



FACULDADE DO VALE DO JAGUARIBE – FVJ
CURSO DE DIREITO

PAULO JANISON BORGES MOTA

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO MEIO DE PROVA NA
PERSECUÇÃO PENAL**

ARACATI-CE

2020

PAULO JANISON BORGES MOTA

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO MEIO DE PROVA NA
PERSECUÇÃO PENAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade do Vale do Jaguaribe, como requisito parcial para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Esp. Carlos Renato Nascimento Rabelo.

ARACATI-CE

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Faculdade do Vale do Jaguaribe
Biblioteca Dr. Salomão Mussolini Pinheiro Maia
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog. Mediante os dados fornecidos pelo (a) autor (a)

B732

BORGES MOTA, PAULO JANISON
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO MEIO DE PROVA NA PERSECUÇÃO PENAL /
PAULO JANISON BORGES MOTA. – 2020.

44 f.:

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade do Vale do Jaguaribe. Aracati. – Curso de Direito.
Orientação: Prof. Esp. Carlos Renato Nascimento Rabelo.

1. Investigação Criminal Defensiva. 2. Produção de Provas. 3. Ônus da Prova. 4. Advocacia Criminal. 5.
Paridade de Armas. I. Título II. Faculdade do Vale do Jaguaribe. III. BORGES MOTA, PAULO JANISON.

CDD 340

PAULO JANISON BORGES MOTA

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO MEIO DE PROVA NA
PERSECUÇÃO PENAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Faculdade do Vale do Jaguaribe, como
requisito parcial para a obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Aprovado em: ____ / ____ /2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Especialista Carlos Renato Nascimento Rabelo (Orientador)
Faculdade do Vale do Jaguaribe (FVJ)

Prof.
Faculdade do Vale do Jaguaribe (FVJ)

Prof.
Faculdade do Vale do Jaguaribe (FVJ)

Dedico essa monografia à minha mãe, à minha esposa Luciara Nogueira da Silva, à minha filha Gabriela Nogueira Mota, e a toda minha família, e especialmente a Deus por ser misericordioso e guardião de todos os dias da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, meu guia e protetor, por ter permitido a minha caminhada até aqui, debaixo de sua proteção, não deixando que minhas forças se esgotassem, dando sempre ânimo novo para prosseguir e alcançar a realização de um grande sonho, assim como a minha família, minha mãe e todos os meus irmãos e irmãs, que apesar da distância, não os esqueço.

Agradeço de forma especial, a minha mãe, Sebastiana Borges Mota, que sempre dedicou sua vida à minha pessoa, assim como me dando forças e bons conselhos para enfrentar as dificuldades da vida, sendo minha fonte inesgotável de inspiração na vida. Obrigado por não desistir de mim.

Saudosamente agradeço ao meu pai Manoel Correia Mota, *in memoriam*, homem do campo, desbravador amazônico do interior do Pará, que carregava em suas mãos as marcas da labuta da roça e sempre nos ensinou que, os valores de um homem estão no respeito aos demais, respeito à vida e acima de tudo o respeito e obediência à Deus.

De forma especial também agradeço a minha esposa, Luciara Nogueira da Silva, uma cearense arretada, lutadora e que nunca deixou o desânimo me parar, obrigado pela compreensão e paciência demonstrada durante todo esse percurso, essa conquista não é apenas minha, mas nossa.

Agradeço a você minha filha, Gabriela Nogueira Mota, meu presente de Deus, minha vida, um ser pequenino, mas gigante em atitudes e personalidade, que possui sonhos a serem realizados e para isso, saiba que estarei sempre ao seu lado. Papai te ama.

Aos amigos e amigas do curso de Direito da Faculdade do Vale do Jaguaribe - FVJ, desejo que todos sejam protagonistas de seus sonhos, senhores de suas realizações. Foi um prazer estar com vocês.

Agradeço ao meu orientador, professor Renato Rabelo, que durante esse período se tornou um amigo e referência profissional, muito obrigado por ter aceito conduzir este trabalho.

Por fim, agradeço a todos os professores e coordenadores do curso de Direito da Faculdade do Vale do Jaguaribe - FVJ, pela excelência dedicada ao ensino, pela valorização ao conhecimento de seus discentes e pelo incentivo para que os alunos se tornem verdadeiros líderes e que possam alçar novos voos. Obrigado por terem colaborado com minha formação.

“Seja quem for o acusado, e por mais horrenda que seja a acusação, o patrocínio do advogado, assim entendido e exercido assim, terá foros de mérito, e se recomendará como útil à sociedade.” (Rui Barbosa)

RESUMO

O presente trabalho trata do estudo da investigação criminal defensiva como meio de prova na persecução penal, revendo os meios de provas e a importância do ônus da prova no Direito Penal brasileiro, à luz dos princípios da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, bem como, a busca da verdade real. Assim, como a investigação por parte do Ministério Público e a Lei nº 13.432/2017, que regulamenta a atividade de detetive particular, sendo esta indispensável para a realização de diligências investigativas de defesa. De igual maneira, será analisado o inquérito policial, dentro do contexto da produção de provas, por se tratar de elemento informativo para o convencimento da materialidade e autoria dos fatos, diferindo-se assim da investigação criminal defensiva. Entretanto, é direito do indiciado, que se apure o fato e que seja oportunizado todos os meios lícitos de produção de provas. Além disso, será abordado o projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal, em especial o artigo 13, que propõe disciplinar a atuação do advogado, desempenhando a investigação criminal defensiva, do mesmo modo e não menos importante, estudaremos o Provimento 188/2018 da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), base regulamentadora da investigação defensiva, que estabeleceu um novo olhar para advocacia criminal para advogados e defensores públicos. Desta feita, não restou dúvidas da viabilidade para introdução da investigação criminal defensiva no ordenamento brasileiro, em todas as fases processuais, seja na fase pré - processual (inquérito policial), ou na fase processual garantindo que o imputado seja tratado verdadeiramente de forma isonômica, tendo como consequência um processo justo e garantista, observando a paridade de armas verdadeiramente.

Palavras-chave: Investigação Criminal Defensiva. Produção de Provas. Ônus da Prova. Advocacia Criminal. Paridade de Armas.

ABSTRACT

The present work deals with the study of defensive criminal investigation as a means of proof in criminal prosecution, reviewing the means of proof and the importance of the burden of proof in Brazilian criminal law, in the light of the principles of equality, contaditório and broad defense, as well as like, the search for real truth. Thus, such as the investigation by the Public Ministry and Law No. 13.432 / 2017, which regulates the activity of private investigators, which is indispensable for carrying out investigative defense actions. Likewise, the police investigation will be analyzed, within the context of the production of evidence, as it is an informative element for convincing the materiality and authorship of the facts, thus differing from the defensive criminal investigation. However, it is the right of the accused to have the fact ascertained and that all lawful means of producing evidence be provided. In addition, Bill No. 156/2009 of the Federal Senate will be addressed, in particular Article 13 proposes to discipline the performance of the lawyer, performing the defensive criminal investigation, in the same way and not least, we will study Provision 188/2018 of the Brazilian Bar Association (OAB), the regulatory base for defensive investigation, which established a new look at criminal advocacy for lawyers and public defenders. This time, there was no doubt about the feasibility of introducing defensive criminal investigation into Brazilian law, in all procedural phases, whether in the pre-procedural phase (police investigation), or in the procedural phase ensuring that the accused is truly treated isonomically, achieving a fair and guaranteeing process, observing the parity of arms truly.

Keywords: Investigação Criminal Defensiva, Produção de Provas, Ônus da Prova, Advocacia Criminal, Paridade de Armas.

Keywords: Defensive Criminal Investigation. Production of Evidence. Burden of Proof. Criminal Law. Arms Parity.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

§	Parágrafo
Art.	Artigo
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CPC	Código de Processo Civil
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DPGE	Defensoria Pública Geral do Estado
HC	Habeas Corpus
IP	Inquérito Policial
IPM	Inquérito Policial Militar
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
Nº	Número
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PLS	Projeto de Lei do Senado
Prof.	Professor
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2. A IMPORTÂNCIA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	14
2.1 O conceito de prova e sua função.....	15
2.1.1 Atos de prova	16
2.1.2 Atos de investigação	16
2.1.3 Princípio do Contraditório	17
2.1.4 Princípio da ampla defesa	18
2.1.5 Princípio da igualdade processual ou paridade de armas	19
2.2 A busca da “verdade real” e sua compatibilidade com a ampla defesa.....	20
3. GÊNEROS DE INVESTIGAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	23
3.1.1 Persecução criminal e a investigação criminal	23
3.1.2 Inquérito Policial	24
3.1.3 Investigação a cargo do Ministério Público	27
3.2 Investigação por detetive particular Lei nº 13.432/2017	29
4. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DIREITO ESTRANGEIRO	31
4.1 Investigação Criminal Defensiva na Itália	31
4.2 Investigação Defensiva Norte – Americano	32
5. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO BRASIL	34
5.1 Conceitos para Investigação Criminal Defensiva	34
5.2 Primeiros passos para a investigação criminal defensiva	37
5.2.1 Da realização da investigação criminal defensiva	38
5.2.2 Fases da investigação defensiva	40
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	43

1 INTRODUÇÃO

O tema investigação criminal defensiva, é cada vez mais discutido por doutrinadores, estudantes e advogados criminalistas do Brasil, com o intuito de sua inserção no ordenamento jurídico pátrio. Estar voltado para a participação do advogado ou defensor público em todas as fases da persecução penal, seja pela defesa do indiciado ou pela vítima como assistente de acusação.

