



CONTRIBUCIONES A LAS CIENCIAS SOCIALES

latindex  IDEAS EconPapers DOAJ  Dialnet

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA – EQUILÍBRIO PROCESSUAL PENAL

Spec. Irene Mendes Fontes¹
Prof. M. Sc. Rickardo Léo Ramos Gomes²

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Irene Mendes Fontes y Rickardo Léo Ramos Gomes: “Investigação defensiva – equilíbrio processual penal”, Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (Vol 1, Nº 4 abril 2021, pp. 58-72). En línea:

<https://www.eumed.net/es/revistas/contribuciones-ciencias-sociales/abril-2021/investigacao-defensiva>

RESUMO

A investigação defensiva é um tema pouco debatido no direito brasileiro. Apesar de haver muita controvérsia, o presente artigo faz uma abordagem sobre as categorias de investigação, além de desvendar o tratamento que é dado à investigação defensiva na Itália e nos Estados Unidos. O objetivo geral deste trabalho é destacar a importância da investigação defensiva para o equilíbrio processual penal. Os objetivos específicos deste artigo são os seguintes: apresentar a conceituação fundamental relativa à investigação defensiva; comentar sobre a natureza da investigação defensiva; classificar as categorias de investigação; discorrer sobre a investigação defensiva na Itália e nos Estados Unidos; ressaltar a necessidade da investigação defensiva no Brasil; observar o objeto e momento da investigação defensiva. Os procedimentos metodológicos aplicados nesta análise são de cunho bibliográfico e se baseiam em pesquisas na doutrina, jurisdição em livros e leis específicas. A

¹ Possui Pós-Graduação em Direito Penal pelo Centro Universitário Uniateneu, graduação em Direito pelo Centro Universitário Estácio do Ceará, graduação em Teologia pela Faculdade Católica de Fortaleza, especialização em Ciências da Religião: Pesquisa e Ensino do Fenômeno Religioso, graduação em Ciências da Religião - Licenciatura Plena pela Universidade Estadual Vale do Acaraú. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Mediação. Foi membro efetivo da Comissão de Liberdade Religiosa para o triênio 2016-2018; e membro efetivo para as Comissões: Comissão do Advogado Professor, Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem e Comissão de Estudo em Direito Penal, para triênio 2019-2021.

² Prof. da Disc. de Metodologia do Trabalho Científico (Orientador) – C. U. UNIATENEU; Inst. Euvaldo Lodi; C. U. Farias Brito; M. Sc. em Fitotecnia pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Spec. em Metodologia do Ens. de Ciências pela UECe; Grad. em Agronomia pela UFC; Licenciado na Área de Ciências da Natureza, Matemática e suas Tecnologias pela UVA; Aperf. em Líderes de Aprendizagem pela Universidade de Harvard; Aperf. em Gestão de Riscos em Projetos pelo BID; Conveniado com a ABNT. Fundador da RLRG Consultoria Científica.

investigação autônoma realizada pelo advogado e defensor público, neste trabalho, procura dar ênfase ao direito da defesa e a um processo justo, assim como a paridade de armas. Direciona-se aos princípios da igualdade e da ampla defesa auferindo os elementos de convicção favoráveis ao acusado, considerando o direito fundamental de todos. A investigação defensiva é benéfica não só ao acusado, mas a toda a sociedade que clama por justiça. A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, com o provimento em estudo, pretende fortalecer a defesa, para que haja equidade e equilíbrio no processo, ou seja, garantir a paridade de armas às partes, tal como deve ser.

Palavras-chave: Investigação Defensiva. Investigações. Direito Comparado. Princípio da Igualdade. Paridade de Armas.

