



CURSO DE DIREITO

MANUELLE REBOUÇAS DE OLIVEIRA ABREU

**A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E A PARIDADE DE ARMAS ENTRE AS PARTES
NO PROCESSO PENAL COM BASE NO PROVIMENTO 188/2018 DA OAB.**

FORTALEZA

2021

MANUELLE REBOUÇAS DE OLIVEIRA ABREU

**A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E A PARIDADE DE ARMAS ENTRE AS PARTES
NO PROCESSO PENAL COM BASE NO PROVIMENTO 188/2018 DA OAB.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito
da Faculdade Ari de Sá.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Gonçalves
Mota

FORTALEZA

2021

Folha destinada à inclusão da **Ficha Catalográfica** a ser solicitada à Biblioteca da FAS e posteriormente impressa no verso da Folha de Rosto (folha anterior).

Espaço destinado à elaboração da ficha catalográfica sob responsabilidade da Faculdade Ari de Sá.

MANUELLE REBOUÇAS DE OLIVEIRA ABREU

**A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E A PARIDADE DE ARMAS ENTRE AS PARTES
NO PROCESSO PENAL COM BASE NO PROVIMENTO 188/2018 DA OAB.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito
da Faculdade Ari de Sá.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Gonçalves
Mota

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rafael Gonçalves Mota
Faculdade Ari de Sá

Prof. Dra. Roberta Brandão
Faculdade Ari de Sá

Prof. Dra. Gabriely
Faculdade Ari de Sá

Dedico este trabalho primeiramente à Deus, depois à minha família, em especial ao meu marido Edson que sempre tão solícito me ajudou com as dificuldades ocorridos nesse processo, conciliando seu trabalho com as nossas responsabilidades.

Muito obrigada por toda confiança e dedicação em mim depositada. Obrigada a minha filha Pietra, que sempre foi tão presente em todas as minhas grandes conquistas. Com tudo que passei até chegar aqui, aprendi que nunca devemos desistir dos nossos sonhos, mesmo que as dificuldades sejam enormes.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por ter permitido que eu tivesse saúde e determinação para não desanimar durante a realização deste trabalho.

Ao meu marido, Edson Marfisa, pelos inúmeros incentivos e pela certeza partilhada de que eu conseguiria concluir meu curso.

A minha filha, Pietra Rebouças, por dar sentido à minha vida com sua presença.

À minha mãe, Vânia Maria Rebouças de Oliveira, e ao meu pai, Geraldo Ferreira de Oliveira, pelo exemplo de determinação na vida e fé inabalável e por sempre me proporcionarem os melhores estudos, acreditando em mim.

Aos professores da Faculdade Ari de Sá, em especial ao professor, Rafael Gonçalves Mota, que confiou nesse meu projeto e sempre esteve solícito para qualquer demanda do trabalho e grata por dividir comigo todo o seu conhecimento em Direito Penal. Agradeço à Faculdade Ari de Sá pelo fornecimento de dados e materiais que foram fundamentais para o desenvolvimento da pesquisa que possibilitou a realização deste trabalho.

Aos meus colegas de curso, com quem convivi intensamente durante os últimos anos, pelo companheirismo e pela troca de experiências que me permitiram crescer não só como pessoa, mas também como formanda, em especial a minha grande parceira de faculdade, Fernanda Eugênia, uma irmã que conquistei durante essa trajetória.

Finalmente à professora Marlene Pinheiro Gonçalves por possibilitar a realização deste estudo.

Amo demais vocês.

“A verdadeira motivação vem de realização, desenvolvimento pessoal, satisfação no trabalho e reconhecimento.”

Frederick Herzberg

RESUMO

A pesquisa em questão tem como objetivo principal analisar e compreender a grande conquista dos advogados perante o Direito Penal: a possibilidade da investigação defensiva e a paridade de armas, conforme o Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Frente ao procedimento inquisitório hodierno, ou seja, o inquérito policial, tal inovação instituída pelo Conselho Federal da OAB promove aos operadores do direito um papel fundamental no que tange uma investigação criminal defensiva, acarretando várias possibilidades de defesa, uso de ferramentas de variadas formas possíveis, tais como, perícia, busca de provas, internet, portanto, em síntese, diversos meios para a instrução da defesa. Entretanto, algumas questões surgem quando se observam as minúcias deste instituto. A necessidade de regulamentação frente ao Código de Processo Penal, por exemplo, se trata de uma das premissas mais necessárias para que a atividade da investigação defensiva possa ser implementada no âmbito do ordenamento jurídico do Brasil. Para tanto, o presente estudo demonstra o dilema que foi o provimento da Ordem e seus advogados.

Palavras-chaves: Investigação defensiva. Código de processo penal. OAB. Provimento.

ABSTRACT

The research in question has as main objective to analyze and understand the great achievement of lawyers in Criminal Law: the possibility of defensive investigation and the parity of setting, according to Provision 188/2018 of the Federal Council of the Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Faced with today's inquisitive procedure, that is, the police investigation, such innovation instituted by the Federal Council of the OAB promotes to money operators a fundamental role in terms of a defensive criminal investigation, entailing several possibilities of defense, use of tools in various possible ways, such as expertise, search for evidence, internet, therefore, in summary, various means for the instruction of the defense. However, some questions arise when looking at the minutiae of this institute. The need for regulation against the Code of Criminal Procedure, for example, is one of the most necessary premises for the defensive investigation activity to be implemented within the scope of the Brazilian legal system. Therefore, this study demonstrates the dilemma that was the provision of the Order and its lawyers.

Keywords: Defensive investigation. Code of criminal procedure. OAB. Provision.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 13 |
| 2 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA SOB A ÓTICA DA PERSECUTIO CRIMINIS | 16 |
| 2.1 ESPÉCIES DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL | 19 |
| 2.2 CRÍTICAS EM FACE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL..... | 20 |
| 3 O PROVIMENTO 188 DO CFOAB COMO FORMA DE REGULAMENTAR A PRÁTICA INVESTIGATIVA ASSOCIADO ÀS PRERROGATIVAS DO ADVOGADO | 25 |
| 3.1. DILIGÊNCIAS REALIZADAS PELO ADVOGADO..... | 26 |
| 3.2. A POSSIBILIDADE DE A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA TORNAR-SE PRÁTICA COMUM NO BRASIL..... | 29 |
| 3.3 O FALSO TESTEMUNHO E FALSA PERÍCIA NO CONTEXTO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA..... | 29 |
| 4 O INQUÉRITO POLICIAL COMO MODELO INVESTIGATÓRIO | 33 |
| 4.1 A EFICÁCIA PROBATÓRIA DO INQUÉRITO POLICIAL | 35 |
| 4.2 O CONTRADITÓRIO E O DIREITO DA AMPLA DEFESA NO CONTEXTO DO INQUÉRITO POLICIAL..... | 38 |
| 4.3 ATUAÇÃO DO <i>PARQUET</i> E EQUIPARAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA..... | 40 |
| 5 CONCLUSÃO | 44 |
| REFERÊNCIAS | 46 |

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho de conclusão de curso é analisar a possibilidade de o imputado criminalmente obter, por meio de seu defensor legal, a prerrogativa de realizar diretamente a investigação do crime para que possa reunir elementos de convicção que lhe seja favorável.

Hodiernamente há uma grande perspectiva que permeia esse tema, principalmente por se tratar de um avanço no que tange o interesse do imputado na investigação e o modo de apuração da infração penal, além de ser uma forma de equilibrar o atual movimento no sentido de atribuir poderes investigatórios ao Ministério Público.

Neste estudo busca-se compreender se a investigação criminal defensiva, apartada daquelas dirigidas por órgãos estatais, é essencial ao processo acusatório por esta ser diretamente relacionada com os famigerados princípios da igualdade e da ampla defesa.

Contudo, esse tipo de investigação garante a indispensável paridade de armas entre a acusação e o imputado, pois permite a obtenção dos meios de prova relevantes para a defesa e que, no momento oportuno, serão utilizados para confrontar os dados materiais reunidos na investigação pública, com uma grande tendência acusatória.

Mais do que isso, a investigação defensiva serve para efetivar os referidos postulados, pois assegura ao imputado desde o início da persecução penal a possibilidade de afastar a acusação que lhe foi feita e, dessarte, evitar a instauração de ação penal infundada.

Sob outro prisma, a investigação defensiva proporciona melhor averiguação dos fatos tidos como criminosos e, com isso, aumenta a eficiência da Justiça Penalizante. A investigação nestes moldes possivelmente será um contrapeso em face da investigação realizada pelos entes públicos e ampliará o campo cognitivo do magistrado.

Não podemos perder de vista que o objetivo do Processo Penal não é, e nem pode ser, o de atingir a verdade real, mas, sim, de descobrir qual das percepções trazidas é a que se figura como a mais aplausível.

No que se tange em investigação defensiva, o defensor dita os rumos do trabalho de investigação, com absoluta autonomia em relação aos entes públicos, de forma a reunir elementos materiais lícitos em prol do acusado.

Por sua vez, no que se refere ao inquérito policial, o defensor não possui o mesmo espaço, uma vez que a direção da investigação cabe tão somente à autoridade policial, sob a fiscalização do Ministério Público e da Autoridade Judiciária.

