

Franklyn Roger Alves Silva

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELA DEFESA

2º revista,
atualizada
e ampliada
edição

2020

 EDITORA
JUSPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Território Rio Branco, 87 – Pituba – CEP: 41830-530 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3045.9051

• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

Copyright: Edições JusPodivm

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Diagramação: Isabella Giordano (giordano.bella@gmail.com)

Capa: Ana Caquetti

S586i Silva, Franklyn Roger Alves.
Investigação criminal direta pela defesa / Franklyn Roger Alves Silva. – 2. ed. rev., atual.
e ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
672 p.

Bibliografia.
ISBN 978-65-5680-115-5.

1. Direito Processual Penal. I. Silva, Franklyn Roger Alves. II. Título.

CDD 341.43

1181454

Todos os direitos desta edição reservados a Edições JusPodivm.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e das Edições JusPodivm. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	29
-------------------------	-----------

CAPÍTULO 1

A IMPORTÂNCIA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL E DA PARTICIPAÇÃO DO ACUSADO NA RECONSTRUÇÃO DO FATO	47
--	-----------

1.1 A função da teoria geral do processo no estudo da prova.....	47
1.1.1 O conceito de “prova” e sua função no processo penal.....	56
1.1.2 A busca da “verdade real” e sua compatibilidade com a ampla defesa	69
1.1.3 Os meios de prova e a participação da defesa em sua produção.....	78
1.2 A controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da divisão do ônus probatório.....	83
1.2.1 A reforma probatória realizada pela Lei n. 11.690/08: nenhum benefício ao direito de defesa	97
1.2.2 O ônus de comprovação dos elementos do crime	102
1.2.3 A comprovação do elemento subjetivo.....	109
1.3 A experiência estrangeira na divisão do ônus probatório	111
1.3.1 A teoria da carga dinâmica da prova defensiva	119
1.4 A releitura da repartição do ônus da prova a partir das garantias constitucionais e supraleais	124

CAPÍTULO 2

A RACIONALIZAÇÃO DOS LITÍGIOS E A INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTOS PROBATÓRIOS PRÉVIOS: UM OLHAR PARA O DIREITO PROCESSUAL CIVIL.....	127
--	------------

2.1 Os meios de prova no Direito Processual Civil e os custos das demandas: como as ondas renovatórias do acesso à justiça podem servir de norte ao processo penal?.....	127
--	-----

2.1.1	A primeira onda renovatória e a assistência jurídica: municiando as partes com aptidão técnica para a defesa de seus interesses e produção probatória	130
2.1.2	A segunda onda renovatória e a tutela coletiva: a defesa de interesses do grupo e o exercício da atividade probatória...	139
2.2	A atividade pericial no Direito Processual: um exemplo dos custos da demanda como obstáculo ao acesso à justiça e de como a prova pericial deve ser produzida	143
2.3	A produção probatória prévia e o procedimento bifásico.....	153
2.3.1	O inquérito civil na tutela coletiva	158
2.3.2	Os procedimentos probatórios extrajudiciais: uma leitura das posições doutrinárias.....	163
2.4	Em que pontos a experiência probatória do processo civil podem nortear o processo penal	166

CAPÍTULO 3

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NA ITÁLIA E NOS ESTADOS UNIDOS

3.1	O sistema processual penal italiano.....	169
3.1.1	As garantias processuais.....	176
3.1.2	A assistência jurídica na Itália	190
3.1.3	A <i>Investigazione Difensiva</i> da Lei 397, de 7 de dezembro de 2000.....	208
3.1.3.1	A gênese da investigação defensiva no direito italiano	209
3.1.3.2	A caminhada rumo a uma regulamentação mais sólida da investigação defensiva	218
3.1.3.3	A resistência italiana à investigação defensiva	221
3.1.3.4	A constituição do vínculo para a realização da investigação defensiva e os integrantes da equipe investigativa	225
3.1.3.5	A natureza da atividade investigativa defensiva....	227
3.1.3.6	O modo de realização da <i>indagine difensiva</i>	232
3.1.3.7	A documentação da investigação defensiva (<i>fascicolo del difensore</i>)	238