INVESTIGACIÓN DEFENSIVA - SALDO PROCESAL PENAL

RESUMEN

La investigación defensiva es un tema poco debatido en la legislación brasileña. Aunque hay mucha polémica, este artículo aborda las categorías de investigación, además de desvelar el tratamiento que se le da a la investigación defensiva en Italia y Estados Unidos. El objetivo general de este trabajo es resaltar la importancia de la investigación defensiva para el equilibrio procesal penal. Los objetivos específicos de este artículo son los siguientes: presentar el concepto fundamental de investigación defensiva; comentar sobre la naturaleza de la investigación defensiva; clasificar las categorías de investigación; discutir la investigación defensiva en Italia y Estados Unidos; destacar la necesidad de investigación defensiva en Brasil; observar el objeto y momento de la investigación defensiva. Los procedimientos metodológicos aplicados en este análisis son de carácter bibliográfico y se basan en investigaciones en doctrina, jurisdicción en libros y leyes específicas. La investigación autónoma que realiza el abogado y defensor público, en este trabajo, busca enfatizar el derecho a la defensa y un proceso justo, así como la paridad de armas. Aborda los principios de igualdad y amplia defensa, obteniendo elementos de convicción favorables al imputado, considerando el derecho fundamental de todos. La investigación defensiva es beneficiosa no solo para los acusados, sino para toda la sociedad que pide justicia. La Orden de Abogados de Brasil - OAB, con la disposición en estudio, pretende fortalecer la defensa, para que haya equidad y equilibrio en el proceso, es decir, garantizar la paridad de armas a las partes, como debe ser.

Palabras clave: Investigación defensiva. Investigaciones. Ley comparativa. Principio de igualdad. Paridad de armas.

DEFENSIVE INVESTIGATION - CRIMINAL PROCEDURAL BALANCE

ABSTRACT

Defensive investigation is a little debated topic in Brazilian law. Although there is much controversy, this article approaches the categories of investigation, in addition to unveiling the treatment that is given to defensive investigation in Italy and the United States. The general objective of this work is to highlight the importance of defensive investigation for the penal procedural balance. The specific objectives of this article are as follows: to present the fundamental concept of defensive research; comment on the nature of defensive investigation; classify the research categories; discuss defensive research in Italy and the United States; highlight the need for defensive research in Brazil; observe the object and moment of the defensive investigation. The methodological procedures applied in this analysis are of a bibliographic nature and are based on research in doctrine, jurisdiction in books and specific laws. The autonomous investigation carried out by the lawyer and public defender, in this work, seeks to emphasize the right of defense and a fair process, as well as the parity of arms. It addresses the principles of equality and broad defense, obtaining elements of conviction favorable to the accused, considering the fundamental right of all. Defensive investigation is beneficial not only to the accused, but to the entire society that calls for justice. The Order of Lawyers of Brazil - OAB, with the provision under study, intends to strengthen the defense, so that there is equity and balance in the process, that is, to guarantee the parity of arms to the parties, as it should be.

Keywords: Defensive Investigation. Investigations. Compared Law. Equality Principle. Arms Parity.

1 INTRODUÇÃO

Com o Provimento n. 188/2018, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB lança não só um desafio, mas, principalmente, propõe uma nova era que dará origem a uma nova ordem no processo penal, visto que o citado provimento tem por base aperfeiçoar a defesa do réu, considerando a inegável disparidade de armas entre acusação e defesa (OAB, 2018).

Atualmente, há uma procura incansável de reprimir a criminalização criando medidas processuais opressoras às quais cabe ao acusado manifestar sua ampla defesa.

Por conseguinte, a OAB apresenta uma proposta normativa de regramento para a investigação defensiva que será objeto de análise no presente artigo, tendo em vista a evolução da sociedade e a preocupação na valoração de provas para a amplitude de defesa do réu.

A defesa do acusado deve ser ampla e efetiva. Porquanto a necessidade de se estabelecer entendimento entre a Polícia Judiciária, Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil.

O objetivo geral deste artigo científico é destacar a importância da investigação defensiva para o equilíbrio processual penal. Os objetivos específicos deste artigo são os seguintes: apresentar a conceituação fundamental relativa à investigação defensiva; comentar sobre a natureza da investigação defensiva; classificar as categorias de investigação; discorrer sobre a investigação defensiva na Itália e nos Estados Unidos; ressaltar a necessidade da investigação defensiva no Brasil; observar o objeto e momento da investigação defensiva.

A metodologia aplicada neste artigo é de cunho bibliográfico e se baseia em pesquisa na doutrina, jurisprudência, em livros e leis específicas, levando em consideração, também, a opinião de autores que tratam da mesma temática.