Admite-se a intervenção do acusado, em razão do direito da defesa, porém não se trata da defesa ampla, mas sim limitada ao resguardo dos interesses mais relevantes do suspeito, como o requerimento de diligências, mandado de segurança, habeas corpus, relaxamento de flagrante e o pedido de liberdade provisória.

Nota-se a relevância da questão, pois, além de reforçar direitos fundamentais do imputado e de incrementar a eficiência da Justiça Penal, é um assunto praticamente inédito em nosso ordenamento jurídico brasileiro e muito pouco discutido pela doutrina.

Portanto, de início, serão examinados os principais aspectos da investigação criminal, com o objetivo de compreender o seu papel dentro da persecução penal. Assim, será abordada a sua definição e natureza jurídica, bem como suas principais características.

Dessa forma, serão examinados os principais aspectos da investigação criminal, com o objetivo de poder compreender o seu papel dentro da persecução penal. O inquérito Policial, principal modelo de investigação criminal, é objeto de capítulo próprio, em que além da origem histórica, são apontados os aspectos formais e substanciais mais relevantes deste procedimento.

No decorrer do próximo capítulo, será abordada a questão da ideia de investigação defensiva como um instrumento para equilibrar as partes em relação ao processo de acusação, pois assim poderá ser assegurada a isonomia entre os sujeitos envolvidos na ação e o reforço do direito de defesa do réu. Também será observado os princípios da igualdade, do contraditório e da ampla defesa sobre a incidência desses dois últimos no Inquérito Policial.

Pretende-se, a seguir, analisar os direitos fundamentais das partes referidas, com fundamento no princípio da ampla defesa e do contraditório, com fim de identificar a observância a tais parâmetros, de acordo com a Provimento Nº 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que propõe regulamentar o exercício da prerrogativa profissional do operador do Direito de realizar diligências investigatórias para a instrução em procedimentos administrativos e judiciais.

Por fim, trabalho será concluído com o estudo da investigação defensiva sob a ótica da eficiência e do garantismo penal, o inquérito policial, em que se busca

esclarecer o sentido deste binômio para o Processo Penal, assim como relacioná-lo com os principais aspectos procedimentais da investigação defensiva.

2 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA SOB A ÓTICA DA *PERSECUTIO CRIMINIS*

A persecução penal, ou *persecutio criminis*, enquanto atividade estatal de proteção penal, abrange dois momentos igualmente importantes e distintos: o da investigação e o da ação penal (CAPEZ, 2012). Esta se trata do pedido de julgamento da pretensão punitiva, enquanto a primeira é a atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo.

Em outras palavras, pode-se inferir que a persecução penal por meio do Estado se constitui de duas etapas, a saber: a etapa da investigação preliminar, gênero em que se trata da espécie do inquérito policial, que tem por fulcro formar requisitos probatórios mínimos para a deflagração válida da fase seguinte; a etapa do processo penal, que é desencadeado em face da proposição da ação penal perante o Poder Judiciário.

Ainda conforme o professor Capez (2012), termo “investigação” deriva dos vocábulos latinos *investigatio* e *investigare*, que significam, quando traduzidos para o português, “indagar com cuidado, seguir o rastro”. Entende-se por investigação, no sentido gramatical, a busca de vestígios e indícios relativos a certos fatos para esclarecer ou descobrir algo.

Inquérito Policial se trata de um procedimento administrativo inquisitório e preparatório, portanto, anterior ao processo judicial, conforme já mencionado. Possui natureza jurídica de processo administrativo e é presidido pela autoridade policial, o delegado de polícia, responsável por conduzir diligências, que objetivam a coleta de lastro probatório quanto à autoria e materialidade da infração penal.

Juridicamente falando, a investigação é um procedimento formado por um conjunto de atos interligados que visam a elucidar um fato obscuro. Quando a circunstância a ser aclarada é uma possível prática delituosa, qualifica-se de investigação “criminal” (SILVA, 1998, p. 451). Ou seja, investigação é a otimização da produção de elementos de informação. O artigo 1º do Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil infere corretamente que investigação defensiva é:

[...] 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 (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2018).

Lembrando que essa investigação não visa somente a advocacia criminal, a produção probatória, ou a produção de elementos de informação na etapa pré-processual, como também interessa a todas as searas da advocacia, pois a maioria dos âmbitos do Direito necessita de provas para lastrear teses jurídicas dentro de ações judiciais.

Atualmente há uma incidência enorme da barganha penal que não surgiu somente agora. Essa situação se remete desde a década de 90, introduzindo nos Juizados Especiais Criminais alguns novos institutos, como o *sursis processual* (TJDFT, 2015). Embora haja a previsão pontual de várias outras leis, há principalmente a Lei nº 12.850, de procedi mentalização da delação premiada, que permitiu que ela aflorasse e se difundisse para todo o Brasil.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) no habeas corpus (HC) 512.290/RJ, esclareceu acerca da questão, uma vez que, no contexto da delação premiada, é lícita a realização e produção de prova sem o consentimento dos outros ainda que obtido sem a expressa autorização judicial, *in verbis*:

O acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, de que a gravação ambiental realizada por colaborador premiado, um dos interlocutores da conversa, sem o consentimento dos outros, é lícita, ainda que obtida sem autorização judicial, e pode ser validamente utilizada como meio de prova no processo penal. No caso, advogado decidiu colaborar com a Justiça e, munido com equipamentos estatais, registrou a conversa que entabulou com policiais no momento da entrega do dinheiro após a extorsão mediante sequestro.

Isso acabou por transformar em um ritmo crescente a forma de se pensar e compreender a persecução criminal no Brasil, na qual obtém-se outros reflexos como o que está presente na Resolução 181 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que dispõe acerca da instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, a qual complementa determinadamente a Resolução 183, que, dentro desse contexto geral, embasa o Provimento 188. Este obteve inspiração italiana para que esse movimento que pudesse ser implantado em nosso país.

Entretanto a realidade do não-acordo da persecução penal, trazido de uma forma bastante oblíqua, altera a forma de se pensar o processo penal porque o que

havia progressivamente era a transação dentro do processo penal pela prova. Em todos os diplomas regulamentadores, com a teoria da nulidade, com as regras de competência dentre outras as regras do processo penal, que o palco era o Poder Judiciário, mediado por um terceiro imparcial, a prova era essa moeda de troca.

Porém, atualmente, a prova deixou de possuir essa conotação e passou a ser um elemento de informação pré-produzida unilateralmente pela parte. O que é isso, portanto, senão uma investigação defensiva? Abre-se enfim a porta da investigação defensiva para cidadão brasileiro ou pessoa jurídica obter informações qualificadas, organizadas, elementos de informações robustos, impacto cognitivo por meio desta sistemática. Para o delegado da polícia federal, Cristiano Campidelli:

A investigação criminal é muito mais do que a persecução penal, como ele lida com grandes escritórios de advocacia do país, relata que eles não se preocupam somente com a persecução penal, mas existe uma questão ainda maior, porque a investigação defensiva ela não é apenas em qualquer fase da persecução penal, ela é até mesmo antes da persecução penal (INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA, 2021).

A investigação defensiva pode e deve ser realizada no interesse do constituinte, até mesmo antes de se instaurar o inquérito, até mesmo antes da notícia do fato, *notitia criminis*, até mesmo antes de se chegar a polícia ou ao Ministério Público. Dessa maneira, rotineiramente o cliente procura o advogado e relata o fato, e, nesse momento, o advogado que está a par da conceituação e da utilização da investigação defensiva já inicia a produção de provas, principalmente as documentais.

Expandido um pouco mais e alterando do âmbito da persecução criminal, há ainda a utilização dessa temática em questões relacionadas ao *compliance* uma necessidade muito grande da investigação defensiva, Campidelli, delegado da Polícia Federal do Estado de Minas Gerais que acompanhou o caso da barragem de Brumadinho, relata que:

Em face aos grandes desastres ocorridos em seu estado Minas Gerais, se houvesse uma investigação defensiva preocupada com a questão do compliance, com a questão do cumprimento das normas, talvez muitas vidas tivessem sido poupadas e que talvez grandes tragédias tivessem sido evitadas (INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA, 2021).

Então é preciso sim ir além da persecução criminal, é necessário pensar também na possibilidade da investigação defensiva muitas vezes profilática, preparatória no âmbito de *compliance*, *verbi gratia*, em casos de grandes

corporações internacionais e multinacionais, ainda conforme Investigação Defensiva (2021).

Obviamente também o acordo de não persecução penal (ANPP) possui elevada relevância na investigação defensiva no que diz respeito à questão da colaboração premiada. É sabido que atualmente não se pode condenar ninguém com base única e exclusiva da palavra do colaborador, é necessário a indicação e prospecção de provas, para obter efetividade no acordo de colaboração premiada e, diante disso, obter os benefícios antes negociados de forma efetiva na sentença criminal.

2.1 ESPÉCIES DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Pode-se vislumbrar, de acordo com Investigação Defensiva (2021), pelo menos 5 espécies de investigação defensiva. Dentre elas, a investigação estrito *sensu*, ou também conhecida por propriamente dita ou originária. A investigação *stricto sensu* faz paralelo com outros institutos do processo penal e pode-se até mesmo dizer que essa é a espécie mais relevante no âmbito do Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ocorre também investigação defensiva no interesse das vítimas. Pode-se citar, por exemplo, o caso da blogueira Mariana Ferrer que após denunciar um suposto estupro em uma casa de eventos foi publicamente humilhada em um contexto judicial, no qual, sob um ponto de vista técnico, todos os órgãos que se encontravam em audiência, Ministério Público e Poder Judiciário, não respeitaram a vítima como deveria ocorrer, inclusive, ensejando na promulgação da Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021 (BRASIL, 2021).

