



CENTRO DE ENSINO SUPERIOR REINALDO RAMOS – CESREI
CESREI FACULDADE
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

RICARDO TOMAZ DA SILVA

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: PRESSUPOSTO DA PARIDADE DE
ARMAS NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO

Campina Grande – PB

2022

RICARDO TOMAZ DA SILVA

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: PRESSUPOSTO DA PARIDADE DE
ARMAS NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO**

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito do
Centro de Ensino Superior Ltda, como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Felipe Augusto de
Melo Torres.

Campina Grande – PB

2022

-
- S586i Silva, Ricardo Tomaz da.
Investigação criminal defensiva: pressuposto da paridade de armas no processo penal acusatório / Ricardo Tomaz da Silva. – Campina Grande, 2022.
54 f.
- Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro de Educação Superior Cesrei Ltda., Cesrei Faculdade, 2022.
"Orientação: Prof. Me. Felipe Augusto de Melo e Torres".
1. Investigação Criminal Defensiva. 2. Persecução Penal. 3. Paridade de Armas. 4. Processo Penal. 5. Ministério Público. I. Torres, Felipe Augusto de Melo e. II. Título.

CDU 343.1(043)

RICARDO TOMAZ DA SILVA

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: PRESSUPOSTO DA PARIDADE DE
ARMAS NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO**

Aprovado em: _____ dezembro de 2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Felipe Augusto de Melo e Torres
Centro de Ensino Superior Ltda
(Orientador)

Prof^a. Dra. Gleick Meira Oliveira Dantas
Centro de Ensino Superior Ltda
(1º examinador)

Prof. Me. Bruno Cezae Cadé
Centro de Ensino Superior Ltda
(2º examinador)

Dedico este trabalho primeiramente à Deus digno de toda honra e glória, segundo a toda minha família em especial pais e irmãos.

Dedico as minha avós Benedita Soares Braga e Maria Lúcia, ambas (*in memorian*).

Obrigado por tudo!

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, que me guia por toda a minha caminhada e me auxilia constantemente em todos os momentos da minha existência. Agradeço pelo amparo e força, que me mantiveram firme até o final desses árduos anos de estudo. Aos meus pais, Denise Tomaz e Adriano Mateus, pelo amor incondicional, pelo incentivo e por terem me dado todas as oportunidades e os valores que eu precisava para ser quem sou e conquistar todos os meus objetivos.

Aos meus irmãos, Rafaela e Ravi, pela parceria, conselhos, auxílio e incentivo de sempre, os quais foram indispensáveis para a conclusão desta etapa.

Ao Juiz de Direito Dr. Alexandre José Gonçalves Trineto pela indicação do tema e todo apoio durante a elaboração deste trabalho, sem os quais a minha caminhada seria muito mais difícil.

A toda equipe da 1ª Vara Criminal em Campina Grande-PB, nas pessoas de Walfredo, Thiago, Rachel, Simone e Alex, obrigado pela parceria, conselhos, auxílio e incentivo de sempre.

Aos meus colegas de graduação, agradeço pela convivência ao longo desses cinco anos, pelo apoio, pelos momentos inesquecíveis compartilhados durante o curso.

Ao meu orientador, Professor Felipe Augusto de Melo e Torres, pelas valiosas lições durante o curso e por todo o apoio, paciência e orientação no desenvolvimento desta monografia.

Aos demais componentes da banca examinadora, os professores Gleick Meira e Bruno Cezar, por aceitarem o convite e contribuírem para o desenvolvimento deste trabalho.

Não menos importante, toda a equipe de segurança do Fórum Afonso Campos, obrigado pela parceria, conselhos, auxílio e incentivo de sempre, pelos momentos descontraídos.

Aos demais professores da Universidade do Centro de Ensino Superior Ltda, em especial, Aécio Melo, Carolina Câmara, Iasley Almeida, Angela, Renata Sobral, Cosma, Gleick Dantas, que fizeram parte desta caminhada acadêmica, por todo o conhecimento compartilhado.

Por fim, agradeço a Universidade Centro de Ensino Superior Ltda – Cesrei, pela oportunidade de vivenciar tantas experiências e ensinamentos constantes durante esses cinco anos de graduação, os quais levarei para o resto da minha vida. Encerro esse ciclo com muita alegria, gratidão e orgulho de ter sido discente nesta instituição.

RESUMO

Este trabalho buscou analisar a possibilidade de implementação do instituto da investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico Brasileiro como pressuposto da paridade de armas, tornando uma defesa técnica mais efetiva no processo penal. Para tanto, buscou discorrer sobre a estrutura da investigação criminal desde o seu conceito, onde foi analisado a diferenciação no sistemas processuais, quais seja o inquisitivo, misto e acusatório, este último adotado pelo Brasil atualmente, bem como sobre a atuação do Ministério Público na persecução, atuando primeiro como fiscalizado ou podendo investigar diretamente os fatos quanto na fase de atuar como titular da ação penal. O estudou fez uso da revisão bibliográfica, pautada em consultas de legislação nacional e estrangeira, artigos, dissertações, teses e doutrinas. Foi possível compreender acerca do instituto da investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico de país do continente europeu, como a Itália, e na américa do norte os Estados Unidos da América da América (EUA), a diferença entre os sistemas atuais nos países estudados, ou seja, o sistema *common law* aplicado predominantemente no país dos EUA, tem como fontes imediatas do direito as decisões que vão surgindo paulatinamente no decorrer no tempo, criando uma espécie de precedente jurídico. Em contrapartida, o *civil law* adotado pelo Brasil tem como característica no ordenamento jurídico que a formação se dá a partir do processo de elaboração das leis. Por fim, verificou-se que o instituto da investigação criminal defensiva como pressuposto para paridade de armas trata de um instituto de suma importância para o advogado de defesa, haja vista que contribui para uma defesa mais técnica e levanta elementos e diligências descartadas pela autoridade policial.

Palavras-chave: Investigação criminal defensiva. Persecução penal. Paridade de armas. Processo penal. Ministério Público.

ABSTRACT

This work sought to analyze the possibility of implementing the defensive criminal investigation institute in the Brazilian legal system as a presupposition of parity of arms, making a more effective technical defense in criminal proceedings. In order to do so, it sought to discuss the structure of criminal investigation from its concept, where the differentiation in procedural systems was analyzed, namely the inquisitive, mixed and accusatory, the latter adopted by Brazil today, as well as the role of the Public Ministry in the prosecution, acting first as an inspector or being able to investigate the facts directly as at the stage of acting as the holder of the criminal action. The study made use of the literature review, based on consultations of national and foreign legislation, articles, dissertations, theses and doctrines. It was possible to understand about the institute of defensive criminal investigation in the legal system of countries on the European continent, namely Italy and the United States of America (USA), the difference between the current systems in the countries studied, that is, the common system law applied predominantly in the USA, has as its immediate sources of law the decisions that emerge gradually over time, creating a kind of legal precedent. On the other hand, the civil law adopted by Brazil has the characteristic in the legal system that the formation takes place from the process of elaboration of the laws. Finally, it was found that the institute of defensive criminal investigation as a presupposition for parity of arms is an institute of paramount importance for the defense attorney, given that it contributes to a more technical defense and raises elements and steps discarded by the police authority.

Keywords: Defensive criminal investigation. Criminal prosecution. Arms parade. Criminal proceedings. Public ministry.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	12
1.1 CONCEITO	12
1.2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	14
1.3 INQUÉRITO POLICIAL: O MODELO BRASILEIRO DE INVESTIGAÇÃO	17
1.3.1 Breve histórico do inquérito policial no Brasil	17
1.3.2 O que é um inquérito policial?	19
1.3.3 Estrutura policial.....	20
1.3.4 Atuação do ministério público na investigação	20
1.3.5 Valor da prova do inquérito policial	22
1.4 GARANTISMO PENAL	24
2 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO COMPARADO.....	26
2.1 O MODELO NORTE-AMERICANO.....	26
2.2 O MODELO ITALIANO.....	30
3 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: PRESSUPOSTO DA PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO.....	33
3.1 O QUE É A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA?	33
3.2 OS PROBLEMAS DA (FALTA DE) PARTICIPAÇÃO DA DEFESA NA PERSECUÇÃO PENAL.....	36
3.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.....	41
3.4 - O PROVIMENTO 188/2018 DA OAB.....	45
3.5 - A PARIDADE DE ARMAS.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

Persecução penal é todo o itinerário que o Estado leva com objetivo de exercer o seu *jus puniendi*. Vale destacar, que a persecução vem do latim *persecutio.onis*, que significa perseguição, ou seja, o Estado objetiva identificar o autor e esclarecer o crime, bem como seus aspectos.

A persecução penal é dividida em duas: a primeira é considerada a fase de investigação preliminar, que via de regra é realizada pela polícia judicial, que tem a função de investigar os fatos, identificado a autoria e materialidade do crime, sendo essa fase conhecida por persecução penal extrajudicial, haja vista que ainda não existe processo, porém, é exercida diretamente pelo Ministério Público, este caracterizado por sua inquisitorialidade, onde a defesa do investigado fica restrito a requerer diligências. A segunda fase já é caracterizada pelo início da ação penal, onde o investigado passa de *status*, ou seja, ele figura como réu de uma ação penal. O início da ação se dá por meio da inicial acusatória, que depende da natureza do crime, se dá através de uma denúncia oferecida pelo Ministério, mas também pode ter início através de uma queixa crime onde o titular é o ofendido, nesta fase fica marcado pela presença do contraditório e ampla (ARAÚJO; COSTA, 2020).

Nesse sentido, a investigação criminal é suma importância, haja vista que visa apurar a existência de uma infração, ou seja, indícios de materialidade, bem como indícios de autoria, atuando numa preparação ao processo penal. Toda essa investigação se dá por meio do inquérito policial que é presidido por um delegado de polícia, entretanto o Ministério Público que não pode presidir um inquérito policial, devido ser privativo do delegado de polícia, poderá desenvolver o seu procedimento investigatório criminal.

Quanto à fase judicial, os atores principais são as partes, não se admitindo que o juiz tenha uma atuação probatória de ofício, esta fase é marcada pela presença do contraditório e ampla defesa que ocorre a comunicação de todos atos processuais. Contudo, o Estado não pode usar a persecução penal de forma arbitrária, respeitando os direitos e princípios constitucionais. Determinados direitos existem para assegurar segurança ao ordenamento jurídico e sobretudo proteger o acusado de possíveis arbitrariedades por parte do Estado.

Dessa forma, o presente trabalho teve como objetivo demonstrar como o

sistema processual, no que tange à pré-processual, está organizado e as máculas de tal sistema. Torna-se evidente, portanto, que háum total desequilíbrio presente no sistema processual, o que levanta em discussão como acabar com as falhas que ocorrem no sistema, e a forma aqui defendida é que a investigação criminal que objetiva a presença do contraditório e ampla defesa já na fase da investigação criminal, busca estabelecer um equilíbrio entre as partes.

Durante toda a persecução penal o Estado deve prezar pelo respeito e efetivação das garantias, direitos e princípios previstos na Constituição Federal (CF), além dos demais direitos estabelecidos na legislação infraconstitucional.

Nesse ínterim, este trabalho tem como cerne, que a implementação do instituto da investigação criminal defensiva como uma ferramenta que contribui para que se estabeleça uma paridade de armas na fase do inquérito, onde será marcada pela presença do contraditório e ampla defesa, possibilitando uma defesa técnica mais efetiva. Diante exposto, pode-se observar que o sistema poderá contar com um instrumento que contribua para que o investigado tenha mais segurança e que a justiça realmente seja atingida ao final de todo o processo, possibilitando uma postura ativa, inovadora e produtora de elementos, seguindo uma linha de investigação descartadas pela autoridade policial ou Ministério Público, encontrados elementos até então desconhecidos.

Assim, o desenvolvimento do tema proposto realizar-se-á em três partes. O primeiro capítulo estrutura toda organização da investigação criminal, considerada gênero, do qual é espécie o inquérito policial, que via de regra é a forma de investigação criminal mais utilizada no Brasil, presidida por um Delegado de polícia judiciário, que possui discricionariedade para presidir toda a investigação conforme sua conveniência, dentro do limites legais e éticos, onde vale destacar que o valor probatório desta peça é relativo, haja vista a ausência de contraditório e ampla defesa nesta fase, trata-se de um procedimento que é dispensável, por outro lado o Ministério Público pode exercer diretamente a investigação criminal defensiva, bem como pode atuar na função de fiscalizador da lei.