A fim de propiciar uma boa compreensão, o presente artigo foi dividido em tópicos assim constituídos: conceituação fundamental sobre a investigação defensiva; natureza da investigação defensiva; categorias de investigação; investigação defensiva na Itália e nos Estados Unidos; a necessidade da investigação defensiva no Brasil; objeto e momento da investigação defensiva.

A investigação defensiva, embora pouco analisada no Brasil, reveste-se de suma importância ante os anseios não só da defesa, mas de toda a sociedade que busca a verdade e a garantia da aplicação de seus direitos.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Esta fundamentação foi organizada em oito subtópicos. Neles abordou-se, sequencialmente, as seguintes temáticas: conceituação fundamental sobre investigação defensiva; pormenores da natureza da investigação defensiva; destaque das categorias de investigação; discussão sobre a investigação direta pelo Ministério Público; detalhes da investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito; características da colaboração premiada; descrição da investigação defensiva na Itália e nos Estados Unidos; importância da necessidade da investigação defensiva no Brasil

2.1 Conceituação Fundamental

A investigação defensiva é a possibilidade investigatória desenvolvida, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais habilitados, com o intuito de reunir elementos convincentes, lícitos e favoráveis, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, com o

fim de tutelar direitos de seu constituinte, de acordo com o art. 1º da proposição OAB 188/2018. (OAB, 2018).

O Conselho Federal da OAB, apoiado no artigo 5º, LV, CF/88, estabelece conceitos e parâmetros para a advocacia exercer função investigativa no desempenho da ampla defesa e do contraditório. (OAB, 2018).

Nesse sentido Silva (2019, p.412), afirma:

A menção à defesa técnica e aos meios para a preparação da defesa compreende não só a presença de um defensor com capacidade para exercer a representação na fase investigatória e no processo penal, mas também a disponibilização do recurso e meios de provas admitidas no ordenamento jurídico.

Portanto, a investigação defensiva não visa a impunidade, mas somente maior participação e amplitude da defesa em favor de seu constituinte, em respeito ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, contribuindo, assim, com a paridade de armas.

2.2 Natureza da Investigação Defensiva

O advogado, por ser um profissional liberal, tem o direito de aceitar ou recusar o cliente. Este, por sua vez, tem o direito de selecionar o seu constituinte. Estabelecido o consenso entre o advogado e seu contratante surge, então, para ambos, uma natureza contratual.

Quanto à Defensoria Pública, esta não pode escolher quais casos patrocinará, da mesma forma, ao interessado não existe possibilidade de escolher o seu defensor. Portanto, a natureza da investigação criminal é estatutária.

Segundo Silva (2019, p. 478), “[...] a unidade, e a indivisibilidade (art. 134, § 4º, da CRFB) e o princípio do defensor natural (art. 4º-A, III, da LC 80/1994) asseguram a divisão orgânica da Defensoria Pública mediante critérios objetivos na sua estruturação.”

Destarte, independente da natureza, seja contratual ou estatutária, tanto o advogado quanto o defensor público não devem esquecer que a ética e a moral devem nortear o desempenho da função defensiva.

2.3 Categorias de Investigação

2.3.1 Inquérito Policial

O Inquérito Policial é ferramenta advocatícia de garantia de direitos básicos e caminho investigativo para aqueles que estão envolvidos em uma investigação criminal. A partir da ocorrência do delito ou da infração é fundamental que a averiguação ou o termo circunstanciado de ocorrência sejam estabelecidos, exceto se, levando em consideração hipóteses de raro valor, a *notitia criminis* já apareça pronta para ser conduzida ao Ministério Público ou ao responsável direto da ação, com todos os seus indicativos relacionados à autoria e materialidade delitiva (Neves; Wiezel, 2018).