Ainda conforme Investigação Defensiva (2021), existe também a investigação defensiva corporativa. Esse tipo de investigação tem por intuito verificar se os membros de determinadas empresas estão seguindo as normas estabelecidas em seus ditames corporativos. Também há a investigação defensiva elaboracional, para fins de acordo da colaboração premiada. Por fim, há a investigação defensiva negocial, que é por acordo de não persecução penal, porque quem tem mais informação no ANPP consegue maior negociação, ou seja, quem tem mais poder de barganha terá o potencial de melhor acordo.

E essa investigação defensiva estrito sensu, seria aquela do interesse mesmo de alguém que está sendo objeto de uma investigação criminal, ou de um processo criminal, ou que potencialmente será e como é que a defesa vai ter o poder de barganha? É pela investigação.

2.2 CRÍTICAS EM FACE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Há alguns artigos científicos e até mesmo debates em congressos jurídicos que levantam oposições no que concerne a possibilidade de uma postura investigativa do advogado na *persecutio criminis*, principalmente na seara criminal.

Castro (2016), cita que somente pode ser possível que órgãos são constitucionalmente realizem a investigação criminal, uma vez que são eles que são vocacionados para tanto. Pauta-se tal alegativa em razão do artigo 144 da Constituição Federal de 1988, circunscreve a essência de determinados órgãos policiais para demanda dessa natureza (BRASIL, 1988).

Por isso, continua Castro (2016), o Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil não poderia usurpar a competência legislativa constitucionalmente prevista para o Congresso Nacional quanto a esta finalidade.

Dito isso, pode-se realizar uma reflexão, em uma primeira análise, o princípio da paridade de armas, ainda que seja implícito, presente na ordem constitucional, derroga, por assim dizer, princípios já predominantemente consolidados como, a exemplo, a indisponibilidade da ação penal e a obrigatoriedade da ação penal por meio de uma norma infralegal.

Quando e está a falar da figura do Promotor de Justiça e do Procurador da República, se está falando de um agente público, lotado em um órgão público e com um cargo público. Portanto, está dentro da esfera do Direito Administrativo, na qual só se pode ter atribuições, competências e ações conforme previstas e determinadas em lei. O âmbito que engloba o ato administrativo vinculado discricionário não inclui situações na qual o Ministério Público deve investigar ou pode investigar.

Por outro lado, quando se observa a esfera da advocacia, onde se exerce o ministério privado, alçada a função social em prol da Justiça, assevera o artigo 133 da Constituição Federal que:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Exercer, portanto, o ministério privado, ou seja, o que não é considerado público, encontra orçamento privado, sem subordinação de qualquer ordem ou órgão. Rege-se, neste caso, conforme a lei da esfera privada, ou seja, o Direito Civil, o Código Civil. A própria Carta Magna Brasileira, em seu artigo 5º, infere que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (BRASIL, 1988).

Em razão disso, na advocacia investigativa, como sempre foi realizado, não se encontra nenhum óbice desde que todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro sejam respeitadas e cumpridas. Pode-se elencar até mesmo o respeito às normas do Direito Internacional, no que concerne o exame de convencionalidade, passando pelo bloco de constitucionalidade, por todas as normas do plano legislativo até os patamares das normas infralegais, como as normas ético-disciplinares da instituição que em comento deste estudo, a Ordem dos Advogados do Brasil.

Respeitando todas as normas, em todos os níveis, é possível realizar o que for permitido ou o que não for proibido. Pode-se chamar de circunscrição normativa negativa, isso por si só legitimaria a operação desse instituto no Brasil.

Sob o viés do plano internacional há a legitimidade desse instituto, principalmente, quando se observa o pacto dos direitos civis e políticos. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (BRASIL, 1992), mais conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica, no seu Art. 8º, item 2, letra c, assegura a cláusula de defesa por meio de recursos a ela inerentes para sua efetivação:

Art. 8º, item 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa [...].

Para realizar a defesa penal hodiernamente deve-se elencar, dentre outras funções, a da investigação defensiva infelizmente tão adormecida na advocacia brasileira. De uma maneira geral, apenas a advocacia de alta performance, a minoria, utiliza esse procedimento extra estatal.

Entretanto, pode-se ir além, uma vez que, por exemplo, outros fundamentos constitucionais, desde as garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), onde há a previsão de igualdade, para o contexto da

persecução penal existe o reflexo deste princípio na paridade de armas. No rol dos direitos fundamentais ainda há a ampla defesa e o contraditório, o devido processo legal e o livre exercício das profissões desde que nos limites da lei.

Portanto, se não há uma norma que proíba, uma norma negativa, o exercício da advocacia ela é lícita, é legítimo, bem como o da investigação privada. Desse modo, pode-se considerar o sistema de persecução penal brasileira, feito pelo constituinte originário muito bom, porque ele colocou de um lado quem julga, o Poder Judiciário, o monopólio da jurisdição, ele colocou quem acusa, o Ministério Público, ele colocou quem é indispensável na administração da justiça, quem faz a defesa, ou seja, a advocacia ou se o sujeito não puder arcar tem a possibilidade da Defensoria Pública, e estabeleceu que quem faz a investigação criminal é a polícia judiciária, quer seja a polícia civil no âmbito dos Estados e do Distrito Federal e a polícia Federal no âmbito da União, dos crimes para as quais ela foi destinada constitucionalmente.

Então o Ministério Público e a Defensoria Pública fariam requerimentos no âmbito das investigações da polícia judiciária e se o delegado indeferir tal pedido, caberia recurso ao Poder Judiciário para determinar a realização da diligência se for demonstrada sua necessidade. Parece que é, de fato, essa a vontade do constituinte originário, quando se observa o texto constitucional, tanto do ponto de vista formal quanto material.

Pois bem, o constituinte originário não quis, aparentemente, por exemplo, que o Ministério Público realizasse investigações. Basta observar o artigo 129 da Constituição Federal de 1988, na qual traz consigo as atribuições do Ministério Público e, neste dispositivo, não se encontra explícita a espécie da investigação criminal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII -

requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (BRASIL, 1988).

A partir desse momento, algumas indagações podem surgir como, *exempli gratia*, a possibilidade de a ação investigativa ser um poder implícito do Ministério Público. No entanto, considerando a importância dada à investigação criminal, será que o constituinte originário deixaria algo de tamanha relevância implícito?

Este estudo conclui que não, principalmente, considerando-se a decisão a partir do voto-vista do Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal (STF) que aduz que, em Brasil (2015) “a Constituição Federal e as normas de um modo geral devem ser interpretadas com base nas regras de hermenêutica. Uma das mais mezinhas é a que preceitua não haver palavras desnecessárias nem inúteis nos textos normativos”.

O Ministério Público foi criado para executar determinadas funções, dentre elas, realizar o controle externo da atividade policial. Isso é muito claro na Constituição Federal de 1988, e o professor Gabriel Bulhões (BULHÕES, 2019) cita o Recurso Extraordinário 593727/2015 no qual o Supremo Tribunal Federal (STF), na posição de guardião da Constituição Federal, relata que tem poderes implícitos, e se o Ministério Público pode acusar ele também pode investigar por prazo razoável com autoridade própria.

A partir desse momento surge um dos argumentos mais fortes pró-investigação defensiva, como o próprio professor Gabriel Bulhões refere que esse procedimento possui a questão da paridade de armas, na qual se a acusação pode investigar, a defesa igualmente pode, de acordo com Bulhões (2019).

Um dos grandes autores que defende que a investigação defensiva não pode ser realizada no âmbito privado, o delegado do Paraná da Polícia Civil, Henrique Hoffmann, traz que nos Estados Unidos da América e na Itália o Ministério Público pode investigar, mas aqui no Brasil esse não é o modelo adotado, segundo Castro (2016).

No entanto, em 2015, o Supremo indica que o Ministério Público pode investigar, então o próprio argumento da impossibilidade de realização da investigação defensiva é contrariado pelo próprio STF no que diz respeito ao que o Ministério Público pode investigar.

De tal feita, no âmbito da advocacia, o operador do Direito não pode estar sujeito às regras dos entes e das entidades públicas. A advocacia inserida ali, logo no decorrer do texto constitucional, como função essencial à justiça e, sendo logo após determinado o dever de todos, o cuidado com a segurança pública, essa contribuição não poderia ser ao advogado sonegada, especialmente considerando-se o rol de instituições que compõem o sistema de segurança pública, ele não coincide no Brasil como rol que tem poderes de instituições investigatórias.

Há muito além, pois existem as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) e Comissões Parlamentares Mistas de Inquérito (CPMI) nas casas legislativas, tem-se o Fisco Federal e Estadual que realiza a função investigativa, há o CAD que investiga violações ao sistema concorrenciais, e assim sucessivamente. Por isso, além do Ministério Público, outras instituições realizam a função investigativa dentro de suas competências e de seus limites legalmente estabelecidos.