A participação do advogado durante a realização do inquérito policial, é por maioria das vezes, uma atuação tímida, haja vista, que ao advogado de defesa ou defensor público, ainda é restrita à sua participação, não permitindo ao indiciado a aplicação do princípio constitucional do contraditório, embora tramite no Congresso Nacional o projeto de reforma do Código de Processo Penal (projeto Lei nº 8.045/2010), que por sua vez reservou um capítulo específico, disciplinando a atuação do advogado na persecução penal, por meio da investigação defensiva. O projeto estar por ser votado desde então, e sem qualquer previsão para que seja apreciado pelo legislador.

Dentro deste cenário, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), editou o Provimento nº. 188, de 11 de dezembro de 2018, que regulamenta ao exercício profissional do advogado realizar diligências e investigações para instruir procedimentos administrativos e judiciais. Com a edição do Provimento nº. 188/2018, ficou permitido ao advogado presidir inquéritos investigativos de defesa, realizando diligências investigativas.

Partindo da hipótese de investigação criminal defensiva por advogado, é importante analisar os modelos de investigação criminal no Direito Estrangeiro. Tratamos neste trabalho dos modelos norte – americano e o modelo italiano, sendo este último o mais próximo da realidade brasileira, motivo pelo qual o legislador baseou seus estudos para a aplicação no ordenamento jurídico do Brasil.

A Lei nº. 13.432/2017 regulamentou o exercício da profissão de detetive particular no Brasil, o tema ainda é pouco discutido doutrinariamente. A atividade exercida pelo detetive particular, é bastante pertinente ao advogado atuante da investigação criminal defensiva, por ter atribuição técnica para executar coleta de dados não criminais, com o fim de esclarecer assuntos de interesse do particular.

A partir destas considerações, este trabalho se justifica pela importância do tema, concernente a atuação do advogado ou defensor público em todas as fases da persecução penal, assim como, a possibilidade de o acusado iniciar sua defesa mesmo antes de qualquer informação ou notícia de crime a autoridade policial. Também é, a finalidade, de aproximar-

se com todos os direitos constitucionais ao inquérito policial, permitindo assim, um processo justo e garantista.

Desta feita, este trabalho se propõe a analisar a investigação criminal defensiva como meio de prova na persecução penal, em especial, a atuação do advogado inserido nas fases de investigação inicial, proporcionando ao acusado que seja assegurado seus direitos constitucionais e a garantia de um processo com paridade de armas.

A metodologia aplicada a este trabalho foi a pesquisa bibliográfica, documental e qualitativa, ao qual foi estudado doutrinas (fontes secundárias) e legislações (fontes primárias). Foram objeto de estudo entre outros, os trabalhos de Franklyn Roger Alves Silva (2019), Eugenio Pacelli de Oliveira (2015), Renato Brasileiro de Lima (2019), Aury Lopes Jr. (2019), Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017), que já disseminam o tema. Quanto à pesquisa documental, foi fonte de estudo, os dispositivos legais pertinentes ao tema, quais sejam: o Código de Processo Penal (CPP), a Lei nº. 13.432/2017 (Lei do Detetive Particular), o projeto de Lei nº. 8.045/2010, a Resolução nº. 181/2017, do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público), o Provimento nº. 188/2018, da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), e a Constituição Federal de 1988.

O presente trabalho está estruturado em quatro capítulos, sendo que no primeiro, temos uma exposição dos conceitos da prova e os princípios constitucionais pertinentes ao tema. No segundo, traz o estudo de alguns modelos de investigação dentro das fases da persecução penal.

No terceiro, aborda de forma compacta a investigação criminal defensiva no direito estrangeiro, especificamente o modelo Italiano e o modelo norte – americano, por serem pertinentes ao tema. E no quarto e último capítulo, defende-se a inserção da investigação criminal defensiva no Brasil, como meio de obtenção de provas e elementos facilitadores da resolução de um fato incriminador, seja ele pela defesa do indiciado ou pela vítima, na assistência da acusação.

O estudo de nenhuma forma tem o condão de exaurir as discussões relacionadas ao tema, por ser ainda sem regulamentação legislativa e por tamanha complexidade, ainda merece ser debatido mais pelos doutrinadores, criminalistas e estudantes de direito. O objetivo é, apenas chamar ao debate aqueles admiradores da busca da verdade e de um processo justo, e a produção de provas lícitas pelo advogado, tendo como pano de fundo a evolução técnica da advocacia criminal brasileira.

2 A IMPORTÂNCIA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O objetivo deste trabalho de conclusão de curso é analisar a investigação criminal defensiva como meio de prova na persecução penal, para tanto, nada mais razoável é, rever a importância do ônus da prova no Direito Processual Penal Brasileiro, e neste capítulo discorrer a respeito de temas relevantes como, a busca da verdade real e os meios de prova com a participação da defesa em sua produção, além da importância do ônus da prova.

Aos advogados dos dias atuais, é imprescindível que haja uma readequação aos modos e meios de atuação para desempenhar a melhor defesa para seu constituinte, mesmo diante de uma ameaça de instauração de inquérito policial, ou até mesmo durante o processo penal.

De certo é, o advogado deste século deverá fazer uso das tecnologias alcançáveis, ampliando o grau investigativo em favor de seu cliente, garantindo com amplitude o direito a defesa e exercendo o melhor direito.

Ademais, é primordial que a defesa conduza a investigação, que o leve a fatos relevantes, que configurem afirmação de inocência do acusado, quando a transparência no processo e o objetivo possibilitam argumentação teórica e confronto com tudo o que é feito unilateralmente pela autoridade policial, ficando assim o acusado como mero espectador.

No entanto, Marcos Vinícius Furtado Coêlho, no que concerne a previsão trazida no inciso XXI, do artigo 7º do EOAB, o direito do advogado de investigar mesmo durante a apuração de infrações, conclui que:

O fato de ter o advogado no inquérito evitar equívocos, principalmente na fase de indiciamento de pessoas. O inquérito não é apenas uma peça informativa para o Ministério Público ou a instituição policial. Quando ele é mal construído, ofende frontalmente a imagem e a honra do cidadão. A aprovação reitera a essencialidade do advogado à defesa dos interesses das pessoas e à administração da justiça¹.

É possível afirmar, que produzir dados inobservando a organização dos mesmos, poderá trazer resultados diferentes ao caso em concreto, afastando a lógica processual, e principalmente a veracidade dos fatos, culminando em processos de condenações em massa. Ainda no sentido de que ao advogado é garantido o direito de investigar, vejamos o que

¹ GONZAGA, Álvaro de Azevedo. Senado aprova obrigatoriedade do advogado no inquérito. Gen Jurídico, São Paulo, 16 dez. 2015. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/12/16/senado-aprova-obrigatoriedade-do-advogado-no-inquerito>. Acesso em: 16 abr. 2020.

colecciona a Lei nº 13.245/2016, artigo 7º e inciso XIV do Estatuto da OAB que passou a ter a seguinte redação¹:

São direitos do advogado:

(...)

XIV – examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigação de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

Portanto, passa fazer sentido a tese de que ao advogado deve ser dada todas as condições de produção de defesa, buscando elementos probatórios que por sua vez possam ser inseridos no inquérito policial, e posteriormente usado como forma de absolver o indiciado ou até mesmo o arquivamento do inquérito policial.

2.1 O conceito de prova e sua função

No tocante ao conceito de prova, podemos entender como a formação do convencimento do Magistrado, por meio de instrumentos capazes de comprovar os fatos, se existentes ou inexistentes, se de afirmações verdadeiras ou falsas (CAPEZ, 2015). Tal relação, já foi definida como um meio retórico, regulado pela legislação, como destino o convencimento do Estado da validade de controvérsias no processo (MARINONI, 2015).

Os princípios fundamentais que assegura a produção da prova, estão representados pela ampla defesa, contraditório, devido processo legal e o acesso à justiça, bem como os meios e recursos inerentes, para a sua produção (art. 5º, XXXV, LIV e LV, da CF/1988).

De acordo com Pacelli (2015), qualquer objeto de investigação científica, será de forma geral, essencial para ser introduzida na teoria da prova, no sentido de examinar integralmente o conteúdo e a essência do objeto. Mas o que é a prova? Os fatos são instrumentos, assim como a conduta a ser provada, se de fato aconteceu ou não, quando introduzidos no processo, e percebido pelo magistrado levando-o ao seu convencimento, assim possibilitando ao juiz a tomada de decisão, claramente poderá ser definido como prova.

Neste contexto, vê-se que a prova é um conjunto de atos capazes de formar o convencimento do magistrado, eventos por vezes de ocorrência ou in ocorrência. Tal como define Pacelli (2015, p. 326) em sua obra “Curso de Processo Penal” afirmando que: “a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com

¹ FONTE: Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jan. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm. Acesso em: 17 mar. 2020.

a realidade histórica, isto é, com a realidade dos fatos, tal como efetivamente ocorrido no espaço e no tempo”.

Ao delimitar a prova como a busca da maior coincidência possível com a realidade, prevê-se que estamos diante dos atos de busca da verdade mais difíceis ou até mesmo impossíveis para a persecução penal e principalmente para o convencimento do juiz. Levando em conta os meios de prova que dispomos no ordenamento pátrio, passaremos a vislumbrar outras questões relativas ao exame da busca da verdade real relacionada a ampla defesa, o que se fará a seguir.

