



**SOCIEDADE METROPOLITANA DE EDUCAÇÃO, CULTURA E
TECNOLOGIA SÃO CARLOS
FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS - FAMESC
CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO**

ANTONIO CARLOS VEIGA DE FREITAS

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: UMA INVESTIGAÇÃO
IMPARCIAL PARA FINS PARCIAIS**

Bom Jesus do Itabapoana/RJ
2022

ANTONIO CARLOS VEIGA DE FREITAS

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: UMA INVESTIGAÇÃO IMPARCIAL
PARA FINS PARCIAIS**

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do Curso de Graduação em Direito, sob orientação do Prof. Me. Bráulio Brasil de Almeida e Coorientação do Prof. Dr. Tauã Lima Verdán Rangel, da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC.

Bom Jesus do Itabapoana/RJ
2022/1

FICHA CATALOGRÁFICA

Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC
Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves

F866i Freitas, Antonio Carlos Veiga de.
Investigação criminal defensiva: uma investigação imparcial para fins parciais. / Antonio Carlos Veiga de Freitas. – Bom Jesus do Itabapoana, 2022.
55 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Metropolitana São Carlos. Bom Jesus do Itabapoana, 2022.
Orientador: Braulio Brasil de Almeida.
Coorientador: Tauã Lima Verdun Rangel.
Bibliografia: 51-55.

1. Evolução do direito penal. 2. Paridade de armas. 3. Estado democrático de direito. 4. Investigação criminal defensiva. I. Faculdade Metropolitana São Carlos II. Título

CDD 345.8105

FOLHA RESERVADA A ATA DE DEFESA

FREITAS, Antonio Carlos Veiga. **Investigação Criminal Defensiva: Uma investigação imparcial para fins parciais.** 55 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Bacharelado em Direito. Faculdade Metropolitana São Carlos - FAMESC, 2022.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo realizar uma análise a partir da legislação que dispõe acerca da investigação criminal, os argumentos que inviabilizam a utilização do recurso pela defesa do acusado no ordenamento jurídico nacional. A partir da legislação que dispõe acerca da investigação criminal, quais são os argumentos que inviabilizam a utilização do recurso pela defesa do acusado? O Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução nº 181, de agosto de 2017, editou normas administrativas que regulamentam a tramitação e instauração da investigação criminal. Ocorre que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, também, disciplinou a matéria por meio do provimento 188/2018. Na prática, o provimento ministerial tem sido privilegiado com determinados poderes em que somente o servidor público detém, ao contrário do que se denota em relação ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o que implica, diretamente, no desequilíbrio da paridade de armas processuais. O trabalho a ser empreendido terá como métodos científicos estabelecidos o histórico e o dedutivo. Em razão dos objetivos enumerados e da proposta de sumário prévio, o método histórico terá cabimento na abordagem do processo de evolução do direito penal e suas aplicações ao longo da história. No que se refere ao segundo método, o dedutivo, este encontra aplicabilidade em razão da proposta de abordagem do tema, incidindo, para tanto, examinar a concepção contemporânea de processo penal. Ao descrever o instituto da investigação criminal em sede de ordenamento jurídico brasileiro, de maneira complementar, será empregada revisão bibliográfica; análises jurisprudenciais; além de artigos científicos específicos a respeito do assunto. O desenvolvimento do texto se deu dividido em cinco seções, sendo, introdução; capítulo I, abordando o Direito Penal em uma evolução histórica; capítulo II, discutindo o Processo Penal em uma perspectiva humanística; capítulo III, examinando os obstáculos e ruídos no reconhecimento da técnica de investigação criminal defensiva em prol da defesa do réu, e concluindo com a menção da democracia no Estado de Direito Penal.

Palavras-Chaves: Evolução do Direito Penal; Paridade de Armas; Estado Democrático de Direito; Investigação Criminal Defensiva.

FREITAS, Antonio Carlos Veiga. **Defensive Criminal Investigation: An impartial investigation for partial purposes.** 55 p. Completion of course work. Bachelor's degree in law. São Carlos Metropolitan College - FAMESC, 2022.

ABSTRACT

The present study aims to carry out an analysis, based on the legislation that provides for criminal investigation, the arguments that make it impossible to use the resource by the defense of the accused in the national legal system. Based on the legislation on criminal investigation, what are the arguments that make it impossible to use the resource for the defense of the accused? The National Council of the Public Ministry, through Resolution nº 181, of August 2017, edited administrative rules that regulate the processing and initiation of the criminal investigation. It so happens that the Federal Council of the Brazilian Bar Association also regulated the matter through provision 188/2018. In practice, the ministerial appointment has been privileged with certain powers that only the public servant holds, contrary to what is indicated in relation to the Federal Council of the Brazilian Bar Association, which directly implies an imbalance in the parity of arms. procedural. The work to be undertaken will have historical and deductive scientific methods established. Due to the enumerated objectives and the proposal of a preliminary summary, the historical method will have a place in the approach of the process of evolution of criminal law and its applications throughout history. Regarding the second method, the deductive one, it finds applicability due to the proposed approach to the theme, focusing, therefore, on examining the contemporary conception of criminal procedure. When describing the criminal investigation institute in the Brazilian legal system, in a complementary way, a bibliographic review will be used; jurisprudential analysis; in addition to specific scientific articles on the subject. The development of the text was divided into five sections, being, introduction; chapter I, approaching Criminal Law in a historical evolution; chapter II, discussing the Criminal Procedure in a humanistic perspective; chapter III, examining the obstacles and noises in the recognition of the technique of defensive criminal investigation in favor of the defense of the defendant, and concluding with the mention of democracy in the State of Criminal Law.