Assim como essas outras instituições supramencionadas, o advogado deve também compor esse rol de sujeitos passíveis de realizar a investigação seja no âmbito criminal ou cível a fim de satisfazer os interesses de seu cliente e, acima de tudo, com o intuito de busca o ideal acadêmico de Justiça dentro da sociedade brasileira e no cerne do Poder Judiciário.

3 O PROVIMENTO 188 DO CFOAB COMO FORMA DE REGULAMENTAR A PRÁTICA INVESTIGATIVA ASSOCIADO ÀS PRERROGATIVAS DO ADVOGADO

De forma deveras direta, o Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na realidade não inovou legislativamente. Grande parte da discussão acerca do provimento em comento do CFOAB, buscou aperfeiçoar os detalhes do texto, que poderiam ser interpretadas como inovação que não poderia prevalecer para se obter uma igualdade justa para ambas as partes.

Ao se observar as minúcias do texto do dispositivo, pode-se observar que ele não realiza quaisquer inovações, ele apenas disciplina o que já está posto no ordenamento jurídico brasileiro. O Provimento 188/2018 (CONSELHO, 2018) esclarece o que é investigação defensiva e fixa algumas premissas para efeitos pedagógicos, por exemplo, o sigilo, o dever ético com o constituinte, a obrigação de comunicar os resultados, a autorização por escrito para divulgação desses resultados.

A indicação de qualquer autoridade pública não pode impor uma restrição ilegal, então se trata de interesses já postos e latentes que, entretanto, não havia norma disciplinando. Inclusive, espera-se que no projeto do novo Código de Processo Penal sejam incluídos artigos regulamentando e disciplinando de forma clara e objetiva as bases dessa atividade no Brasil.

A investigação defensiva pode se dar de diversas maneiras, seja pela instrução de depoimentos, contratação de profissionais qualificados para elaboração de laudos e exames periciais, realização de reconstituições, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados. A investigação defensiva é uma prática que busca a obtenção de provas para a resolução mais rápida e eficaz de determinados casos (Conselho, 2018).

Ao realizar a coordenação deste trabalho de investigação defensiva na busca de provas em favor do cliente - investigado ou processado criminalmente -, é possível associar-se com a atividade a equipe multidisciplinar a fim de colaborar com a investigação, tais como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de diversos. A ideia é fazer uma investigação paralela, interna, para colher novos dados e avaliar os riscos.

O Provimento 188/2018 orienta que os operadores do Direito adotem a investigação defensiva para a produção de provas em, por exemplo, *habeas corpus*,

revisão criminal, recursos, pedidos de instauração ou trancamento de inquérito e resposta a uma acusação, ademais da possibilidade de propostas de acordo de colaboração premiada ou de leniência. Também, conforme Conselho (2018), é salutar observar que o profissional deve preservar o sigilo das informações coletadas com o procedimento, bem como o advogado e, se houver, a equipe não tem a obrigação de informar às autoridades acerca dos fatos investigados e dos dados colhidos.

A investigação defensiva surge para desempenhar um papel extremamente relevante, esse procedimento opera como mais uma nova ferramenta de garantia de direitos inquestionáveis da sociedade e do advogado, e tornou-se tão proeminente sua importância que funciona como base para que outras áreas do Direito possam tomar as medidas relativas às investigações defensivas.

3.1 DILIGÊNCIAS REALIZADAS PELO ADVOGADO

O advogado que atua na área penal, conforma Massi (2016) sabe o quão é importante a correta condução de quaisquer investigações preliminares para assegurar que não haja instauração desnecessária de ação penal futura que poderão ensejar em danos absolutos e consequências que dela derivam para o acusado.

Ter o conhecimento de que contra si tramita uma investigação é essencial para o exercício do direito à não autoincriminação, por exemplo, que, apesar de parecer óbvio na prática nem sempre ocorre, deveria ser expressamente informado ao acusado, junto à possibilidade de assistência por um advogado, à luz do Art. 5º, LXIII, da Constituição Federal assevera *in verbis* “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988).

Por outra perspectiva, Massi (2016, *online*) informa que o operador do Direito que atua na persecução penal também deve conhecer o valor de indícios colhidos de forma adequada e no momento correto a fim de garantir que eventuais condenações sejam formal e materialmente justas ao cliente, evitando-se o acionamento indevido ou excessivamente custoso e moroso da máquina do Poder Judiciário.

Nesse sentido, em mais que boa hora, a Lei nº 13.245/2016 alterou o artigo 7º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, a Lei nº 8.906 de 1994, que trata acerca dos direitos do advogado, para reformular o inciso XIV (acesso aos autos de investigação) e incluir o inciso XXI (assistência de clientes investigados durante a apuração de infrações):

Art. 1º O art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 7º [...] XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; [...] XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos [...] (BRASIL, 2016).

Pode parecer desnecessário ou até mesmo contraintuitivo legislar sobre tema que emana de uma leitura sistemática da Constituição Federal, porém, conforme assevera Massi (2016), a realidade da postura atual que emana das agências responsáveis pela punição de agentes aponta em sentido totalmente divergente, sendo salutar reformular regras objetivas no sentido de favorecer e suscitar os direitos e as garantias fundamentais do cidadão.

Não existem dúvidas de que a maneira totalmente retrógrada com que certas garantias fundamentais são afastadas de forma ordinária no processo penal brasileiro deriva de uma cultura inquisitória, construída por um discurso opressor tradicional enraizado no agir dos operadores jurídicos, sendo a negativa de acesso às investigações apenas mais uma demonstração do temor pela verdadeira democracia.

Como afiança Massi (2016), a própria estrutura “investigação preliminar” e “processo penal” revela uma supervalorização estatal em detrimento do homem em sua unicidade, e deveras anula qualquer possibilidade de reação do indivíduo, tornando-o simples objeto de *persecutio criminis* com o propósito único e exclusivo de chegar à verdade.

Com o provimento em comento, Massi (2016) assegura que:

Agora, é direito do advogado “examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e

tomar apontamentos, em meio físico ou digital”. A inovação fica por conta da ampliação do acesso a investigações de qualquer espécie e em qualquer órgão (polícia judiciária, Ministério Público, órgãos reguladores, tribunais de contas etc.), mesmo as já concluídas, com cópias e apontamentos podendo ser tomados por todos os meios tecnológicos disponíveis (xerocópia, fotografia digital, escaneamento, gravação de mídias portáteis etc.). O exame de autos de prisão em flagrante, a desnecessidade de juntada de procuração e a possibilidade de cópia de peças já estavam na redação anterior do Estatuto e foram mantidos.

Segundo Dias (2018, *online*), uma diligência básica de quem investiga, que é sempre conhecer o local do crime. O advogado comparece ao local, não ficando com a narrativa da polícia, com a narrativa da vítima, com a narrativa da testemunha, tem que ir ao local para que possa obter a sua própria visão, para que possa fazer um relatório visual gráfico, para que possa se ter seus próprios entendimentos, se bate ou não com o que está vendo, até mesmo para bater com o que a testemunha está relatando, até mesmo para bater com o seu cliente está falando. Não podendo se ater com meras narrativas da polícia, da perícia dentre outras.

E se for um local fechado, sem acesso, o operador deverá ir ainda assim, conversar com quem está lá, compreender o local, o ambiente, as pessoas, podendo ter a possibilidade de uma autorização para adentrar ao local, podendo formalizar a autorização de entrada, o advogado pode sim fazer isso.

Outro caso, é como advogado encontra uma pessoa que relata fatos relevantes, o operador pode requerer depoimento, voluntariamente, sendo no escritório, ou até mesmo no local ligando uma câmera, que nos dias de hoje é muito simples por esse meio, todo mundo tem um celular com câmera, para que possível colher o depoimento da testemunha, sempre se identificando e fazendo as advertências legais e surgindo uma prova válida.

Outra questão, a busca de informações públicas, onde se encontra informações em cartórios, usar a lei de acesso à informação, usar a internet, buscar informações a banco de dados públicos usando a lei de acesso à informação, realizar indagações cabíveis, levar um profissional *expert* ao local para que possa verificar, analisar documentos, portanto, um dos ônus da defesa para comprovar o alibi.

Portanto, há uma série de diligências em que a investigação defensiva ela pode atuar, é claro que não é possível elencar todas nessa pesquisa, existe uma questão de imaginação, fechando esse raciocínio com a frase do professor Gabriel Bulhões: “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em

virtude de lei”, assim, tudo aquilo que não é proibido usemos a imaginação e produzimos a nossa prova (DIAS, 2018).

3.2 A POSSIBILIDADE DE A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA TORNAR-SE PRÁTICA COMUM NO BRASIL

Primeiramente, haverá como já encontramos, uma resistência grande tanto nos órgãos da persecução criminal como também uma série de pessoas conservadoras também, então acho que esse levante do Ministério Público e da própria polícia contra a investigação defensiva é algo que vai continuar acontecendo.

Entretanto, observando sobre o ponto de vista da nova advocacia, quando ouvimos por exemplo o professor e juiz Alexandre de Moraes da Rosa assevera em trecho relacionado à advocacia 4.0 que os advogados egressos, geralmente aqueles mais abastados de informações acerca dos acontecimentos atuais, detentores de uma advocacia de alta performance ampliar a prática da investigação conforme o Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no Brasil (ROSA, 2020).

Por outro lado, não se pode ser negligente em relação às informações, pois também será possível encontrar forte resistência inclusive no âmbito da advocacia, com alguns profissionais.