2.1.1 Atos de prova

Os atos de prova, difere da investigação, nesta fase é gerado a valoração jurídica a convencer o juiz da verdade dentro do processo penal, findando com a sentença, exigindo do magistrado a observância do contraditório e a ampla defesa, não se exclui nesta fase a publicidade dos atos praticados.

Como pontua Távora e Alencar (2017, p. 618) a respeito dos resultados produzidos, afirma que “a importância de processos com qualidade, pois só poderá haver condenação em face da certeza de culpabilidade, e esta não é obtida através de conjecturas ou suposições, e sim por intermédio de um esforço probatório sólido”.

Pretende-se demonstrar através da produção de provas, tudo o que for pertinente aos fatos, e o que precisa ser provado, afim de que o magistrado possa fazer uso para o seu convencimento.

2.1.2 Atos de investigação

Falar em convencimento do juiz por meio de provas sem ao menos entender o valor da investigação preliminar, não faria qualquer sentido, logo o objetivo é chegar o mais próximo possível da verdade dos fatos, deixando o magistrado livre para julgar. Assim, vejamos o que é investigação e qual o seu valor para a persecução penal.

Leciona LOPES Jr (2019), que os atos de investigação se referem a uma hipótese e não a afirmação, logo, no campo da instrução preliminar, ou seja, na fase pré-processual, com a proposta da probabilidade e não da certeza.

A existência da investigação fundamenta-se com atitudes concatenadas por engrenagem processual, a qual sem a devida averiguação do delito, autoria e as circunstâncias, não justificará a instauração do processo ou o não processo.

Nesse contexto, a busca do fato oculto, a função simbólica e o filtro processual são necessários, fundamentando a investigação preliminar. Na maioria dos crimes a autoria é oculta, e a investigação contribui reestabelecendo normalidade social e figurando como funil que além de investigar a autoria e materialidade, evita acusações infundadas, justificando o oferecimento da denúncia ou o pedido de arquivamento do procedimento investigatório, (LOPES Jr, 2020).

Deste posicionamento, é fundamental ao operador de direito hodierno observar e fazer uma análise sobre a temática da investigação e as tecnologias trazidas ao novo modelo de busca pela verdade, ou maior coincidência possível para provar a autoria e materialidade, sem que tenhamos condenações em massa e a qualquer custo, entendendo que toda possibilidade de investigação, será útil ao processo.

2.1.3. Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório está previsto na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LV, é aquele que respeita as garantias e os direitos, dentro da ideia de um processo que tem como objetivo a solução de conflitos. De acordo com o artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna, instituiu que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”¹.

Como se vê, o princípio constitucional do direito ao contraditório, assegura a condição de um processo justo e isonômico. Nesse sentido, a própria Constituição Federal não restringe o contraditório apenas no inciso LV, mas também, no inciso LIV, vejamos: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”².

Nessa perspectiva, leciona Lima (2019, p. 54), “não se pode cogitar da existência de um processo penal eficaz e justo sem que a parte adversa seja cientificada da existência da demanda ou dos argumentos da parte contrária”.

¹ Fonte: Constituição Federal de 1988. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 18. Mar. 2020.

² BRASIL, 1988.

Cumpra destacar que, o Supremo Tribunal Federal, editou a Súmula nº. 707, que enfatiza o princípio do contraditório, senão vejamos: “constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo¹”.

O que de fato se busca por meio do contraditório, é efetivar a isonomia entre as partes no processo, estimulando igualmente a participação dos atores na persecução penal. Vale frisar, ainda que, o Código de Processo Penal Brasileiro, dispõe no artigo 261 que: “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. Lima (2019, p. 55), também posiciona seu entendimento, no sentido de que o contraditório é condição de existência de prova e acrescenta que:

De fato, de nada adiantaria se assegurar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, se não lhe são outorgados os meios para que tenha condições reais e efetivas de contrariá-los. Há de se assegurar, pois, o equilíbrio entre a acusação e defesa, que devem estar munidas de forças similares. **O contraditório pressupõe, assim, a paridade de armas: somente pode ser eficaz se os contendentes possuem a mesma força, ou, ao menos, os mesmos poderes.** (Grifo nosso).

Por fim, contribuindo na construção da validade do contraditório, em relação às provas obtidas no processo, a não observância do contraditório é passível de nulidade absoluta, o que o define como requisito de validade do processo e garantia de paridade de armas aos litigantes (OLIVEIRA, 2015, p. 43).

2.1.4. Princípio da Ampla Defesa

O princípio da ampla defesa, não está desvinculado do princípio do contraditório, havendo simultaneamente uma ligação entre princípios. A garantia de participação é exigida pelo contraditório, já a realização efetiva da participação é imposta pelo princípio da ampla defesa, podendo ser nula, quando prejudicial ao acusado, OLIVEIRA (2015, p. 45).

De acordo com Lima (2020, p. 56), ampla defesa está ligada ao contraditório, vez que, a defesa garante o contraditório. Como método de ampla defesa, está o direito de participação da defesa técnica, como aponta OLIVEIRA (2015, p.s, 44-45):

[...] não temos dúvidas em ver incluído, no princípio da ampla defesa, o direito à participação da defesa técnica do advogado de corréu durante o interrogatório de todos os acusados. Isso porque, em tese, é perfeitamente possível a colisão de

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n 707. “Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo”. In:

interesses entre os réus, o que por si só, justificaria a participação do defensor daquele corréu sobre quem recairiam acusações por parte de outro, por ocasião do interrogatório. A ampla defesa e o contraditório exigem, portanto, a participação dos defensores de corréus no interrogatório de todos os acusados.

Por força da ampla defesa, inclui-se aos interesses dos acusados, a atuação dos advogados de defesa, em prol dos seus interesses, em todas as fases investigativas, seja no inquérito policial ou em toda a fase processual. Segundo Lopes Jr. (2020, p. 148) há entre defesa e acusação uma exigência de equilíbrio, assim como, uma presunção de hipossuficiência do acusado, por falta de conhecimento capaz de resistir à pretensão punitiva do Estado, em condições de paridade entre acusado e acusador.

Vale registrar, e louvar, que ao acusado é outorgado privilégios, diferente da acusação, tais como: a) recursos privativos da defesa; b) *in dubio pro reo*; c) a proibição da *reformatio in pejus*; d) Revisão criminal.

2.1.5. Princípio da igualdade processual ou paridade de armas

Consagrado pela Constituição Federal de 1988, o princípio da igualdade disciplina que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”¹, é trazer a isonomia ao direito material, tratando assim da “paridade de armas”. O legislador reformador, trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro, o art. 7º do Código de Processo Civil 2015², que dispõe:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, ao ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

O objetivo da paridade de armas é tornar o jogo mais equilibrado para ambas as partes do processo, seja acusação ou defesa, devendo o magistrado dar um tratamento isonômico e evitar que uma ou outra parte seja beneficiada mais que a outra. Neste ponto, é oportuno mencionar a investigação criminal defensiva, como meio de partida de armas para a defesa diante de tantos outros meios de obtenção de provas para a acusação, formando o convencimento do magistrado.

O direito processual penal brasileiro dispõe para a defesa o pedido de diligência a requerimento para a autoridade policial. A propósito, existem no Brasil vários órgãos imbuídos no levantamento de elementos de autoria e de materialidade. Podemos citar

¹ BRASIL, 1988.

² CPC, 2015.

inicialmente a polícia civil, que conduz o inquérito policial, servido como base mínima para que o Ministério Público quando titular da ação penal, possa ingressar com a denúncia.

Além da polícia civil produzindo elementos acusatórios, temos a atuação do Ministério Público, aqui atuando como investigador e acusador. Da mesma forma, mas com atuação nos crimes e infrações penais a nível federal, como a repressão ao tráfico de drogas, contrabando e o descaminho, está a Polícia Federal, não se pode deixar de mencionar os advogados quando atuantes na assistência da acusação.

Por outro lado, a defesa busca por meio da investigação criminal defensiva, minimizar essa força exercida pelo poder estatal, que por vezes é atuar com força descomunal e excessos, afastando o acusado ou réu do tratamento isonômico, garantido por força constitucional. Volto aqui a evocar, como a sociedade de forma chocante, já trata um acusado como se condenado fosse, com o grande risco de tornar uma verdade, e uma condenação injusta a qualquer custo como resposta imediata para os que apontam o dedo da acusação.

Por força da Constituição Federal, no art. 5º, LXXIV, é taxativo no tocante a gratuidade e do acesso à justiça aos necessitados, vejamos: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. No mesmo sentido, o art. 134, *caput*, CRFB, correlaciona o princípio da igualdade com paridade de armas, ao assegurar autonomia a Defensoria Pública, vejamos:

Art. 5º A Defensoria Pública é instituição permanente, e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamental, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Nessa linha, Távora e Alencar (2017) nos ensina o que vem a ser igualdade processual e não convidado principal, note-se que, outorgar prazos iguais não é o bastante para que tenhamos paridade de armas, mas, se ao acusado for assegurado o poder de exercer os mesmos instrumentos que a acusação, assim estará garantido a igualdade processual.

2.2 A busca da “verdade real” e sua compatibilidade com a ampla defesa

No tocante da verdade real, o legislador trata no artigo 157 do Código de Processo Penal, que as provas ilícitas obtidas em violação a normas constitucionais, assim como as derivadas das mesmas, deverão serem desentranhadas do processo. Com efeito, a vedação imposta pelo legislador, estabeleceu limites para que se alcance a verdade real.

A busca da verdade real tem como provável causador, a cultura inquisitiva, adotada e enraizada por muitos ou talvez todos os órgãos do Estado responsáveis pela persecução penal, com o dogma de que a verdade sempre estava ao alcance do Estado, implantando a ideia da necessidade inadiável de sua persecução, como meta principal da persecução penal OLIVEIRA (2015).