No cotidiano advocatício, a garantia de contraditório e os cuidados em se estabelecer a ampla defesa recebem maior importância, para tanto é preciso considerar casos comuns em localidades pequenas do interior do país nas quais as pessoas valem-se das revelações revestidas de anonimato e do termo judicial de boletins de ocorrência para se prosperarem, submetendo os indivíduos envolvidos no processo à humilhação pública, causando-lhes embaraço moral e material, às vezes, irremediáveis. (Neves; Wiezel, 2018)

A natureza investigativa é ressaltada por Lima (2020, p. 45):

Trata-se de um procedimento de natureza instrumental, porquanto se destina a esclarecer fatos delituosos relatados na notícia de crime, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou arquivamento da persecução penal. De seu caráter instrumental sobressai sua dupla função: a) preservadora: a existência prévia de um inquérito policial inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários para o Estado; b) preparatória: fornece elementos de informação para que o titular da ação penal ingresse em juízo, além de acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo.

À Polícia Judiciária (Federal e Civil) é responsável e competente para realizar o inquérito policial, cujo objetivo é reunir elementos necessários que permitam alcançar a materialidade e indícios de autoria da prática de um crime. Contudo, sua estrutura é inquisitória.

Segundo Fuller, Junqueira e Machado (2016, p. 37), “trata-se de procedimento administrativo, instaurado e presidido pela autoridade policial, com o fito de coligir elementos de informações que servirão de base ao ajuizamento da ação penal por seu titular.”

É incontestável a importância da polícia judiciária, tanto na apuração do fato criminoso quanto na segurança pública, no entanto, de acordo com Silva (2019, p. 379), “Modernamente, o papel da investigação criminal vem perdendo espaço como de mera peça informativa, mas de verdadeiro instrumento de busca da verdade, conferindo-se um maior protagonismo à autoridade policial.”

Não se deve olvidar a relevância da Polícia Militar. Quando de um crime militar, ela atua como polícia judiciária. No tocante a sua atividade primordial é de policiar ostensivamente e preservar sempre a ordem pública, para o bem e proteção do cidadão e de toda a sociedade.

Reis e Nunes (2019, p.02) ressaltam a importância da Polícia Militar:

A atividade policial-militar é aquela que visa proteger, se preciso com a própria vida dos seus profissionais, determinados bens estruturantes do convívio social, que no Ocidente são a vida, a liberdade e a propriedade privada. Para bem desempenhar as complexas e imprescindíveis atribuições referentes a isso, esses agentes do bem coletivo utilizam certo modo de pensar a respeito do ser humano, individualmente considerado, e da sociedade, vista no seu conjunto.

Por conseguinte, deve-se entender que o inquérito policial não exerce características de suporte probatório para o exame de mérito. Destina-se à formação do convencimento, o qual permite ao juiz fazer a sua avaliação, tanto sobre a prisão quanto a necessidade de medidas cautelares, entre outros exames pertinentes a ação penal. Ademais, além da Polícia Judiciária existe a investigação direta pelo Ministério Público, acarretando, assim, um desequilíbrio no Processo Penal.

2.4 Investigação Direta pelo Ministério Público

A Constituição Federal conferiu poderes ao Ministério Público para promover o inquérito civil (art. 129, III). Por essa razão, não existindo permissão expressa para a investigação criminal, parte da doutrina sustenta que o Ministério Público não tem a legitimidade para atividades de investigação dirigidas a apuração de infrações criminais.

Porém, a corrente que defende tal competência, baseia-se na teoria dos poderes implícitos do art. 129, I, da Constituição Federal: “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da Lei.”

O Supremo Tribunal Federal, em julgado no ano de 2009, reconhece a possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público. Essa decisão tornou-se palco de controvérsia.

O mesmo tema voltou a pauta e o entendimento foi confirmado em 14 de maio de 2015. Desde então, cessaram os debates no meio jurídico e, segundo Lima (2016, p.123):

[...] a decisão tomada pela Corte será aplicada nos processos sobrestados nas demais instâncias, sobre o mesmo tema, e “entre os requisitos”, os ministros frisaram que devem ser respeitados em todos os casos, os direitos e garantias fundamentais dos investigados e que os atos investigatórios – necessariamente documentados e praticados por membros do MP – devem observar as hipóteses de

reserva constitucional de jurisdição, bem como as prerrogativas profissionais garantidas aos advogados, com o acesso aos elementos de prova que digam respeito ao direito de defesa. Destacaram ainda a possibilidade do permanente controle jurisdicional de tais atos.

