurídicas, bem como em uma postura ativa em relação às provas que irão instrumentalizar suas teses, na sensatez, na criatividade e na atualização constante.

Não apenas a pessoa acusada se beneficia quando atos de investigação são empreendidos pela defesa, como também todo o sistema e a própria defesa técnica em si. Pois, há um encurtamento do processo reduzindo custos com os procedimentos, bem como, com uma eventual indenização por erro judicial. A imagem da defesa técnica também é beneficiada, pois por meio de seu trabalho são evidenciados ou evitados vários erros judiciais.

Atos de investigação podem ser desenvolvidos também com baixos custos. Isso porque, a princípio, depende muito mais do esforço, criatividade e organização do que de dinheiro. Claro que ferramentas muito eficientes podem necessitar de um alto dispêndio financeiro, mas não se pode ignorar os mecanismos de colheita de fontes de provas gratuitas que se corretamente utilizados exercem grande influência no processo, por exemplo, expedição de

ofício, obtenção de documentos, inspeções em locais públicos, obtenção de imagens na rede mundial de computadores, requisição de imagens de circuito interno etc.

Saber disso é importante porque a defensoria pública no Brasil é marcada pela infraestrutura precária, escassez de recursos e pela desvalorização dos seus trabalhos, ainda que seja constitucionalmente uma instituição permanente, reconhecida como expressão e instrumento da democracia.

São justamente os seus objetivos, princípios e funções que reforçam a necessidade de que a investigação defensiva seja institucionalizada dentro de seus núcleos. Todavia, o alto número de processos, somado ao déficit de pessoal, à enorme quantidade de dados e informações constantes nos autos e a ausência de contato com o assistido dificultam o desenvolvimento dessa prática. Mas isso não significa que seja algo utópico ou impossível.

Nesse sentido, foi possível constatar vários casos de sucesso em que a DP atuou de forma proativa em busca de provas técnicas, em vários deles contando com apoio do *Innocence Project* e utilizando os recursos disponíveis.

Mas tal conclusão não exclui o fato de que são necessárias mudanças urgentes de curto, médio e longo prazo. A primeira mudança necessária consiste na alteração do “*mind set*” (mentalidade) dos profissionais dos núcleos da DP. É importante formar e capacitar sempre mais servidores proativos e criativos, que saibam utilizar de forma inteligente as tecnologias, mas que também tenham habilidades que favorecem o relacionamento interpessoal; e que, além disso, se identifiquem com o real sentido da defesa técnica penal efetiva e com a função do processo penal.

Com toda certeza a infraestrutura da defensoria precisa ser fortalecida, bem como a interdisciplinaridade precisa tornar-se uma marca forte da instituição, por exemplo, a partir de convênios com Universidades e institutos de perícias. A contratação de pessoal habilitado tecnicamente é imprescindível, profissionais de tecnologia e contabilidade são essenciais, por exemplo.

Sob a perspectiva normativa, enquanto não há previsão legal, pode-se pensar em regulamentar administrativamente a prática, como fez a OAB e o MP.

Por fim, percebe-se que o processo de institucionalização da investigação defensiva dentro dos núcleos da Defensoria Pública está caminhando a passos lentos, mas seu início já é uma realidade, por exemplo, no Rio de Janeiro. Isso porque lá a prática já é executada, ainda que não tenha efetivamente tornando-se um hábito, além disso, já há discursões sobre a sua regulamentação internamente.

Tudo isso revela a importância de trabalhos como esse, posto que, somente divulgando as ações, debatendo o tema e apresentando propostas de regulamentação o processo de institucionalização da investigação direta pela defesa começará a ganhar forma dentro da defensoria pública, instituição à qual foram delegadas muitas funções e poucas ferramentas para desenvolvê-las, mas que tem a “antifragilidade”¹⁸⁸ como característica primordial que a impulsiona para a evolução.

¹⁸⁸ “A antifragilidade não se resume à resiliência ou à robustez. O resiliente resiste a impactos e permanece o mesmo; o antifrágil fica melhor”. (TALEB, Nassim Nicholas. **Antifrágil: Coisas que se beneficiam com o caos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Best Business. 2019)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADVOCACIA 4.0: SETE CARACTERÍSTICAS. **Associação Brasileira De Lawtechs E Legaltechs**. 26 jun. 2018. Disponível em: <https://ab2l.org.br/advocacia-4-0-sete-caracteristicas/> Acesso em 01 set 2020.