A disciplina feita no artigo 566 do Código de Processo Penal, dispõe que: “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa¹”. Ou seja, o chamado princípio da verdade real está contido na terminologia “substancial” dada pelo artigo 566.

Nessa linha, Távora e Alencar (2017, p. 79), nos ensina que, a verdade real pode se revelar inatingível, quando observada de forma absoluta, haja vista, que acontecimentos e fatos anteriores, é materializado da forma que imaginamos. O aludido princípio, tem a incumbência de aproximar-se ao máximo da realidade, tendente a refletir maior exatidão, já que a verdade absoluta é inatingível.

Segundo Oliveira (2015, p. 333) “toda verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica”.

Távora e Alencar (2017), reputa que a busca da verdade real, deve-se pautar nos procedimentos e respeitar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, afim de assegurar a paridade de armas. De fato, no processo penal os fatos alegados como verdadeiros, sempre serão verdades presumidas, reconstrução de acontecimentos do passado.

Cumprе mencionar que, a busca da verdade encontra obstáculos que podem impedir sua obtenção. Logo, o Código de Processo Penal traz suas restrições, vejamos: a proibição de depoimento em razão de função, ministério, ofício ou profissão (CPP, 207), a proibição de leitura de documento e exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis (CPP, 479), além de, a inadmissibilidade de provas ilícitas, como prevê o art. 5º, LVI, da CRFB².

Oliveira (2015, p. 334) considera inteiramente inadequado falar em verdade real, logo esta diz respeito à realidade do que já aconteceu. A preocupação que parece claramente é que a postura inquisitorial deve-se manter afastada dos mais variados tipos de produção de prova. De certo que, a verdade material impulsiona o tema da prova, e nesse sentido, que

¹ Fonte: Código de Processo Penal. Palácio do Planalto. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>> Acesso em: 15 de março de 2020.

² Constituição da República Federativa do Brasil. “Art.5º são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

veremos nos capítulos seguintes, que versaram sobre a investigação criminal defensiva como meio de prova na persecução penal, o que veremos.

3 GÊNEROS DE INVESTIGAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Persecução Criminal e investigação criminal

De início, entende-se a persecução criminal como um dever do Estado, e gênero de investigação que se divide em fases distintas. A persecução na primeira fase é preliminar, inquisitiva, e tem natureza administrativa. A segunda fase da persecução, é o momento em que se deve assegurar o contraditório e a ampla defesa, denominada como fase processual.

Como leciona Távora e Alencar (2016, p. 129), ocorrido um fato delituoso, materializa-se o dever de punir do Estado, via de regra cabe ao Estado o dever de apurar e processar aplicando a lei e exercendo o direito de punir por meio da *persecutio criminis*¹.

Notamos que as características das fases da persecução penal são distintas entre si. A primeira fase, inicia-se com a instauração do inquérito policial e a *notitia criminis*². Nessa fase não há contraditório, mas é um procedimento sigiloso e inquisitivo³.

Em regra, a fase de investigação por meio do inquérito policial, é exercida pela polícia judiciária (Polícia Civil e Polícia Federal), e tem natureza administrativa. É importante mencionar, que o legislador reservou outras autoridades administrativas o poder de investigação, o artigo 144 da Constituição Federal de 1988, dispõe 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 corpo de bombeiros militares.

Nessa fase, encerramos as discussões atribuídas a outras autoridades terem poderes investigatórios, por força do nosso Código de Processo Penal, que acentua como não exclusivo por parte da Polícia Judiciária a investigação criminal. A partir do artigo 4º, parágrafo único, do CPP, esclarece que: “a competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”.

¹ Persecutio criminis, pode ser traduzido como persecução do crime ou persecução penal. Persecução é o mesmo que perseguição, ou seja, ato de ir no encalço de alguém, com o fito de aplicar-lhe punição.

² Notitia Criminis. “é o conhecimento, espontâneo ou provocado, por parte da autoridade policial, acerca de um fato delituoso. Lima (2019, p. 135).

³ Inquisitivo.

Dentro da atividade da persecução criminal, adentramos agora na sua segunda fase, de estrutura diversa da primeira. A fase processual é uma estrutura dialética, onde ao acusador cabe a provocação do Estado, por meio do devido processo legal. O que se pretende neste momento é a aplicação correta da lei penal (LOPES, 2017).

Nos ensinamentos de Oliveira (2015, p.s. 97-98), o Direito Penal está, “para além dos desejos e das pretensões das vítimas”. Todavia, o processo penal é democrático, e potencializador da ampla defesa e do contraditório, lembrando sempre que para que haja processo e aplicação da pena é preciso assegurar tais princípios (*nulla poena sine iudicio*), (LOPES, 2017).

Nessa linha de raciocínio, é que este trabalho busca situar a investigação criminal defensiva como meio de prova na persecução penal, intencionado a fornecer o equilíbrio nas pretensões de acusados e acusadores, dando o real sentido dos princípios constitucionais, já estudados em tópicos anteriores, assim como, chamar ao tema a importância de paridade de armas aos atores do processo.

Para fins de inaugurar o processo penal, é condição o oferecimento da denúncia ou queixa, podendo o magistrado por ocasião do juízo de admissibilidade aceitar ou rejeitar a peça acusatória. Note que, o Estado exerce o seu papel, e a persecução penal se concretiza nas suas fases, iniciando com a investigação preliminar, que aqui chamamos de fase pré-processual, precedendo a fase processual, onde atuará todos os atores do processo, afim de aplicar a lei e exercer o direito de punir ou absolver.

Para os fins de conceitos de embasamento da investigação criminal defensiva, continuamos nossa caminhada sobre gêneros de investigação, que podem revelar-se ainda, assim seguimos.

3.1.2 Inquérito Policial

O inquérito policial é a atividade administrativa exercida pela autoridade judiciária, e têm por finalidade a apuração das infrações penais e de autoria, além de ter caráter repressivo, objetivando a aquisição de elementos probatórios mínimos que possibilitem a instauração da ação penal. A respeito da polícia judiciária destacamos o que diz o art. 144, § 4º, da CRBF, *in verbis*:

Art. 144, §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.

Para a doutrina, o que vem a ser o inquérito policial? Távora (2017, p. 131) nos ensina que:

“O inquérito policial vem a ser o procedimento administrativo, preliminar, presidido pelo delegado de polícia, no intuito de identificar o autor do ilícito e os elementos que atestem a sua materialidade (existência), contribuindo para a formação da opinião deletiva do titular da ação penal, ou seja, fornecendo elementos para convencer o titular da ação penal se o processo deve ou não ser deflagrado.”

Vale ressaltar que, o destinatário do inquérito policial será o Ministério Público, mesmo sendo dispensável sua realização, é facultado ao MP acompanhar as investigações⁴. É possível ao *parquet* iniciar investigação criminal, como veremos adiante quando será abordado em detalhes o Provimento 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, no tocante a investigação criminal pelo Ministério Público.

Nos crimes de ação penal pública, ficam condicionados à representação do ofendido ou à requisição do Ministério Público, mas sem os mesmos, o inquérito não poderá ser iniciado. De igual importância, observa-se os casos de crimes de ação penal privada, onde os legitimados ou o particular, podem requerer a autoridade policial para que instaure o inquérito policial.

Cabe a autoridade policial, promover diligências para saber se está sendo praticado alguma infração criminal, mas se, nada houver, o delegado de polícia não poderá instaurar o inquérito investigativo. Vale dizer, que inquérito policial tem prazo certo para ser concluído, em regra de 10 (dez) dias se o indiciado estiver preso, e de 30 (trinta) dias se estiver solto. Nos crimes de competência da Justiça Federal, aplica-se os prazos de 15 dias para o indiciado preso, prorrogáveis por igual período, e de 30 dias quando solto⁵.

O inquérito policial é em regra escrito, dispensável, sigiloso, inquisitivo, informativo, indisponível, discricionário, de acordo com o CPP: I – as peças do inquérito deverão ser reduzidas a escrito ou datilografadas; II - é um instrumento facultativo; III - o inquérito não é disponível à todos, reservado o acesso ao juiz, ao Ministério Público, e ao advogado; IV - no atual cenário da investigação preliminar, ainda é restrita a participação do advogado de defesa, não aplicando consequentemente o contraditório, algo que já tem mudado com o inovador projeto de Lei 8.045/2010, assim como, o Provimento 188/2018 da OAB, V - tem a finalidade de colher informações, para a formação do convencimento para o titular da ação se

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula** Vinculante 14. “É dever do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo e irrestrito aos elementos de prova que, já documentado em procedimento investigatório, realizado por órgão de competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

⁵ CALIARI, Fábio Rocha. Manual do Advogado Criminalista/ Fábio Rocha Caliar, Nathan Castelo Branco e Paulo Léopore. 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

essa for instaurada, VI - indisponível, e só poderá ser arquivado pelo juiz, quando solicitado pelo Ministério Público, não podendo o delegado arquivar de ofício, VII - é de competência discricionária do delegado, ficando a cargo do sentido da investigação.

A título de informação, ainda existem outros modelos de inquéritos que não abordaremos aqui por não fazer parte do contexto da nossa tese, mas é importante registrar, listamos alguns: I - comissão parlamentar de inquérito (CPI); II - inquéritos policiais militares (IPM), III - inquérito civil; IV - inquérito judicial; V - inquérito por crimes praticados por magistrados ou promotores; VI - investigações envolvendo autoridades que gozam de foro por prerrogativa de função; VII - investigações por demais órgãos públicos⁶.