Keywords: Evolution of Criminal Law; Arms Parity; Democratic state; Defensive Criminal Investigation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

LC - Lei Complementar

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

PMDB - Partido do Movimento Democrático Brasileiro

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

Resumo

Abstract

Lista de Abreviatura e Siglas

INTRODUÇÃO	9
1. O DIREITO PENAL EM UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA	12
1.1. O direito penal como vingança privada	12
1.2. O direito penal como vingança divina	14
1.3. O direito penal como monopólio de atuação do estado	17
2. O PROCESSO PENAL EM UMA PERSPECTIVA HUMANÍSTICA	20
2.1. A cláusula do devido processo legal como fundamento do processo penal.....	20
2.2. O trinômio ampla defesa, contraditório e paridade de armas processuais como mecanismos de salvaguarda do direito do réu	25
2.3. O processo penal como instrumento de promoção da busca da verdade real...	29
3. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA? OBSTÁCULOS E RUÍDOS NO RECONHECIMENTO DA TÉCNICA EM PROL DA DEFESA DO RÉU	34
3.1. A investigação criminal em delimitação.....	34
3.2. Dois pesos, duas medidas: o tratamento jurídico da investigação criminal para o ministério público e para a defesa	37
3.3. Um cenário de nebulosidade: o provimento do CFOAB nº 188/2018.....	41
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

O direito penal brasileiro foi formado por uma consequência evolutiva histórica baseada em regras fundadas para determinados grupos que conviviam em sociedade. Nos dias de hoje, este ordenamento jurídico é constituído sob uma concepção democrática do Estado de Direito e fundamentado em princípios que obedecem aos dizeres da Carta Magna. Para que a democracia se mantenha reconhecida e respeitada, são impostas normas aos cidadãos com o objetivo de defender o bem jurídico de cada um e, caso não haja cumprimento, haverá punições previstas em lei. Apenas o Estado gozará do mencionado poder de punir, tendo esta função como seu monopólio e com a finalidade de resguardar as garantias constitucionais.

A finalidade deste trabalho é discutir a possibilidade de o acusado exercer uma espécie de investigação criminal defensiva no processo penal brasileiro, a fim de que haja certo equilíbrio ao direito de defesa em face da investigação criminal tradicional conduzida pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária, os quais detêm sua atividade investigativa prevista na Constituição Federal.

Este tema, atualmente, representa um grande interesse dos operadores do Direito, especialmente após o Provimento 188/2018, único regulamento até o momento em que prevê o exercício investigativo feito pelo Advogado ou Defensor Público. Ora, é evidente a necessidade de implantação da paridade de armas no âmbito de busca probatória, com isso a defesa poderá gozar das mesmas forças da parte acusatória. Para que se entenda o assunto de forma completa, serão trazidas noções históricas que contribuíram para a criação do direito democrático.

O princípio da dignidade da pessoa humana irá servir como espelho para todos os outros princípios e para as demais legislações. Logo, o Direito penal tem o dever de seguir na mesma linha do super princípio constitucional. Uma dessas grandes referências seria o princípio do devido processo legal, em que estabelece o contraditório e a ampla defesa, princípios que se complementam entre si, dando oportunidades iguais para as partes processuais. Dessa forma, fazendo com que o sistema acusatório se aproxime cada vez mais na aplicação do Direito, ou seja, separações de funções claras entre o agente julgador, acusador e defensor.

No segundo capítulo, abordar-se-á que o contraditório e a ampla defesa farão com que a paridade de armas seja alcançada no processo judicial, dando uma certa

segurança de justiça para que nenhuma das partes saia prejudicada por um ato não previsto em lei. A busca da verdade incontestável ocorrida no ato criminal se valerá de mecanismos investigativos. Há certa discussão sobre o princípio da verdade real em sua forma literal, pois a busca da verdade descontrolada sem obedecer às regras processuais penais, eventualmente, poderá acarretar em nulidades. O sistema inquisitivo tem como característica a produção de provas empreendida de ofício pelo juiz. No entanto, faz com que ocorra um desvio de função do magistrado de julgar para que possa acusar, ou seja, não agir, nesse caso, com imparcialidade na persecução penal.

A Constituição da República, por sua vez, institui o sistema normativo brasileiro como acusatório, no entanto, as leis infraconstitucionais não seguem integralmente a mesma linha. O Código de Processo Penal traz a possibilidade de o agente julgador buscar de ofício provas que convém interessantes ao processo, em conjunto, há também decisões do Supremo Tribunal Federal que entendem que tal ato seria constitucional.

A Advocacia está em constante mutação ao longo dos anos, no entanto, a defesa principalmente logo após a publicação do Provimento nº 188/2018, do Conselho Federal da OAB, está repelindo cada vez mais a forma padronizada e antiquada em que se trabalhava. Assim, é verificada a passividade em rebater as provas e os fatos que surgiam ao longo do processo por meio da polícia, Ministério Público e da criticável atuação de alguns magistrados na persecução penal. É fundamental que os Advogados Criminalistas também ataquem e não fiquem apenas defendendo suas teses. A defesa detém a importante missão de produção probatória, tomando todas as medidas cabíveis em favor do direito do acusado.

Exige-se, assim, iniciativa, sem limitações para contestar as provas criadas pela parte oposta, trabalhando dentro da forma legal e de maneira técnica. Quando bem aplicada, a investigação criminal defensiva pode interferir no prazo e cumprimento de pena de um réu, reconhecendo se aplica ao caso uma qualificadora ou uma privilegiadora, se é passível de atenuante, agravante, causa de diminuição ou aumento de pena, e não menos importante, se um investigado inocente será absolvido ou condenado.

O assunto ainda é pouco abordado no direito brasileiro, enquanto a investigação do órgão acusador é a que sempre ganhou mais destaque das mídias, jurisprudências e doutrinas, com a alta quantidade de livros de Direito Penal e Direito

Processual Penal, nos quais se tem como seus escritores, muitas das vezes, Procuradores da República, Promotores de Justiça ou Juízes com um pensamento mais punitivista. De outra sorte, a minoria dos livros de direito penal é escrita por Advogados ou Defensores Públicos. A preocupação do Brasil em garantir o direito de defesa do acusado na fase de investigação preliminar é bem pequena quando comparada aos países mais desenvolvidos.

O terceiro tópico irá trazer as principais diferenças da condução investigativa penal exercida pelo Advogado ou Defensor Público comparada com a forma a ser conduzida pelo juiz, polícia e, especialmente, pelo Ministério Público. Isso porque o Promotor de Justiça é a principal figura da parte acusatória na persecução penal, logo, é amparado com poderes coercitivos e outros favorecimentos que somente a autoridade pública detém.