Já no segundo capítulo do trabalho, foi exposto a investigação criminal defensiva no direito comparado, em país do continente europeu, como a Itália, e na américa do norte os Estados Unidos da América da América (EUA), destacando a diferença entre os sistemas atuais nos países a ser estudados, ou seja, o sistema *common law* aplicado predominantemente no país do Estados Unidos da América,

têm como fontes imediatas do direito as decisões, que vão surgindo paulatinamente no decorrer no tempo, criando uma espécie de precedente jurídico, em contrapartida *civil law* adotado pelo Brasil tem como característica no ordenamento jurídico, que a formação se dá a partir do processo de elaboração das leis.

O terceiro capítulo deste trabalho discorre sobre a necessidade de implementação do instituto da investigação criminal defensiva ao sistema jurídico processual penal, bem como destacar a importância do provimento nº 188/2018 do Conselho Federal da Ordem Advogados do Brasil. Ao final são enfatizados os problemas da falta de participação da defesa na persecução, evidenciado um total desequilíbrio de armas, fortalecendo uma busca pela implementação da investigação criminal defensiva para buscar a paridade de armas.

1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

O presente capítulo discorre sobre o instituto da investigação criminal, situada na fase da persecução penal extrajudicial, o qual se ramifica o inquérito policial, sendo o principal e mais utilizado meio de investigação no Brasil, porém, não é único, apresentando outras formas de investigação, qual seja o procedimento investigatório criminal realizado pelo Ministério Público.

O Ministério Público além de poder realizar o procedimento investigatório, tem como função importante a segurança do Estado Democrático de Direito ganhando forte destaque no ordenamento jurídico brasileiro, atuando como guardião da lei, para proteger os interesses individuais e coletivos da sociedade.

1.1 CONCEITO

Inicialmente antes de abordar sobre os aspectos da investigação criminal defensiva, que é o cerne deste trabalho, é de suma importância realizar uma abordagem conceitual da investigação criminal no ordenamento jurídico brasileiro hodierno.

Quando se observa esse tema dentro do código penal, a partir do art. 4º, do Código de Processo Penal (CPP), o tema é tratado como inquérito policial. Em contrapartida, os doutrinadores quando enfrentam o tema têm adotado a nomenclatura de Investigação Criminal.

Gênero do qual o inquérito policial faz parte, apesar de não ser a única forma, o inquérito policial é no Brasil o principal instrumento de investigação criminal. O Estado objetivando manter a paz dos cidadãos, utiliza-se da criação de infrações para buscar a tutela de bens jurídicos importantes, ou seja, quando um cidadão violar uma norma penal nasce para o Estado o seu *jus puniendi* (ARAÚJO; COSTA, 2020).

A persecução penal é o procedimento que envolve dois momentos diferentes, inicialmente trata-se da fase pré-processual onde será realizada investigação criminal, neste ínterim surge o exercício da ação penal, que posteriormente desencadeia na fase processual com o processo (ARAÚJO; COSTA, 2020).

Na fase pré-processual, o Estado através da investigação criminal tem por finalidade precípua esclarecer notícias de possíveis delitos, demonstrando indícios

de autoria e de prova de materialidade do crime contra o investigado (a denominada justa causa), instrumentalizar o titular da ação, seja o Ministério Público ou ofendido, bem como evitar acusações infundadas. Construindo uma coleta prévia de informações e diligências, indica que existe uma justa causa para o indiciamento e eventual exercício da ação penal (ARAÚJO; COSTA, 2020).

A investigação criminal, seja através do inquérito policial ou mediante outros procedimentos investigatórios previstos no ordenamento jurídico, torna-se imprescindível, adotado um caráter de filtragem de *notitia criminis*, impedido que o Estado exerça seu poder de punir de forma arbitrária sem justa causa, atuando como se assim fosse um justiceiro legal (LOPES JR., 2022).

Para analisar as divergências que existem entre os atos de investigação criminal e instrução processual, Lima (2022) dispõe que:

Trata-se de um procedimento de natureza administrativa. Não se trata, pois, de processo judicial, nem tampouco de processo administrativo, porquanto dele não resulta a imposição direta de nenhuma sanção. Nesse momento, ainda não há o exercício de pretensão acusatória. Logo, não se pode falar em partes *strito sensu*, já que não existe uma estrutura processual dialética, sob garantia do contraditório e da ampla defesa (LIMA, 2022, p. 157).

Nesse sentido, a natureza do inquérito policial leva em consideração os sujeitos e pela natureza dos atos realizados, de modo que não pode ser considerado um fase processual, mas sim, um denominado como um procedimento administrativo pré-processual, ou seja, fazendo parte da persecução penal extrajudicial (LOPES JR., 2022). Vale salientar que na concepção do autor não existe a oportunidade de abertura de defesa neste procedimento, haja vista entendimento este que é majoritário no ordenamento jurídico brasileiro.

Em contrapartida, há doutrinadores que pensam de forma diferente, entendendo que neste momento da investigação é sim um momento importante para abertura do exercício de sua defesa, tendo em vista que necessitaria passar pelo pelo contraditório e ampla defesa. Silva (2019, p. 27) aborda o tema como um problema comum no direito probatório brasileiro, o qual existe a ausência de normatização para o equilíbrio da produção de provas durante o processo e a arrecadação de instrumentos de informação no período da investigação, que garanta a tão almejada paridade de armas entre as partes.

Visando este pressuposto da paridade de armas na fase pré-processual, surge o Provimento nº 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em que visa a regulamentação e a atuação do advogado nas investigações criminais defensiva, em que pese a regulamentação por parte do Conselho Federal da OAB, é possível evidenciar que muitos advogados e Defensores desconheça o procedimento investigativo realizado pelo advogado de defesa.

Fica evidente o desequilíbrio na fase investigativa, sendo o inquérito um instrumento de suma importância, apesar de ser dispensável no ordenamento jurídico do país, caso em que as provas estejam concretas e suficientes para a execução da ação penal. Deste desequilíbrio surge uma necessidade de correção dessa discrepância. Destarte, sob prisma do contraditório e ampla defesa estabelecido na Constituição Federal de 1998, nasce o provimento como um pressuposto da paridade de armas, visando combater as desigualdades para o indiciado.

1.2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

É necessário partir de uma análise histórica sobre a investigação criminal no Brasil desde a sua matriz, trazendo sua evolução no decorrer da linha do tempo, assim como era organizado o papel dos sujeitos processuais.

Desde o princípio da humanidade até o final do século XVIII, o homem sempre teve sua relação coletiva, se relacionando em aldeias, tribos e cavernas, desenvolvendo sua relação interpessoal. Com o crescimento da população, ocorre um momento marcante na história da humanidade, haja vista que nascem os conflitos de interesses, havendo uma divergência naquele grupo social (LOPES JR, 2022). O uso de poder foi de suma importância neste momento fatídico, pois através do poder e da imposição física o grupo que detinha o domínio sobre os demais era considerado o mais forte e dominante de seus interesses, em contrapartida quem tinha menos força, tinha que obedecer por temor mesmo contra seus interesses (NORONHA, 2001).

Destarte, inicia um período denominado de vingança privada, onde a ausência da normatização legislativa e princípios gerais do direito, e forte predominância da cultura e crenças religiosas tinha como consequência a vingança.

Se um cidadão realizasse uma conduta, em que não fosse aceito por um clã da tribo ou líder do grupo, o resultado desta conduta era a vingança, não existindo uma proporcionalidade e razoabilidade, ocorrendo a intranscendência da vingança, afetando outras pessoas que não tinha qualquer relação com a conduta praticada pelo ofensor (NORONHA, 2001).

Num primeiro momento, surge a primeira normatização, qual seja, o Código de Talião, onde a máxima defendida neste período era “olho por olho dente por dente”, evidentemente baseada na vingança. Posteriormente vem o famoso Código de Hamurabi (NORONHA, 2001).

Durante a antiguidade, mais precisamente entre a Grécia e Roma, com a necessidade de substituição da vingança privada, surge o sistema acusatório, que tem como principais características a divisão das partes, existindo quem acuse, quem se defende e um terceiro que tem o papel de julgar, havendo a divisão dos papéis estabelecidos entre os sujeitos (ARAÚJO; COSTA, 2020).

Segundo Araújo e Costa (2020), neste sistema, existe uma equivalência entre a acusação e a defesa, e um terceiro imparcial, vigorando a proporcionalidade e razoabilidade, bem como a presença do princípio do contraditório e ampla defesa, oportunizando o acusado de realizar sua autodefesa no processo, demonstrando sua versão dos fatos. No que tange ao terceiro imparcial, denominado de juiz, não tendo poderes para iniciar um processo de ofício.

Após o seu declínio, foi substituído pelo sistema inquisitivo, prevalecendo na Europa, no século XIII, por meio da Igreja Católica. O sistema inquisitivo tinha como principal característica a rigorosidade, a reunião dos poderes de acusar, defender e julgar eram centralizadas exclusivamente numa pessoa, o denominado juiz inquisidor, esse sistema é muito associado à história da Igreja Católica, que por meio do sistema inquisitivo à inquisição, tribunal católico, que tinha a função investigar e julgar os hereges e feiticeiros, que cometia crimes contra fé (ARAÚJO; COSTA, 2020).

No sistema inquisitivo, fica evidente que o juiz não era imparcial, haja vista que ele cumula as funções de acusar, defender e julgar, podendo de ofício instaurar uma investigação e iniciar um processo, que ocorria sem a previsão de contraditório e ampla, embora o processo fosse escrito os seus atos eram totalmente sigilosos (LOPES, 2022). Araújo e Costa (2020), também destacam que, o juiz tinha como objetivo a busca da verdade absoluta a qualquer custo, podendo ser obtida por meio

da tortura, quando o acusado era tratado como mero objeto, ferindo totalmente a sua dignidade.

Surgido na França, chamado de acusatório formal, o sistema misto reúne características do sistema inquisitivo e acusatório, dividido em duas fases. A primeira ficou marcada pela instrução que se dava por meio secreto e escrita, tendo como objetivo investigar o autor do crime, posteriormente; numa segunda fase era dotada de atos públicos e oral, com a presença do contraditório e ampla defesa (ARAÚJO; COSTA, 2020).

Segundo Nucci (2016), majoritariamente, entende que o Brasil adota o sistema misto, pois na fase de investigação que tem como objetivo colher informações sobre a autoria e materialidade do crime, existe a presença de um ente estatal atuando com todos os requisitos do sistema inquisitivo e, somente posteriormente, na ação penal, é que vigoraram as garantias constitucionais do sistema acusatório.

Em contrapartida, Lopes Jr. (2022) aborda de forma diferente em sua concepção, com a entrada em vigor do Pacote Anti Crime o art. 3º-A do Código de Processo Penal trouxe expressamente a estrutura do sistema acusatório, onde ficou claramente estabelecido a separação das funções de quem acusar, defender e julgar que são distribuídas entre pessoas distintas, devendo o juiz ser imparcial, não tendo poderes para iniciar um processo de ofício, assegurando um devido processo legal e justo, sob o amparo do princípio do contraditório e ampla defesa, estabelecendo um rol de garantias ao investigado, não havendo espaço para o juiz inquisidor, que atue de ofício.

Lopes Jr. (2022) traz que, a redação do artigo expressamente adota o sistema acusatório, e prevê duas situações:

- 1º) Veda a atuação do juiz na fase de investigação, o que é um acerto, proibindo portanto que o juiz atue de ofício para decretar prisões cautelares, medidas cautelares reais, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário, etc.
- 2º) veda – na fase processual – a substituição pelo juiz da atuação probatória do órgão acusador (LOPES JR., 2022, p. 52).

Vale salientar que o Ministro FUX suspendeu a eficácia do art. 3º-A por meio da concessão de Liminar Cautelar nas ADI's nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 de 2020, como se trata de medida liminar, aguarda-se a análise do diploma legal que poderá

ter vigência restabelecida a qualquer momento.

Nucci (2016, p. 109) crítica tal entendimento, afirmando que quem sustenta a existência no Brasil, do sistema acusatório esbarra em “patente equívoco”, pois a adoção de princípios previstos na Constituição Federal não significa a adoção de um sistema calcado no modelo acusatório.