Mesmo que o inquérito policial seja sigiloso, não está proibido ou inacessível ao advogado de defesa aos autos de investigação. Desta feita, o STF editou a súmula vinculante consolidada, que veio a positivar o acesso amplo aos procedimentos investigatórios por parte do advogado. De igual iniciativa, o legislador infraconstitucional, por meio da Lei nº 13.245/2016, deu nova roupagem ao artigo 7º do Estatuto da OAB, a saber:

Art. 7º. São direitos do advogado:

[...]

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;

Nos ensinamentos trazidos por Silva (2019), que traz à tona a percepção da sociedade para com o inquérito policial, visto como interesse tanto da vítima quanto do indiciado, para que se apure o fato em evidência. Sendo assim, entendemos ser direito do indiciado, ser oportunizado todos os meios lícitos de produção de provas, podendo utilizar-se do profissional de detetive particular por meio da investigação criminal defensiva.

O inquérito policial merece suas críticas, uma delas é não admitir o contraditório, começando então a peregrinação da defesa e do indiciado para obter provas com vistas ao processo que está por vir, se assim for entendido pelo membro do Ministério Público que os supostos indícios de materialidade e autoria existem. Notemos que, é, cristalino a necessidade de uma apuração mais detalhada, com elementos que possibilitem uma investigação justa, evitando de longe acusações infundadas e a qualquer custo.

Parece ser dura as críticas ao inquérito policial apresentadas nessa tese de monografia, mas é necessário, por se mostrar ineficiente aos nossos olhos, partindo da ideia de igualdade processual, dos princípios do contraditório e da ampla defesa. A pergunta a ser

⁶ LIMA (2019).

feita e que merece resposta é: será que após o inquérito policial instaurado, a autoridade policial identifica que o indiciado não têm qualquer possibilidade de ser o autor do suposto delito, os elementos colhidos em diligências dão conta que a autoria é desconhecida e encerra-se o inquérito com o arquivamento, o que será feito com a imagem daquele tido como autor de um delito que jamais cometera?

A participação ativa da defesa na fase inicial, é necessária e imprescindível, veja que a investigação criminal defensiva feita pelo advogado ou Defensor Público, busca minimizar as possibilidades de que inocentes sejam condenados injustamente, para que a sociedade tenha a desejada resposta por parte do poder estatal⁷.

É hora de uma atuação mais efetiva da defesa dentro do inquérito policial, nessa fase, não cabe ao indiciado permanecer inerte, esperando o ataque para só então, fazer sua defesa. Ao que parece ser muito uma injustiça, vejamos, o poder de persecução do Estado tem todo o tempo ao seu dispor para colher elementos para o convencimento do Ministério Público assim oferecer acusação. De outro lado, está a defesa com prazos curtíssimos incapazes de fazer sequer uma resposta escrita.

Nesse sentido, Silva (2019, p. 407), ressalta que o prazo atribuído à autoridade policial para concluir a investigação criminal, como a representação de “um verdadeiro anacronismo com a garantia da duração razoável do processo”. Esse pensamento vai de encontro com a tese dessa monografia, ao abordar a insuficiência de prazos por parte da defesa, afim de que possa entregar ao seu constituinte uma defesa a altura da igualdade de armas.

3.1.3. Investigação a cargo do Ministério Público

A atividade investigativa por parte do Ministério Público, tem como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública.

Como exposto alhures, os poderes investigatórios, conforme se depreende o artigo 144, §4º da Constituição Federal de 1988, são conferidos à polícia judiciária. Neste sentido, é preciso analisarmos o artigo 129 da CRFB de 1988, que dispõe como funções institucionais do Ministério Público: a) promover o inquérito civil e a ação civil pública; b) requisitar informações e documentos para instruir a ação; c) requisitar diligências investigatórias; d)

⁷ ZANARDI, Tatiane Imai. Investigação Criminal Defensiva: Uma Prática a Ser Difundida. Revista Justiça e Sistema Criminal, V.8, n. 14, p. 199 – 200, jan./jun. 2016.

requisitar a instauração do inquérito; e ainda, exercer outras funções compatíveis com sua finalidade.

Todavia, a doutrina e a jurisprudência divergiram por algum tempo, formando pensamentos opostos, uma encontrou fundamento contrário ao poder de investigação por parte do Ministério Público, escorado no artigo 144 da Constituição Federal, SILVA (2019, p. 371).

Com o julgamento, em Seção do Plenário do Supremo, confirmou o entendimento e reconheceu a competência do Ministério Público para realizar a investigação direta, observando os direitos e garantias fundamentais. Assim, tem entendido a Suprema Corte, como se vê a seguir no trecho de Recurso Extraordinário:

(...) 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 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 8.906/1994, art. 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 (enunciado 14 da Súmula Vinculante), praticados pelos membros dessa Instituição. (...) (RE 593727/MG, rel.orig. Min. Gilmar Mendes, 14.5.2015.(RE-593727).

A partir disso, o CNMP editou a Resolução 181/2017, e por meio desta definiu a investigação direta pelo Ministério Público como instrumento sumário e desburocratizado. Decorre da resolução 181/2017, outras providências a serem adotadas pelo Ministério Público, vejamos o que disciplina o art. 7º do referido Provimento, *in verbis*:

Art. 7º O membro do Ministério Público, observadas as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e sem prejuízo de outras providências inerentes a sua atribuição funcional, poderá:

- I- fazer ou determinar vistorias, inspeções e quaisquer outras diligências;
- II- requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades, órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- III-requisitar informações e documentos de entidades privadas, inclusive de natureza cadastral;
- IV-notificar testemunhas e vítimas e requisitar sua condução coercitiva, nos casos de ausência injustificada, ressalvados as prerrogativas legais;
- V-acompanhar buscas e apreensões deferidas pela autoridade judiciária;
- VI-acompanhar cumprimento de mandados de prisão preventiva ou temporária deferidas pela autoridade judiciária;
- VII-expedir notificações e intimações necessárias;
- VIII-realizar oitivas para colheita de informações e esclarecimentos;
- IX-ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;
- X-requisitar auxílio de força policial.

Desse modo, considerar ilegítima a investigação por parte do Ministério Público, seria um verdadeiro retrocesso, ao passo que, o escopo da atividade investigativa pelo Ministério Público, é servir como instrumento preparatório para instauração ou não da ação penal.

3.2. Investigação por detetive particular Lei nº 13.432/2017

Durante o estudo dos gêneros de investigação, é importante dar atenção a lei nº 13.432/2017, que passou a regulamentar o exercício da profissão de detetive particular. Existe, ainda, como complemento, a Lei nº 3.099/1957 e o Decreto nº 50.532/1961, que mesmo com a edição da Lei 13.432/17, não foram revogados.

É possível perceber que, o legislador estabeleceu limites a atuação do detetive particular. Esclarece, que, a função do profissional de investigação, será de esclarecer assuntos de interesse privado, além de executar coleta de dados e informações de natureza não criminal. Considerando que a atividade investigativa pelo particular não deve e não é a substituição da investigação criminal pela polícia judiciária, Franklyn Roger Alves Silva (2019).

Nos ensinamentos de Lima (2019, p. 199), a apuração de infrações penais, reserva-se ao princípio da oficialidade, cabendo à polícia investigativa e ao Ministério Público a incumbência da promoção da ação penal.

Vale ressaltar que, ao passo do artigo 2º da lei regulamentadora, o legislador delimitou qual é a função do detetive particular, executar coletas de dados não criminal e esclarecer assuntos de interesse do particular. No entanto, a colaboração com a investigação por parte do detetive particular fica restrita a autorização do contratante e ao aceite do delegado de polícia, que poderá admitir ou rejeitá-la.

O que podemos perceber é que a edição da lei que regulamenta a profissão de detetive particular, abriu caminho para atuação de outros profissionais, que não seja os legitimados no artigo 144 da CRBF de 1988, atue dentro do direito processual penal, apresentando elementos que auxiliarão o delegado de polícia a elucidar o fato criminoso.

A propósito, o artigo 6º, da Lei nº 13.432/2017, o legislador foi feliz ao atribuir qualidades inerentes ao exercício da profissão de detetive particular, como: “técnica, legalidade, honestidade, discrição, zelo e apreço pela verdade”⁸.

⁸ Fonte: Lei nº 13.432/2017. Palácio do Planalto.

A participação do detetive particular, está prevista no artigo 12 da Lei nº 13.432/2017, que enumera os seus direitos, vejamos:

Art. 12- São direitos do detetive particular:

- I-exercer a profissão em todo o território nacional na defesa dos direitos ou interesses que lhe forem confiados, na forma desta Lei;
- II-recusar serviço que considere imoral, discriminatório ou ilícito;
- III-renunciar ao serviço contratado, caso gere risco à sua integridade física ou moral;
- IV-compensar o montante dos honorários recebidos ou recebê-lo proporcionalmente, de acordo com o período trabalhado, conforme pactuado;
- V-(VEDADO);
- VI-reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento;
- VII-ser publicamente desagravado, quando injustamente ofendido no exercício da profissão.

É importante destacar que, a investigação por detetive particular pode ser de interesse tanto do possível autor de um delito, como da própria vítima. O objetivo é a elucidação de atos incriminadores, por meio da coleta de dados e informações, que poderão auxiliar o profissional advogado.