O desequilíbrio processual se transparece desde a fase de inquérito policial, não permitindo que a defesa trabalhe ativamente em suas teses e argumentos. Essas discussões fizeram com que o Projeto de Lei nº 8.045/2010 chegasse ao Senado, a fim de que tal possibilidade integre a legislação, especialmente quanto às discussões acerca do novo Código de Processo Penal, cujo projeto traz, expressamente, de forma inédita, a atividade investigativa defensiva.

1 O DIREITO PENAL EM UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A espécie humana vem evoluindo em todos os aspectos desde o seu começo. O dom exclusivo chamado “razão” foi atribuído à humanidade e a mais nenhum outro tipo de animal. Assim, é da natureza do homem raciocinar e se organizar em grupos sociais. Entretanto, esses agrupamentos nem sempre foram pacíficos, isso porque o homem tende a expressar sua outra característica instintiva animal, tornando-o agressivo. (DUARTE, 2009)

Com o passar do tempo, o homem foi se moldando cada vez mais a viver em grandes sociedades, e com isso foi preciso estipular regras estabelecidas para a coletividade com o objetivo de proteger o direito de cada indivíduo, as quais, posteriormente, foram denominadas como bens jurídicos. Tal fato desencadeou o surgimento de novas legislações escritas, tendo como um dos exemplos o Código de Processo Penal. (DUARTE, 2009)

1.1 O DIREITO PENAL COMO VINGANÇA PRIVADA

A vingança privada, diante da extensa história, não é um ato moderno do ser humano, pelo contrário, foram formas empregadas já na Idade Antiga, período este entendido como o momento em que a escrita começou a ser desenvolvida (por volta de 4.000 a 3.500 a.C.), e que perdurou até a queda do Império Romano ocidental (cerca de 476 d.C.), logo após, dando início à Idade Média no século V. (CALDEIRA, 2009)

No entanto, Caldeira (2009) afirma que esta punição direta era exercida por pessoas ou grupos para punir determinado indivíduo que infringiu os costumes da época. Logo, a equidade e a proporcionalidade não eram firmadas com tanta seriedade, pois não havia um órgão estatal para controlar quais medidas eram cabíveis para determinados atos.

O ser humano com seu instinto de se proteger e de proteger os seus entes de outro indivíduo, impondo sua força física, fez com que surgisse o ato de vingança privada. As sociedades daquele tempo eram formadas, basicamente, em clãs, famílias, bandos e tribos, em que cada grupo deste guardava suas crenças e

costumes, logo, cada um deles também tinha suas diferentes formas de se punir. (CALDEIRA, 2009)

Na Idade Antiga, além da nomeada vingança privada, existia também outra forma de medida punitiva, que é a reação social, que é uma vingança social, de reação da coletividade ordenada e exercida em grupos, em que poderia ocasionar até o banimento e expulsão de alguns integrantes, ato conhecido como “perda da paz”, pois o desafeto ficava indefeso e vulnerável para os demais grupos rivais. Já a vingança privada é uma sanção de desavenças particulares, exercida pelo próprio ofendido, ainda que para proteger seus semelhantes. (SOUZA, 2018)

No entanto, com a evolução do homem, aquelas atitudes instintivas de puro ódio estavam incomodando alguns homens da tribo, em que estavam sendo julgadas as sanções como desproporcionais à ofensa. Após causar vários desentendimentos e conflitos por causa dessa falta de equilíbrio, surge uma nova medida que visa limitar o poder de punir: a Lei do Talião. (ASSIS, 2018)

A mencionada lei tem sua origem do latim *talis*, tendo sua tradução para “tal qual”, surgindo no Código de Hamurabi, por volta de 1772 a.C., e criada pelo rei Hamurabi que de forma escrita em pedras estabeleceu a norma na região da antiga Mesopotâmia. Em seu teor, o código continha 282 artigos, onde abordavam assuntos de propriedade, família, trabalho, escravidão e crimes, como:

218 - Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos.”

219 - Se o médico trata o escravo de um liberto de uma ferida grave com a lanceta de bronze e o mata, deverá dar escravo por escravo.”

229 - Se um arquiteto constrói para alguém e não o faz solidamente e a casa que ele construiu cai e fere de morte o proprietário, esse arquiteto deverá ser morto.”

230 - Se fere de morte o filho do proprietário, deverá ser morto o filho do arquiteto. (SOUZA, 2018, p.25)

Esta lei ficou marcada pelo seu emblema impactante: “Olho por olho, dente por dente”. Aludida lei era conhecida também como “Lei da Retaliação”, que é considerada como um instrumento mediador da pena, visando aplicar, na mesma proporção, uma sanção baseada em seu ato julgado como ofensivo. (ASSIS, 2018). Segundo Souza (2018), é de se entender que aqui foi a primeira aparição do princípio da proporcionalidade, entre a sanção e o crime, mesmo que ainda em um aspecto

exagerado e que também é encontrada em várias escrituras antigas como na Lei das XII tábuas dos romanos e o Antigo Testamento do Êxodo dos hebreus.

No Antigo Testamento, no livro do Êxodo encontra-se citações, tais como: “alma por alma, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, chaga por chaga, equimose por equimose”. Em mesmo contexto, os romanos com a Lei das XII Tábuas traziam: “Aquele que intencionalmente incendiou uma casa ou um monte de trigo perto de uma casa, seja fustigado com varas e em seguida lançado ao fogo.” (SOUZA, 2018, p.20)

Atualmente, apenas o Estado possui a autonomia de penalizar alguém, como é expressa no Código Penal vigente:

Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:
Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. (BRASIL, 1940)

Afastando assim, a possibilidade de o indivíduo fazer justiça com as próprias mãos. Anteparo importante para o acusado, em que busca proteger sua integridade para não ser julgado injustamente, pois o mesmo não é dado como culpado até o trânsito em julgado com todas as provas já explícitas, prevalecendo o princípio da inocência: “Art 5º, LVII, CF - “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1988)

No entanto, Higa (2017) afirma que muitos ainda são a favor desse tipo de vingança, talvez por achar que a justiça oferecida pelo Estado é lenta e burocratizada, mas é a forma que até então trouxe mais segurança jurídica para o processo penal.