Silva (2013, p. 30) aponta a opinião do Ministro Celso de Melo atuando como relator acerca desta temática:

É plena a legitimidade constitucional do poder de investigar do Ministério Público, pois os organismos policiais (embora detentores da função de polícia judiciária) não têm, no sistema jurídico brasileiro, o monopólio da competência penal investigatória. O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de "*dominus litis*" e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a "*opinio delicti*", em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública.

Porquanto, o Ministério Público, mesmo submetido a limitações, tem a competência para investigar criminalmente, enquanto permanecer a posição do Supremo Tribunal Federal.

2.5 A Investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito

As Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) estão previstas no art. 58, § 3º, CF, reguladas pela Lei 1578/1952.

Confere, aos Deputados e Senadores, o poder próprio das autoridades judiciais de investigação, além de outros poderes previstos no regulamento das respectivas casas. Pode-se originar na Câmara dos Deputados e Senado Federal, em conjunto ou separado.

Importante fonte de investigação criminal, as CPIs, após suas conclusões, ao término da investigação, se demonstrados indícios de criminalidade, são encaminhadas ao Ministério Público com o objetivo da promoção da respectiva ação penal, conforme art. 6º-A da Lei n. 1579/1952.

Segundo Silva (2019, p.394):

Nota-se, portanto, que, apesar de esses órgãos não terem como função precípua a realização de investigação criminal, é notório que suas atividades perpassam pela apuração de ilícitos com

consequências no campo penal, o que reforça a nossa concepção de que a investigação criminal não é atividade restrita à polícia judiciária, nem deve ser utilizada como sinônimo de inquérito policial.

Indispensável aludir que as Comissões Parlamentares de Inquérito são temporárias e se dispõem a investigar fatos e não pessoas.

2.6 Colaboração Premiada

A Colaboração Premiada é caracterizada como técnica especial de investigação. Está prevista em diversos diplomas legais, no entanto, teve o seu ponto alto com o advento da Lei 12.850/2013³.

O desígnio principal da colaboração premiada incide em, mediante concessão de benefícios ao coautor, alcançar sua incondicional contribuição para o sucesso investigativo, hábil a fazer agir de forma capaz a *persecutio criminis*, forte em circunstâncias claramente timbradas pelas impressões da gravidade e repercussão social do acontecimento criminoso.

Câmara (2018, p. 08) apresenta a seguinte opinião:

Entendemos que, fundamental para a outorga da benesse prevista na avença, desde que devidamente homologada, será a demonstração do real empenho do colaborador – uma vez detentor de informações, dados ou documentos relevantes – em contribuir, ativa e efetivamente, para a realização dos objetivos estabelecidos no termo de colaboração¹⁵. A colaboração premiada demarca-se do arrependimento eficaz precisamente por ficar a sua eficácia subordinada, senão inteiramente, ao menos em boa medida, a condicionantes externas ao controle do agente colaborador.

É necessário diferenciar as expressões colaboração premiada e delação premiada. A esse respeito, “Enquanto alguns usam as expressões ‘colaboração premiada’ e ‘delação premiada’ como sinônimos, outros sustentam que há diferença entre as citadas expressões.” (Fontes; Gomes, 2019, p. 02)⁴.

O destinatário da colaboração premiada é o delegado de polícia e o Ministério Público. Após o acordo, este será encaminhado ao juiz, que poderá ou não, homologar. Neste cenário, a Lei 12.850/2013, no seu art. 4º, § 2º:

3 Define Organização Criminosa e dispõe sobre a investigação criminal.

4 <https://www.eumed.net/rev/caribe/2019/07/colaboracao-premiada-beneficios.html>

Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o Delegado de Polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Destarte, essa técnica especial de investigação pode ser efetivada em qualquer fase do processo, desde que tenha relevância e eficácia para a resolução do fato.

2.7 A Investigação Defensiva na Itália e nos Estados Unidos

2.7.1 Investigação Defensiva na Itália

A Itália superou o modelo inquisitivo e avançou com as mudanças legislativas da Lei 397/2000, introduzindo disposições específicas de investigação defensiva. De acordo com Silva (2019, p.167), “A base do sistema processual italiano advém do texto constitucional e dos tratados de direitos humanos, a exemplo da Convenção Europeia de Direitos do Homem.”