3.1.3.8	Dos aspectos éticos da investigação defensiva italiana.....	241
3.1.3.9	As regras de utilização da investigação defensiva.	246
3.1.3.10	Das formas atípicas de introdução do conteúdo da investigação defensiva.....	248
3.1.3.11	Da tipificação dos atos que envolvem a investigação defensiva.....	251
3.1.3.12	Da qualidade de testemunhas dos integrantes da equipe de investigação defensiva	253
3.1.3.13	O regime de nulidades na investigação defensiva	254
3.1.3.14	Os interessados no desenvolvimento da investigação defensiva.....	255
3.1.3.15	Da publicidade da investigação defensiva.....	256
3.1.3.16	Do suporte judicial ao desenvolvimento da investigação defensiva	258
3.1.3.17	Da obtenção de informações em poder da administração pública.....	261
3.1.3.18	Do acesso ao local do crime e sua importância para a investigação defensiva	263
3.1.3.19	Dos atos irrepetíveis realizados durante a investigação defensiva.....	267
3.1.3.20	As limitações investigativas oponíveis à defesa pelo Ministério Público	269
3.1.3.21	A investigação defensiva como fiel da balança de paridade de armas.....	270
3.2	O sistema processual penal norte-americano.....	273
3.2.1	As garantias processuais.....	279
3.2.2	A consensualidade no sistema jurídico norte-americano.....	284
3.2.2.1	A necessária participação da defesa técnica na negociação da persecução	287
3.2.3	O rito procedimental.....	294
3.2.4	A atuação da defesa durante a fase de investigação: <i>the duty to disclosure e a Discovery</i>	301
3.2.5	A assistência jurídica norte-americana: entre avanços e retrocessos.....	323

3.2.6	A morfologia da investigação criminal defensiva norte-americana	335
3.2.6.1	O dever de realizar investigações independente da condição jurídica da defesa do acusado	337
3.2.6.2	Vedação ao emprego de meios ilícitos ou antiéticos	340
3.2.6.3	A atividade investigativa e a identificação de testemunhas	341
3.2.6.4	A utilização das testemunhas especialistas (<i>expert witnesses</i>)	344
3.2.6.5	Regras de <i>compliance</i> na investigação defensiva ..	346
3.2.6.6.	Manuseio de objetos no curso da investigação defensiva	347
3.2.6.7	Atuação em procedimentos perante a corte	352
3.2.6.8	Dever de transparência entre defensor e defendido	354
3.2.6.9	Condução da defesa	356

CAPÍTULO 4

OS DIVERSOS GÊNEROS DE INVESTIGAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....

361

4.1	A investigação criminal: a necessidade de enxergá-la como um gênero	361
4.1.1	A investigação direta realizada pelo Ministério Público	376
4.1.2	A presidência do inquérito policial e sua função de polícia judiciária no ordenamento jurídico	385
4.2	A investigação conduzida pelo ofendido	394
4.3	A apuração desenvolvida em procedimentos administrativos sancionadores (Comissões Parlamentares de Inquérito, CADE, Receita Federal, Banco Central e INSS).....	400
4.4	A nova lei do investigador particular: um avanço no tema ou mera coincidência legislativa?.....	402
4.5	A duração da investigação criminal e os tempos processuais entre acusação e defesa	407