1.2 O DIREITO PENAL COMO VINGANÇA DIVINA

A vingança divina foi uma das formas mais antigas de se fazer justiça com as próprias mãos, ou seja, sanções ordenadas pelo homem em nome de um Deus. Era temida por todos, pois além de sofrer a punição imposta na terra, também se acreditava que poderia ser punido após a morte. (DAHER, 2012)

Os lesados pelo violador da lei, neste momento do Direito Penal, são em totalidade as entidades divinas ou seres sobrenaturais, que comumente eram denominados como tabus ou totens, podendo ser de forma direta ou até mesmo de forma indireta. Tinha-se um representante divino que, normalmente, seria um sacerdote, em que a sociedade se agrupava em torno, pois o representante seria o intermediário do ser divino e o homem. (ASSIS, 2018)

O infrator da norma divina tinha que ser punido pela própria sociedade em que vive, de forma que todos os “pecados” que os membros da sociedade recebessem fossem ali perdoados. Assis (2018) ensina que os totens e tabus descritos são figuras constantes em tipos de pena. Era de costume os totens se apresentarem com aparências de animas, símbolos, objetos e vegetais. Segundo o supracitado autor, eram estátuas de vegetais ou animais em que os indivíduos eram ligados por essa terceira figura e conectados com o divino, e possibilitava a punição do infrator do tabu, termo este que significa “sagrado e misterioso”. (ASSIS, 2018)

Deste modo, fica claro que a religião teve o grande papel de influenciar o homem durante toda a sua história, e que não foi diferente com suas leis. O código de Hamurabi, já mencionado, teve a religião como fundamento para seus princípios basilares, o que ocorre também nas sociedades do oriente antigo, Índia, Babilônia, Israel, China, Egito, Pérsia e etc. (DAHER, 2012)

O código de Manu é um dos principais exemplos de normas com fundamentos religiosos, criado na Índia e denominado por *Leis de Manu* e no direito indiano dito como *Mânava-Dharma-Sâstra*, significando *Livro da Lei de Manu*. Daher (2012) explica que os povos antigos fundaram o código com o intuito de estabelecer todas as condutas religiosas e civis dos indivíduos, determinando suas condutas até o fim de sua existência.

Tinham regras para todas as cerimônias e rituais religiosos, como de abstinência e purificação, ética e moral, leis para o comércio, arte e até mesmo política. As consequências eram expressas com a pena e também as recompensas divinas para quem fielmente obedecesse às normas implementadas. Exemplos e alguns artigos do código:

Art. 34 - “Um bem perdido por alguém e encontrado por homem a serviço do rei, deve ser confiado a guarda de pessoas especialmente escolhidas; aquele que o rei surpreender furtando este bem, que ele o faça esmagar pelos pés do elefante”.

Art. 35 - “Quando um homem diz a verdade:” Esse tesouro me pertence”, e quando ele prova o que declara, o tesouro, tendo sido achado quer por este mesmo homem, quer por outro, o rei deve tomar a sexta parte ou a décima segunda parte conforme a qualidade deste homem”.

Art. 36 - “Mas aquele que o declarou falsamente deverá ser submetido à multa da oitava parte daquilo que ele possui, ou pelo menos condenado a pagar uma quantia igual a uma fraca porção deste tesouro depois de o ter contado”. (DAHER, 2012, p.6)

Na Idade Média, a chamada *Ordália* era basicamente a interpretação das formas implementadas para uma sanção divina. Daher (2012) sustenta que na *Ordália* o indivíduo era submetido a uma prova, onde sua inocência ou culpa iria se firmar com o resultado de morte ou não. São alguns exemplos das provas exigidas:

A prova da água desenvolvia-se sob duas maneiras: o acusado era imerso em água parada, lago ou corrente, observando-se se afundava ou flutuava; ou tinha a obrigação de atravessar a nado um rio ou trecho de mar perigoso por causa dos monstros ali encontrados (Índia, Oceania, Negros Africanos, dentre outros). A *Ordália* da água consagrada encontra afinidade na prova da água amarga em uso junto aos hebreus e ao amplo uso de água santa que na execução do juízo de Deus, era feita nos primeiros ritos eclesiásticos.

A prova do fogo, o acusado é constrangido a passar de pé descalço sobre lenha acesa, ou a pegar nas mãos um pedaço de carvão ardente, ou a tocar algumas chamas. Deriva desta, a prova do ferro, que se passa ardente sobre as mãos, ou perna, ou sobre os lábios ou língua do homem suspeito ou culpado.

Já a prova do veneno era frequentemente usada entre os povos selvagens, como no Congo, onde o veneno é extraído de uma planta; o mesmo ocorre em Tangânica, e pelos caraíbas, e encontram-se também no Japão. (DAHER, 2012, p.7)

Nessas ocasiões acontecia o denominado juízo divino, temido por todos os infratores que soubessem que eram culpados. As sanções impostas aos povos antigos utilizando veneno, ateando fogo e dentro da água, era os métodos mais comuns na vingança divina. Daher (2012), também sustenta que a sentença dada ao indivíduo que infringiu a regra era a depender do resultado da prova, em que poderia sobreviver ou não.

1.3 O DIREITO PENAL COMO MONOPÓLIO DE ATUAÇÃO DO ESTADO

O Estado brasileiro é uma instituição organizada jurídica, política e socialmente, em um território determinado, regido por uma Constituição escrita e rígida que dita os princípios do ordenamento jurídico, logo, gerida por um governo soberano. (CRUZ, 2012). O Direito Penal pode ser idealizado sob diversas perspectivas, dependendo de qual sistema político um Estado soberano administra suas relações entre os cidadãos que integram uma sociedade, e o modo como é exercido o poder sobre os mesmos. Dessa forma, o Direito Penal pode ser constituído através de uma concepção totalitária ou autoritária de Estado como forma de controle social legitimado e limitado através do consenso conquistado entre os indivíduos de uma certa sociedade. (BITENCOURT, 2021, p.50)

A formalização do Direito Penal tem lugar por meio da vinculação com as normas e objetiva limitar a intervenção jurídico-penal do Estado em atenção aos direitos individuais do cidadão. O Estado não pode (a não ser que se trate de um Estado totalitário) invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, ainda e quando haja praticado algum delito. Ao contrário, os limites em que o Estado deve atuar punitivamente devem ser uma realidade concreta. Esses limites referidos materializam-se através dos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade etc. Assim, o conceito de prevenção geral positiva será legítimo “desde que compreenda que deve integrar todos estes limites harmonizando suas eventuais contradições recíprocas: se se compreender que uma razoável afirmação do Direito Penal em um Estado social e democrático de Direito exige respeito às referidas limitações. (BITENCOURT, 2021, p.55)