Trata-se de uma tema com grande discussão no Processo Penal. O entendimento majoritário pela doutrina e jurisprudência do tribunais, em sintonia com a Constituição Federal de 1998, adotando a separação da funções de acusar, defender, e julgar no curso da instrução criminal e a presença de direitos e garantias fundamentais, é que o Brasil adotou o sistema acusatório no seu ordenamento jurídico (ARAÚJO; COSTA, 2020).

Portanto, surge a necessidade de se discutir acerca da solução para o problema instalando na realidade do sistema penal brasileiro, buscando uma paridade de armas dentro do processo penal, tendo em vista, que a prova produzida na investigação criminal tem um peso principal que descendia diretamente à condenação.

Dessa forma, feita esta análise da linha dos sistemas processuais penais, faz-se mister realizar um estudo sistemático do inquérito policial, haja vista que é o modelo de investigação mais adotado no Brasil.

1.3 INQUÉRITO POLICIAL: O MODELO BRASILEIRO DE INVESTIGAÇÃO

1.3.1 Breve histórico do inquérito policial no Brasil

Não se pode olvidar da importância do inquérito policial desde a sua matriz, bem como suas transformações legislativas durante o decorrer do tempo, faz necessário fazer uma abordagem da historicidade do inquérito policial no ordenamento jurídico brasileiro.

O Brasil sempre teve uma forma de investigação preliminar para as infrações penais cometidas, buscando apurar a materialidade e autoria de tal crime, procurando dar justa causa ao exercício da ação penal.

Com o advento do Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, que regulamentou a Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, originou o inquérito policial. Inobstante, foi o primeiro instrumento normativo a regulamentar e conceituar

o inquérito policial desde o princípio da humanidade, onde as comunidades eram formadas por grupos em aldeias, tribos ou cavernas, onde os líderes realizava por conta própria as apurações das infrações cometidas naquela época, e posteriormente condenado o cidadão considerado culpado mediante a vingança privada (CORREIA, 2019)

Com o surgimento do Estado, bem como o advento do êxodo rural, ocorreu a evolução da sociedade que foi atribuído o poder de processar, julgar e punir os acusados pelo Estado. A família da vítima por vezes realizava a busca de provas e era encaminhado ao julgador para que pudesse ter justa causa para punir o infrator (ARAÚJO; COSTA, 2020).

Em 1808, com a chegada da corte portuguesa no Brasil, época marcada pela ausência de uma estrutura policial regulamentarização, atribuiu o papel da segurança pública na sociedade e zona rural a terceiros, que era exercido por meio alcaides, com auxílio dos quadrilheiros e capitães-do-mato (AGUIAR; MACIEL, 2022).

Até então não existia Polícia Civil, foi somente no ano de 1808 que o Príncipe Regente Dom João VI criou a Intendência Geral de Polícia Civil no Brasil. Este inicialmente tinha como sua função realizar a segurança da família real e da comunidade. A responsabilidade de decidir sobre a prisão ou liberdade de algum cidadão, a imputação de condutas criminosas, bem como a condenação e fiscalização do cumprimento da penal era centralizadas na pessoa do intendente (CORREIA, 2019).

Posteriormente surgiu a figura do juiz de paz que era encarregado de realizar as investigações criminais da época, porém, devido as muitas atribuições, esta função especificamente foi sendo transferido para um terceiro, que tinha a incumbência de realizar as investigações dos crimes cometidos, foi neste cenário que surgiu o termo de delegado (AGUIAR; MACIEL, 2022).

Com a edição da Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841 que reformou o Código de Processo Criminal de 1832, foi criada oficialmente o cargo de Delegado de Polícia, período este que também ficou marcado pela criação da estrutura hierarquizada da Polícia Civil formando pelo Chefe de Polícia, que tinha como critério de escolha os Juizes de Direito e os Desembargadores, e pelos cargos de Delegados e Subdelegados de Polícia, onde eram selecionados entre os Juizes de Direito e quaisquer cidadãos (CORREIA, 2019). Posteriormente, ocorreu a

separação das funções judiciais, policiais e da investigação criminal que ficou a cargo do Delegados de Polícia.

Portanto, diante desta análise da historicidade do inquérito policial no Brasil, é apresentado a seguir acerca do seu aspecto conceitual e estrutural para toda compreensão hodierna da investigação criminal brasileira.

1.3.2 O que é um inquérito policial?

Trata-se de um procedimento que tem por finalidade precípua a apuração da existência da infração penal (materialidade) e quem a cometeu (autoria). O inquérito policial é um dos instrumentos de investigação mais utilizado no Brasil, o qual apesar de ser chamado de inquérito, não são presididos por um delegado de polícia, embora trate de outros documentos possui elementos suficientes para embasar um futuro exercício da ação penal (ARAÚJO; COSTA, 2020).

Quando em análises sobre o aspecto conceitual de algum instituto, busca-se sua definição na legislação, porém, o inquérito policial carece de definição conceitual em algum diploma legal brasileiro. Já este conceito na doutrina, é explicado por Lima (2022):

Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido exclusivamente por Delegados de Polícia, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de provas e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (LIMA, 2022, p. 157).

O inquérito policial (*informatio delicti*) é um procedimento de natureza administrativa (STJ, HC nº 362.452/DF, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 10.11.16), realizado por meio da polícia judiciária, que consiste em atos de investigações que tem por finalidade a apuração da existência da infração penal (materialidade) e quem a cometeu (autoria), a fim que o titular ação penal possa exercê-la (BADARÓ, 2016).

Diante desta análise conceitual, discorre-se a seguir sobre a estrutura policial e atuação do Ministério Público na fase de investigação.

1.3.3 Estrutura policial

As polícias são estruturas componentes da Administração Pública, que tem por finalidade prevista na Constituição Federal Brasileira de 1998, a função de preservar, investigar, manter a proteção do patrimônio e vida, combater a criminalidade e o tráfico de drogas.

No Brasil, a polícia é dividida em dois grupos, trata-se da polícia administrativa e a polícia judiciária. No que tange a polícia administrativa sua função é atuar na forma preventiva dos crimes, buscando impedir o infrator de cometer a conduta ilícita. Quando se trata da polícia judiciária sua função está atrelada a investigações dos fatos, sua atuação ocorre posteriormente à ocorrência de infrações penais (LIMA, 2022).

Vale salientar, outro aspecto a ser destacado, quando ocorre um crime a primeira polícia a chegar na cena do crime para tomar as primeiras providências e diligências não é a judiciária, que tem como função a investigação e perícia, mais sim a polícia administrativa, chegando ao local do crime trabalhar para manter a segurança do cenário do crime, para ninguém possa destruir as provas e vestígios deixando pelo autor do delito (LIMA, 2022).

Fica evidente o papel da polícia judiciária, que tem como responsabilidade colher as provas que indicam a existência de um crime e sua autoria, identificando a pessoa que cometeu o crime, imperioso reconhecer que a investigação também tem o papel de identificar a ausência de responsabilização de determinado cidadão, anteriormente investigado ou indiciado (LIMA, 2022).

Dessa forma, a atuação da polícia judiciária é de sua importância para o exercício da ação penal, a polícia deve realizar diligências que tem por objetivo a elucidação dos fatos, dirigida pelo delegado e sua equipe técnica de investigação. As provas produzidas durante a fase investigativa deverão ser imprescindíveis para esclarecimento dos fatos, devendo ser realizadas a oitiva da vítima e testemunha, bem como perícia, do exame de corpo delito quando o crime deixa vestígios.

1.3.4 Atuação do ministério público na investigação

Torna-se inegável que o advento da Constituição Federal de 1998, o Ministério Público tornou-se uma instituição importante na segurança do Estado

Democrático de Direito ganhou forte destaque no ordenamento jurídico brasileiro. O diploma supracitado conferiu poderes a sua instituição para atuar como guardião da lei, para proteger os interesses individuais e coletivos da sociedade. Vale salientar que foi dada a incumbência do exercício da ação penal pública, bem como de executar atos e diligências quando entender que existe a necessidade.

Tema de grande discussão no Processo Penal, trata-se da possibilidade do Ministério Público poder investigar diretamente os crimes, de um lado, há quem defenda, entendimento este minoritário, fundamentando seu entendimento no fato de a CF/1998 no seu art. 144, §4º, atribuir o procedimento de investigar exclusivamente a polícia judiciária, bem como a ausência de previsão normativa prevendo atuação por parte do Ministério Público diretamente na função investigativa, cabendo o Ministério Público atuar somente no controle externo atuando como *custus legis* (BRASIL, 1988).

Corroborando com este pensamento, Badaró (2016) afirma que além da ausência de uma expressa disciplina legal da investigação pelo Ministério Público, há outros argumentos utilizados contra tal investigação. Nega-se que esteja no campo dos poderes implícitos, na medida em que não houve omissão constitucional da disciplina da investigação. Ao contrário, a Lei Maior atribui tal atividade, ainda que sem caráter de exclusividade, à polícia judiciária. Ao Ministério Público foi conferido o controle externo da atividade policial, e não substitui na atividade de investigação (BADARÓ, 2016, p. 154-155).

Em contrapartida, outra parte da doutrina amplamente majoritária e os tribunais, inclusive a Corte Constitucional, que no RG-RE nº 593.727/MG (rel. Min Gilmar Mendes, j. 14.05.15, em repercussão geral) firmou a seguinte tese:

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 (STF/RE 593.727 MG, 2015, p. 2).

Maior parte da doutrina sempre defendeu que a atuação do Ministério Público na fase de investigação não fere a sua imparcialidade, pois os elementos colhidos pelo Ministério Público terão o mesmo tratamento dispensado por aqueles colhidos pela polícia civil, através do inquérito policial, servindo ambos para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza, bem como para formação da *opinio delicti acusador*. Como o Ministério Público não pode presidir inquéritos policiais, deverão exercer o seu procedimento investigatório criminal (ARAÚJO; COSTA, 2020).

Nesta linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) adotou o entendimento majoritário que a Constituição Federal e legislação infraconstitucional sustentam que o Ministério Público pode diretamente realizar as próprias investigações na seara criminal (LIMA, 2022).

Segundo a Teoria dos poderes implícitos, nascida na Suprema Corte dos EUA, no precedente *McCulloch vs. Maryland* (1819) fundamenta-se no sentido de “quem pode mais, pode o menos”, ou seja, se a Constituição delegou uma atividade fim a determinado órgão ou instituição, tem por consequência, a atribuição a ele também conceder todos recursos necessários para a consecução daquele objetivo. Dessa forma, como o Ministério Público é titular da ação penal pública, deve ser garantido a ele todos os recursos necessários para formar sua *opinio delicti*, incluído a possibilidade da realização da investigação criminal (LIMA, 2022).

Portanto, trata-se de um tema com grande repercussão e discussão no ordenamento, porém o entendimento majoritário é que o Ministério Público possa atuar diretamente realizando seu procedimento investigatório criminal. Visando o tema central deste trabalho quando o ordenamento jurídico do país atribui capacidade investigativa ao órgão acusatório, onde cabe reivindicar uma igual possibilidade ao investigado, buscando uma paridade de armas e processo justo.

1.3.5 Valor da prova do inquérito policial

O valor probatório do inquérito policial objetiva a apuração da existência de um crime (materialidade) e indica quem cometeu a infração (autoria). As provas colhidas na fase investigativa servem de fundamento para o exercício da ação penal, e posteriormente de embasamento para prolação de uma sentença. A prova discutida em juízo geralmente é aquela obtida na fase do inquérito de forma inquisitiva, fato comum nas audiências e quando os juízes, promotores e advogados

irão formular suas perguntas e questões visualizando os depoimentos das testemunhas na fase do inquérito (ARAÚJO; COSTA, 2020).

Vale salientar que a doutrina defende de forma unânime, que o valor probatório do inquérito policial é relativo, ou seja, não se pode permitir que as provas produzidas na fase do inquérito por si só fundamente uma sentença condenatória, tendo em provas colhidas na fase investigativa não passaram pelo contraditório e ampla (LOPES JR., 2022).