ALCÂNTARA, Fernanda Henrique Cupertino. A Tentativa de Institucionalização das Práticas Cooperativas. **XII Congresso Brasileiro de Sociologia**. UFMG. Belo Horizonte. 2005. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjy6_WRt4zrAhVPKLkGHWgzBWAQFjABegQIAxAB&url=http%3A%2F%2Fwww.sbsociologia.com.br%2Fportal%2Findex.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_download%26gid%3D1055%26Itemid%3D171&usg=AOvVaw3oQKi3Dtdp8rni_Mu-ByE Acesso em 01 set 2020

ALCÂNTARA, Fernanda Henrique Cupertino. **Economia Solidária: o dilema da institucionalização**. São Paulo: Arte e Ciência, 2005.

ALMEIDA, Luiz Guilherme de. “The Innocence Project” e a distante realidade brasileira. **Medium**. 13 set. 2016. Disponível em: <https://medium.com/@LuizGuilhermedeAlmeida/the-innocence-project-e-a-distante-realidade-brasileira-4c7f76a11916>. Acesso em 30 ago 2020

ÂNGELO, Tiago. Homem condenado por estupro e roubo é inocentado após análise de material genético. **Consultor Jurídico**. 30 ago 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-30/homem-condenado-estupro-absolvido-exame-genetico> Acesso em 02 set 2020

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS (ANADep). Disponível em: <https://anadep.org.br/wtk/pagina/inicial>. Acesso em 02 set. 2020

BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 64.. p. 253 – 273. jan-fev. 2007;

BALDAN, Édson Luís; AZEVEDO, André Boiani. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). **Jus.com.br**. abr. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8220/a-preservacao-do-devido-processo-legal-pela-investigacao-defensiva> Acesso em 02 set 2020;

BARBIÉRI, Luiz Felipe; PALMAS, Gabriel. Déficit no sistema prisional brasileiro cresce apesar de criação de vagas, diz Infopen. **G1**. 14 fev. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/02/14/deficit-no-sistema-prisional-brasileiro-cresce-apesar-de-criacao-de-vagas-diz-infopen.ghtml> Acesso em 31 ago 2020

BARBOSA, Lívio. Defensoria em situação precária. **O Tempo**. 28 fev. 2007. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/cidades/defensoria-em-situacao-precaria-1.315678> Acesso em 01 set 2020

BARBOSA, Rui. **O dever do advogado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa. 2002

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** São Paulo: Saraiva. 8. ed., 2019.

BERGER, Peter L; LUCKMANN, Thomas. **A Construção Social da Realidade: Tratado de Sociologia do Conhecimento.** 24 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE; Zaza. **Defesa criminal efetiva na América Latina.** 1 ed. São Paulo, 2016.

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Provimento nº 188 de 11 de dezembro de 2018. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. **Diário Eletrônico OAB.** Ano I N.º 1. 31 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 29/08/2020

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Relatório da pesquisa de satisfação e imagem do CNMP e do Ministério Público. jul, 2017 . Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_da_pesquisa_CNMP_V7.pdf . Acesso em 31 ago 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RESOLUÇÃO Nº 181 DE 7 DE AGOSTO DE 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. **Diário Eletrônico do CNMP.** 08 ago. 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 29 ago 2020

BRASIL. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil: um panorama da atuação da defensoria pública da união.** Assessoria de Planejamento, Estratégia e Modernização 3 ed. Brasília. 2018. Disponível em: https://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Panorama_Atuaacao_mapa_DPU.pdf. Acesso em 01 set 2020.

BRASIL. Lei 8.906 de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm Acesso em 31 ago 2020

BRASIL. Lei complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. **Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm Acesso em 31 ago 2020

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Brasília. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/iv-diagnostico-defensoria-publica-brasil.pdf> . Acesso em 01 set 2020

BRASIL. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 156/2009. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645> Acesso em 30 ago 2020

BRASIL. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 5282 de 2019. **Altera o art. 156 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) para estabelecer a obrigatoriedade de o Ministério Público buscar a verdade dos fatos também a favor do indiciado ou acusado.** Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139043> Acesso em 30 ago 2020

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Ordinário em Mandado Segurança nº 45.793/SC, Min. Relator Reynaldo Soares da Fonseca. **Diário Oficial da União.** 15 jun. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Medida Cautelar Min. Relator Marco Aurélio. **Diário Oficial da União.** 09 set. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 2, Min. Relator Luiz Fux, 15 abr. 2020, **Diário Oficial da União.** 30 abril 2020