No tocante tanto do Ministério Público como da polícia judiciária, Diógenes e Santiago (2021) informam que a investigação defensiva cada vez maior, talvez ainda se tem um tempo para que possa ser ainda mais diluído, para se tornar mais presente no Brasil como todo, não vendo como negativo, pelo contrário, podemos ver a investigação defensiva como algo que vai contribuir inclusive para uma investigação criminal feita pela polícia judiciária cada vez de melhor qualidade, porque os erros serão claramente apontados pela investigação defensiva.

3.3 O FALSO TESTEMUNHO E FALSA PERÍCIA NO CONTEXTO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

De acordo com Cabette (2021), quando se fala dos procedimentos mais comuns e corriqueiros de investigação criminal, o maior exemplo é, sem dúvida, o Inquérito Policial. Não há que se negar quanto à possibilidade de que, em caso de leviandades ou até mesmo mentiras em depoimentos ou perícias, o autor poderá ser

responsabilizado, respectivamente, por falso testemunho e falsa perícia, conforme artigo 342 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. §1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

No entanto, quando se está falando acerca da investigação defensiva produzida pelo advogado particular ou Defensor Público, a contingente vontade de responsabilizar criminalmente o indivíduo por falso testemunho ou falsa perícia, de acordo com o disposto no artigo supracitado, em sua atual redação, poderá configurar-se como uma analogia *in mallam partem*, uma vez que tal procedimento não é ali mencionado expressamente, ainda de acordo com Cabette (2021).

O mesmo autor salienta que essa situação se trata de grande problema porque cria uma indesejável “zona de conforto” para a testemunha ou para o perito. Isso porque o direito abrangido pela possibilidade da ampla defesa que, no Brasil, permite que o investigado ou acusado falte com a verdade sem consequências criminais, não pode, em conjetura alguma, ser desdobrado indevidamente a esses sujeitos, ainda que seja arrolado ou contratado pelo investigado ou acusado e seu advogado (CABETTE, 2021).

Segundo Cabette *apud* Talon (2021), em face da inexistência de previsão legal, a testemunha que adota postura vil no contexto da investigação defensiva é absolutamente atípica. Pode-se considerar, inclusive, inadequado o procedimento de compromissar tais pessoas quando de suas manifestações:

Contudo, em relação à investigação criminal defensiva, não há possibilidade de que, em caso de omissão ou declarações inverídicas, a testemunha seja responsabilizada criminalmente por falso testemunho. Observando o art. 342 do CP, nota-se que é elementar do tipo penal que a declaração seja feita em processo judicial ou administrativo, inquérito policial ou em juízo arbitral, o que não abrange a investigação criminal defensiva, que permanece fora desses conceitos. Assim, por inexistir crime de falso testemunho no que tange às declarações feitas em uma investigação defensiva, seria incorreto e a técnico exigir o compromisso da testemunha ou adverti-la sobre o “dever” de falar a verdade, que, como dito, não existe na investigação conduzida por Advogado (CABETE, 2018).

Percebe-se que, para estes autores, não se menciona a questão do perito nesse contexto. Provavelmente porque se compreenda que o laudo será juntado

apenas posteriormente ao processo criminal, o que possibilitaria a questão da responsabilização criminal nos termos mesmo do artigo 342 do Código Penal (CABETTE *apud* TALON, 2021). A despeito, se assim fosse, também não haveria problema com em relação à testemunha, uma vez que em depoimento em juízo estaria compromissada e sob as penas da lei igualmente.

Entretanto, nem sempre o testemunho ou o laudo elaborado pelo perito, chegarão a serem usados em fase posterior da persecução penal, à exemplo das situações de arquivamento de caso. Por isso, tanto a lacuna testemunhal quanto pericial é relevantes.

No Direito Comparado, segundo Cabette (2021) verifica-se que, na Itália, ocorreu esse mesmo impasse o que gerou certo esforço jurídico da doutrina e da jurisdição italiana para tipificar as condutas em estudo no crime de falsa declaração, o que certamente não é sustentável, conforme já mencionado. Concluiu-se seguir o caminho da legalidade, gerando mudanças no direito material, tornando crime “a conduta de prestar declarações falsas ao defensor. Essa providência legislativa não somente preenche essa lacuna, como também confere maior “fidedignidade às informações colhidas na investigação defensiva”.

No ordenamento jurídico pátrio, ainda não há essa legislação pertinente, mas já existem projetos que não surpreendem para inovar o Código Penal e incluir o crime de falso testemunho no contexto da investigação defensiva.

Entretanto, até essa alteração da legislação penal, parte considerável da jurisprudência optou por arredar o delito similar ao nosso falso testemunho ou falsa perícia, em contrapartida admitiu o caráter público dos atos de documentação realizados por advogado, de forma que a “elaboração deturpada destes atos caracterizaria o delito de falsidade ideológica”, conforme indica Luz ao ser citado por Cabette (2021).

Claramente, mesmo na Itália ou no Brasil, os atos de documentação praticados pelo defensor particular não contam com caráter público e sim privado, obviamente. Pode-se dizer que a atividade do advogado constituído ou mesmo dativo é um “*munus* público em que se defende interesse particular em juízo ou perante a administração” (CABETTE, 2021, *online*).

Vale ressaltar que, conforme lição de Greco (2018), no Brasil, o crime de falsidade ideológica se refere tanto a documentos de ordem pública quanto também documentos de caráter particular:

O objeto material é o documento, público ou particular, no qual o agente omitiu declaração que nele devia constar ou nele inseriu ou fez inserir declaração falsa ou diversa daquela que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Portanto, a conduta do indivíduo que mente em depoimento ou elabora e apresenta laudo falso em investigação defensiva não é caracterizada pela atipicidade absoluta, mas meramente relativa. Não se configura, infelizmente, na atual conjuntura do ordenamento jurídico pátrio, o crime de falso testemunho e falsa perícia. Apesar de que o defensor que altera indevidamente depoimento verdadeiro prestado por testemunha ou laudo correto apresentado por perito poderia, por sua vez, ser responsabilizado criminalmente.

Essa solução, porém, é razoável apenas observando-se sob um prisma de curto ou médio prazo, sendo o mais acertado incluir no rol do artigo 342 do Código Penal também as investigações defensivas, assim como os Procedimentos Investigatórios do Ministério Público (PIC).

4 O INQUÉRITO POLICIAL COMO MODELO INVESTIGATÓRIO

De etimologia, conforme Machado (2009), “inquérito no vernáculo significa: ‘ato ou efeito de inquirir’. Inquirir: ‘procurar informações acerca de; (...) fazer indagações, investigações, pesquisas, perquirições, de natureza filosófica ou científica; investigar, indagar, pesquisar, esquadrinhar”.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê o inquérito policial como principal modelo investigatório de fatos potencialmente criminosos. O procedimento do inquérito policial remete a legislação brasileira por meio da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871.

Ainda conforme Machado (2009), esse texto legal definia que o inquérito policial consistia nas diligências necessárias para o “descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”.

A investigação criminal foi positivada por meio do artigo 144 da Constituição Federal que aduz que

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares; VI - polícias penais federal, estaduais e distrital. [...] § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Desde o seu nascedouro, o inquérito policial sugere que se trata de um procedimento administrativo, inquisitório, finalizado por meio de uma peça de caráter informativo, sem ritualística pré-estabelecido conforme a lei e que possui por finalidade apurar o fato criminoso, estabelecer a materialidade e respectiva autoria do crime (Machado, 2009).

Sinteticamente, é possível definir o inquérito policial como atuação investigatória da Polícia Judiciária, com a finalidade de apurar a materialidade da infração penal cometida e da respectiva autoria do crime, conforme Capez (2012):

É o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo [...]. Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal

pública [...], e o ofendido, titular da ação penal privada [...]; como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares.

Depreende-se, portanto, em um primeiro momento, pode-se compreender que o inquérito policial se trata de um procedimento e não um processo, por não haver a presença de direitos fundamentais básicos preservados, como a questão do contraditório e da ampla defesa. Também pode-se considerar o inquérito da autoridade policial como um procedimento forma que necessita obedecer a certas singularidades e possuir início, meio e fim, conforme Capez (2012) assegura.

Segundo Marques (1997) assevera que a investigação procedimental policial nada mais é do que a forma de “exercício do poder cautelar que o Estado exerce, através da polícia, na luta contra o crime, para preparar a ação penal e impedir que se percam os elementos de convicção sobre o delito cometido”.

Em razão da cautelaridade da investigação policial, esse ato deve acontecer imediatamente após o conhecimento da *notitia criminis*, ou seja, da notícia de que determinado crime ocorreu, a fim de evitar o surgimento de elementos de convicção relacionados ao possível delito.

Sob um prisma mais formal que material, o procedimento em comento é, de fato, um procedimento administrativo, uma vez que é orientado pela autoridade da polícia judiciária, ente da Administração Pública, vinculado ao Poder Executivo, que pratica atos de caráter formalmente administrativo, à luz do que salienta Machado (2009).

Ainda Machado (2009) ressalta que, por outro viés, o inquérito policial tem de ser qualificado como judiciário, principalmente quando se está considerando a finalidade dos atos adolecidos pela atividade da polícia judiciária, que objetivam à preliminar formação de culpa no procedimento inquisitório.