Há uma discussão em torno do valor probatório do inquérito de forma equivocada, pela presunção de veracidade dos atos de investigação, pois parte da doutrina e jurisprudência tentar estabelecer uma presunção de veracidade não prevista em lei aos atos de investigação, gerando efeitos nocivos a própria natureza e finalidade do inquérito policial.

Em consonância com Código de Processo Penal, inexistente alguma atribuição de veracidade aos atos de investigação colhidos no inquérito policial. Analisando sua natureza administrativa, o inquérito policial tem como finalidade a apuração da existência da infração penal (materialidade) e quem a cometeu (autoria) na fase pré-processual, obtendo fundamento para o exercício da ação penal (BRASIL, 1941).

Lopes Jr. (2022) faz uma distinção muito pertinente, ao abordar que uma mesma fonte pode gerar atos com naturezas jurídicas diferentes, porém, no que tange a valor jurídico, podem ser divididos em dois grupos: atos de provas e atos de investigação. Cabe analisar a distinção realizada entre os atos de provas e atos de investigação:

Partindo desta distinção, conclui-se facilmente que o Inquérito Policial somente gera atos de investigação e, como tais, de limitado valor probatório. Seria um contrassenso outorgar maior valor a uma atividade realizada por um órgão administrativo, muitas vezes sem nenhum contraditório ou possibilidade de defesa e ainda sob o manto do segredo (LIMA, 2022, p.195).

Situação mais cotidiana e grave ocorre no plenário do Tribunal do Júri, onde os jurados tem a liberdade de julgar por livre convencimento, com base em qualquer elemento apresentado e contido nos autos, inclusive os atos de investigação colhidos durante o inquérito policial, sem ocorrer nenhuma distinção entre os atos de provas e atos de investigação. Muito comum nos julgamentos, a qual nenhuma prova é produzida em plenário, mas apenas é realizada a mera leitura de peças,

situação está muito preocupante para ordenamento jurídico atual (LOPES JR., 2022).

Compreende-se que o valor probatório do inquérito policial é relativo, não podendo o juiz exclusivamente fundamentar uma sentença condenatória com base nas peças e provas colhidas durante a investigação, destarte a oitiva das testemunhas e vítima, bem como a confissão espontânea em fase de investigação terão validade de convicção do juiz, quando acompanhados de outros elementos construídos durante a instrução criminal, haja vista, o processo judicial produz provas, é somente estas apuradas judicialmente sob o prisma do contraditório e ampla defesa, é que poderão ensejar um prolação de uma sentença condenatória.

1.4 GARANTISMO PENAL

Por muito tempo a legislação penal era utilizada por detentores do poder para satisfazer seus próprios interesses pessoais. Com o advento do movimento Iluminista no século XVIII, essa concepção de quem tinha o poder utilizava a normas aos seus interesses foi superada.

Com o movimento Iluminista a valorização e a defesa do valores do humanismo e da razão, colocando o ser humano num *status* de igualdade com os monarcas, não havendo espaços para poderes absolutos, haja vista haver a valorização dos valores do humanismo e da razão (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014).

Dessa forma as sociedades foram se desenvolvendo e estruturando suas legislações, por meio das leis e princípios, bem como as constituições que visavam combater o poder absoluto dos monarcas. Destarte, a sociedade começou a se estabelecer e organizar os seus direitos e deveres.

Com os ideais do movimento supracitado Ferrajoli (2006) resolveu levantar uma discussão acerca da proteção e garantias do cidadão, utilizando-se do ramo do direito penal para os debates sobre a tensão existente entre liberdades e poder, foi quando o Sistema de Garantia ganhou força.

De acordo com Ferrajoli (2006), o sistema de garantia é um instrumento que visa a proteção dos direitos fundamentais e contra penas arbitrárias, não visando a vingança, mas sim o equilíbrio. Segundo o autor, para que ocorra um sistema equilibrado e com paridade armas, é necessário:

[...], a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações (FERRAJOLI, 2006, p. 74).

Diante do que foi abordado, o sistema de garantias torna-se um instrumento de suma importância para manter um equilíbrio e paridade de armas, haja vista que este equilíbrio de armas somente vem a se apresentar na fase judicial, posteriormente na fase de investigação, onde já foram colhidas diversas provas contra o indiciado, em contrapartida, o indiciado tem que ficar numa posição inerte, não podendo demonstrar outra versão das provas.

O sistema de garantia é muito importante no ordenamento jurídico brasileiro, pois possibilita a proteção e garantia dos direitos fundamentais, além de combater que o Estado utilize do seu monopólio o uso da força de forma arbitrária em desacordo com a legislação pátria. Faz com que o Estado atue em conformidade com o direito, protegendo a sociedade, acusados e coletivo sob o prisma da dignidade do indivíduo.

2 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO COMPARADO

Este capítulo aborda sobre a investigação criminal defensiva e seus dispositivos legais em país do continente europeu, como a Itália, e na América do norte os Estados Unidos da América da América (EUA), utilizando-se do método do direito comparado.

2.1 O MODELO NORTE-AMERICANO

O sistema jurídico norte-americano tem como fonte normativa imediata as decisões que são estabelecidas caso a caso e os costumes, dessa forma cabe ressaltar as fases do sistema processual penal estadunidense.

O processo penal estadunidense é caracterizado por três diferentes fases: 1) denomina-se de investigação preliminar, com objetivo de buscar elementos que indiquem a materialidade e autoria do crime; 2) trata-se da adjudicação (*adjudicatory stage*), neste momento a figura do juiz fica incumbido de analisar as provas, podendo neste juízo descartá-las ou admiti-las, vale salientar que este juízo realizado ocorre posteriormente ao ato de *prosecution* que é o ato formal de acusação contra o acusado; 3) esta última fase corresponde a instrução criminal perante o júri, que analisará pela absolvição (*not guilty*) ou pela condenação (*guilty*), a qual se faz necessário apontar caso ocorra a condenação, dessa forma se estaria diante de um desdobramento dessa fase, qual seja (*sentencing*) cuja fase é destinada a dosagem da pena do condenado (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014).

Destarte, o procedimento da investigação é discricionário devendo ser norteado pelo caso concreto, ou seja, não existem um rito formalístico positivado na lei, as diligências necessárias vão depender do fato, durante a investigação serão identificados dois momentos, sendo o primeiro a apuração dos fatos e identificação de um suspeito, quanto a segunda situação ocorre após a identificação do suspeito, assumido a forma de persecução penal (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014).

Toda a atividade de investigação fica a cargo da polícia, ela que reúne esforços para buscar apurar se houve crime e quem o cometeu, porém, nada impede que o Ministério Público possa atuar de ofício na fase de investigação, situação essa comum nos crimes financeiros, econômicos e tráfico de entorpecentes (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014). Através da investigação ocorre a

identificação do indivíduo, tendo por consequência o início da fase de adjudicação onde as partes irão apresentar suas provas uma a outra, sob o prisma do princípio do direito ao confronto (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014).

Diante da identificação do suspeito, que via de regra vem acompanhado de prisão ou outra medida cautelar, pode-se perceber o marco inicial da persecução penal. Neste momento nasce para o suspeito um rol de garantias, qual seja, o direito de defesa, o direito à integridade e a intimidade, vale destacar que as buscas policiais devem ser baseadas na causa provável e em justa causa, sob pena de violação a 4º emenda.

A emenda 4º feita na Carta dos Direitos Constituição dos Estados Unidos da América estabelece ao suspeito uma garantia contra busca e apreensões de forma arbitrária, combatendo a ilegalidade provas já na fase de adjudicação, dessa forma, vê-se a redação da emenda supracitada:

O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas (EMD IV, 1791, p. 7).

Caso ocorra a violação à emenda supracitada, estar-se-á diante uma prova considerada ilícita, bem como quando ocorre a individualização de um suspeito, o mesmo deve ser interrogado perante um defensor.

Diferentemente do Brasil, a investigação criminal estadunidense não está limitada ao instituto da prescrição, dessa forma podendo acontecer de uma investigação ser interrompida por faltas de provas e não conseguir êxito na individualização do suspeito, porém pode ser retomada diante do surgimento de novas provas, mesmo após anos está suspensa (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014).

Vale destacar outro ponto importante é iniciativa processual que fica sob a égide das partes, quanto a produção as partes têm o poder de investigar os fatos, ouvir testemunhas e requisitar quesitos aos peritos quando for necessário ao caso, no que tange a figura do juiz ele atuar com um terceiro imparcial, inerte quanto a produção das provas, atuando claramente como um juiz-espectador. Dessa forma o modelo norte-americano é completamente caracterizado pelo adversarial.

Diante dos pontos abordados sobre a investigação criminal, torna-se necessário discorrer sobre os pontos positivos e negativos deste modelo. Quanto ao ponto positivo, Lopes Jr. e Gloeckner (2014) diz que deriva necessariamente do sistema adversarial adotado, onde a produção das provas fica a cargo das partes, sendo posteriormente introduzida na ação penal, evitando uma confusão entre quem acusar e julgar, muito comum no sistema inquisitorial onde ocorre o conflito das funções. Quanto ao ponto negativo, trata-se da utilização da prova obtida na investigação preliminar (*pre-arrest investigation*) sem a participação do suspeito, adquirida pela polícia. Vê-se as críticas sobre o tema abordado:

O primeiro e mais grave é a utilização da prova adquirida quase unilateralmente pela polícia, sem a intervenção do suspeito, na fase da *pre-arrest investigation*, justamente pelo seu caráter secreto e pela tendência ao abuso das autoridades policiais. Não é à toa que as *exclusionary rules* tratam-se de regras destinadas à eliminação da prova adquirida de modo ilícito (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014, p. 983).

É importante discorrer sobre os importantes aspectos judiciais do sistema processual penal norte-americano. Destarte a quinta emenda constitucional¹ dos EUA é um marco normativo para o sistema jurídico do país, pois trouxe diversos direitos fundamentais estabelecendo a defesa do acusado por meio de advogado, ao julgamento público e sem demora, ao julgamento por um júri imparcial do Estado e distrito, previamente estabelecido em lei, do local do consentimento do crime.

A normatização quanto a investigação criminal defensiva ganhou significativos contornos com as normas de justiça criminal para função defesa, trata-se de um dispositivo que visa estabelecer parâmetros éticos, editado pelo grupo de advocacia norte-americana.

Destarte, destaca-se sobre os grandes avanços quanto a investigação criminal defensiva, qual seja:

Padrão 4-4.1 Dever de Investigar e Envolver Investigadores

(a) O advogado de defesa tem o dever de investigar em todos os casos e determinar se há base factual suficiente para acusações criminais.

(b) O dever de investigar não é encerrado por fatores como a aparente força das provas da acusação, supostas confissões de um cliente a outros de fatos que sugerem culpa, o desejo expresso de

¹Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs20129807.htm>.

um cliente de se declarar culpado ou que não deve haver investigação, ou declarações ao advogado de defesa que sustenta a culpa.

(c) Os esforços de investigação do advogado de defesa devem começar imediatamente e devem explorar as vias apropriadas que razoavelmente possam levar a informações relevantes para os méritos da questão, consequências do processo criminal e possíveis disposições e penalidades. Embora a investigação varie dependendo das circunstâncias, ela deve sempre ser moldada pelo que é do melhor interesse do cliente, após consulta com o cliente. A investigação do advogado de defesa sobre os méritos das acusações criminais deve incluir esforços para garantir informações relevantes na posse da promotoria, autoridades policiais e outros, bem como investigação independente. A investigação do advogado também deve incluir a avaliação das provas da acusação (incluindo possível reteste ou reavaliação de provas físicas, forenses,

(d) O advogado de defesa deve determinar se os interesses do cliente seriam atendidos pela contratação de investigadores de fatos, peritos forenses, contábeis ou outros, ou outras testemunhas profissionais, como especialistas em sentenças ou assistentes sociais e, em caso afirmativo, considerar, em consulta com o cliente, seja para envolvê-los. O advogado deve reavaliar regularmente a necessidade de tais serviços em toda a representação.

(e) Se o cliente não tiver recursos suficientes para pagar a investigação necessária, o advogado deve buscar recursos do tribunal, do governo ou de doadores. A solicitação ao tribunal deve ser feita ex parte, se apropriado, para proteger a confidencialidade do cliente. Os escritórios de defesa com financiamento público devem advogar por recursos suficientes para financiar esses serviços especializados de investigação regularmente. Se o financiamento adequado da investigação não for fornecido, o advogado pode informar ao tribunal que a falta de recursos para a investigação pode tornar a representação legal ineficaz (AMERICAN BAR ASSOCIATION, 2017, p. 1).