De acordo com o professor e Defensor Público Franklin Roger Alves Silva, (DPGE-RJ):

[...] o aspecto da admissão ou recusa da contribuição do investigador, acreditamos que ele se pautará no fato de a atuação desse profissional frustrar, de algum modo, o resultado investigativo desenvolvido pelos órgãos estatais, especialmente o desenvolvido de linha de investigação ou diligência em andamento. (SILVA, 2019, p. 398).

Ocorre que a atuação do profissional detetive particular, não se confunde com a atuação do poder Estatal exercido pela polícia judiciária. O detetive particular atua, dentro do contexto de colaborador, preservando as garantias e direitos fundamentais.

É com o tom de inovação legislativa, que vemos o investigador particular como um potencializador em relação a investigação criminal defensiva como meio de prova na persecução penal. Entendemos que é imprescindível, a investigação defensiva com o auxílio do detetive particular, atuando em sintonia, para que assim tenhamos de fato a paridade de armas na aplicação da lei e o exercício de punir do Estado.

4. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DIREITO ESTRANGEIRO

4.1 Investigação Criminal Defensiva na Itália

Para os fins do estudo da investigação criminal defensiva no Brasil, é indispensável fazer mencionar os modelos de investigação defensiva Italiano, assim como o modelo de investigação defensiva Americano. De início, pontuamos o excelente estudo fornecido pelo Professor e Defensor Público Franklin Roger Alves Silva, em sua tese de Doutorado, a respeito da Investigação Criminal Direta Pela Defesa.

Portanto, ainda que tenhamos outros grandes autores, estudiosos e disseminadores da atividade de investigação defensiva, faremos uso como fonte de estudo para esse tópico, a imersão dos modelos adotados na Itália e nos Estados Unidos, por Franklin Roger Alves Silva, no direito comparado.

Segundo Silva (2019), o sistema processual penal Italiano é norteado em grande parte, pelos Tratados Internacionais, entre eles está a Convenção Europeia de Direitos do Homem, o que para o direito processual penal brasileiro não causa nenhuma estranheza. Conforme demonstra o autor, o legislador italiano, preocupou-se em garantir ao acusado, que seja ele tratado como presumidamente inocente, e que toda decisão seja de forma acertada, atravessando todos os graus de jurisdição, SILVA (2019).

O sistema italiano é mais parecido com uma disputa entre as partes, quando na verdade o que fica claro para nós é um sistema acusatório, quando observado a atuação da acusação, do advogado de defesa e o Magistrado. Trata-se de uma modalidade garantista, onde a produção de provas encontra-se na dependência de requerimento das partes⁹.

Ademais, o processo penal italiano foi objeto de reforma legislativa, aproximou-se da realidade processual brasileira, com direitos e garantias bem mais amplos. Vale dizer que, para os sujeitos do processo italiano, evidência-se pela “(...) inviolabilidade dos direitos do homem (art. 2º), a isonomia (art. 3º),” conforme os estudos de SILVA (2019, p. 174).

Outro ponto relevante ao tema em estudo, é o da assistência jurídica, como a defesa alinha-se ao regime introduzido na Itália. A propósito, a ideia de um órgão de defesa não é muito aceita, mas, a assistência aos economicamente vulneráveis, no plano de designação de interesse da justiça, ou seja, é preciso que o acusado esteja privado de defesa técnica ou não apontada, para que só assim, seja nomeado um defensor SILVA (2019, p. 195).

⁹ Silva, (2019).

A propósito, no Brasil a assistência jurídica é exercida pela Defensoria Pública Estadual e em outros casos, a Defensoria Pública da União, que foram instituídas por força de lei complementar nº 80, de 122 de janeiro de 1994, que alterou o texto constitucional pátrio, no artigo 134 da CRFB¹⁰, da qual extrai-se a fundamentação da atuação na promoção dos direitos humanos e a defesa em todos os graus de jurisdição, de forma integral e gratuita aos necessitados.

Após verificar a atuação da defensoria pública no Brasil, é pertinente ao nosso estudo, entender a inserção do defensor na assistência jurídica italiana. Silva (2019, p. 196), nos ensina os avanços processuais italianos a partir da disciplina normativa para o exercício da atividade, vejamos:

Para integrar o rol de defensores disponíveis, o profissional necessita demonstrar ao menos um dos três requisitos: A- participar de um curso bienal de formação e atualização em matéria penal, com avaliação e duração mínima; B- estar escrito nos quadros da Ordem dos Advogados há mais de cinco anos e comprovar experiência em matéria penal; C- obter o título de especialista em Direito Penal.

Considerando as exigências definidas pelo Conselho Nacional Forense, fica claro que o legislador italiano quis restringir a atuação do defensor, há uma qualificação técnica específica, além do tempo mínimo de exercício da advocacia penal, é, que aquele que esteja em constante atualização.

Por fim, destaca-se os ensinamentos de André Augusto Mendes Machado (2009, p. 114), ao destacar o quanto o tema da investigação criminal defensiva, vem sendo estudado pela doutrina e utilizado por advogados de defesa, objetivando a produção de provas, a fim de atender seu assistido.

É notório que o tema, ainda tem muito a evoluir, seja por regulamentação ou por aderência ao sistema jurídico, mas sabemos que, um grande passo já foi dado. A exemplo de investigação defensiva que vem demonstrando sua eficiência, citamos o sistema processual penal italiano, ora estudado neste tópico. É certo que, ainda há desconfiança entre alguns operadores de direito mundo há fora, mas é preciso ser enérgico, exercer a defesa do assistido com proatividade, para obter os elementos probatórios lícitos possíveis.

4.2 Investigação Defensiva Norte – Americano

¹⁰Fonte: Constituição Federal de 1998. Palácio do Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 5. Mai. 2020.

A investigação criminal defensiva no cenário norte-americano, é pautada nos antecedentes históricos de formação do sistema jurídico americano e suas influências, Silva (2019, p. 271). De início, já detectamos grande diferença do sistema americano para o sistema adotado na Itália e conseqüentemente no Brasil. Esse modelo não satisfaz o anseio da implementação da investigação criminal defensiva no ordenamento brasileiro.

No direito norte-americano têm como característica um sistema adversarial de produção de provas. Machado (2009, p. 98) leciona que, a aceitação da investigação defensiva no ordenamento jurídico norte – americano é sem sombra de dúvidas aplicado, haja vista, que, nos Estados Unidos adotou o sistema Common Law. Desta feita, não poderíamos correlacioná-lo ao sistema jurídico brasileiro.

Silva (2019, p. 321), pontua de forma brilhante, a dificuldade em se fazer o estudo do sistema jurídico norte – americano, vejamos:

Não é tão fácil analisar comparativamente o sistema jurídico norte – americano, considerando que a assistência jurídica (right to counsel) não está estruturada em um modelo público, tal como no Brasil, além de ser necessário destacar que as próprias partes detêm capacidade postulatória plena, sendo facultada a renúncia à intervenção de advogado.

Vale ressaltar que, no sistema jurídico norte – americano, a investigação criminal defensiva é exercida de forma conjunta entre advogados, investigadores privados, peritos e assistentes, como pontua Silva (2009, p. 334). Essa é a composição prática, habilidades a serem exercidas pelos advogados de defesa, em busca de elementos probatórios.

Portanto, ainda que a investigação defensiva, seja aplicada como regra no sistema jurídico norte – americano, o que concluímos é, que dificilmente esse modelo americano será aplicado em outros países, principalmente no Brasil, por ser incompatível ao nosso ordenamento jurídico.

5. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO BRASIL

A atividade defensiva no Brasil, teve sua atuação regulamentada em 11 de dezembro de 2018, pelo Provimento 188/2018, editado pela Ordem dos Advogados do Brasil. De tal forma a permitir que o advogado possa realizar diligências investigatórias, presidir inquéritos defensivos, dentre outras atribuições não menos importantes que veremos no decorrer de nosso estudo.

Com o objetivo de entender a investigação criminal defensiva no Brasil, é importante, analisar alguns conceitos, no sentido do seu surgimento, objetivos, aplicação, além de explorar a produção da prova por meio da investigação defensiva. Tendo como fundamento a busca da paridade de armas e a inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

A investigação criminal defensiva no Brasil, é exercida sob a influência do sistema investigativo italiano como já vimos em capítulo específico, momento pelo qual, foi abordado a aplicação da investigação no ordenamento jurídico italiano, suas especificidades e até mesmo, a oposição para implantação de um órgão defensorial público. Desta feita, seguimos os estudos nos próximos tópicos, analisando a adequação da investigação criminal defensiva no Brasil.

5.1 Conceitos para Investigação Criminal Defensiva

Hoje no Brasil, existe uma crescente discussão, no que diz respeito a realização de investigação criminal pela defesa. Existe em tramitação no Congresso Nacional, o projeto de Lei do novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei nº 8.045/2010), que altera o dispositivo da lei Processual Penal em vigor, em relação a investigação criminal.

Para que possamos tirar conclusões do referido projeto, vejamos parte dos escritos, em especial o artigo 13 do Título II, que dispõe acerca da investigação defensiva, vejamos:

Art. 8º A investigação criminal tem por objetivo a identificação das fontes de prova e será iniciada sempre que houver fundamento razoável a respeito da prática de uma infração penal.

Art. 9º Para todos os efeitos legais, caracteriza-se a condição jurídica de “investigado” a partir do momento em que é realizado o primeiro ato ou procedimento investigativo em relação à pessoa sobre a qual pesam indicações de autoria ou participação na prática de uma infração penal, independente de qualificação formal atribuída pela autoridade responsável pela investigação.