CAPÍTULO 5

DESVENDANDO A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO BRASIL: O QUE PODE SER FEITO E O QUE DEPENDE DE ADAPTAÇÃO NORMATIVA	419
5.1 A ampla defesa e o contraditório no Processo Penal – a importância da preparação probatória como aspecto da influência.....	419
5.2 A investigação criminal defensiva: o grande potencial do sistema jurídico brasileiro	430
5.3 A dificuldade do réu hipossuficiente preso em subsidiar elementos para sua defesa técnica e o papel da Defensoria Pública na atividade de investigação.....	438
5.3.1 A Defensoria Pública como órgão de suporte defensivo – Evitando as adjetivações e focando no apoio aos indiciados e acusados patrocinados por advogados – O papel de defesa de vulneráveis.....	444
5.3.1.1 Órgãos de inteligência no âmbito da Defensoria Pública	461
5.3.2 A defesa técnica obrigatória estabelecida pelo art. 14-A do CPP – um estímulo à antecipação da atuação defensiva	463
5.4 A Ordem dos Advogados do Brasil e a Defensoria Pública como órgãos de fomento e regulação da atividade investigativa defensiva: edição das normas administrativas pertinentes	465
5.5 Teorizando uma investigação criminal defensiva no Brasil.....	468
5.5.1 O momento da investigação defensiva	474
5.5.2 O modo de se realizar a investigação defensiva.....	478
5.5.3 O objetivo da investigação defensiva.....	481
5.5.4 O método da investigação defensiva	484
5.5.5 As garantias de quem participa ou intervém na investigação defensiva.....	487
5.5.6 A publicidade da investigação defensiva.....	489
5.5.7 A natureza da relação entre investigador e interessado na investigação defensiva.....	490
5.5.8 A possibilidade de controle, amparo e intervenção judicial na investigação defensiva.....	492
5.5.9 O regime disciplinar aplicado à investigação defensiva.....	493

5.6	Atos passíveis de realização por meio da investigação defensiva.....	495
5.6.1	Colheita e registro de depoimentos.....	496
5.6.2	Requisição de documentos e informações.....	506
5.6.3	Exames e contraprova pericial.....	510
5.6.3.1	A observância da cadeia de custódia – necessidade de apoio técnico especializado.	516
5.6.4	Exame de local	518
5.6.5	Depoimento de especialistas e apoio de equipes multidisciplinares	521
5.6.6	Acesso aos bancos de dados públicos	523
5.6.7	Acesso às informações pessoais do imputado	526
5.6.8	Coleta de dados pessoais da vítima e de seu comportamento em espaços públicos	527
5.6.9	As novas tecnologias decorrentes da pandemia (covid-19) e sua relação com a investigação defensiva.....	529
5.7	Proposições legislativas de fortalecimento da atuação defensiva – a necessária ética e sigilo na condução da investigação criminal defensiva – o papel do defensor/advogado na arrecadação de elementos	531
5.8	Instrumentos processuais de diálogo no Processo Penal: a figura dos acordos processuais e a necessidade de compatibilização com a investigação defensiva	539
5.9	O valor da investigação defensiva na relação processual e a eventual ilicitude de seu conteúdo.....	554
5.10	A necessária reformulação do Código de Processo Penal	563
5.11	A utilização de <i>standards</i> de prova e sua relação com a investigação defensiva.....	569
5.11.1	A natureza dos <i>standards</i> no sistema jurídico norte-americano	578
5.12	A problemática comum ao processo civil e ao processo penal na aplicação dos <i>Standards</i>	582
5.13	A contribuição da investigação defensiva na aplicação de <i>Standards</i> e na persuasão para a construção da decisão judicial.....	590
	CONCLUSÕES	597

REFERÊNCIAS	601
APÊNDICE A – PROPOSTA DE ALTERAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NAS LEIS FEDERAIS PERTINENTES	625
APÊNDICE B – PROPOSTA DE ADAPTAÇÃO DO PROJETO DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA EDITADO PELA OAB.....	641
APÊNDICE C – PROPOSTA DE EDIÇÃO DE NORMA REGULAMENTADORA DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO ÂMBITO DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS	649
APÊNDICE D – MODELOS DE DOCUMENTAÇÃO DE ATOS DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA	653