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.296/ DF. Min. Relatora Rosa Weber. **Diário Oficial da União.** 04 nov 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 136.239. Min. Relator Celso de Mello. **Diário Oficial da União.** 07 abr. 1992.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 402.717. Min. Relator César Peluso, 02 dez 2008. **Diário Oficial da União.** 13 fev 2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 593.727. Repercussão Geral. Min. Relator César Peluso. Relator para Acórdão Min. Gilmar Mendes, 14 mai. 2015, **Diário Oficial da União** 8 set. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 972.598. Min. Relator Roberto Barroso, 30 abr. 2020, **Diário Oficial da União** 04 mai 2020.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1º REGIÃO. Seção Judiciária de Minas Gerais. Jurisdição. Subseção: Governador Valadares. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/sjmg/processual/jurisdicao/jurisdicao.htm> Acesso em 01 set 2020

BULHÕES, Gabriel. **Workshop Online De Investigação Defensiva.** 1 ed. Rio Grande do Norte. 2020

CAPONI, Graziela Paro. Justiça cega, faca amolada: a defensoria pública como protagonista na investigação criminal defensiva. XIV CONADEP. Rio de Janeiro. 2019. Disponível em: [https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/42524/A_Defensoria_P_blica_como_protagonista_na_investiga_o_criminal_defensiva_\(PA\).pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/42524/A_Defensoria_P_blica_como_protagonista_na_investiga_o_criminal_defensiva_(PA).pdf) Acesso em 01 set 2020

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal.** Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russel, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Brasília a. 46 n. 183 jul-set. 2009. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3&isAllowed=y> Acesso em 03 set 2020

CRIMINAL PLAYER. Episódio 134: Investigação defensiva com Edson Baldan e Alexandre. Entrevistador: Alexandre Morais da Rosa Entrevistado Edson Baldan. Editora EMais. 4 jul. 2020. *Podcast*. Disponível em: <https://emaiseditora.com.br/categoria/podcasts/criminal-player/> Acesso em 31 ago. 2020

CRIMINAL PLAYER. Episódio 146: Investigação defensiva com Franklyn Roger e Alexandre. Entrevistador: Alexandre Morais da Rosa Entrevistado: Franklyn Roger. Editora EMais. 1 ago 2020. *Podcast*. Disponível em: <https://emaiseditora.com.br/categoria/podcasts/criminal-player/> Acesso em 31 ago. 2020

DA ROSA, Alexandre Morais. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2º Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Plano plurianual 2020-2023. Rio de Janeiro. 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA COMPLETA 20 ANOS COM ESTRUTURA PRECÁRIA. **Notícia Max**. Cuiabá. 25 fev. 2019. Disponível em: <https://noticiamax.com.br/fica-esperto/defensoria-publica-completa-20-anos-com-estrutura-precaria/36434> acesso em: 01 set 2020

DEFENSORIA PÚBLICA DE MINAS GERAIS. Histórico. Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/index.php/dpmg/historico/> Acesso em 31 ago 2020

DEFENSORIA PÚBLICA DE MINAS GERAIS. Planejamento Estratégico da Defensoria Pública de Minas Gerais 2018/2023. Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/index.php/transparencias/planejamento-estrategico/> Acesso em 31 ago 2020

DEFENSORIA PÚBLICA DE MINAS GERAIS. Transparência. Créditos autorizados/Despesas realizadas. 2020. Disponível em: <ftp://200.198.49.69/pub/TRANSPARENCIA/404.pdf> Acesso em 01 set 2020

DEFENSORIA PÚBLICA DE MINAS GERAIS. Transparência. Despesas realizadas por natureza/elementos de despesa – unidade orçamentária 1441. 2020. Disponível em: <ftp://200.198.49.69/pub/TRANSPARENCIA/403.pdf> Acesso em 01 set 2020

DEFENSORIA PÚBLICA DE MINAS GERAIS. Transparência. Quadro de pessoas. 2020. Disponível em: <ftp://200.198.49.69/pub/TRANSPARENCIA/409.pdf> Acesso em 01 set 2020

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS. Portal da transparência. Subsídios 2020. Disponível em: https://defensoria.audora.com.br/alagoas/api/download_documento/4513300a-4eb9-4ccc-9367-640245fd1e95 Acesso em 01 set 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO. Portal da Transferência. Servidores. 2020 Disponível em: <http://defensoriapublica-es.portaltp.com.br/consultas/pessoal/servidores.aspx> Acesso em 01 set 2020

DIAS, Alisson de Souza; PARREIRAS, Núbio Pinhon Mendes. A investigação defensiva sob a perspectiva da processualidade democrática. In: **Direito, democracia e poder**. 1 ed. Divinópolis: Motres, 2019.