Inicialmente cabe destacar o primeiro ponto abordado, onde se estabelece um dever de o advogado realizar um procedimento de investigação paralela à investigação desenvolvida pela polícia, independentemente da natureza do crime imputado ao investigado, não se admitindo uma defesa padronizada onde apenas se rebatem os fatos apontados pela polícia ou Ministério Público. Dessa forma a efetiva colheita de informações por parte do advogado defesa tem uma importância enorme, pois pode decidir se um inocente será condenado ou absolvido. Vale salientar que o advogado de defesa possui uma discricionariedade na atuação na atuação de investigar os fatos, inclusive buscando fatos descartados ou desconhecidos pela própria autoridade policial ou Ministério Público.

Portanto a investigação criminal defensiva é totalmente aceita nos Estados Unidos, buscando estabelecer uma paridade de armas e um processo penal justo.

2.2 O MODELO ITALIANO

Antes do advento da promulgação do Código de Processo Penal de 1988, ainda sob o aspecto do sistema misto, a persecução penal era dividida em dois momentos distintos, a saber o primeiro momento diz respeito a fase de investigação caracterizada pela inquisitorialidade, com o objetivo de apurar os fatos, o segundo momento refere-se ao procedimento onde ocorre os debates perante as provas colhidas, sob a ótica de princípios acusatórios direcionada ao juízo de mérito da causa (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014).

Dessa forma, a figura do juiz ficava com a responsabilidade da atividade investigatória e probatória, no que refere às partes ocupava uma posição de inércia, sob pena de interferência do juiz.

O contraditório era postergado para o momento dos debates, onde as partes deveria ser manifestar diante das provas colhidas, após os debates entre as partes, toda esta prova discutida seria apreciada pelo magistrado para fundamentar sua decisão (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014).

O ordenamento jurídico Italiano foi muito marcado pelas disposições legais do antigo CPP, conhecido popularmente como Código de Rocco, sua principal característica era concentração ampla dos poderes nas figuras dos juízes que conduzia o processo e toda gestão probatória da prova, ou seja, as funções de acusar e julgar eram concentradas na pessoa do juiz. Quanto à prova colhida durante toda a fase investigação era sigilosa (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014).

Posteriormente com o advento do CPP de 1998, vigorando até os dias atuais, o sistema processual penal italiano passou por diversas transformações significativas. Toda estrutura do sistema inquisitório instalada no sistema processual italiano foi rompida, em decorrência deste rompimento, houve uma aproximação com o sistema acusatório adotado no Brasil, o qual tem como principal característica a separação das funções de acusar e julgar.

Observa-se algumas características típicas do sistema acusatório sob a ótica de Amodio (1990), com o surgimento da aproximação com o sistema acusatório.

Os juristas responsáveis pela elaboração do novo Código de Processo Penal pautaram-se por objetivos principais, como finalidade

romper totalmente os vestígios inquisitórios anteriormente vigentes: (i) superar toda manifestação residual do autoritarismo do Código Rocco; (ii) efetivar os princípios constitucionais que tutelam os direitos de liberdade e de defesa no processo penal; (iii) construir um sistema normativo livre das contradições decorrentes de um ordenamento marcado por “garantismo inquisitório”, isto é, uma estrutura essencialmente autoritária, incrementada superficialmente pela concessão de algumas garantias (AMODIO, 1990, p. 35).

A figura do juiz – inquisidor, onde era concentrando o poder de julgar e acusar foi removida do ordenamento jurídico italiano, sendo substituído pela figura do *Giudice per le indagini preliminari* (art. 328), sua atuação fica restrita a fase de investigação preliminar, atuando como uma espécie de juiz de garantias, não se confundido com o juiz da instrução processual, que ao final irá dá o julgamento, este juiz é estranho ao processo instrutório, e do pretor, o qual possui função apenas judicante (MACHADO, 2020).

Diferentemente do Brasil onde a investigação criminal em regra é desenvolvida pela polícia judiciária, e no sistema processual penal italiano a investigação preliminar fica a cabo do Ministério Público, que tem como auxiliar a polícia, é o que reza o artigo 370 do código de processo penal vigente.

Entretanto em determinados delitos são necessárias as condições de procedibilidade, exigindo autorização/atuação ou representação do ofendido, para que o Ministério Público possa realizar sua atuação, observa-se quais são as condições de probabilidade no sistema processual Italiano:

Nos delitos privados, a *querela* (artigo. 336) consiste numa declaração de vontade da vítima ou representante legal (no sentido de que deseja que se proceda para a apuração do delito) necessária para que o fiscal possa atuar. Pode ser oral e feita junto ao MP ou à polícia judiciária. A *istanza* (artigo. 341) é semelhante à *querela*, com a distinção de que é necessária para os delitos que não podem ser perseguidos de ofício e foram praticados no exterior. A *richiesta* (artigo. 343) constitui uma petição de instauração do procedimento penal, por parte de determinada autoridade pública, e opera no âmbito de certos delitos, que, por seu caráter especial, exigem o requerimento prévio da autoridade afetada (artigos. 7-11, 127-129, 313 do Código Penal italiano). Por fim, a *autorizzazione* a procedere do artigo. 343 diferencia-se da *richiesta* porque configura uma autorização prévia que o Ministério Público deve obter para poder atuar contra determinadas pessoas, que, pelo cargo que ocupam, não podem ser submetidas à *indagine preliminare* sem prévia autorização de determinada autoridade (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014, p. 926).

A investigação tem como função colher informações no que tange a materialidade e autoria da infração penal, bem como buscar elementos que seja favorável ao investigado, ou seja, a investigação não tem o papel somente de acusar, mas de esclarecer os fatos, para que eventualmente o titular da ação tenha embasamento para processar o acusado (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014RO).

Cabe destacar que o Ministério assume quase toda as diligências efetuadas durante a fase de investigação, a saber interrogar o sujeito passivo (art. 375); receber declarações de testemunha; determinar a realização de perícias técnicas (artigo. 359); efetuar diligências de identificação de pessoas; ordenar acareações (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014).

Como se trata de uma fase de suma importância não existe nenhum impedimento de participação pelo advogado de defesa, inclusive ele é apto a participar da fase preliminar de investigação.

Destarte, a fase de investigação preliminar adotada na Itália é muito semelhante ao inquérito policial, sendo caracterizado pela sua inquisitorialidade, bem como a concentração do poder na figura de uma pessoa e ausência de contraditório e ampla defesa. Entretanto, se destaca algumas diferenças importantes, a primeira é que existe um juiz para atuar na fase de investigação, que posteriormente será estranho a ação penal, e ausência de caráter probatório para os elementos provenientes desse procedimento.

É também permitido ao advogado de defesa do investigado realizar uma investigação criminal defensiva, através *indagini difensive*, paralela à investigação desenvolvida pelo Ministério Público, com o objetivo de buscar uma paridade de armas na fase de investigação.

3 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: COMO PRESSUPOSTO DA PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO

O presente capítulo discorre sobre o instituto da investigação criminal defensiva, o qual é uma das hipóteses de investigação criminal, tratando-se de um procedimento desenvolvido pelo advogado de defesa que pode realizar diligências com o auxílio de terceiros quando for necessário no caso situado.

A investigação criminal defensiva visa não somente responder os fatos e provas apresentadas durante toda a persecução penal, mas desenvolve uma atuação ativa, inovadora e produtora de elementos, inclusive preventiva, dependendo do caso. Todo este procedimento é desenvolvido pelo advogado de defesa, seja na fase extrajudicial, judicial ou até mesmo na fase recursal, a qual não existe qualquer impedimento legal da utilização da investigação criminal defensiva em todos os momentos, até mesmo após o trânsito em julgado.

Fica evidente a importância do procedimento da investigação criminal defensiva, podendo determinar se um inocente será condenado ou absolvido, ou seja, a atuação do advogado ganha contornos bem significativos no ordenamento jurídico hodierno.

3.1 O QUE É A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA?

O Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei Federal n. 8.906/1994) não trata sobre o instituto da investigação criminal defensiva, entretanto existem avanços trazidos no espoco da lei Federal 13.245/2016 onde trouxe diversas alterações no artigo 7º deste diploma, destaque esse para a inovação quanto ao aspecto da participação da defesa nos atos realizados durante a fase de investigação.

Dessa forma, os avanços trazidos pelo artigo supracitado, a saber: (i) o direito de exame dos autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, que findo ou em andamentos, ainda que conclusos à autoridade; (ii) o direito a assistência ao cliente investigado antes do interrogatório policial, bem como sua presença, sob pena de nulidade absoluta do interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele derivado, seja de forma indireta ou direta; (iii) acesso a todos os elementos de prova já documentados nos autos; (iv) apresentar razões e quesitos (BRASIL, 1994). Destaca-se que esses

avanços são significativos na atividade da advocacia criminal, criando um novo nicho profissional, bem como a possibilidade de uma atuação mais efetiva por parte da defesa já na fase de investigação.

Inicialmente cabe enfatizar que se trata de um tema que vem ganhando uma repercussão no ordenamento jurídico Brasileiro, entretanto já é considerado consolidado em outros países, a citar a Itália e os EUA.

Com o advento do Provimento 188/2018 da OAB, onde disciplina os aspectos pertinentes à atividade da investigação criminal defensiva, pode ser considerado uma atuação importante no âmbito da defesa técnica do investigado/acusado.

Essa investigação dispõe de um complexo de atividades desenvolvidas pelo advogado de defesa, onde buscar inicialmente estabelecer uma paridade de armas na fase pré-processual, estabelecendo uma redução da desigualdade entre os poderes das partes, desenvolvendo uma atuação do advogado de defesa onde tem o dever de tomar todas as medidas possíveis e cabíveis em benefício do acusado, superando a lógica da mera resposta (TALON, 2021).

Quando em análise do aspecto conceitual de algum instituto, busca-se sua definição na legislação, dessa forma o artigo 1º do Provimento nº 188/2018 do Conselho Federal da OAB prevê o conceito de investigação criminal defensiva:

Artigo 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos lícitos, para a tutela de direitos do seu constituinte (BRASIL, 2018, p. 1).

Lopes Jr. (2022) conceitua o tema da seguinte forma:

Trata-se de uma autorização expressa para que o advogado possa obter elementos probatórios – lícitos, importante destacar – é que não estejam sujeitos a reserva de jurisdição (neste caso deve requerer judicialmente), destinados a reforçar a tese defensiva. Para tanto, poderá inclusive contar com o auxílio de peritos particulares, consultores técnicos e até investigadores privados, sempre respeitando os limites de obtenção da prova (LOPES JR., 2022, p. 214).

A atividade desenvolvida pelo advogado de defesa via de regra é realizada sozinha, porém em determinados casos é necessário o auxílio de um terceiro que atua diligências necessárias, a exemplo de peritos, contador e demais funcionários, que em determinado fato este terceiro torna-se essencial com o seu conhecimento técnico, seja na esfera da medicina, engenharia, balística e outras áreas (TALON, 2021).

Sendo assim, quando o advogado instaurar uma investigação criminal defensiva para apurar uma infração de sonegação fiscal, por exemplo, é aconselhável contratar um profissional que tem o conhecimento técnico e experiência na área, onde possa disponibilizar um serviço especializado, informando todas as medidas a serem tomadas diante do fato (TALON, 2021).

De acordo com o artigo. 1º do Provimento 188/2018 da OAB, o procedimento da investigação criminal defensiva pode ser usado em momentos diferentes, seja na fase extrajudicial, judicial e até mesmo após o trânsito julgado, para subsidiar a revisão criminal ou qualquer pedido ou defesa na esfera do processo de execução criminal.

Diante desse contexto, percebe-se a necessidade do surgimento do instituto da investigação criminal defensiva para cumprir duas funções, a saber, a proteção a investigação realizada pelo advogado de defesa (garantia está do defensor e de suas prerrogativas) e fortalecer a defesa prévia ao recebimento da inicial acusatória, até para auxiliar o magistrado no momento importante em que se decide se a acusação será recebida ou não (LOPES JR., 2022).

