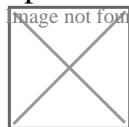


Investigação defensiva melhora a competitividade penal

Ataque e defesa no jogo processual podem sugerir, equivocadamente, a postura passiva da defesa. Aliás, o modelo de processo penal situa as oportunidades defensivas somente depois de instaurada a ação penal, salvo a breve disposição do art. 14 do CPP, em que o protagonista é o Delegado de Polícia, nem sempre acolhedor das pretensões defensivas. Entretanto, cada vez mais o processo penal se acelera, especialmente em face de novas tecnologias exigirem a atuação direta e imediata da defesa ([Yuri Felix e Alexandre Morais da Rosa falaram sobre o DNA](#)). Isso porque aguardar para produzir prova somente depois de tudo produzido pela acusação é tática dominada^[1], principalmente em um processo penal cada vez mais é tomado pela velocidade.

Spacca

Image not found or type unknown



Spacca

Image not found or type unknown



Por outro lado, com a abertura para Justiça Negocial, o palco

da culpa deixa de ser o processo penal para cada vez mais se pautar nas cartas probatórias produzidas durante a investigação. A defesa, em regra, fica observando a movimentação estatal, sem armas adequadas para se opor.

A defesa precisa saber usar o seu espaço na investigação preliminar para já fazer o contraponto e não deixar uma visão monocular dominar o palco. Não só pela via do art. 14 do CPP e do art. 7º, XXI da Lei 8906, mas também através da investigação defensiva. Importante evidenciar a completa superação do discurso tradicional de que no inquérito policial não existe defesa ou contraditório. Quem pensa assim, não sabe o que é defesa e tampouco o que é contraditório e, principalmente, o alcance e eficácia nesta fase. Elementar que não existe ampla defesa e pleno contraditório, mas isso não significa que se interdicte qualquer eficácia, todo o oposto. A defesa pode ser pessoal (positiva ou negativa) ou técnica e ambas podem e devem ser exercidas na investigação, sob pena inclusive de nulidade absoluta (art. 7º, inciso



XXI da Lei 8906). Quanto ao contraditório, superada a noção de que só se manifesta na fase processual, deve ser pensado nos dois momentos estruturados por Fazzalari: informação e participação. Logo, no primeiro momento, é plenamente exigível, mormente a edição da Súmula Vinculante n. 14 e o art. 7º, XIV da Lei 8906. Não será pleno no segundo momento, dada a estrutura da investigação, mas isso não significa que se possa negar totalmente a existência do contraditório (limitado)[2].

Na luta pela captura psíquica do julgador (Cordero), não pode a defesa abrir mão de nenhum espaço, destacando que isso não significa que o réu tenha 'carga probatória'. Importante sublinhar: no processo penal não existe 'distribuição de carga probatória', senão mera 'atribuição' ao acusador, dado que o réu está protegido pela presunção de inocência (enquanto norma de tratamento, probatória e de juízo). Mas se o réu não está juridicamente obrigado a provar nada, isso não significa que ele não possa (ou até, estrategicamente deva) aproveitar as chances probatórias para concorrer na captura psíquica do juiz, reduzindo o risco de uma sentença desfavorável. Trata-se de uma gestão inteligente de riscos, na perspectiva de James Goldschmidt, de perspectivas e expectativas de uma sentença favorável/desfavorável através da liberação de cargas pelo aproveitamento de chances.[3]

Dentro desta perspectiva surgiu o Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB, regulamentando, ainda timidamente, a investigação defensiva. É justamente neste local de fala, até porque foi imenso lutador para implementação da investigação defensiva, é que o livro “Manual Prático de Investigação Defensiva ([aqui](#)), de Gabriel Bulhões, precisa ser lido. Há três anos temos um diálogo franco e aberto sobre as condições de possibilidade de estabelecer um padrão mínimo de investigação por parte do defensor, inclusive com texto já publicado na *conjur* ([aqui](#)). Na mesma toada é o livro de Franklyn Roger Alves Silva (Investigação direta pela defesa – [aqui](#)).

A tônica dos livros, é o da incessante busca de competitividade cognitiva entre as partes do processo, desde antes da instauração da ação penal, promovendo a capacidade efetiva de investigação de elementos probatórios capazes de ampliar o horizonte do devido processo legal. No caso de Gabriel Bulhões, cuja capacidade teórica já desponta, por ser vinculado ao ambiente tecnológico e da prática jurídica, indica meios atuais de comportamentos defensivos, por meio da plataforma [EthosBrasil](#).

No campo do Processo Penal 4.0. o velho modelo de defender o investigado/acusado é para quem não se deu conta de que a atribuição de culpa acelerou de modo tal que aguardar para agir somente ao final da produção da prova de acusação é um atestado de amadorismo. Sem que a defesa se antecipe, parta para cima, produza prova, afastamo-nos cada vez mais de um processo penal justo. Daí a importância de estabelecer regras para serem observadas por todos que se arriscam na navalha do processo penal e da investigação.

Por fim, talvez seja o caso de os Delegados de Polícia, de vez, darem-se conta de que investigam casos penais, nem a favor do Estado, nem a favor de investigados/suspeitos, e sim de modo a apurar fatos e não se focar em culpabilizar, abrindo-se espaço colaborativo. Se isso fosse levado a sério mais vezes, a investigação defensiva poderia ser menos necessária. No quadro atual, principalmente com Ministério Público investigando, vedar a defesa atividade investigativa é manter um processo penal covarde.



Somente sobreviverá no ambiente do processo penal 4.0. quem souber minimamente antecipar as coordenadas probatórias e não aguardar para reagir quando já for tarde demais. Somente assim ganha-se competitividade cognitiva.

[1] LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2019; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Florianópolis: EMais, 2019.

[2] Sobre defesa e contraditório na investigação preliminar: LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal, 16ª edição, Editora Saraiva, 2019.

[3] Sobre o tema, sugerimos a leitura de: LOPES JR., Aury. 'Fundamentos do Processo Penal', 5ª edição, Editora Saraiva, 2019.