ES: DEFENSORIA 1.0 REGISTRA MAIS DE 8.400 ATENDIMENTOS EM MAIO. **Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep)**. 03 jun 2020. Disponível em: <https://anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=44529>. Acesso em 01 set 2020

ESTEVES, Diogo; Silva, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ESTUDO DA IMAGEM DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO. Associação de Magistrados Brasileiros; Fundação Getúlio Vargas; Instituto De Pesquisas Sociais, Políticas E Econômicas. Dez, 2019. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/12/ESTUDO-DA-IMAGEM-DO-JUDICIA%cc%81RIO-BRASILEIRO.pdf>. Acesso 31 ago 2020

ETHOS BRASIL. Página Inicial. Brasil. Disponível em: <https://ethosbrasil.org>. Acesso em 29 ago 2020.

FÁRIA, Flávia; GARCIA, Guilherme. Defensoria Pública supera advogados particulares em casos revisto por STJ e STF. **Folha De São Paulo**. 06 nov. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/defensoria-publica-supera-advogados-particulares-em-casos-revistos-por-stj-e-stf.shtml>. Acesso em 31 ago 2020

FILHO, Mário Lima Wu. A justiça essencial. Diferença entre as prerrogativas do Ministério Público e da Defensoria Pública. **Jus.com.br**. Ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24322/a-justica-essencial> Acesso em 31 ago 2020

FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação: Aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012.

FRANCO, Naurimar. Brasil tem déficit de 6 mil defensoras e defensores públicos estaduais. **Defensoria Pública Do Mato Grosso Do Sul**. 13 ago 2018. Disponível em: <http://www.defensoria.ms.gov.br/imprensa/noticias/919-brasil-tem-deficit-de-6-mil-defensoras-e-defensores-publicos-estaduais> Acesso em 01 set 2020

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6 ed, São Paulo: Atlas. 2008.

HOFFMANN, Henrique. Investigação exclusivamente criminal é atribuição da polícia judiciária. **Consultor Jurídico**. Academia de Polícia. 27 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-27/academia-policia-investigacao-exclusivamente-criminal-atribuicao-policia-judiciaria> Acesso em 29 ago 2020

IBCCRIM: Investigação Defensiva. IBCCRIM. 09 abr. 2018. (2h43m20s). Disponível em: <https://youtu.be/1e-R8X8j3GY>. Acesso em: 29 ago 2020.

IMPROVÁVEL. Episódio 20: A prova e o IDDD. Entrevistadora: Janaína Matida. Entrevistados Hugo Leonardo e Marina Dias. Editora EMais. 15 jun. 2020. *Podcast*.

Disponível em: <https://emaiseditora.com.br/categoria/podcasts/improvavel/> Acesso em 01 set. 2020

INNOCENCE PROJECT BRASIL. São Paulo, Brasil. Disponível em: <https://www.innocencebrasil.org/casos> Acesso em 29 ago 2020

INSTAURAÇÃO DA VPI, VERIFICAÇÃO DA PROCEDÊNCIA DAS INFORMAÇÕES, E DE IPS, EM 2020. **Delegados**. Notícias. 2020. Disponível em: <https://delegados.com.br/noticia/instauracao-de-vpi-verificacao-da-procedencia-das-informacoes-e-de-ips-em-2020-2> Acesso em 29 ago 2020.

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL **Adoro Cinema**. disponível em: <http://www.adorocinema.com/series/serie-24498/> Acesso em: 04 mar 2021.