A inquisitorialidade presente na fase da investigação criminal, deixa evidente a disparidade de armas entre acusação e defesa, ademais, além de todo aparato e recursos da polícia judiciária tem a sua disponibilidade, o próprio Ministério Público pode investigar diretamente. Destarte, requer estabelecer um instituto que visa minorar o desequilíbrio presente na fase de investigação entre a acusação e defesa, fortalecendo a defesa nesta fase importante.

Vale destacar que a investigação criminal defensiva também desenvolve uma proteção às prerrogativas e a própria figura do advogado, evitando a criminalização da atividade desenvolvida pelo advogado, legitimamente produzida (LOPES JR., 2022).

O artigo 7º do provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB estabelece que o instituto da investigação criminal defensiva é privativo de advogado, não

podendo sofrer qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades. Lopes Jr. (2022) cita a importância desta prerrogativa no nosso ordenamento jurídico:

Isso é importante para espantar algumas errôneas e perigosas tentativas de criminalizar a atuação do advogado quando, por exemplo, faz contato com testemunhas antes de serem ouvidas, com o exclusivo fim de ter conhecimento do que sabem acerca do fato, para – por exemplo – decidir se vai ou não arrolá-la. Não há absolutamente nenhum impedimento ou ilicitude neste agir (LOPES JR., 2022, p. 217).

Dessa forma, não existem qualquer impedimento de o advogado realizar perícias, recorrer a laudo e pareceres técnicos, manter contato com as testemunhas, e com a devida autorização da parte colher seu depoimento, anexado posteriormente a ação pena, sempre com objetivo de colher elementos que seja favorável ao investigado, respeitando sempre a reserva da jurisdição.

Portanto, a investigação criminal defensiva é uma ferramenta de suma importância para o advogado no ordenamento jurídico Brasileiro, visando estabelecer a paridade de armas entre acusação e defesa e uma efetiva defesa técnica, estabelecendo elementos que favoreçam o investigado, acusado, ou apenado, sempre sob os preceitos constitucionais e éticos.

3.2 OS PROBLEMAS DA (FALTA DE) PARTICIPAÇÃO DA DEFESA NA PERSECUÇÃO PENAL

O afastamento da defesa durante a persecução penal fica evidente, sendo tratada como formalidade e não como prejuízo ao investigado. Percebe-se que isso ocorre com muita frequência no nosso ordenamento jurídico diante ainda da cultura inquisitória.

A falta de participação da defesa é muito prejudicial ao investigado, seja quando o advogado é chamado somente para assinatura do auto de prisão em flagrante, sem a devida orientação do cliente quanto ao seu interrogatório ou quando o advogado é raramente chamado para acompanhar o depoimento da vítima e testemunhas (TALON, 2021).

Segundo Lopes Jr. (2022), quando se levantava a discussão acerca da presença do contraditório em sede de medida cautelar era considerada por muitos

juristas uma aberração jurídica, não devendo prosperar qualquer discussão quanto ao tema, em contrapartida, Lopes Jr. (2022) pontua para a necessidade da presença de um contraditório em sede de medida cautelar quando possível e compatível com medida a ser tomada, como diz:

Nossa sugestão sempre foi de que o detido fosse desde logo conduzido ao juiz que determinou a prisão (a chamada audiência de custódia), para que, após ouvi-lo, decida fundamentadamente se mantém ou não a prisão cautelar. Através de um ato simples como esse, o contraditório realmente tem sua eficácia de “direito à audiência” e, provavelmente, se levado a sério, evitaria muitas prisões cautelares injustas e desnecessárias. Ou ainda, mesmo que a prisão se efetivasse, haveria um mínimo de humanidade no tratamento dispensado ao detido, na medida em que, ao menos, teria sido “ouvido pelo juiz”. Não sem razão, o artigo, 8º.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos determina que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente(...)” (LOPES JR., 2022, p. 668).

Torna-se inegável que o advento do pacote anticrime trouxe uma das inovações tanto ao procedimento cautelar brasileiro quanto ao contraditório, este que nas medidas cautelares passou a ser disciplinado pelo artigo 282, §3º do CPP, cessando a cultura em que somente se trabalhava com a hipótese de atuação judicial *inaudita altera pars*. Acerca do pacote anticrime, Amaral et al. (2020) diz:

A nova redação do referido § 3º do CPP, acrescentou que: a) deverá haver prévia a intimação da parte contrária para que se manifeste em cinco dias sobre pedido de aplicação de medida cautelar pessoal; b) que tal intimação esteja acompanhada de cópia do requerimento de decreto de medida cautelar e das peças necessárias ao exercício do contraditório e da ampla defesa; c) que o magistrado motivar adequadamente os casos em que decidir ouvir previamente a parte contrária (urgência ou de perigo de ineficácia da medida). Vejamos com mais atenção esta última exigência. A questão respectiva à fundamentação da decisão que altera o contraditório prévio para o diferido é importante, pois cabe ao julgador desenvolver argumentação justificadora de que sua decisão é proferida em caráter de: 1) urgência, por exemplo, o acusado prepara-se para fugir do país, ou; 2) perigo de ineficácia da medida, como nas hipóteses em que o acusado ou indiciado atua comprovadamente destruindo provas. Portanto, até aqui a lei nada traz de novo que a doutrina já não estivesse ensinando há muitas décadas. O § 3º também diz que isso tudo deverá ser extraído do caso concreto, isto é, que não sejam argumentos baseado na imaginação do julgador, por exemplo, construções prognósticas abstratas do tipo: " caso o indiciado não esteja preso e permaneça em liberdade encontrará estímulos

próprios que o meio aberto proporciona para continuar praticando crimes (AMARAL et al., 2020, p.107-108).

O dispositivo mencionado estabelece uma regra e uma exceção no que diz respeito ao contraditório nas aplicação das medidas cautelares, quanto a regra é que deve acontecer a intimação da defesa (ainda que a lei em “parte contrária”, só poderá ser a defesa, por razões óbvias de que o Ministério Público sofre medidas cautelares), para que manifeste previamente acerca da decretação. Dessa forma, o contraditório é a regra. No que tange a exceção o juiz poderá deixar de oportunizar naquele momento o contraditório, em casos que configurem urgência ou de perigo de ineficácia da medida, devendo o magistrado realizar uma decisão fundamentando e justificando diante do caso concreto a necessidade do afastamento do contraditório (LOPES JR., 2022).

Ainda percorrendo sobre o tema do contraditório nas cautelares, Minagé (2019) leciona que:

Isso significa que o juiz, após o recebimento do pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, com o intuito de evitar tomadas de decisões precipitadas e desconformes com os ditames de alteração legislativa. Não há o devido processo legal sem se respeitar o princípio do contraditório (MINAGÉ, 2019, p. 293).

Vale destacar que a decisão por parte do magistrado em não conceder o contraditório prévio, deve conter elementos do caso em análise que justifique essa medida excepcional, não se admitindo que esta decisão seja fundamentada em elementos vagos, genéricos, formulários, aplicáveis a qualquer caso (LOPES JR., 2022).

Diante do exposto, percebe-se que não é raro que na prática forense os magistrados tornem a exceção como regra (decretação da medida sem contraditório), desconsiderando totalmente a regra (contraditório prévio antes da decretação) estabelecida pelo CPP atualmente, ou seja, atribuída a todos os casos a situação de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, apesar do CPP estabelecer que a decisão deve ser bem fundamentado, entretanto está situação pode facilmente ser manipulada.

Constando um verdadeiro desequilíbrio com amplo favorecimento da acusação, onde fica evidenciado que por vezes o fomento de magistrados que

desconhecem a suma importância da imparcialidade, exercendo seus próprios códigos e interesses, como destacado:

Encontraremos juízes que se declararam imperadores de suas unidades jurisdicionais, na quais o Direito se confunde com suas preferências pessoais, como se pudessem, democraticamente, criar seu alto direito, sem referências externas e normativas. O império do “eu penso assim” e “se não gostou, recorra” (ROSA, 2017, p. 35).

Em 2017, o Procurador Geral da República representou junto ao ministro Edson Fachin, relator este responsável pela homologação da colaboração premiada dos executivos da J&F, pela decretação da prisão cautelar dos citados colaboradores logo após a tomada de seus depoimentos. A defesa do executivo pleiteou ao ministro Edson Fachin que a decisão acerca da decretação da medida fosse previamente precedida do contraditório, dessa forma possibilitando à defesa que se pronunciasse sobre a representação de prisão formulada pela Procuradoria Geral da República. Entretanto, o ministro Edson Fachin decretou a prisão temporária dos executivos colaboradores, desconsiderando o requerimento realizado pela defesa quanto ser ouvida previamente a tomada da decretação (STF/PET 7003, 2017).

Vale destacar que a defesa do executivos se colocou à disposição da justiça antecipadamente, a saber colocando os passaportes dos mesmo a disposição para apreensão, mas também se comprometendo a comparecer a todos os atos judiciais de forma espontânea e voluntária, cessando qualquer justificativa para decretação da medida cautelar sem previamente conceder o contraditório a defesa, haja vista que inexistia urgência e necessidade de assegurar a eficácia da medida acauteladora (STF/PET 7003, 2017).

Em contrapartida, os tribunais superiores têm decidido com tamanha frequência casos em que magistrados de 1º grau têm aplicado a exceção como regra, ou seja, aplicado as medidas cautelares sem oportunizar a defesa se pronunciar previamente à decretação.

A citar como exemplo o caso julgado do STJ, que no RHC nº 75.716/MG o ministro Schietti apontou a decisão do magistrado beira ao autoritarismo, pelo fato de não oportunizar a defesa se pronunciar oralmente após o pedido de prisão de preventiva formulado pelo Ministério Público. Observa-se a manifestação do ministro Rogério Schietti Cruz, prolator do voto vencedor.

Examinando o caso, não posso deixar de concluir que beira ao autoritarismo a decisão do magistrado que, em uma audiência, não permite à defesa se pronunciar oralmente sobre o pedido de prisão preventiva formulado pelo agente do Ministério Público. Ainda que se tenha como fundamenta a decisão, não vislumbro qualquer justificativa plausível para a conduta judicial de obstruir qualquer posicionamento da defesa do acusado, frente à postulação da parte acusadora, como também não identifico nenhum prejuízo ou risco, para o processo ou para terceiros, na adoção do procedimento previsto em lei.

Diante do que informam os autos, vejo-me impelido a entender que, ao menos por prudência, deveria o juiz ouvir a defesa, para dar-lhe a chance de contrapor-se ao requerimento ministerial. Isso não foi feito. E não percebo, neste caso específico, uma urgência tal a inviabilizar a adoção da alvitada providência, que traduz uma regra básica do direito, o contraditório, a bilateralidade da audiência (STJ/RHC nº 75.716/MG, 2016, p. 13).

Nesse mesmo sentido, há precedentes oriundos no HC 129.251/ES e no HC 133.894/MT, o qual o ministro Dias Toffoli do Supremo Tribunal Federal (STF) anulou a prisão preventiva de acusados por terem descumpridos as medidas cautelares diversas da prisão, sua decisão foi em conformidade com que preceitua o artigo 283, §4º, do CPP. Segundo o ministro, quando se trata desta situação, qual seja, a revogação medida cautelar diversa da prisão, torna-se necessário a eficácia prévia do contraditório.

Fica evidente durante a instrução processual, mas precisamente na audiência de instrução e de julgamentos onde deve formular suas perguntas às testemunhas, bem como a realização do interrogatório do acusado, sendo muito comum os magistrados se utilizarem da parte final do caput (não admitindo o juiz àquelas que puderem induzir a resposta e não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida) do artigo 212 do CPP, indeferido constantemente as perguntas formuladas pela defesa, situação esta que dificilmente indeferem uma pergunta feita pelo Ministério Público.

Quanto às diligências, o Ministério Público tem a prerrogativa de requisitar informações ou documentos, em contrapartida a defesa não tem esse mesmo poder, sendo necessário solicitar ao possuidor e, em caso de negativa, devendo requerer ao magistrado, que não raramente também indeferirá o pedido, fundamentando que trata de medida protelatória ou impertinente. Situação essa cotidiana, que ocorre quando a defesa é intimada para se pronunciar sobre o que pretende produzir com

aquela diligência requisitada, algo teratológico que produz a necessidade de antecipar nos autos a estratégia defensiva (TALON, 2021).