Pode-se considerar que, no Brasil, o Direito Penal é estruturado e constituído sob uma concepção democrática do Estado de Direito, fazendo referência ao sistema político implementado pela Carta Magna. Submetendo ao exercício do *ius puniendi*, colocando a norma penal a serviço das necessidades da sociedade, respeitando e seguindo todos os princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988. (BITENCOURT, 2021, p.50)

Um dos principais deveres estatais é regular as condutas dos indivíduos por meio de normas diretas, de forma que sem elas seria praticamente impossível a convivência em sociedade. Entretanto, as normas não somente servem para garantir que os direitos dos cidadãos sejam respeitados, mas também resguardar o próprio poder do governo. (CRUZ, 2012)

Segundo Batista (2016), para que a finalidade estatal seja alcançada, os cidadãos dispõem de certa parte de sua liberdade, a fim de gozarem de seus direitos com mais segurança. A necessidade de regras legais é justificada na ideia de que as pessoas, naturalmente, detêm pensamentos distintos e inclinados ao benefício próprio. Já a sociedade, em sentido contrário, possui necessidades e fins coletivos, onde teoricamente todos são tratados de forma igualitária.

De forma diversa das normas religiosas e morais, a norma jurídica abrange a conduta externa da pessoa, obrigando-a que faça ou deixe de fazer alguma coisa, delegando obrigações, reponsabilidades e direitos. Entretanto, o seu descumprimento, conseqüentemente, irá gerar sanções específicas. Deste modo, a lei é o instrumento imposto pelo Estado para que se mantém o equilíbrio social e a harmonia entre os cidadãos, conseguindo limitar certas condutas dos mesmos. (CRUZ, 2012)

A pretensão do sistema penal é de ser democrático, de modo a efetivar um tratamento igualitário aos cidadãos, baseando-se somente no fato ocorrido de um suposto delito. Com este atributo indelegável de reger os atos dos indivíduos, o Estado, então, detém o título de garantidor da justa ordem social, atribuindo-se o monopólio da sanção penal, e consagrando-o como único titular do direito de punir. O Estado faz jus à prerrogativa de suplantar a sua força naqueles que negarem a obedecer às normas jurídicas penais. (TUPINAMBÁ, 2017)

Destarte, o Direito Penal possui uma função pública e com o objetivo de proteger os valores fundamentais, estes que são considerados os mais importantes de uma sociedade, denominados bens jurídicos penais (vida liberdade, integridade física, propriedade, honra e etc.). Logo, ultrapassada a época da vingança privada, apenas o Estado detém o direito subjetivo público de punir, tendo como seu monopólio e constituindo a sua soberania. (BATISTA, 2016)

Em uma breve análise sobre o *ius puniendi*, expressa o autor:

- a) prerrogativa do ente estatal no desempenho do seu papel de garantidor da ordem pública e do equilíbrio social;
- b) implicação lógica da atividade de reger condutas humanas no corpo social;
- c) poder sustentado na coercitividade e exercido por meio da jurisdição.

Esse direito é, a princípio, abstrato, mas, no momento em que é cometida determinada conduta reprovada, adquire concretude. O poder, outrora genérico, transforma-se em uma pretensão

individualizada, dirigida pela autoridade contra o indivíduo que praticou o ato reprovável. Significa dizer que, com a conduta, o direito abstrato de punir transforma-se em direito concreto de punir. Entretanto, o Estado apenas poderá infligir sanção ao violador da norma penal após comprovação de sua responsabilidade. Tal comprovação ocorre, num Estado de Direito, somente após a instauração de um processo e a decisão de um órgão investido de jurisdição, isso em razão da indispensabilidade do controle jurisdicional para a imposição de pena na esfera penal (*nulla poena sine iudicio*). (BATISTA, 2016, p.37)

Segundo Batista (2016), a denominada jurisdição consiste em uma das mais expressivas atuações do poder estatal, com a autonomia de impor suas regras e decisões, tomando para si a responsabilidade *jurisdictio* (poder, atividade e função), e o encargo de “dizer o direito”. Nela, ocorre a *lide*, que é um conflito de interesses no processo, em que o Estado será um terceiro imparcial com a função de dizer o direito imperativamente, efetivando, protegendo e reconhecendo casos jurídicos concretamente deduzidos.

Nesse sentido, Bitencourt (2021) afirma que o monopólio jurídico-penal estatal deve contar, absolutamente, com limites ou freios que protegem os intangíveis direitos fundamentais individuais. Modelo este que caracteriza a aplicação do Direito Penal sob domínio de um Estado democrático e pluralista. A ideia de liberdade e igualdade resgatada do Iluminismo trouxe ao Direito Penal uma imagem menos cruel e mais formal do que aquela que o Estado Absolutista mantinha, impondo condições à intervenção do Estado nas liberdades particulares.

Os Códigos Penais dos Estados democráticos, em sua maioria, resguardaram muitos destes princípios limitadores, previstos em suas constituições, garantindo fielmente o respeito a todos os direitos fundamentais individuais. (BITENCOURT, 2021, p.56). Princípios estes, que podem ser encontrados no preâmbulo do texto constitucional, em que abordam a igualdade, liberdade e justiça, ou seja, orientando todo o sistema normativo, inclusive as interpretações das demais leis infraconstitucionais, como a matéria penal. (BITENCOURT, 2021, p.57)

2 O PROCESSO PENAL EM UMA PERSPECTIVA HUMANÍSTICA

O Estado democrático de direito abrange os diversos aspectos da atuação humana com base em seus princípios. No que se refere ao direito penal, há um super princípio a orientar que regula o sistema integralmente, construindo um Direito Penal democrático. Trata-se do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º inciso III, da atual Constituição Federal. O seu valor é definitivamente incontestável, onde nenhuma decisão jurídica poderá contesta-lo. A dignidade humana é a base de todos os princípios penais constitucionais. Não tratando o ser humano como uma coisa, mas sim como uma pessoa passível de direitos. (ROCHA, 2012)