ITÁLIA. **Codice di Procedura Penale. Testo coordinato ed aggiornato del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447**. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2013/12/18/indagini-preliminari-e-udienza-preliminare-disposizioni-generalis> Acesso em 31 ago 2020

Live atuação da defesa na investigação penal com Mayara e Franklyn Roger. As Defensoras. 9 set. 2019. (56m38s). Disponível em: <https://youtu.be/RLUU2ElzjO4> . Acesso em: 29 ago 2020

LIVE DA ESDEP TRAZ DEBATE SOBRE A NOVA DEFESA NO PROCESSO PENAL. **Defensoria Pública De Minas Gerais**. 24 jul. 2020. Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/index.php/2020/07/24/live-da-esdep-traz-debate-sobre-a-nova-defesa-no-processo-penal/> Acesso em 02 set. 2020

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva. 6.ed. 2014.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010;

MACHADO, José Alberto Oliveira de Paula. Seja bem-vinda a versão híbrida da Defensoria Pública pós Covid-19. **Consultor Jurídica**. 21 jul 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-21/tribuna-defensoria-seja-bem-vinda-versao-hibrida-defensoria-publica-pos-covid-19> Acesso em 01 set. 2020

MACHADO, Leonardo Marcondes. Delação premiada e investigação defensiva: levando o devido processo legal a sério. **Consultor jurídico**. Academia de Polícia. 13 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-13/academia-policia-delacao-investigacao-defensiva-levando-processo-legal-serio> Acesso em 31 ago 2020

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Investigação é ainda mais dolorosa se não há limites para quem a dirige. Consulto Jurídico**. Academia de Polícia. 07 jul. 2015. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2015-jul-07/academia-policia-investigacao-ainda-dolorosa-nao-limites-quem-dirige> Acesso em: 31 ago 2020

MACHADO, Leonardo Marcondes. Investigação criminal exige base epistemológica e fundamento democrático. **Consultor Jurídico**. Academia de polícia. 07 abr 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-07/academia-policia-investigacao-criminal-exige-base-epistemologica-democratica> Acesso em 02 set 2020

MACHADO, Leonardo Marcondes. Não existe ampla defesa no processo penal sem paridade de armas na investigação. **Consultor Jurídico**. Academia de Polícia. 02 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-02/academia-policia-nao-existe-ampla-defesa-paridade-armas-investigacao> Acesso em 31 ago 2020

MALAN, Diogo Rudge. **Defesa penal efetiva**. Ciências Penais. v. 4/. p. 253 – 277. jan-jun. 2006.

MALAN, Diogo. Advocacia criminal para culpados: a culpa oral vs. a culpa legal. **Consultor Jurídico**. 03 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-03/diogo-malan-advocacia-criminal-culpados#sdfootnote1sym> Acesso em 30 ago 2020.

MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 96. p. 279 – 309. mai-jun ,2012.

MG: DEFENSOR PÚBLICO REALIZA ESTÁGIO VOLUNTÁRIO NA SUPREMA CORTE DO ALABAMA E NA DEFENSORIA PÚBLICA FEDERAL NORTE-AMERICANA **Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep)**. 11 jan 2016. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=25790> Acesso em: 01 set 2020

MG: DEFENSORIA PÚBLICA INAUGURA SALA EM PENITENCIÁRIA EM GOVERNADOR VALADARES. **Anadep**. Ascom/Dpe-Mg. 17 set. 2015. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=24282>. Acesso em 15 dez 2020

MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Lista de Comarcas do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://www8.tjmg.jus.br/juridico/comarcas.html> Acesso em 02 set 2020

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Atuação Criminal. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/areas-de-atuacao/atuacao-criminal/> Acesso em 31 ago 2020

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Transparência. Execução Orçamentária e Financeira - Despesas por Ação Orçamentária. Período: 2020. Disponível em: https://transparencia.mpmg.mp.br/db/execucao_orcamentaria_e_financeira/despesas_por_acao_orcamentaria?year=2020&format=html Acesso em 01 set 2020

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Transparência. Execução Orçamentária e Financeira – Detalhamento das despesas. Período: 2020. Disponível em: https://transparencia.mpmg.mp.br/db/execucao_orcamentaria_e_financeira/detalhamento_das_despesas?year=2020&format=html Acesso em 01 set 2020

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Transparência. Gestão de Pessoas - Quadro de Membros – Ativos. Período: 2020. Disponível Em: https://transparencia.mpmg.mp.br/db/gestao_de_pessoas/quadro_membros/ativos?year=2020&format=html Acesso em 01 set 2020

MOTORISTA DE APLICATIVO É INOCENTADO APÓS ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA. **Defensoria Pública do Estado Do Ceará**. 2019. Disponível em: <http://www.defensoria.ce.def.br/noticia/motorista-de-aplicativo-e-inocentado-apos-atuacao-da-defensoria-publica/> Acesso em 01 set 2020

MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. Porque presumir a inocência no processo penal? **Consultor Jurídico**. 20 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-20/tribuna-defensoriapor-presumir-inocencia-processo-penal> acesso em 15 de dez 2020.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. Viesses Cognitivos e o problema das condenações errôneas: ou o incrível caso do serial killer que nunca matou ninguém. **Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal**. Bahia. Ano 2. n. 5, p. 24-27, out. 2019

NICOLITT, André. Juiz inquisidor com desejos moralistas: notas sobre O Santos Inquérito. **Consultor Jurídico**. Opinião. 04 jul 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-04/andre-nicolitt-juiz-inquisidor-desejos-moralistas> Acesso em 01 set 2020

NUANCES DO ART. 5º, § 3º DO CPP NO TOCANTE À (I)LEGALIDADE DA VPI: VERIFICAÇÃO DE PROCEDÊNCIA DAS INFORMAÇÕES. **Conteúdo Jurídico**. 2010. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/19568/nuances-do-art-5o-3o-do-cpp-no-tocante-a-i-legalidade-da-vpi-verificacao-de-procedencia-das-informacoes> Acesso em 29 ago 2020.

NÚCLEO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO. **Defensoria Pública Do Estado Do Rio De Janeiro**. Disponível em <http://www.defensoria.rj.def.br/Cidadao/NUSPEN> Acesso em 01 set 2020.

NULIDADE DE PROCESSO POR DEFICIÊNCIA DE DEFESA REQUER PROVA DE PREJUÍZO. DISCORDÂNCIA DE TESES. **Consultor Jurídico**. 28 set. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-28/nulidade-acao-deficiencia-defesa-requer-prova-prejuizo>. Acesso em: 30 ago 2020.

O QUE SÃO SOFT SKILLS E COMO DESENVOLVÊ-LAS PARA CRESCER NA CARREIRA. **Na Prática**. 04 jun. 2020. Disponível em: <https://www.napratica.org.br/como-desenvolver-soft-skills/> Acesso em 01 set 2020

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: **Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5177401/mod_resource/content/1/OLIVEIRA%20%20Hamurabi.pdf Acesso em: 29 ago 2020

OS PLEITOS DOS DEFENSORES PÚBLICOS: VALORIZAÇÃO DA CARREIRA **Apadep em Revista**. São Paulo: Letras & Fatos Comunicação. n.º 42. jul 2017. Disponível em: http://www.apadep.org.br/wp-content/uploads/2017/07/Apadep_numero42_correta_vs2.pdf Acesso em 30 ago 2020

PAIVA, Caio Cezar. **Prática penal para defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 144

PARANÁ É O ESTADO COM MENOS DEFENSORES PÚBLICOS DO BRASIL.

Migalhas. Migalhas quentes. 22 jan 2020. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/quentes/318863/parana-e-o-estado-com-menos-defensores-publicos-por-habitante-no-brasil> Acesso em: 01 set 2020

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das leis Processuais Penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

SAAD, Marta. Editorial do Dossiê “Reformas da Investigação Preliminar e a Investigação Defensiva no Processo Penal” – Investigação preliminar- Desafios e perspectivas. In. Dossiê “Reformas da Investigação Preliminar e a Investigação Defensiva no Processo Penal” – Investigação preliminar. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 81-116, jan.-abr. 2020.

SALMEN, Ygor Nasser Salah; JUNIOR, Edson Luiz Facchi; FILHO, Paulo Silas. Prova após a sentença condenatória. **Sala de aula criminal**. 16 fev. 2018. Disponível em: <http://www.salacriminal.com/home/prova-nova-apos-sentenca-condenatoria> aceso em 15 dez 2020

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para fase investigatória na Operação Lava Jato. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 81-116, jan.-abr. 2020

SANTOS, Rafa. Erro judiciário não é questão apenas de estatística, mas também de neurociência. Entrevista com fundadores do Innocence Project. **Consultor Jurídico**. 30 ago 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-30/entrevista-fundadores-innocence-project-brasil> Acesso em 01 set. 2020

SENADO APROVA MP QUE MANTÉM SERVIDORES NA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Senado Federal**. Notícias 15 out 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/10/15/senado-aprova-mp-que-mantem-servidores-na-defensoria-publica-da-uniao>. Acesso em 01 set 2020.