Portanto, diante desse contexto é evidente o desequilíbrio causado pela falta de participação da defesa na persecução penal.

3.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

O princípio do contraditório encontra-se no art. 5º inciso LV da Constituição Federal, tratando-se de um princípio de suma importância no processo judicial, por possibilitar o confronto de provas e comprovação da verdade, assegurando um direito fundamental de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma sentença sem ter sido oportunizado, sendo parte do processo o qual está decorrer.

Vale destacar que esta participação deve ser efetiva, pois essa possibilidade de confrontar tem o poder de influir a decisão judicial, sob pena de haver uma sentença fundamentada em juízo potestativo, mas sob o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (interesse punitivo do Estado) e do outro lado a defesa (interesse do acusado em ficar livre de acusações infundadas e arbitrárias) (LOPES JR., 2022).

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito ao contraditório foi inserido na Constituição da República de 1937 (artigo 112, nº 11, segunda parte) sendo mantida nos diplomas constitucionais subsequentes, qual seja (artigo 141, §25, da Constituição de 1946; artigo 140, §16, da Constituição de 1967), deslocado na emenda de 1969 para artigo 153, §16).

De acordo com Araújo e Costa (2020), um contraditório com qualidade prevê a observância do seguinte trinômio, a citar: ciência da parte sobre o ato processual praticado, a possibilidade de manifestação a seu respeito, e que tenha a possibilidade de influência na decisão do juiz.

Vale destacar que o contraditório deve ser oportunizado em todos os momentos da atividade judicial, qual seja, postulação, admissão, produção e valoração, como traz Lopes Jr. (2022):

O juiz deve dar “ouvida” a ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que se conheceu apenas metade do que deveria ter conhecido. Considerando o que dissemos acerca do “processo como jogo”, das chances e estratégias que as partes pode

lançar mão (legitimamente) no processo, o sistema exige apenas que seja dada a “oportunidade de fala”. Ou seja, o contraditório é observado quando se criam as condições ideais de fala e oitiva de outra parte, ainda que ela não queira utilizar-se de tal faculdade (LOPES JR., 2022, p.110).

Cabe enfatizar que o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994) no seu artigo 6º estabelece que não existe nenhum grau de hierarquia entre magistrados, promotores e advogados, pois bem, quanto ao contraditório de Lopes Jr. (2022) que entende que por parte do Juiz exige uma “igualdade cognitiva”:

Entendemos ainda que o contraditório exige- por parte do juiz – no que se refere às provas uma “igualdade cognitiva”. Como explicaremos ao tratar da teoria geral da prova, o contraditório exige que o juiz esteja colocado em um lugar (na estrutura dialética do processo, ou seja, de afastamento, estranhamento) que lhe permita efetivamente tratar as partes com igualdade de atenção e condições de captura psíquica. É uma disponibilidade cognitiva que se situa em antítese à contaminação e pré-juízos. Tal temática dialoga intensamente com a imparcialidade" (LOPES JR., 2022, p. 111).

No direito processual civil existe uma faculdade ao indivíduo de que se manifesta, podendo optar por permanecer inerte. Em contrapartida, no processo penal fica evidente a distinção presente, haja vista que o instituto obriga que o réu seja defendido, não bastasse a defesa que deve ser usada com boa fundamentação técnica e efetiva, objetivando ser útil ao réu, sob pena de prejuízo a este, tendo como consequência um cerceamento de defesa, encadeado em nulidade absoluta (LIMA, 2022). Tendo em vista, o que está se discutindo é a liberdade de locomoção, ainda que o acusado fique inerte, não demonstrando interesse em apresentar alguma reação a pretensão acusatória, o próprio CPP no seu artigo 261 determina a obrigatoriedade de assistência técnica de um defensor.

O não recebimento de uma inicial acusatória configura uma hipótese de cabimento do Recurso em Sentido Estrito (RESE) previsto no artigo. 581, I do CPP, à vista que, em caso de não recebimento da inicial acusatória tendo a acusação interposto o recurso cabível, o juiz tem o dever de intimar o investigado para que constitua um advogado e possa apresentar as contrarrazões, assegurando o contraditório. Com a intimação, o acusado fique inerte e o juiz deverá nomear-lhe defensor, tudo isto em conformidade com teor da súmula nº 707 do STF. Destaca-se os ensinamentos de Araújo e Costa (2020) sobre o tema suscitado:

Em respeito à ampla defesa (onde se inclui a autodefesa e a defesa técnica), o juiz não poderá subtrair do acusado a sua liberdade em escolher um defensor. Logo, não poderá o julgador, em nome do contraditório ou da celeridade, nomear-lhe um defensor dativo sem que, antes, seja o acusado intimado para que, à sua livre escolha, contate um defensor. Apenas se não tomada essa providência por parte do acusado é que o magistrado, aí sim, nomear-lhe -á um defensor dativo ou enviará os autos à Defensoria Pública, em respeito ao contraditório e à ampla defesa, contra-arrazoando o recurso de acusação (ARAÚJO; COSTA, 2020, p. 1274).

Quanto à ampla defesa, é necessário relatar que sempre esteve disciplinada na legislação Brasileira, a citar com o texto constitucional (artigo 179, §8, da Constituição de 1824) até o citado artigo 5º, LV, da Constituição da República. Trata-se de um direito que está estritamente ligado ao princípio do contraditório, porém, são institutos distintos, merecendo cada um o seu devido destaque e apontamento. Logo, a defesa assegura o contraditório e por ela se manifesta.

A defesa é dividida em defesa técnica (processual ou específica) e a autodefesa (material ou genérica), existindo uma relação de complementariedade entre as duas. A primeira diz respeito a defesa exercida pelo bacharel em direito, aprovado e inscrito junto ao Ordem dos Advogados do Brasil, tendo esta capacidade postulatória para estar em juízo, esta defesa configura como necessária, plena, indeclinável, não havendo sua ausência dentro do processo penal, sob pena de nulidade absoluta em decorrência do cerceamento de defesa (ARAÚJO; COSTA, 2020).

Já a segunda, o direito de escolha do defensor é configurado como desdobramento da defesa, tratando de uma relação processual que por ora envolve a vida íntima, honra dos acusados que muitas sofrem de um preconceito social podendo apenas responder um processo criminal, diante disto, fica caracterizada uma relação de confiança que se estabelece entre o acusado e quem atua na sua defesa técnica, não é a toa que está se discutindo a liberdade de locomoção do indivíduo (ARAÚJO; COSTA, 2020).

Destarte, é necessário que o acusado seja intimado, para que posteriormente possa procurar um advogado de sua confiança, não se tratando de uma mera faculdade. Vale destacar que o juiz não pode de forma unilateral, sem prévia autorização por parte do acusado, nomear um defensor, caso ocorra a intimação – ou enquanto não acabar o prazo presente na intimação. Observe-se a defesa de Lima (2022) sobre esta ideia:

Tem o acusado, portanto, o direito de escolher seu próprio defensor, não sendo possível que o juiz substitua seu advogado constituído por outro de sua nomeação. A nomeação de defensor pelo juiz só poderá ocorrer nas hipóteses de abandono do processo pelo advogado constituído e desde que o acusado permaneça inerte, após ser instado a constituir novo defensor. Assim, o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação (LIMA, 2022, p. 61).

A autodefesa é a possibilidade do acusado participar de todos os atos processuais, assegurando-lhe a sua defesa, utilizando-se os meios necessários à sua defesa é que o juiz analise as suas fundamentações de reação (ARAÚJO; COSTA, 2020).

A autodefesa pode ser dividida em duas dimensões: o direito de audiência e o direito de presença. A primeira corresponde ao direito do acusado comparecer espontaneamente ao juiz da causa, e o direito de presença refere-se a possibilidade de o acusado poder acompanhar todos os atos processuais, construindo de forma ativa para sua defesa em conjunto com seu advogado (LOPES JR., 2022).

Parte da doutrina penalista defende que a autodefesa pode ainda ser dividida em autodefesa positiva, que ocorre quando no interrogatório o acusado se manifesta sobre o fato dando sua versão, e a autodefesa negativa que corresponde ao acusado fazer o uso do seu direito constitucional de permanecer em silêncio, o qual esta decisão não gera prejuízo ao acusado, configurado também como autodefesa (LOPES JR., 2022).

O artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) disciplina diversas garantias para o acusado em relação ao direito de defesa, a citar: (i) direito de ser ouvido em tempo razoável; (ii) direito de ser assistido por gratuitamente por tradutor ou intérprete; (iii) comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada (BRASIL, 1992).

Portanto, torna-se evidente que os princípios do contraditório e ampla defesa são estruturantes para uma busca de um processo penal justo, bem como uma busca pela paridade de armas entre partes contrapostas, qual seja, acusação e defesa.

3.4 - O PROVIMENTO 188/2018 DA OAB

O Estatuto da Ordem de Advogados Brasileiro e da Advocacia (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994) trouxe inúmeras inovações na esfera criminal que visa assegurar uma advocacia efetiva e eficaz, de modo a promover uma mitigação de uma cultura ainda inquisitorial até então absoluta no inquérito policial brasileiro.

O art. 7º da Lei nº 8.906/94 traz um rol de prerrogativas garantidas ao advogado, a citar que é direito do advogado examinar, em qualquer órgão do Poderes Judiciário e Legislativo ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamentos, ainda que sem procuração, o direito de assistência ao cliente investigado antes do interrogatório policial, bem como sua presença, sob pena de nulidade absoluta do interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios oriundos, seja de forma ou indireta (BRASIL, 1994).

As prerrogativas dessa lei são muito importantes para a advocacia, a qual possibilita uma atuação mais efetiva e técnica durante a investigação preliminar, concedendo a possibilidade de o advogado atuar já nesta fase imprescindível, fortalecendo uma estrutura para que esse profissional realize o procedimento da investigação criminal defensiva, colete dados e informações que favoreçam seu cliente. Vale destacar que o Estatuto da Ordem de Advogados Brasileiro e da Advocacia (Lei nº 8.906/1994) é omissivo quanto a disciplinar sobre o instituto da investigação criminal defensiva.

Em 2018 foi aprovado junto ao conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil o provimento de nº 188 que disciplina o uso de medidas investigativas por parte dos advogados, com objetivo de auxiliar a defesa técnica do investigado/acusado em processos judiciais ou administrativos. Entretanto, mesmo antes da aprovação do referido provimento nº 188/2018 da Ordem dos Advogados do Brasil, já existiam esforços para regulamentação do instituto da investigação defensiva no Brasil, o qual não se derivou exclusivamente do provimento, mas sim, anteriormente, no Projeto de Novo Código Processual, presente em sua versão original (no artigo 14 do PLS nº 156/2009)² e em sua versão mais recente (no artigo

²Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>.

13 do PL n. 8.045/2010)³, que já planejava estabelecer as realizações pertinentes ao instituto da investigação criminal defensiva realizada pelo advogado de defesa.

Vale destacar que o Projeto de Novo Código Processual Penal é omissivo quanto ao conceito e os métodos das investigações defensivas, identificando somente as fontes de provas e realização de entrevistas.

O artigo 1º do Provimento nº 188/2018 do Conselho Federal da Ordem Advogados do Brasil prevê que a investigação criminal defensiva:

Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte (BRASIL, 2018, p. 1).

Quanto ao artigo 2º do provimento nº 188/2018, prevê que a utilização da investigação criminal defensiva pode ser usada na fase da persecução extrajudicial, judicial, na esfera da execução da pena e até posterior ao trânsito em julgado para fins subsidiar uma revisão criminal. É destacado no artigo 6º que o advogado de defesa e os profissionais que atuam auxiliando na investigação criminal defensiva deverão guardar sigilo das informações colhidas, inclusive perante a autoridade policial, respeitando a dignidade da pessoa, intimidade e integridade (BRASIL, 2018).

Segundo Silva (2019), os pontos que deverão ser acrescentados e disciplinados pela Ordem dos Advogados do Brasil visa sempre aperfeiçoar o exercício prático e efetivo da atividade da investigação criminal defensiva, a saber.