No presente capítulo, pretende-se construir uma análise acerca da grande importância do princípio do devido processo legal no direito brasileiro, e sua formação até chegar nos modelos atuais. Tendo como uma de suas bases a ampla defesa e o contraditório, garantias constitucionais que fazem com que os direitos das partes processuais sejam protegidos e respeitados para que a tão almejada paridade das armas seja conquistada. Sendo que o poder de punir do Estado seja essencialmente de forma objetiva, ponderada e minuciosa quando estiver exercendo o *jus puniendi*. Tornando o direito penal em um instrumento da busca da verdade real, ou seja, não poderão ser admitidos erros no processo penal, exclusivamente por ser tratar de matéria de “*ultima ratio*”. (JESUS, 2009)

2.1 A CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO FUNDAMENTO DO PROCESSO PENAL

O aclamado princípio do devido processo legal teve origem na Inglaterra no século XIII, através da Carta Magna de 1215, escrita por João Sem Terra, em seu artigo 39. O mencionado princípio conceituava-se a dizer que nenhum cidadão poderia perder seus bens ou ser preso perante o Estado sem o uso do devido processo legal, em que, a grosso modo, era entendido na época como um julgamento imposto por um julgador imparcial com base na legislação vigente. Logo, o devido processo legal surge em consequência de uma manifestação da nobreza inglesa em face de seu Rei,

que ameaçado pelos nobres, abdicou de uma significativa parte de seu poder depois da edição da Carta Magna. (SANTIAGO NETO, 2016)

Portanto, criou-se com a expressão *law of the land*, com o objetivo de limitar mais as ações reais, em que se expressava:

Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquomodo destruetur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre - Tradução: Nenhum homem livre será capturado, ou levado prisioneiro, ou privado dos bens, ou exilado, ou de qualquer modo destruído, e nunca usaremos da força contra ele, e nunca mandaremos que outros o façam, salvo em processo legal por seus pares ou de acordo com as leis da terra. (SANTOS, 2019, p.10).

De um simples conceito de limitação das ações reais, com o passar do tempo, tornou-se a garantia suprema das liberdades fundamentais da coletividade e do indivíduo. Santos (2019) aborda que durante o império de Eduardo III, em 1354, na Inglaterra, com a edição do parlamento inglês, ocorreu a troca do termo *law of the land* para *due process of law*. Tornando o Parlamento como um símbolo da garantia e liberdade dos direitos fundamentais. Fazendo com que a cláusula do termo *due process of law* migra-se para as respectivas colônias inglesas norte americanas.

Desse modo, com o passar de mais de oito séculos desde a Carta de 1215, o Estado brasileiro com a Constituição Federal de 1988 referenciou a redação criada pela Carta Magna inglesa de João Sem Terra. Em seu artigo 5º, inciso LIV, a Constituição expressa que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Mantendo, assim, praticamente o mesmo texto da carta inglesa e ganhando um enorme valor jurídico. (SANTIAGO NETO, 2016)

Dessa feita, para que o processo possa ser chamado de devido, as atribuições dos sujeitos devem ser claramente distinguidas, em que, respectivamente, uma parte acusa, a outra parte defende e logo após um terceiro imparcial irá julgar, constituindo, assim, o chamado modelo “acusatório”. Utilizando sempre a presunção de inocência, que é regra para o procedimento de norma probatória, norma de juízo e de julgamento, oportunizando as partes a terem iguais condições ampla defesa e o exercício do direito do contraditório. (SANTIAGO NETO, 2016)

Segundo Lopes Junior (2021), o sistema acusatório prevaleceu até o final do século XII, logo depois, foi substituído aos poucos pelo modelo inquisitório que predominou até meados do século XVIII (até parte do século XIX em alguns Estados).

O sistema inquisitório ou inquisitivo tem origem Romana, é lembrado pelo afastamento do contraditório e da ampla defesa e a confusão dos métodos para acusar, defender e julgar. Dando um protagonismo ao juiz inquisidor, podendo determinar de ofício a produção probatória em qualquer curso do processo independentemente de requisição de terceiros. O processo é sigiloso, tendo a tortura como uma das formas mais frequentes para obtenção da “confissão”, e podendo prender provisoriamente o acusado sem qualquer fundamento. (PEREIRA, 2019)

Foi instituído o Tribunal da Inquisição, ou denominado também como Santo Ofício, para combater a heresia e, conseqüentemente, tudo o que fosse diverso sobre a Igreja Católica. De início, os fiéis mais confiantes eram convocados sob juramento a comunicar todos atos que seriam considerados contra as regras para o julgador, o mesmo que iria investigar o fato. Características essas do sistema inquisitório, pois acumula poderes instrutórios de buscar as provas e julgar a partir da prova criada. (LOPES JUNIOR, 2021, p. 44)

Lopes Junior (2021) afirma que o modelo inquisitório foi desmoralizado definitivamente, sobretudo, por se tratar de um erro psicológico, ou seja, confiar que um único sujeito possa ter atribuições de funções tão incompatíveis como: acusar, defender, investigar e julgar. Ocorrendo uma clara violação ao princípio *ne procedat iudex ex officio*, logo o juiz podendo atuar sem prévia invocação (de ofício).

Já o sistema acusatório, que teve sua origem no direito grego, caracteriza-se em clara separação de funções de acusar e julgar, tendo como a iniciativa de produção de provas entre a acusação e a defesa, e mantendo o juiz (julgador) apenas como um terceiro imparcial e afastado da busca probatória de ofício. Logo, o direito não pode ser aplicado conforme na Idade Média, o sistema processual deve firmar a garantia do contraditório e a eficácia da ampla defesa que somente o modelo acusatório-democrático poderá proporcionar. (LOPES JUNIOR, 2021, p. 47)

Nesse sentido, assevera Pereira:

Os principais pontos de destaque se dão pela separação das prerrogativas de acusar, defender e julgar, conferindo tais atuações a diferentes pessoas, bem como pela gestão da prova, que fica adstrita às partes, reforçando o princípio da inércia do julgador. Ademais, o sistema acusatório apresenta como características a prerrogativa de a acusação dar início ao processo, o estabelecimento de debate entre acusação e defesa, o tratamento do acusado como sujeito de direitos e não objeto do processo, a publicidade dos atos processuais praticados, a necessidade de fundamentação das decisões proferidas

pelo judiciário, bem como a possibilidade de recursos. (PEREIRA, 2019, p. 27)