A Itália, em busca de paridade de armas, ideou as mudanças legislativas e acatou a investigação defensiva, tornando a atuação da defesa mais dinâmica e não somente uma simples atuação de resistência.

Nesse sentido, oportuna é a transcrição de Gatto (2003) citado por Silva (2019, p. 219):

O cenário jurídico na Itália nunca foi aberto à implementação de uma atividade de investigação defensiva. À época do *Códice Rocco*, a legislação processual penal atribuía à defesa uma função meramente retórica, restrita ao debate argumentativo em um cenário de um processo praticamente concluso e com a “sentença já pronta no gabinete”, aguardando apenas o termo processual para sua publicação.

Vale ressaltar que nesse processo de investigação defensiva, houve bastante resistência. A magistratura repudiava essa categoria de investigação e os próprios advogados não a viam com bons olhos. A doutrina argumentava a falta de amparo normativo expresso na legislação.

Desta feita, entre avanços, omissões e retrocessos, a investigação defensiva criou corpo, permanecendo até os dias de hoje, cujos benefícios são por demais significativos.

2.7.2 Investigação Defensiva nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos a investigação defensiva é plenamente aceitável. Trata-se de uma consequência natural do sistema jurídico *common law*, adotado pelo país, cuja estrutura encontra-se nas decisões proferidas pelos órgãos judiciais e não estão amparadas em codificações. Todavia, a sexta emenda à Constituição norte-americana traduz o direito de o acusado ter uma assistência jurídica por meio da sua defesa.

Em virtude do princípio da liberdade de provas, estas são incumbência das partes, e não do magistrado, que se limita a permanecer inerte quanto à atividade probatória.

A doutrina preconiza que a defesa tenha acesso irrestrito a todos os elementos de convicção, tanto adquiridos pela polícia judiciária quanto pela acusação.

Neste sentido Lee, Richardson e Lawson (2016, p. 756) *apud* Silva (2019, p. 305) afirmam: “Para a Suprema Corte norte-americana, há um dever constitucional do promotor em fornecer à defesa qualquer elemento que lhe seja favorável. Fala-se, inclusive, em um dever ético no fornecimento de evidências favoráveis ao acusado.”

Salienta-se, portanto, que a investigação defensiva, amplamente acatada nos Estados Unidos, teve a sua caminhada traçada a duras penas, contudo, a sua repercussão é eficaz para a defesa, tornando o processo igualitário no que diz respeito à paridade de armas.

2.8 A Necessidade da Investigação Defensiva no Brasil

A Constituição Federal, no seu art. 5º, LV, fundamenta a investigação defensiva ao expressar: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (Brasil, 2019)

Contudo, no processo penal, há uma excessiva disparidade de armas. É notório o poder esmagador do Estado sobre o acusado que fica ao arbítrio dos que o acusam, à mercê de um sistema processual penal inquisitório e acusatório.

Nesse sentido, Silva (2019, p. 370):

A atividade de polícia judiciária desenvolvida no corpo do inquérito policial não é a única fonte de apuração inicial da infração penal, [...]. Já há algum tempo o ordenamento jurídico brasileiro admite a iniciativa investigatória direta por parte do Ministério Público.

A investigação defensiva, é, na realidade, a ação que o advogado pode desenvolver para produzir provas mediante subsídios de natureza objetiva e subjetiva, que vão constituir documentos de

convicção para serem oferecidos no processo. O advogado pode dar cumprimento à essa categoria de defesa por meio do levantamento de documentos em cartórios ou, até mesmo, por meio da contratação de investigadores particulares (Colares; Vieira, 2020).

A intenção desta ação é a de tornar o procedimento mais dialético e mais ativo em relação aos princípios da ampla defesa e contraditório. Ressalte-se que tais princípios são o alicerce para o emprego de tal metodologia no direito brasileiro, levando-se em consideração o princípio da paridade de armas. (Colares; Vieira, 2020).