SILVA, Franklyn Roger Alves. A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p.70-71, jan.-abr. 2020.

SILVA, Franklyn Roger Alves. A LGPD e o tratamento de dados dos assistidos pela Defensoria Pública. **Consultor Jurídico**. Tribuna da defensoria. 31 mar 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/tribuna-defensoria-lgpd-tratamento-dados-assistidos-defensoria> Acesso em 01 set. 2020.

SILVA, Franklyn Roger Alves. ESTEVES, Diogo. O modelo brasileiro de assistência jurídica estatal gratuita. **Consultor Jurídico**. Tribuna da defensoria. 05 fev 2019. Disponível em:https://www.conjur.com.br/2019-fev-05/tribuna-defensoria-modelo-brasileiro-assistencia-juridica-estatal-gratuita#_ftn4 Acesso em 31 ago 2020

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação Criminal Direta pela Defesa**. 2 ed. Salvador. Juspodivm. 2020.

SILVA, Franklyn Roger Alves. Participação da Defensoria na fase inquisitorial é obrigatória? **Consultor Jurídico**. Tribuna da Defensoria. 10 mai. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-10/tribuna-defensoria-participacao-defensoria-fase-inquisitorial-obrigatoria>. Acesso em: 01 set 2020.

SOARES, Gustavo Torres. **Investigação Criminal e inovações técnicas e tecnológicas: perspectivas e limites**. 2014. 307 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

SOUZA, José Barcelos de. Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa. **Migalhas**. Migalhas de peso. 3 dez. 2004. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/8498/poderes-da-defesa-na-investigacao-e-investigacao-pela-defesa> Acesso em 02 set 2020.

SP: INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA PROMOVIDA PELA DEFENSORIA LEVA A ABSOLVIÇÃO DE HOMEM PRESO E ACUSADO POR HOMICÍDIO. **Associação Nacional De Defensores Públicos (Anadep)**. 27 fev 2020. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=43203> Acesso em 01 set 2020

STJ DIVULGA MAIS DEZ TESES SOBRE FALTA GRAVE EM EXECUÇÃO PENAL. **Consultor Jurídico**. Jurisprudência da corte. 06 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/stj-divulga-dez-teses-falta-grave-execucao-penal> Acesso em: 29 ago 2020.

TALON, Evinis. A investigação defensiva na execução penal. **Evinis Talon**. 31 mar. 2020. Disponível em: <https://evinistalon.com/investigacao-defensiva-na-execucao-penal/> Acesso em 29 ago 2020

TALON, Evinis. Investigação Criminal Defensiva para instruir razões de recurso. **Evinis Talon**. 18 nov 2020. Disponível em: <https://evinistalon.com/investigacao-criminal-defensiva-para-instruir-raozes-de-recurso/> Acesso em 15 dez 2020

TALON, Evinis. STJ: quando a defesa penal é fraca? **Evinis Talon**. 07 abr. 2017. Disponível em: <http://evinistalon.com/stj-quando-a-defesa-penal-e-frac/> Acesso em 30 ago 2020

TV CULTURA RETRATA REALIDADE PRECÁRIA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **ANADEF**. Notícias. 2012. Disponível em: <https://www.anadef.org.br/noticias/ultimas-noticias/item/tv-cultura-retrata-realidade-precaria-da-defensoria-publica-da-uniao.html> Acesso em 01 set 2020

URUGUAI. **Código del Proceso Penal**. 2017. Nº 19293. Aprobado por Ley nº 19.293 de 19 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal-2017/19293-2014> Acesso em 31 ago 2020.

VENTURA, Elvira Cruvinel Ferreira. **Dinâmica de institucionalização de práticas sociais: estudo da responsabilidade social no campo das organizações bancárias**. 2005. Tese (Doutorado em Administração) – Fundação Getúlio Vargas (FGV).

VIEIRA, Rodrigo de Oliveira. A ilegalidade das investigações policiais paralelas. **Canal Ciências Criminais**. 14 jun. 2018. Disponível em:
<<https://canalcienciascriminais.com.br/investigacoes-policiais-paralelas/>> Acesso em: 29 ago 2020>

ZVEIBIL, Daniel Guimarães. **A independência funcional na defesa pública criminal: o pedido de absolvição é sempre obrigatório?** In: Temas aprofundados da Defensoria Pública. 1 ed. Juspodivm. 2013