Contudo, Pereira (2019) expressa que um Estado pode se dizer totalmente democrático quando é formado pelo sistema acusatório, sendo previsto e respeitado o devido processo legal, o processo em sua integridade é público, transparência esta que é indispensável para a segurança jurídica. Com o passar do tempo, fez com que o sistema acusatório e o sistema inquisitivo se alternassem sem repelir um ao outro, criando-se um terceiro modelo após a revolução francesa com Código Napoleônico de 1808. Para Napoleão, não era opção “abrir mão” de todo o seu controle diante do processo penal, entretanto, não poderia também manter o modelo inquisitorial, pois as ideias eram totalmente opostas aos revolucionários franceses em 1789. (SANTIAGO NETO, 2016)

Foi, então, criado o chamado “Sistema Misto”, contendo duas fases no processo: a fase processual (sistema acusatório) e a fase pré-processual (sistema inquisitório). Há certa confusão aqui, pois muitos doutrinadores consideram que o sistema brasileiro seria regido pelo modelo acusatório já que a Constituição Federal de 1988 traz expressamente a separação entre o órgão julgador e a acusação, a presunção de inocência, o contraditório, a ampla defesa, publicidade e etc. (ARRUDA, 2014)

Todavia, existem outros pensamentos quanto ao Estado brasileiro, o qual aderiu o sistema misto, pois o Código de Processo Penal prevê a obtenção das primeiras provas pelo Delegado, através do inquérito policial, e que, nesta fase processual, ocorrerá a ausência do contraditório e da ampla defesa, será escrito, sigiloso e etc. Somente depois, com ação processual penal em juízo, passarão a ser estabelecidos os princípios constitucionais mencionados, e consequentemente migrando para o acusatório. (ARRUDA, 2014)

E há vertentes também que dirão que o sistema prevalecido no direito brasileiro é o inquisitório, visto que o Código de Processo Penal foi formulado na vigência da ditadura em pleno Estado Novo de Getúlio Vargas (1937-1945), sendo datado em 1941. Teve, também, uma grande referência no *Codice di procedura penale*, Código de Processo Penal da Itália, de 1939, firmado por Rocco em um regime fascista de Mussolini, implantando o autoritarismo e optando ao sistema inquisitorial. (ARRUDA, 2014)

Após o domínio da ditadura na América Latina desde meados dos anos 1960, os Estados latino-americanos transitaram por uma obrigatória transformação infraconstitucional e constitucional. O que foi feito na Argentina em 1991, Costa Rica em 1996, El Salvador em 1996, Guatemala em 1992, Bolívia em 1999, Paraguai em 1998, Venezuela em 1998 e Honduras em 1999. Contudo, o Código de Processo Penal brasileiro vigente desde 1941 se vê ultrapassado em relação a sua reforma que não caminha simultaneamente com os dizeres da Constituição. (BRANDINO, 2021)

Desse modo, foi apresentada a proposta para uma reforma do código no Senado em 2009, pelo à época Senador José Sarney (PMDB-AP). O novo texto é composto por 827 artigos, sendo dezesseis a mais do que o código vigente. E somente com um novo CPP poderá excluir os traços inquisitivos guardados, e definitivamente, ser implementado o pleno sistema acusatório. (BRANDINO, 2021)

O artigo 3º-A, do atual CPP, diz que: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 1941). Constituindo aqui de forma expressa o sistema acusatório no atual código, em que seria compatível integralmente com a Constituição, no entanto, foi suspensa por decisão liminar em janeiro de 2020 pelo ministro e atual presidente do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux. (BRANDINO, 2021)

Contudo, Santiago Neto (2016) concorda que o devido processo legal, ao passar praticamente oito séculos de sua história, passou por várias modificações e recebeu contornos importantes dos tratados internacionais de direitos humanos, que se ajustaram para a construção do direito penal que temos na atualidade.

Assim, vislumbra-se a conquista de vários direitos fundamentais do acusado na fase de ação processual penal como a ampla defesa e o contraditório, a mencionada presunção de inocência, e a separação das funções dos sujeitos processuais (julgar, acusar e defender). Entretanto, a o direito brasileiro carece de um Novo Código de Processo Penal, no qual implementaria um sistema acusatório sem incertezas e que andaria de “mãos dadas” com a democrática Constituição Federal. (SANTIAGO NETO, 2016)

2.2 O TRINÔMIO AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E PARIDADE DE ARMAS PROCESSUAIS COMO MECANISMOS DE SALVAGUARDA DO DIREITO DO RÉU

A defesa não tinha uma real importância nos séculos passados, o que ocasionou manifestações dos filósofos iluministas. No entanto, em 12 de junho de 1776, a Declaração de Direitos de Virginia, em seu artigo 10, defendeu que todos os acusados que fossem processados criminalmente tivessem o direito de se defender. Logo após, o mesmo direito foi estabelecido na Constituição Americana em 1787, em que foi parâmetro de modelo legislativo internacionalmente. (GABRIEL, 2008)

No Brasil, já em sua primeira Constituição em 1824, foi estabelecido em seu texto o direito do contraditório e da ampla defesa. Atualmente, os princípios da ampla defesa e do contraditório se complementam e possuem fundamentações constitucionais expressas no rol de direitos e garantias fundamentais, especificamente em seu artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna, em que se lê: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 1988)

Também está previsto no artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, a qual estabelece que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos as obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (CADH, 1969)

Apesar de o contraditório estar previsto no mesmo inciso constitucional que a ampla defesa, eles não se confundem. A dita ampla defesa é efetuada por meio do contraditório, fazendo com que o mesmo seja garantido, pois a presença e participação da parte, elemento indiscutível do contraditório, é característica de sua defesa. Desse modo, é possível infringir o contraditório sem infringir a ampla defesa, por exemplo, quando o patrono da parte junta uma prova que beneficia o acusado e o magistrado não dá a possibilidade de contradita-la. Sendo que o contraditório deve ser exercido igualmente para as duas partes (acusação e defesa).