Segundo Lima (2016, p. 66): “Frise-se que não é restringido o atuar do Ministério Público somente na segunda fase da persecução penal, ou seja, na ação penal, podendo e devendo atuar, também, na fase investigatória.”

Para Parreiras (2019) a investigação defensiva vai se converter no cerne da performance ativa de um advogado que representa a defesa. Não importando se ele é um advogado público ou privado, produzindo provas que se associam, peremptoriamente, ao interesse do representado durante o estágio de investigação introdutória, na qual o advogado vai expor os princípios jurídicos e também os de aplicação que vão nortear suas gerências relativas ao processo.

O Código de Processo Penal em seu art. 47, é claro em sua afirmação: “Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-las.” (Brasil, 2017)

Oportuno ressaltar a desigualdade do art. 14 do mesmo código: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada ou não, a juízo da autoridade.” Observa-se que o Ministério Público não requer, mas requisita, enquanto à defesa é dado somente o direito de requerer.

Neste sentido, esclarece Silva (2019, p. 411): “Alçados ao nível constitucional e convencional, a ampla defesa e o contraditório previstos no art. 5º, LV, da CRFB representam os elementos-chave para o embasamento da investigação criminal defensiva, os seus pilares de sustentação no sistema jurídico interno”.

Nesta oportunidade, convém lembrar o fato de o Brasil ser signatário de Tratados e Convenções Internacionais: a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos; a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica); o Estatuto de Roma.

Desta sorte, percebe-se que há um conjunto de normas consolidadas com a investigação defensiva no Brasil, assegurando igualdade entre as partes.

2.8.1 Objeto

A investigação defensiva tem como objeto principal a paridade de armas no processo penal almejando o aperfeiçoamento do sistema de justiça exercido por suas instituições.

Prado (2014), citado por Silva (2019), afirma que a investigação defensiva assume quatro propósitos: coletar dados para elucidar situações não esclarecidas pela autoridade policial ou Ministério Público; complementar aspectos, caso a vítima solicite; colher informações no intuito de formar contraditas aos fatos apurados; identificar o panorama probante contra o acusado e avaliar o seu comportamento, segundo a permissão do próprio acusado, para a formação gradual do processo.

A investigação defensiva não tem o condão de elucidar o fato delituoso, função esta, reservada à atividade policial e à persecução criminal, ou seja, investigação preliminar mais ação penal. O papel do defensor é reforçar e amparar a ampla defesa e o contraditório do acusado submetido a investigação criminal.

Mediante o exposto, pode o advogado ou o defensor público expor informações para beneficiar o seu constituinte.

2.8.2 Momento

A investigação defensiva, nova forma de atuação, exige para a defesa uma proatividade a fim de oferecer maior e melhor condição na defesa de seu constituinte. Com o acréscimo do inciso XXXIII, no art. 7º da Lei 8.906/1999⁵, surge para o advogado ou defensor público a possibilidade de examinar em qualquer instituição responsável por investigação. Apesar de a investigação criminal poder dispensar a defesa técnica, todavia, não pode impedi-la, tanto na fase preliminar quanto na fase do processo.

Passou a ser direito do defensor constituído pelo investigado ter maior acesso aos autos do processo e ao trâmite procedimental. Houve uma mudança de paradigma podendo ser declarada a nulidade absoluta em sede de inquérito caso não seja concedida a permissão para a defesa assistir.

Aprovado o Provimento n. 188/2019, junto ao Conselho Federal da OAB, regulamentando o exercício da investigação defensiva, possibilita um aprofundamento dos fatos apresentados pela defesa e mais equilíbrio nas investigações. De acordo com Silva (2019, p. 463):

⁵ Estatuto da Advocacia e a OAB.

Temporariamente, podemos dividir a investigação defensiva em quatro momentos distintos: 1 – após o cometimento do delito e antes da investigação criminal; 2 – concomitante à investigação criminal; 3 – concomitante ao trâmite do processo penal em qualquer fase ou grau de jurisdição; 4 – após o trânsito em julgado do processo penal.

Dado o exposto, com esse Provimento n. 188/2019, a OAB fortalece a defesa, estabelecendo justeza no processo criminal para que o direito de defesa do investigado seja equilibrado, garantindo uma investigação igualitária.