1 – a limitação da atividade de investigação defensiva apenas para fins penais, vedando-se advogados que militam em outras áreas realizar diligências com amparo no referido normativo; 2 – a possibilidade de investigação desempenhada por advogado em favor de imputados e vítimas, bem como a necessidade de se estender a disciplina da colidência de interesses e patrocínio infiel aos casos em que o advogado atua em favor de qualquer dessas partes; 3 – maior rigor formal na instauração do inquérito defensivo e necessidade de comunicação à OAB para fins de controle da atividade; 4 – disciplina procedimental das diligências realizadas, com a respectiva documentação dos atos; 5 – regras relativas a revogação e

³Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>.

substabelecimento do mandato e seus efeitos em relação a investigações defensivas em curso (SILVA, 2019, p. 535).

Portanto, o provimento é um instrumento de suma importância para ser usado como parâmetro para atuação efetiva do advogado, devendo ser usado como base na sua atuação na investigação criminal defensiva, com o objetivo de se estabelecer uma paridade de armas no processo penal.

3.5 - A PARIDADE DE ARMAS

A paridade de armas tem como objetivo equilibrar o jogo entre as partes, ou seja, fazendo com que acusação e defesa tenha acesso aos meios equivalentes de influenciar o julgado, evitando dessa forma benefícios legislativos previstos que favoreça apenas uma das partes, inviabilizado que a outra parte tenha acesso aos meios equivalentes de manifestação (TALON, 2021).

O magistrado deve atuar com o tratamento que possibilite uma isonomia entre acusação e defesa, de modo que não beneficiem e nem prejudique nenhuma das partes (TALON, 2021). No processo penal, a paridade de armas possui amparo constitucional, inclusive pelo Supremo Tribunal, como destacado:

1. A isonomia é um elemento ínsito ao princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da CRFB), do qual se extrai a necessidade de assegurar que as partes gozem das mesmas oportunidades e faculdades processuais, atuando sempre com paridade de armas, a fim de garantir que o resultado final jurisdicional espelhe a justiça do processo em que prolatado.

(STF - ARE: 648629 RJ, Relator: LUIZ FUX, Data de Julgamento: 24/04/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 08/04/2014).

Como traz Talon (2021), a paridade de armas ainda é muito desconsiderada e sofre uma resistência no nosso ordenamento que está envolto de uma cultura acusatória e inquisitória. Hodiernamente, a paridade de armas exige por parte do advogado uma ação efetiva e ampla, que utiliza todos meios possíveis e necessários para não admitir uma advocacia criminal passiva, genérica e meramente formal. Segundo Silva (2019, p. 79), “não basta apenas “o convite para a festa processual”, a defesa deve ser capaz de “se vestir e chegar à nossa festa” para gozar de tudo que seja capaz seja proporcionado durante o evento processual.

Mesmo diante de alguns avanços significativos no nosso ordenamento, pode-

se afirmar que é impossível existir paridade de armas na persecução penal. Não existem na legislação penal alguma previsão legal que possibilite a defesa realizar uma investigação criminal defensiva para a investigação criminal, em contrapartida, o órgão do Ministério do Público pode realizar diretamente as investigações e pode requisitar informações na delegacia, como também a defesa tem a possibilidade de fazer requerimentos que poderão ser aceitos (TALON, 2021).

A quantidade órgãos que podem atuar de forma direta, indireta ou de forma auxiliar na acusação é grande. Assim, para ajudar o Ministério Público na acusação há a atuação da polícia militar, da polícia civil, eventualmente pode-se ter também um assistente de acusação, além da atuação de juízes que determinam a produção de provas de ofício, inclusive podendo condenar mesmo quando o órgão do Ministério Público pede a absolvição. Segundo Talon (2021), a sociedade em sua grande maioria é influenciada pela grande mídia que desconsidera a atuação do advogado de defesa, o que gera um desequilíbrio para a atuação defensiva, que do outro lado encontra o acusado e seu advogado.

Talon (2021) defende que seja oportunidade da defesa uma investigação defensiva, haja vista que é permitido o Ministério Público investigar diretamente. “Ora, uma vez que se admita a investigação feita pela Polícia e pelo Ministério Público, que é uma parte no processo, deve-se admitir que seja feita paralelamente uma investigação pelo Advogado, que defende os interesses da outra parte” (TALON, 2021, p. 22).

Vale destacar que fica evidente que não há paridade de armas quando uma das partes possui mais poderes que a outra. Inexistem paridades quando a acusação consegue obter mais informações que a defesa, sobretudo podendo usar no processo. Entretanto, observa-se uma decisão interessante do Tribunal de Justiça do Rio do Grande do Sul:

CORREIÇÃO PARCIAL. INCONFORMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRIBUNAL DO JÚRI. JUNTADA DE DOCUMENTOS DIVERSOS NOS AUTOS. DESENTANHAMENTO. Conforme entendimento já sedimentado em âmbito desta Colenda Terceira Câmara Criminal, informações alheias aos fatos denunciados no feito originário poderiam ensejar na produção de elementos paralelos para estigmatização do acusado ante o seu suposto envolvimento em delitos diversos. Precedentes. Nessa conjuntura, informações sobre a vida pregressa do acusado constituem argumento de autoridade, segundo interpretação hermenêutica do artigo 478 do Código de Processo Penal. Há diferença entre a juntada de Antecedentes

Criminais e Informações extraídas do Sistema de Consultas Integradas. O primeiro, qualquer parte pode ter acesso, acusação ou defesa. Logo, tratam-se de documentos de acesso público. O segundo, é de uso exclusivo somente a magistrados e ao órgão ministerial, não a defesa, seja Defensoria Pública ou defesa constituída. Portanto, tratam-se de documentos de acesso restrito. Daí por que não há paridade de armas em permitir a juntada de documentos Informações do Sistema de Consultas Integradas que somente uma das partes tem acesso e a outra não, mas há paridade quando a juntada se trata de documentos cujo acesso é comum e... possível a ambas as partes Certidão de Antecedentes Criminais. Destarte, evidencia-se o prejuízo à defesa. CORREIÇÃO IMPROCEDENTE. (Correição Parcial Nº 70081292039, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 23/05/2019).

(TJ-RS - COR: 70081292039 RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Data de Julgamento: 23/05/2019, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/05/2019).⁴

Diante dessa decisão citada, o tribunal entendeu que o Ministério Público não poderia utilizar-se de documentos onde o acesso era exclusivo da acusação, criando um verdadeiro precedente no ordenamento jurídico atual.

Portanto, faz se necessário que os advogados se insurjam contra essa desigualdade presente no nosso ordenamento jurídico, ficando evidente o vazio encontrado no sistema investigatório e processual, viciado e tomado pelo desequilíbrio entres as partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos aspectos jurídicos percorrido ao longo deste trabalho, evidencia que o direito à defesa não pode ser pautada em uma defesa genérica, padronizada e passiva, que apenas rebatem os fatos e as próprias apresentadas pela acusação durante toda a persecução penal seja por meio da investigação criminal, da atuação do Ministério Público e atuação probatória de ofício.

Em que pese muitas vezes as partes estarem sendo acompanhadas por advogados, porém, em nada adianta estar acompanhada fisicamente por um defensor, se o mesmo é negligente quanto ao arrolamento de testemunhas, que não fazem perguntas na audiência de instrução e julgamento, que não oferecem

⁴Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/714282097>.

memoriais, bem verdade que a parte estaria sendo acompanhado por um advogado, a qual sua atuação é considerada vazia, genérica e carente como se o acusado tivesse sido processado sem defesa técnica.

Dessa forma, o ordenamento vislumbra uma defesa mais efetiva, o qual surge como cerne a produção de elementos sem a devida dependência dos órgãos oficiais, bem como um comportamento no qual deve ter um apreço pelo trabalho, haja vista que necessitará realizar diversas diligências fora do escritório.

Indubitavelmente, existe uma grande resistência quanto à previsão legislativa do instituto da investigação criminal defensiva, por isso uma lacuna de alguma previsão legal sobre tal instituto, parte do operador ainda tem grande resistência para com o instituto, ainda influenciados por uma cultura punitivista e inquisitória.

Vale destacar que existe tamanha disparidade de armas entre acusação e defesa no processo penal brasileiro, seja por meio da quantidade de órgãos ou pessoas auxiliando de forma direta ou indireta o Ministério Público na acusação, bem como fatores que pesam em desfavor do acusado.

O instituto da investigação criminal defensiva não é a solução para todos os problemas que podem ser encontrados nessa disparidade de armas, mas podemos afirmar que pode ser considerado um avanço significativo, ou seja, mais um passo em direção à busca pela paridade de armas.

A investigação criminal visa diminuir as inúmeras falhas que ocorrem durante toda a prática forense, sobretudo na fase inquisitorial e na produção de provas. Sendo assim, a utilização da investigação criminal defensiva é de suma importância para a concretização da ampla defesa, bem como a busca da implementação real da paridade de armas entre as partes do processo penal.

Portanto, em que pese a regulamentação do instituto da investigação criminal está previsto apenas no Provimento nº 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o qual sua fundamentação tem amparo em diversos direitos e princípios constitucionais como o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa. Nesse sentido, defende-se a implementação deste instituto no sistema jurídico brasileiro, sobretudo, devido à sua aptidão de contribuir para uma melhor e efetiva paridade de armas no processo penal acusatório vigente.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Renan; MACIEL, José Fabio Rodrigues. **Manual de História do Direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

AMARAL, Cláudio do Prado et al. **Pacote Anticrime**: Comentários à lei n. 13.964/2019. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. **Normas de justiça criminal**. Função de defesa. 4. ed., 2017. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/#:~:text=The%20primary%20duties%20that%20defense,protected%3B%20and%20to%20render%20effective%2C. Acesso em: 14 out. 2022.

AMODIO, Ennio. O modelo acusatório no novo Código de Processo Penal italiano. *In: Revista de Processo*, v. 59, p. 35, 1990.

ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. **Processo penal didático**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 64, p. 253-273, 2007.

BRASIL. Constituição (1791). **A Constituição dos Estados Unidos da América**. Emenda IV. 1791. Disponível em: [http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPES](http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf) SOALJNETO.pdf. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Leis e normas/Legislação. **Provimento Nº 188/2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm#:~:text=rubricadas%20pela%20autoridade.-,Art.,mediante%20fian%C3%A7a%20ou%20sem%20ela. Acesso em: 08 out. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 678, de 6 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, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=Ningu%C3%A9m%20deve%20ser%20submetido%20a,dignidade%20inerente%20ao%20ser%20humano. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Atividade legislativa. **Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal. 2009. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 11 nov. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei. PL 8045/2010** Código de Processo Penal. 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 11 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio do Grande do Sul. **TJ-RS - COR: 70081292039 RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Data de Julgamento: 23/05/2019, Terceira Câmara Criminal**, Diário da Justiça do dia, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/714282097>. Acesso em: 11 nov. 2022.

CONJUR, Novos fatos. Fachin manda prender Joesley Batista e Ricardo Saud, do grupo J&F. **Revista Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-10/fachin-manda-prender-joesley-batista-ricardo-saud-grupo-jf>. Acesso em: 10 nov. 2022.

CORREIA, Danilo Moraes. **O inquérito policial no direito brasileiro**. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75595/o-inquerito-policial-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 11 set. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOLHA DE SÃO PAULO. **As 11 emendas da Constituição dos EUA opromulgadas em 1798**. 1998. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs20129807.htm>. Acesso em: 14 out. 2022.

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

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 11. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Juiz das garantias**: a nova gramática da Justiça criminal brasileira. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/academia-policia-juiz-garantias-gramatica-justica-criminal>. Acesso em: 19 out. 2022.

MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz constituição**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5. ed. Florianópolis: Tirante lo Blanch, 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: introdução e parte geral. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. Disponível em: <https://resumos.netsaber.com.br/resumo-101850/periodo-da-vinganca-privada>. Acesso em: 08 set. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Jus Podivm, 2019.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Excelentíssimo senhor doutor ministro Edson Fachin do Supremo Tribunal Federal**. REF. Procedimento PGR 0326813/2017. REF. Petição 7003/STF. 2017. Disponível em: http://estaticog1.globo.com/2017/09/09/pedido_defesa_JBS.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022.

STF, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso extraordinário 593.727 Minas Gerais**. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>. Acesso em: 16 set. 2022.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus nº 75.716-MG (2016/0237332-9)**. 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1555893&num_registro=201602373329&data=20170511&formato=PDF. Acesso em: 14 nov. 2022.

TALON, Evinis. **Investigação criminal defensiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.