Nessa mesma seara, Machado *apud* Pitombo (2009) assente que “no procedimento do inquérito, encontra-se, portanto, um conjunto de atos de instrução; transitórios uns, de relativo efeito probatório e definitivos outros, de efeito judiciário absoluto. Melhor, pois, afirmar que a polícia, enquanto judiciária e o inquérito que ela faz, exurgem administrativos, por sua atuação e forma, mas judiciários, nos seus fins”.

4.1 A EFICÁCIA PROBATÓRIA DO INQUÉRITO POLICIAL

De acordo com Camargo (2006), o inquérito policial pode ter três visões distintas no que concerne o seu valor probatório. A primeira, se relaciona com a questão do seu valor de admissibilidade. Essa visão sugere que, durante a fase inquisitiva, todas as provas colhidas são válidas no contexto da fundamentação da sentença judicial.

Essa visão do inquérito judicial com valor probatório sustenta a defesa de que a elevada maioria das provas criminais se perdem com o tempo, são desgastadas ou até mesmo desaparecem e, por isso, a autoridade policial na figura do delegado de polícia e a própria instituição policial – civil ou militar – gozam de presunção relativa de legitimidade de seus atos.

Das duas uma, ou vale ou não vale, confirmada ou não. Em nosso entender, essa prova vale, e pela seguinte razão: ela é contraditada, ela é judicializada. Embora a prova tenha sido colhida em fase anterior a instrução, os autos do inquérito passam a integrar os autos do processo. Portanto, para integrar os autos do processo, os autos policiais possuem pleno valor probante enquanto documento que são. O simples fato de estarem os autos inquisitivos no interior dos autos do processo já constitui circunstância bastante indicativa de que são submetidos ao contraditório. Os autos ali, as partes podem contraditá-los. Aliás, quando o acusado, no interrogatório, nega o fato retratado no inquérito, está, assim, a contradita o documento inquisitivo, emprestando-lhe validade (CAMARGO *apud* MEDEIROS, 2006).

A segunda visão acerca do valor probatório do inquérito policial, ainda conforme Camargo (2006), está relacionada com o exato oposto da primeira visão: a inadmissibilidade como forma de sustentáculo da decretação da condenação do acusado. Essa teoria está alicerçada no argumento principal de que, como já defendido anteriormente por este estudo, as provas produzidas em um contexto de inquisição policial não se sujeitaram ao crivo de princípios fundamentais como a ampla defesa e o contraditório.

Nesse sentido, Camargo *apud* Medeiros assevera:

O inquérito policial não possui valor probatório nenhum. É procedimento inquisitivo que tem por fim exclusivo fornecer elementos de informação ao acusador para que este possa dar início a ação penal [...] tal absoluta falta de valor probante decorreria de que a instrução tem de ser necessariamente contraditória e o inquérito puramente inquisitivo. Decorreria, ainda, de que a prova para fundamentar a condenação há de ser judicializada, utilizada esta expressão no sentido de que a prova deve ser colhida pelo juiz instrutor.

A terceira e última tese, inclusive a mais amplamente defendida pela doutrina e pelos Tribunais brasileiros, indica que o valor probatório produzido em sede de inquérito policial é relativo. Isso significa dizer que algumas provas têm maior validade que outras. Isso não quer dizer que uma confissão não possui valor, mas que ela deve ser analisada em corroboração com todas as outras provas colhidas, inclusive as de maior peso como, por exemplo, as provas técnicas (Carvalho, 2006).

Dessa maneira, “ tendo em vista o princípio do livre convencimento do juiz (Art. 157) e da verdade real (Art. 197), é de se ver que o inquérito policial, como qualquer outra prova criminal, tem sempre valor relativo” (CAMARGO *APUD* NOGUEIRA, 2006).

Segundo o que assevera Machado (2009), quando do início da persecução penal, não é necessário que o crime se apresente no limite de seus elementos constitutivos. Mesmo a conduta omissiva e em maior grau a comissiva, podem ser relevantes no que concerne a atividade persecutória do Estado quando enquadradas em forma abstrata no tipo penal. Basta que a autoridade policial receba a notícia de um fato típico, para que possa ar início às investigações dando-se, portanto, o pontapé inicial da persecução do crime.

Existem fases para se instruir o inquérito policial, mas cumpre salientar que esse procedimento deve ser pautado totalmente na cognição sumária dos fatos da *notitia criminis*. Em Brasil (1941), para garantir essa sumariedade do inquérito policial, a lei processual penal limita a cognição de formas qualitativa e quantitativa:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Contudo Machado *apud* Hassan (2009) sintetiza que as restrições legais oferecidas pelo Código de Processo Civil são infelizmente impotentes e débeis, uma vez que os inquéritos policiais duram meses e até mesmo anos para se findar proveitosamente frente às necessidades e anseios sociais da contemporaneidade remanescente.

Ocorre que, muitas vezes, mesmo após anos de investigação da autoridade policial, o inquérito policial queda-se pelo arquivamento por meio de ato consensual que anteriormente se tratava da vontade do Ministério Público em consonância com a do magistrado competente. Neste momento, a Lei nº 13.964/2019 que instituiu o

pacote anticrime alterou o Código de Processo Penal e essa situação foi revertida: agora o arquivamento passa a ser ato exclusivo do Ministério Público (BRASIL, 1941).

Capez (2012) indica e esclarece que o inquérito policial possui caráter igualmente informativo para a futura instrução, por ele se fornecem elementos ao titular da ação penal a fim de formar a sua convicção acerca do crime, a *opinio delicti* e a auxiliar a sua condução durante a fase judicial.

Por outro lado, o magistrado pode utilizar-se de elementos referidos no inquérito policial para se fazer valer a fundamentação sentencial que, apesar da contraditoriedade e de pôr fim à própria natureza jurídica do inquérito policial, quedou-se por ser amparada aos Tribunais brasileiros. “Segundo o posicionamento jurisprudencial majoritário, é possível à utilização dos dados oriundos do inquérito policial para embasar a condenação, desde que não sejam os únicos elementos de prova a formar o convencimento judicial”, complementa Machado (2009).

Por outro lado, incoerentemente, sustenta-se que eventuais vícios existentes na instrução prévia não contaminariam a ação penal, pois o inquérito policial seria peça simplesmente informativa e não probatória. Nesse sentido, o Recurso em *Habeas Corpus* de nº 85.286/SP dirigido ao Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2005) de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, sugere:

Os vícios existentes no inquérito policial não repercutem na ação penal, que tem instrução probatória própria. Decisão fundada em outras provas constantes dos autos, e não somente na prova que se alega obtida por meio ilícito. É inviável, em habeas corpus, o exame aprofundado de provas, conforme reiterados precedentes do Supremo Tribunal Federal. Recurso em habeas corpus a que se nega provimento.

Se os elementos probatórios decorrentes do inquérito policial são aplicados na ação penal, ele deixa de ser apenas informativo e as irregularidades por acaso existentes na fase inicial procedimental conspurcam também o processo como um todo.

Nesse sentido, Machado *apud* Zilli (2009), lembra que:

[...] a coesão de um modelo processual de partes foi comprometida. Isso porque a proibição total de inserção dos elementos informativos no campo cognitivo, desenhada pela proposta original da Comissão de Reforma, foi sensivelmente abrandada. Pela versão aprovada, fica o juiz autorizado a buscar naqueles elementos o reforço para certas provas produzidas em contraditório, confirmando assim a veracidade de uma das teses. Mais lógico seria que o conflito resultante de provas divergentes, não superável

pela possibilidade de obtenção de novas provas, levasse à absolvição do acusado e não à invocação de elementos colhidos unilateralmente.

É mister salientar que os dados provenientes do inquérito policial não podem de forma alguma auxiliar no livre convencimento do Magistrado na peça apoteagma porque esse procedimento decorre de ato investigatório, portanto, totalmente inquisitório, no qual, as informações são produzidas de forma a não atender direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstas, como o contraditório, a ampla defesa e a publicidade dada aos subsídios colhidos dentro do inquérito policial.

Por essa razão, Machado (2009), defende e corrobora com o que entende esse estudo de que se deve “haver a exclusão física desses elementos dos autos da ação penal e a sua renovação durante a instrução processual”.

Salvuarda-se, porém, a questão conexa ao caso de prova relevante e irrepetível, ou seja, aquela prova “que por sua natureza não pode ser refeita na fase processual, deve-se realizar incidente de produção antecipada de provas”.

4.2 O CONTRADITÓRIO E O DIREITO DA AMPLA DEFESA NO CONTEXTO DO INQUÉRITO POLICIAL

Como já foi aduzido no tópico anterior, as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa não são observadas dentro da realização do inquérito policial. Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, prevalecia o entendimento de que era inadmissível o contraditório e o direito de defesa no inquérito policial, por se tratar de um procedimento inquisitório. Nesse sentido, Marques (1997) deixa claro que:

Ao contrário do que pensam alguns, não se deve tolerar um inquérito contraditório, sob pena de fracassarem as investigações policiais, sempre que surja um caso difícil elucidação... Nesse ponto foi sábio o código, deixando a discricção da autoridade que preside o inquérito, admitir os depoimentos de testemunhas do réu ou do ofendido. A investigação policial não pode ser tumultuada com a intromissão do indiciado. Somente quando o caso a averiguar é duvidoso, deve a polícia entender aos pedidos de prova formulados pelo réu ou pelo ofendido. A necessidade, porém, de praticar tais atos instrutórios ficam entregue à apreciação discricionária da autoridade policial.