Art. 10. Toda investigação criminal deve assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato e à preservação da intimidade e vida privada da vítima, das testemunhas, do investigado e outras pessoas indiretamente envolvidas.

Parágrafo único. A autoridade diligenciará para que as pessoas referidas no caput deste artigo não sejam submetidas à exposição dos meios de comunicação.

Art. 11. É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento.

Parágrafo único. O acesso a que faz referência o *caput* deste artigo compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material.

Art. 12. É direito do investigado ser ouvido pela autoridade competente antes que a investigação criminal seja concluída.

Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outro mandatário com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

§ 1º As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas.

§ 2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento.

§ 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista.

§ 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial.

§ 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.

§ 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.¹

Observa-se que o projeto de Lei, estabelece um novo caminho a ser percorrido pela investigação de possíveis delitos cometidos pelo suposto autor. O caput do artigo 13 do referido projeto, conceitua o que vem a ser investigação criminal defensiva pela defesa como, sendo facultado ao investigado: identificar fontes de prova em favor de sua defesa, mesmo antes, durante, no curso da ação penal e até mesmo após o trânsito em julgado.

Embora o legislador tenha incluído a investigação criminal defensiva, no projeto de lei, este não vislumbra ser o suficiente para regulamentação do tema, haja vista que, o legislador reservou apenas um dispositivo a disciplinar a matéria. No entanto, o projeto caminha como impulsionador no sentido de fortalecer as atividades investigativas por parte da defesa, auxiliando na solução extrajudicial de litígios.

Não menos importante, mas no mesmo sentido, a Ordem dos Advogados do Brasil, editou o provimento 188/2018, que veio como uma nova engrenagem regulamentadora da investigação defensiva, com os devidos ajustes que faltava para o exercício da atividade investigativa. É justo, mencionar, tanto o projeto de Lei nº 8.045/2010 e o provimento 188/2018 da OAB, como um grande marco para advocacia criminal defensiva, mesmo que,

¹ Fonte: Câmara do Deputados Federais. Projeto de Lei nº 8.045/2010. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=6660FA78153B011CFA8C539FB6010063.proposicoesWebExterno1?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010>. Consulta em: 5 de mai. 2020.

não ter regulamentação legislativa se não apenas o Provimento aprovado e editado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

No transcorrer deste trabalho, será abordado com maior clareza e destaque o provimento 188/2018 da OAB. Feita as preliminares, começamos agora a destacar alguns conceitos doutrinários que definem a investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Bulhões (2018) conceitua a investigação criminal defensiva como:

[...] um conjunto de diligências e técnicas de apuração da verdade, com a consequente produção e catalogação de provas, as quais podem estar encadeadas documentalmente em um instrumento único, ou não, em ordem lógica e/ou cronológica, visando resguardar a tutela judicial dos interesses do cidadão, seja na condição de acusado ou de vítima de crimes; incluindo nessa perspectiva as pessoas jurídicas².

No mesmo sentido, é o nosso entendimento, com acréscimos de que, é uma produção autônoma de provas, podendo ser realizada por outros sujeitos da ação penal, seja a vítima ou o suposto autor, pessoa física ou pessoa jurídica, a depender da natureza dos fatos a serem investigados, garantindo aos atores do processo penal, paridade de armas.

Para Rodrigo Oliveira de Camargo (2019), o conceito de investigação criminal é um pouco mais abrangente, vejamos o que dizem suas palavras:

[...] consiste na sequência de diligências e técnicas de apuração realizadas por particulares visando resguardar a tutela judicial dos interesses de pessoas físicas ou jurídicas, que possibilitam a produção direta ou indireta de atos de investigação lato sensu sobre elementos que envolvem a apuração de um fato, favoráveis ou não aos interesses do investigante, por intermédio de agente constituído para este fim e para a catalogação dos elementos de informações obtidos.

Todavia, os conceitos já destacados neste trabalho trazem relações semelhantes, para construção de teses defensivas baseadas em diligências, colheita de provas, aproximação do Processo Penal com a busca da verdade real dos fatos, promovida pelas partes (vítima ou réu), utilizando-se da investigação criminal defensiva nas suas diversas possibilidades.

A investigação criminal defensiva vem sendo difundida a cada dia com maior interesse doutrinário pós Provimento, já tendo aderência de advogados criminalistas por todo Brasil, fazendo uso desse modelo de obtenção de provas. Consideramos que, a advocacia criminal não será a mesma, mesmo sem regulamentação legislativa, ao menos por hora, mas com muito empenho por parte de advogados que militam na advocacia criminal, bem como do Conselho Federal dos Advogados do Brasil.

² BULHÕES. Gabriel. Revista Consultor Jurídico, 10 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/gabriel-bulhoes-investigacao-defensiva-paridade-armas>> consulta em: 20 de fev. 2020.

Ao contemplar o instrumento da investigação defensiva como produção da prova, sinto-me confortável em transitar por este caminho, ao meu ver as garantias e os direitos fundamentais, aproxima-se cada vez mais da harmonia entre o Estado acusador e o particular na busca de um justo processo, com o contraditório e ampla defesa exercido em todas as fases de investigação.

Para nós, o novo modelo de atuação do advogado, o leva a deter o caminho a ser percorrido, responsabilizando-se pelo controle da investigação, exercendo com proatividade o papel da produção da prova. É verdade que novos tempos serão vividos na nova advocacia criminal, o papel de um defensor não será mais, de espectador, esperando para reagir ao fato, só após oferecida a denúncia pelo Ministério Público ou pelo particular ofendido, aceitando condenações fundadas na produção de provas acusatórias pelo Estado acusador.

5.2 Primeiros passos para a investigação criminal defensiva

Primeiramente, que, para implementar uma investigação criminal defensiva, deve o defensor respeitar princípios basilares de direitos e garantias fundamentais, no tocante a produção de provas, inquirição de testemunhas, entre outros elementos da atividade que o advogado pode atuar, exercendo sempre o respeito as normas, com ética profissional.

Segundo ponto que devemos considerar é o fato de o Provimento 188/2018 da OAB, ainda não ter sido discutido por Tribunais Superiores, precisando ainda de decisões de primeiro grau, e dos Tribunais Estaduais Regionais, para que tenhamos discussões a respeito do Provimento.

Já temos os diferentes conceitos e ponto de vista, face a investigação criminal defensiva, sua função no ordenamento e os seus regulamentadores no Brasil. No campo das possibilidades de atuação do defensor, vejamos como deve se portar quanto ao momento a se desenvolver a investigação e quanto a sua propositura. Para isso, vejamos o dispositivo do Provimento 188/2018 da OAB, no artigo 2º, diz que:

Art. 2º A investigação defensiva pode ser desenvolvida na etapa da investigação preliminar, no decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer.

Cumprido dizer que, há espaço para iniciar a investigação defensiva, a partir do resultado de uma conduta naturalística e até mesmo quando ainda houver recurso cabível ou

mesmo o trânsito em julgado. O importante é, definir o momento para desenvolver o inquérito defensivo, SILVA (2019, p.88).

A exemplo, o defensor pode evitar a denúncia e promover o arquivamento da denúncia ou queixa ainda no inquérito policial, buscando a absolvição sumária, por via da investigação defensiva, com provas contundentes na defesa prévia.

5.2.1 Da realização da investigação criminal defensiva

A inserção da investigação criminal defensiva no ordenamento brasileiro trará benefícios enriquecedores ao Direito Processual Penal Brasileiro. Trata-se do desenvolvimento de uma nova categoria profissional, que oferece qualidade a sociedade, seja na assistência às vítimas ou assistência ao acusado. Consideramos como o novo redirecionamento da estatura jurídica do advogado no novo cenário processual penal, que exigirá desse profissional, uma atuação proativa diante dos litígios.

Partimos da decepcionante realidade onde o réu entra no processo criminal já condenado e sai condenado, desrespeitando o seu direito da presunção de inocência. Na tentativa de superar esta máxima, o advogado pode fazer uso de elementos a serem utilizados com a autorização do interessado da investigação defensiva, promovendo: a) diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento dos fatos; b) colheita de depoimentos; c) pesquisa e obtenção de dados; d) informações em órgãos públicos ou privados; e) determinar a elaboração de laudos e exames periciais; f) realizar reconstituições, com ressalva das hipóteses de reserva de jurisdição.

Nesse sentido o defensor pode valer-se de outros profissionais, como peritos, técnicos, detetives particulares, que hoje contam com regulação legislativa Lei 13.432/2017, bem como classificação de ocupação CBO nº 3518-05 (CBO- classificação brasileira de ocupação),³ na condição de colaboradores sob a coordenação do advogado de defesa do interessado.

Importante fazer uma relação entre a investigação criminal defensiva com a atuação do detetive particular, considerando que para o advogado de defesa não será possível praticar algumas ações pertinentes a investigação, por falta de previsão legal. Nesse sentido, o agente de investigação privada passa a figurar como colaborador, exercendo o trabalho de campo na busca de elementos probatórios.

³ CBO n 3518-05 (classificação brasileira de ocupação).

O objetivo da investigação criminal defensiva é aproximar-se do inquérito policial, colaborando e produzindo elementos probatórios, afim de serem introduzidos ao procedimento investigativo policial. O advogado nesse momento, preside e conduz o inquérito defensivo em paralelo ao inquérito policial, observando o sigilo das informações colhidas, além de não ultrapassar a linha da intimidade, privacidade, dignidade e os direitos e garantias individuais do investigado, bem como de todos os envolvidos.