3 METODOLOGIA

O presente artigo teve sua ordenação baseada em dados bibliográficos, com o apoio de referências teóricas publicadas em livros, doutrinas, jurisdição e leis específicas. Dentre as contribuições pesquisadas destacam-se as obras de autores como Lima (2016); Fuller, Junqueira e Machado (2016) e Silva (2019).

O domínio dos autores pesquisados foi de grande valia, visto que, por meio deles tornou-se possível o importante conhecimento sobre o objeto apurado, e sobre os avanços realizados, a respeito do nosso estudo.

Desta forma, a pesquisa metodológica bibliográfica contribuiu, diretamente, no desenvolvimento de uma análise com riqueza de detalhes, objetivando dar maior cognição e subsídio aos que observam a mesma temática.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos direcionamentos do que foi pesquisado, não há sustentação de a investigação criminal, no Brasil, continuar nos moldes de hoje: inquisitiva e acusatória. Nesse contexto, a OAB não poupou esforços para editar o Provimento 188/2016, dando à defesa possibilidade de uma investigação defensiva, direito comparado a países como Itália e Estados Unidos.

Conclui-se, então, que haverá uma equanimidade na investigação criminal, com o advento desse Provimento da OAB. Percebe-se, assim, a busca de paridade de armas entre acusação e defesa e deve ser visto como garantia fundamental do investigado.

REFERÊNCIAS

Brasil. (2017). Código de Processo Penal (1941). *Vade Mecum*. 10ª ed. Recife: Armador.

- Brasil. (2019). Constituição da República Federativa do Brasil (1988). *Vade Mecum*. 16ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Câmara, Guilherme Costa (2018). Colaboração premiada: instrumento político criminal orientado à redução da inerente opacidade do crime organizado. *De Jure*. ISSN 1809-8487. v. 17. n. 30. jan.-jun. p. 321-345.
- Colares, Barbara Rodrigues; Vieira, Artur Alves Pinho. (2020). A investigação criminal defensiva e seus reflexos no processo penal. *Revista Vianna Sapiens*. v.11. n.2. julho-dezembro, Juiz de Fora. ISSN 21773726. DOI: 10.31994/rvs.v11i2.695.
- Fontes, Irene Mendes; Gomes, Rickardo Léo Ramos (2019): “Colaboração premiada e benefícios”, *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*. julio. ISSN: 2254-7630.
- Fuller, Paulo Henrique Aranda; Junqueira, Gustavo Octaviano Dinis; Machado, Ângela C. Cangiano. (2016). Processo Penal: Direito Penal. *Revista dos Tribunais*. 14. ed. São Paulo. ISSN: 0034-9275.
- Lima, Marcellus Polastri. (2016). *Ministério Público e Persecução Penal*. 5ª. ed. Salvador: Juspodivm. ISBN: 9788544207215.
- Lima, Renato Brasileiro de. (2020). *Manual do Processo Penal*. 8ª. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm. ISBN: 9788544235010.
- Neves, Gabriel Freiria; Wiezel, Mariana Costa. (2018). A Prova Emprestada no Inquérito Policial. *Revista Reflexão e Crítica do Direito*, v. 6, n. 1, p. 127-141, jan./jun. ISSN 2358-7008.
- OAB. (2018). Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n. 8.906/94). *Diário Eletrônico – OAB*. Ano I. N.º 1. Brasília.
- Parreiras, Núbio Pinhon Mendes (2019). *Introdução às Prerrogativas do Advogado na Investigação Criminal*. São Paulo: Empório do Direito.
- Reis, G.; Nunes, R. (2019). Uma Teoria da Prática Policial Militar. *Revista do Instituto Brasileiro de Segurança Pública (RIBSP)* - ISSN 2595-2153, 2(4), 133-150. <https://doi.org/https://doi.org/10.36776/ribsp.v2i1.61>.
- Silva, Franklin Roger Alves. (2019). *Investigação Criminal Direta pela Defesa*. 14ª. ed. Salvador: Juspodivm. ISBN 978854422886.
- Silva, Marcos André Henrique da. (2013). *Poder de Investigação Direta pelo Ministério Público*. Fortaleza: Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.