A Carta Magna, em Brasil (1988), no seu art. 5º, inciso LV, dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são

assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. No decorrer dos seus incisos, mas especificamente no LXIII, o constituinte originário assegura a assistência técnica do advogado ao preso. Os primados basilares da ampla defesa e do contraditório são as chaves-mestras para se embasar a investigação defensiva.

O princípio do devido processo legal, conforme consubstancia Moraes (2016), tem como fundamento os princípios da ampla defesa e do contraditório, que devem ser assegurados “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral [...], com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

O contraditório é constituído de dois elementos, a informação e a reação ou, analogicamente à Terceira Lei de Newton, uma ação e uma reação de mesma força, mesma intensidade, mas podem ser de sentidos opostos ou não. Machado ao citar Almeida (2009) indica que foi este autor quem melhor traduziu o conteúdo do contraditório ao sugerir que “o contraditório é, pois, em resumo, ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”.

Conforme a Constituição Federal, portanto, não é possível se impor o contraditório ao inquérito policial. Segundo Moraes (2016), inquérito policial é um procedimento administrativo de caráter totalmente inquisitivo, ou seja, a realização de atividades persecutórias, além de não fazerem parte do processo judicial, concentram-se nas mãos da única autoridade do delegado de polícia; diferentemente do processo acusatório, seguida a ritualística para o processo judicial, o qual as funções de julgar, de acusar e de defender são distintas, e nesse caso, obrigando-se ao contraditório:

O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público.

Hodiernamente quando se fala sobre o contraditório, trata-se necessariamente acerca em relação jurídica processual, processo. Pelo fato de que o inquérito policial é um procedimento administrativo e inquisitivo, conforme já aduzido no início deste capítulo, caso houvesse a inserção do contraditório num procedimento dessa natureza, implicaria a necessária ciência de todos os atos já praticados e os a serem praticados, por exemplo, em todos os atos que impliquem atividade decisória, que por óbvio, em regra, no inquérito policial, não é exercido pelo Estado-juiz.

O contraditório deve centralizar todos os procedimentos que impliquem no exercício da *iurisdictio*, a jurisdição, o que não é o caso do inquérito policial, “já que de regra é um procedimento instaurado pela polícia judiciária, sob a presidência de um delegado de polícia, cuja finalidade é reunir elementos convincentes que informem a atuação do órgão do Ministério Público” (MACHADO, 2009).

Portanto Machado (2009), indica que não há que se falar em fase e contraditório no inquérito policial, uma vez que vigora em tal procedimento o contraditório apazado, deixa-se o processo, bem como suas devidas garantias a possibilidade de contrariar as provas colhidas previamente no momento investigatório, deixando-se para a fase judicial a observância e da necessidade da apresentação do contraditório e de todas as garantias ofertadas pelo processo penal e, principalmente, asseguradas pela Constituição Federal de 1988.

4.3 ATUAÇÃO DO PARQUET E EQUIPARAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

O Ministério Público, conforme aduzido anteriormente, é tanto titular da ação penal, cabendo a este o ônus de produção probatória, assim como também atua como *custus legis*, fiscal da lei. Essa ideia do promotor-investigador trata-se de uma inovação europeia que substituiu a figura do juiz Instrutor, após os idos da Revolução Francesa, mas que passou por constantes evoluções, principalmente na contemporaneidade, conforme Paludo (2020).

Paludo ao citar Medroni (2020) salienta que essa questão do promotor-investigador enriquece o sistema acusatório – e, por conseguinte, enfraquece a possibilidade de defesa, uma vez que a autoridade policial também realiza a *persecutio criminis*. Essa situação fomenta a questão de uma plausível falta de imparcialidade do órgão acusador.

Entretanto, a maior parte da melhor doutrina jurídica assevera que sobre a importância e, mais ainda, necessidade de uma atuação supletiva por parte do *Parquet* a fim de apurar determinados crimes. Segundo o julgado do Ministro Marco Aurélio, no *habeas corpus* 84548, de São Paulo, o relator, no contexto do Supremo Tribunal Federal (STF), defende essa primorosa tese:

Uma atuação supletiva ou mesmo principal do Ministério Público para apurar certos crimes pode se mostrar necessária, e é basicamente o que se verificou no caso em questão. Reconhecer o poder de investigação do Ministério

Público, enfatizo, em nada afeta as atribuições da Polícia Judiciária e não representa nenhuma diminuição do papel relevantíssimo por ela exercido.

Rangel ao ser citado por Paludo (2020) defende, inclusive, que o Ministério Público pode realizar investigações criminais que possam, porventura, ser necessárias; uma vez que o órgão ministerial pode iniciar a ação penal, logo, se a instituição pode o mais, também poderá o menos.

Por outro lado, essas questões não se quedam fenecidas, pois que se o *Parquet* preside a instrução, obviamente a atividade de investigar poderia facilmente pender para a direção acusatória, podendo ocasionar graves prejuízos tanto para o acusado quanto para os princípios fundamentais garantidos constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, se o Ministério Público pode requisitar diligências, sendo a autoridade policial a autoridade responsável pela investigação preliminar, é essencial que essa mesma oportunidade seja oferecida para a defesa, segundo lição de Paludo *apud* Machado (2020): “se determinado ordenamento jurídico prevê a investigação criminal pelo órgão acusatório, torna-se imprescindível conferir igual oportunidade ao imputado, sob pena de causar desequilíbrio em um processo penal de partes”.

De acordo com a primazia dos princípios da ampla defesa e do contraditório, pilares da investigação defensiva, conforme anteriormente citado neste trabalho, ao se reconhecer o poder ministerial de realização de diligências dentro do inquérito policial, bem como a prática de atos investigatórios posteriores à conclusão do documento policial em comento, em igual medida, deve-se oportunizar à defesa a possibilidade investigatória.

A investigação policial acusatória, portanto, em certos aspectos restringe a participação da defesa o que pode ocasionar danos irremediáveis para o acusado e a sociedade em geral.

O alicerce da investigação criminal defensiva cinge-se ao fato de que é de suma relevância e importância a maior aproximação da defesa no que concerne a instrução probatória, seja por meio de uma maior participação dentro do inquérito policial, seja pela possibilidade de participação privada que possam, posteriormente, sustentar linhas defensivas.

Há uma nítida desigualdade processual no que concerne os dois opostos da relação. Por um lado, o Ministério Público assume a figura do *dominus litis* e tem ao seu dispor uma série de diligências, do outro lado o advogado ou o Defensor Público,

conforme Paludo (2020). É irrefutável que, a partir do momento em que a defesa assume uma posição semelhante à da acusação nos estágios iniciais da investigação e instrução criminal, o processo terá um rumo totalmente diverso.

A seguir Paludo cita Baldan (2020) a fim de elencar fatores que justificam essa pertinente participação:

Vislumbram-se como inexoráveis vários benefícios, como consequência direta ou reflexa da atividade do defensor que dirige sua própria investigação em qualquer fase ou estágio da persecução penal: a) aprimoramento da investigação como contraponto eficaz às provas produzidas pelo defensor, obrigando a polícia judiciária e o Ministério Público à busca de contínuo aperfeiçoamento técnico-científico; b) criação (ou hipertrofia) de uma categoria profissional: os investigadores privados; c) estímulo ao culto das ciências afins ao Direito Penal, como a Criminalística, Criminologia, Medicina Legal, com a consequente necessidade de adequação do ensino técnico e superior; d) redimensionamento da estatura jurídica do advogado (dentro e fora do processo) transmudando-o da condição de mero expectador inerte para a posição de ativo protagonista na formação da prova criminal; e) obrigação da motivação judicial na admissão da acusação, criando-se verdadeiro juízo de prelibação arredaria a instrução da instância judicial quando insuficientes os elementos indiciários e de prova; f) maior proximidade do processo penal com a verdade real atingível pelo fortalecimento da prova criminal, com a consequente serenidade maior do Magistrado ao proferir seu *decisum*, ouvidas às razões rodizadas por acusação em defesa perfeita *egalite des armes* (PALUDO APUD BALDAN, 2020).

De todos esses fatores descritos por Baldan, dois chamam maior atenção a este trabalho: o “aprimoramento da investigação como contraponto eficaz às provas produzidas pelo defensor” e a “maior proximidade do processo penal com a verdade real atingível pelo fortalecimento da prova criminal”.

São esses exatos dois pontos que geram uma efetiva força no que concerne a defesa do Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil tanto dentro da fase preliminar como do processo penal como um todo, uma vez que a investigação defensiva trata-se de um direito e dever da defesa criminal.

Nesta senda, esse complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvida pelo operador do direito, com ou sem assistência técnica, em qualquer fase da *persecutio criminis*, e que visa obter provas para tutela de direitos do cliente, do constituinte, para constituir acervo probatório lícito é mais uma forma de se fomentar a paridade de armas entre defesa e acusação (Conselho, 2018).