Leciona Silva (2019, p. 456), “[...] é salutar uma maior proximidade da defesa na coleta dos elementos de prova dos fatos, seja por meio de uma maior participação no inquérito policial, seja pela iniciativa de pesquisa e coleta de fontes de prova”.

Existe, ainda, uma proposição para atuação da investigação criminal defensiva quadripartite, podendo ser executada pelo advogado clássico, na defesa das pessoas que já estão cumprindo pena, investigação defensiva em favor das vítimas, podendo ser pessoas físicas ou jurídicas, investigação defensiva corporativa e por fim, a investigação defensiva colaboracional, esta última, utilizada para potencializar as estratégias no âmbito da justiça consensual.

Nesse modelo, deve ser levantado pelo advogado uma discussão orçamentária para o desenvolvimento da investigação criminal defensiva, como o seu constituinte suportaria os investimentos, que certamente acontecerá. Também, se faz necessário, avaliar a qualidade das provas adquiridas, dentro da proposta a ser alcançada.

O escopo probatório a ser levantado pela defesa é muito vasto, existem provas que podem ser produzidas pela defesa sem a necessidade de diligências como: documentos pessoais, comprovante de residência fixa, comprovante de ocupação laboral, comprovação de escolaridade, contrato que comprove atividade empresarial (contrato social), certidões e outros documentos de fácil obtenção do interessado.

Poderá ainda, a defesa solicitar o auxílio do juízo para produzir provas, para que não venha a interferir em direitos e garantias fundamentais de outros, podendo ainda, pedir a realização de novas perícias. A intenção da solicitação de auxílio do juiz, é fundamental nos casos em que se observe a possibilidade de infringir os direitos e garantias individuais dos atores da lide.

Em seu art. 3º o provimento 188/2018 da OAB trata do emprego das provas e sua finalidade, nesse ponto o dispositivo mencionado encontra-se com a seguinte redação:

Art. 3º A investigação defensiva, sem prejuízo de outras finalidades, orienta-se, especialmente, para a produção de prova para emprego em:
I - pedido de instauração ou trancamento de inquérito;

- II - rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa;
- III - resposta a acusação;
- IV - pedido de medidas cautelares;
- V - defesa em ação penal pública ou privada;
- VI - razões de recurso;
- VII - revisão criminal;
- VIII - habeas corpus;
- IX - proposta de acordo de colaboração premiada;
- X - proposta de acordo de leniência;
- XI - outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

Observa-se que, nos incisos do artigo 3º do provimento 188 da OAB, está o exercício da investigação defensiva em harmonia com todas as fases da persecução penal, alinhando a nossa linha de pensamento, onde se inicia a defesa ainda na fase pré-processual, ou a qualquer momento da *persecutio criminis*.

5.3 Fases da investigação defensiva

As fases da investigação dependem do momento em que o advogado ou defensor público tem contato com o assistido, nessa hora são tomados os procedimentos comuns a todos ou pelo menos deveria ser, qual seja, a tomada de entrevista de modo a proteger as informações úteis ao caso concreto. Qual é o momento adequado para constituir o advogado? conforme ressalta SILVA (2019, p. 463).

O desenvolvimento da investigação criminal é a forma de assistência as vítimas que por uma maioria esmagadora de vezes já entra no processo criminal condenado, isso também é muito comum de acontecer na fase de investigação preliminar. Aproximar a defesa do inquérito policial, é sem dúvidas uma oportunidade de oferecer a sociedade, qualidade na aplicação dos procedimentos formadores do convencimento de autoria, se existentes ou não.

Evitar uma denúncia injusta e promover o arquivamento do inquérito, não parece ser omissão do poder estatal de punir, mas sim, garantir por vias legais um contraditório verdadeiramente capaz de proteger o indiciado de acusações temerárias e condenações a qualquer custo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, e por todos os argumentos trazidos à tona por meio deste trabalho, consideramos ser extremamente importante e conveniente que nosso sistema processual penal seja reformado. Permitir a participação do indiciado na fase inicial da persecução penal, é dar aos atores do caso concreto, igualdade processual.

De certa forma, mesmo timidamente, o legislador buscou regulamentar, o tema da investigação defensiva. O projeto de Lei nº 156/2009, trouxe um alento que viria a ser a investigação defensiva, pontuando no artigo 14 do referido projeto.

No entanto, no ano de 2010 o legislador reformador, inseriu no projeto de Lei nº 8.045/2010, o Título II que detalhou um pouco mais sobre o tema investigação criminal defensiva, embora ainda não tenha aprovação legislativa, até o presente momento. Contudo, a Ordem dos Advogados do Brasil, não se manteve inerte, editou o Provimento 188/2018, que regulamenta o exercício da investigação defensiva pelo advogado.

Nesse contexto, doutrinadores e advogados de defesa e defensores públicos, vem disseminando o novo conceito de advocacia criminal. Por ser um tema inovador, é certo que há resistência por parte de algumas autoridades, mas o que chama a atenção, é que a investigação criminal defensiva é uma tendente realidade, que propõe aos profissionais da nova advocacia criminal uma grande mudança, proporcionando ao acusado um processo mais justo, além de direitos e garantias constitucionais assegurados.

Mas não estamos sozinhos nessa empreitada, o direito processual penal estrangeiro já faz uso da ferramenta investigativa por parte do advogado. Países como Estados Unidos e Itália, são exemplos de sucesso da investigação defensiva. No direito processual penal italiano, a prática investigativa pelo defensor é facultativa, oposta ao modelo italiano está o norte – americano, para este é regra que o advogado faça a investigação criminal defensiva.

Como já apresentado neste trabalho, na investigação criminal defensiva, ficou demonstrado a importância em realizar o inquérito criminal defensivo como meio de busca de elementos probatórios capazes de assegurar uma igualdade processual, amparado por princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

O provimento 188/2018 da OAB, estabeleceu regras para atuação do advogado na investigação criminal defensiva, entre elas está o dever do advogado em preservar o sigilo das informações colhidas nas diligências, bem como a privacidade e a intimidade de todos os atores envolvidos no cenário investigativo.

Portanto, consideramos como uma conquista para a advocacia criminal, advogados e defensores públicos, a regulamentação por parte da OAB e a inserção da investigação criminal defensiva no Brasil, e em especial no sentido da possibilidade de atuação em sede de inquérito policial. É certo que, para a advocacia não mais será como antes, um sistema onde o poder estatal tem todo o tempo necessário para acusar, e ao acusado é disponibilizado o curtíssimo prazo para defender-se.

Assim, é preciso que o provimento 188/2018 da OAB, posto a discussão tanto por doutrinadores, bem como por tribunais superiores e tribunais estaduais, vez que o projeto de Lei nº 8.045/2010 ainda se encontra pendente de aprovação. O que não impede que advogados, defensores públicos e doutrinadores possam pulverizar o tema.

Por fim, acredita-se que o objetivo deste trabalho foi alcançado, a intenção não é exaurir a discussão do tema visto que muito ainda existe a ser trabalhado, à priori o que temos ao alcance, é o projeto de Lei à espera de aprovação legislativa e o provimento da AOB. De fato, o que se fez, é estimular a busca da verdade processual por meio da investigação criminal defensiva como meio de prova na persecução penal, alcançando assim, a busca pela justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Edson Luís. **A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando**. In Boletim IBCCRIM, São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 de maio 2020.

_____. Lei nº 13432, de 11 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13432.htm> Acesso em: 17 março 2020.

_____. Projeto de Lei nº 8.045/2010. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 13 de maio 2020.

BALDAN, Edson Luís; BOIANI, André. **A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando**. Revista Jus Navigandi, Teresina, V. 11, n. 1013, 10 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8220>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 148; AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Camargo, Rodrigo Oliveira. Disponível em: <[https://canalcenciascriminais.com.br/investigacao-defensiva-necessidade/A investigação defensiva como uma necessidade democrática](https://canalcenciascriminais.com.br/investigacao-defensiva-necessidade/A%20investiga%C3%A7%C3%A3o%20defensiva%20como%20uma%20necessidade%20democr%C3%A1tica)> Rodrigo Oliveira de Camargo e Gabriel Bulhões. Acesso em: 16 de março de 2020.

CÓDIGO DE ÉTICA. Disponível: <<http://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015>>. Acesso em: 03 de Março 2020.

Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>> Acesso em: 15 de março de 2020.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Senado aprova obrigatoriedade do advogado no inquérito**. Gen Jurídico, São Paulo, 16 dez.2015. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/12/senado-aprova-obrigatoriedade-do-advogado-no-inquerito>>. Acesso em: 06 de abril.2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

LOPES Jr., Aury. Direito processual penal/ Aury Lopes Jr. – 16. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Lima, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. Renato Brasileiro de Lima -7. Ed. Ver., ampl. E atual. – Salvador: E. JusPodivm, 2019.

MARCONI, Maria de Andrade e LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de Pesquisa:** planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo código de processo civil comentado**/ Luiz Guilherme Marinone, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.) (pag.389).

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli de Oliveira. – 19. Ed. Ver. E aual. – São Paulo: Atls, 2015.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, que reforma o Código de Processo Penal. Disponível em:
<<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 04. abr. 2020.

Silva, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa** / Franklyn Roger Alves Silva – Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

Távora, Nestor. **Curso de direito processual penal** / Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar – 12. Ed. Ver. e. atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

ZANARDI, Tatiane Imai. **Investigação Criminal Defensiva: Uma Prática a Ser Difundida**. Revista Justiça e Sistema Criminal, V.8, n. 14, p. 199 – 200, jan./jun. 2016.