Por fim, conforme Paludo (2020), baseando-se nos modelos norte-americanos e italianos de investigação defensiva, o Provimento 188/2018 do CFOAB, o momento em que se coloca em prática a investigação defensiva, perpassa o fato delituoso,

adentra a impugnação da decisão judicial que, por acaso, tenha apreciado o fato, e chega até mesmo ao momento do cumprimento da pena; demonstrando-se a amplitude de sua abrangência e, por fim, a necessidade da atuação do operador do Direito nos moldes, inclusive do Ministério Público.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que persecução penal no que se oriente apenas como atividade estatal de proteção penal, abrange dois momentos igualmente importantes e distintos: o da investigação e o da ação penal.

Entretanto, hodiernamente, a atividade investigativa restringe-se aos órgãos estatais relacionados à polícia judiciária e o Ministério Público. A partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou constitucional a investigação da institucional do Parquet, novos temas e possibilidades foram afloradas no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa esteira, a possibilidade da investigação defensiva surge como uma oportunidade de se realizar a correta condução de quaisquer investigações preliminares para assegurar que não haja instauração desnecessária de ações penais que poderão gerar danos irresolúveis e consequências para o acusado catastróficas.

Exercer, portanto, a investigação defensiva privada não encontra subordinação de qualquer ordem ou órgão. Essa inquirição não visa somente a advocacia no âmbito criminal, como também fomenta a produção de provas e a de elementos de informação na etapa pré-processual; como também interessa a todas as searas da advocacia, pois todas precisam de provas para lastrear suas teses jurídicas nas ações judiciais.

A paridade de armas é a possibilidade de se oportunizar ferramentas e recursos equivalentes entre as partes na persecução criminal, e o Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil busca essa probabilidade em relação ao advogado realizar *per si* a própria investigação defensiva.

A não garantia da paridade de armas pode, em determinado ponto, infringir a própria garantia constitucional do contraditório e ampla defesa, quando por falta de recursos a defesa não tiver condições de efetivamente defender os interesses de seu representado, por isso, caso seja necessário produzir provas e o cliente não consiga suportar as despesas, é preciso que o Estado ofereça esta possibilidade.

A importância de se debater este tema é, em suma, pela realidade de a fase investigativa ser a mais importante sob o ponto de vista probatório. O juiz pode condenar com base nas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê o inquérito policial como principal modelo investigatório de fatos potencialmente criminosos, por isso, conforme diversos autores trazidos neste trabalho indicam, a condenação pode ocorrer com base em elementos de informação produzidos durante a fase inquisitória.

Por isso é essencial a atuação da defesa durante esse momento, em especial se conduzida no âmbito do Ministério Público. Contudo, por isso, entendo que deveria ser cumprido o programa constitucional, com a investigação a cargo das Polícias Judiciárias e controle externo do Ministério Público.

Em relação ao Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por se tratar de algo novo para a maioria dos advogados, ainda é muito pouco utilizado, até mesmo desconhecido.

Nesse contexto, é importante destacar que a atividade de coleta de elementos informativos guarda relação direta com o direito à produção probatória, como conhecer o local do crime, a narrativa da polícia, a narrativa da vítima, a narrativa da testemunha.

Por outro lado, o ordenamento jurídico brasileiro infelizmente não está plenamente munido de disposições normativas capazes de solidificar uma atividade investigatória da defesa. É possível concluir que a investigação criminal defensiva pode ser realizada no Brasil independentemente da alteração no Código de Processo Penal.

Todavia, se o direito à produção probatória se extrai da ampla defesa e do devido processo legal, não se pode esquecer de que o sistema persecutório penal busca preservar, logicamente, a segurança jurídica. E, para isso, a importância de se regular a temática em questão.

Dessa forma, embora o sistema processual penal brasileiro permita a extração de disposições legislativas que amparem a investigação criminal defensiva, é salutar que essas normativas existentes ainda não são suficientes nem poderão responder a todas as dificuldades e os problemas que surgirão quando da implementação mais fática e efetiva da investigação defensiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado Federal. 1988.

_____. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, **DOU**, 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. Decreto-Lei nº 2.878, de 06 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, **DOU**, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2021.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, **DOU**, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 17 nov. 2021.

_____. Lei 13.245, de 12 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Brasília, **DOU**, 12 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13245.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

_____. Lei 14.245, de 22 de novembro de 2021. Altera os Decretos-Leis nos 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer). Brasília, **DOU**, 23 de novembro de 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14245.htm>. Acesso em: 29 nov. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 512290/RJ**. Habeas corpus. Organização criminosa. Extorsão, concussão e extorsão mediante sequestro por policiais civis. Possibilidade de apoio de agência de inteligência à investigação do ministério público. Não ocorrência de infiltração policial. Desnecessidade de autorização judicial prévia para a ação controlada. Comunicação posterior que visa a proteger o trabalho investigativo. Habeas corpus denegado. Disponível em <<https://corpus927.enfam.jus.br/inteiro-teor/wenvgbezrn13>>. Acesso em: 07. set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84548/SP**. 1. Habeas Corpus. 2. Questão de ordem. Renovação da sustentação oral. Alteração substancial da composição do Tribunal. A alteração da composição do Tribunal não autoriza a renovação da sustentação oral. Maioria. 3. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Ausência de fundamentação concreta da necessidade da prisão. No entendimento da maioria, a comoção popular não é, por si só, suficiente para

demonstrar a necessidade da prisão. 4. Poderes de investigação do Ministério Público. O Ministério Público pode realizar diligências investigatórias para complementar a prova produzida no inquérito policial. Maioria. 5. Rejeitada a questão de ordem por maioria. Ordem concedida, por maioria, apenas para cassar o decreto de prisão preventiva. Disponível em <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;hc:2015-03-04;84548-2229923>>. Acesso em: 17. set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus 85286/SP**. Os vícios existentes no inquérito policial não repercutem na ação penal, que tem instrução probatória própria. Decisão fundada em outras provas constantes dos autos, e não somente na prova que se alega obtida por meio ilícito. É inviável, em habeas corpus, o exame aprofundado de provas, conforme reiterados precedentes do Supremo Tribunal Federal. Recurso em habeas corpus a que se nega provimento. Disponível em <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;rhc:2005-11-29;85286-2261771>>. Acesso em: 07. set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 593727/MG**. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. 2. Questão de ordem arguida pelo réu, ora recorrente. Adiamento do julgamento para colheita de parecer do Procurador-Geral da República. Substituição do parecer por sustentação oral, com a concordância do Ministério Público. Indeferimento. Maioria. 3. Questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República. Possibilidade de o Ministério Público de estado-membro promover sustentação oral no Supremo. O Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do Parquet estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União. O Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o Supremo Tribunal Federal, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual. Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. Maioria. 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O 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, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos,

necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria. Relatora: Min. Cezar Peluso, 14 de maio de 2015. Disponível em <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUK Ewj_zsXZncb0AhXpqJUCHb4yDvUQFnoECAMQAQ&url=https%3A%2F%2Fredir.stf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DTP%26docID%3D9336233&usg=AOvVaw3ZEEPFQqu55q__HZ1PGr4>. Acesso em: 29. set. 2021.

BULHÕES, Gabriel, **Manual prático de investigação defensiva**: um novo paradigma na advocacia criminal. 1. ed. São Paulo: EMais, 2019;

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Investigação defensiva: dois tópicos importantes. **Conteúdo Jurídico**, 03 dez 2021. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/coluna/3274/investigao-defensiva-dois-tpicos-importantes>>. Acesso em: 03 nov. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 111.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Autonomia da polícia judiciária é antídoto contra impunidade e corrupção. **Revista Consultor Jurídico**, abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-19/academia-policia-autonomia-policia-judiciaria-antidoto-impunidade>>. Acesso em: 19 out. 2021.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Provimento 188, de 11 dez. 2018. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>>. Acesso em: 10 ago 2021.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. **Revista Consultor Jurídico**, 10 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/gabriel-bulhoes-investigacao-defensiva-paridade-armas>>. Acesso em: 19 out. 2021.

DIÓGENES, Fabiana; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. A atuação penal da Defensoria Pública como custos vulnerabilis: uma manifestação do garantismo jurídico. **Revista Direito e Justiça**: Reflexões Sociojurídicas Santo Ângelo, v. 21, n. 40, p. 27-42, mai./ago. 2021.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 12. ed. Niterói: Impetus, 2018, 1059 p.

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA Supremocast #88. [S. l.: s. n.], 2021. 1 vídeo (94 min). Publicado pelo canal Supremo Concursos. Disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?v=sehY2M2LOF4&feature=youtu.be>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

MACHADO, André Augusto Mendes. A investigação criminal defensiva. **Dissertação de mestrado**: São Paulo, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MASSI, Carlos Velho. Presença de advogado na investigação preliminar beneficia clientes e sociedade. **Revista Consultor Jurídico**, S.l., 07 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-07/carlo-masi-advogado-investigacao-preliminar-beneficia-sociedade>>. Acesso em: 31 out. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**, 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. 1008 p.

PALUDO, Bruna Carolina. Provimento nº 188/2018 da Ordem dos Advogados do Brasil: regulamentação, ineficácia e inconstitucionalidade. **Monografia**: Passo Fundo, 2020.

ROSA, Alexandre de Moraes. **Guia do processo penal conforme a Teoria dos Jogos**. 6. ed. São Paulo: Emais, 2020. 932 p.

SILVA, de Plácido. **Vocabulário jurídico**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TJDFT. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Suspensão condicional do processo**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/suspensao-condicional-do-processo>>. Acesso em: 29 jul. 2021.