Outro modo que a ampla defesa se manifesta é por meio da defesa técnica ou autodefesa, em que ambas possuem peculiaridades específicas no processo. Somente através de um profissional incumbido de capacidade postulatória será possível realizar a mencionada defesa técnica, exercendo no âmbito do processo criminal o melhor interesse do réu. Tendo como característica a indisponibilidade, ou seja, ainda que o réu deseje ser preso ou que se tenha dado por foragido, deverá ser assistido por um advogado ou defensor público, que poderá comunicar-se particularmente com o réu (artigo 8º, item 2, (d), CADH).

Ao contrário do que pode ocorrer no ordenamento jurídico norte-americano, o direito brasileiro não permite que o acusado exerça sua autodefesa sem que esteja inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, ou seja, nem mesmo que o réu seja um promotor ou um juiz de direito terá essa possibilidade. Outro atributo que a defesa técnica detém é a capacidade de escolha do réu em relação ao seu defensor, sendo assim, somente será nomeado um defensor público pelo juiz quando o réu se mantiver inerte em indicar um advogado para o acompanhar em todo o processo. Caso não haja defensoria pública no local, o magistrado nomeará, então, um advogado dativo.

O Código de Processo Penal traz outro aspecto da defesa técnica, exigindo, assim, que ela seja efetiva e plena: “Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (BRASIL, 1941). E em seguida aponta em seu parágrafo único que: “A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada” (BRASIL, 1941). Sendo assim, toda ação defensiva deverá ter fundamentação, e o advogado deverá defender o acusado com o zelo devido, tentando melhorar a situação do réu a todo momento, e não somente pedir apenas a absolvição forçando uma tese integralmente descabida. (BRASIL, 1941)

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, garante que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. A Defensoria Pública tem a obrigação de cumprir este papel requerido, previsto na Carta Magna, como:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de

forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (BRASIL, 1988)

Para Lopes Jr. (2021), a defesa técnica seria considerada indisponível, pois existe um determinado interesse social na correta apuração do caso concreto contido no princípio *due process of law*, além de também ser uma garantia do réu. Tratando-se de uma clara condição para a paridade de armas e indispensável para aplicação do contraditório. Do mesmo jeito que o Estado institui um serviço de acusação que é o Ministério Público, deverá, também, organizar um “serviço público de defesa”, pois a presunção de inocência do acusado não é somente um interesse individual, mas sim um interesse social.

Já a autodefesa, é exercida pelo próprio réu nas fases do processo em que será requerida sua manifestação, no entanto, o acusado deverá ser citado pessoalmente. A autodefesa se torna um direito do acusado, mas não um dever, sendo uma faculdade processual. Nesse sentido, o acusado terá o direito de presença que consistirá no poder de acompanhar todo o desenrolar do processo pessoalmente, mas também poderá fazer o uso do direito ao silêncio e indicar um defensor.

Segundo Lopes Jr. (2021), a autodefesa ou defesa pessoal poderá ser definida como autodefesa negativa ou autodefesa positiva:

A autodefesa negativa reflete a disponibilidade do próprio conteúdo da defesa pessoal, na medida em que o sujeito passivo pode simplesmente se negar a declarar. Se a defesa técnica deve ser indisponível, a autodefesa é renunciável. A autodefesa pode ser renunciada pelo sujeito passivo, mas é indispensável para o juiz, de modo que o órgão jurisdicional sempre deve conceder a oportunidade para que aquela seja exercida, cabendo ao imputado decidir se aproveita a oportunidade para atuar seu direito de forma ativa ou omissa.

A autodefesa positiva deve ser compreendida como o direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, declarar, constituir defensor, submeter-se a intervenções corporais, participar de acareações, reconhecimentos etc. Em suma, praticar atos dirigidos a resistir ao poder de investigar do Estado, fazendo valer seu direito de liberdade. (LOPES JR., 2021, p. 114)

Contudo, a autodefesa em sua essência constitui no direito do acusado a ser interrogado pelo magistrado fazendo jus ao direito de audiência, e também estando presente em todos atos processuais, principalmente os de caráter instrutório atribuindo o direito de presença. (GABRIEL, 2008)

O princípio do contraditório é definido pela expressão *audiatur et altera pars* (ouça-se também a outra parte), constituindo uma garantia do devido processo legal e que é previsto, também, no rol de direitos e garantias fundamentais como a já mencionada ampla defesa, logo, pertencem ao mesmo inciso LV, do artigo 5º, da Carta Magna. Consiste, basicamente, no direito dos suspeitos a serem ouvidos e não existindo a possibilidade de uma decisão judicial sem a participação daqueles. Então, sem as possibilidades de manifestações da parte passiva do processo causará nulidades absolutas por ferirem o contraditório, sendo que as condenações que se fundamentarem apenas nas provas da acusação se tornarão nulas. (FREITAS, 2017)

Junto com a mencionada ampla defesa e o contraditório vem a necessidade da paridade de armas. De acordo com este princípio, as partes serão asseguradas de igualdades de deveres e direitos, sanções processuais, de ônus, garantias e espaço para impor seus argumentos, como se prevê no artigo 7º, do Código de Processo Civil. Logo, o direito penal se utiliza do seu artigo 3º do Código de Processo Penal para uma aplicação analógica e que permite interpretação extensiva, tratando de um princípio que decorre do princípio do contraditório, pois a lei garante a participação em paridade simétrica. (SILVA, 2018)

Neste sentido, afirma o autor:

Por paridade de armas não devemos conceber somente igualdade de condições com que as partes devam se posicionar para o confronto entre o *ius puniendi* e o *status libertatis*, mas também o nível de reciprocidade com o que o atuar de um sujeito reflete no outro, respeitando-se as diferenças funcionais dentro dos papéis que desempenham no processo. Seria reducionista a condição de igualdade caso não houvesse a reciprocidade integrativa das ações desenvolvidas pelas partes. Tal integração deriva de uma natureza cooperativa na formação da prova e no acertamento da verdade processual que o processo adquire ao se amoldar ao sistema acusatório, distinguindo claramente as funções de acusar, defender e julgar. (ROBERTO, 2011, p. 51)

Sendo assim, Silva (2018) diz que o princípio do contraditório está intrinsecamente ligado ao princípio da paridade de armas, ou seja, se ocorrer inobservância ao contraditório ocorrerá a nulidade absoluta, logo, também ocorrerá nos casos de violação à paridade de armas, já que são interligados. É papel do juiz estar sempre atento a garantir a igualdade das partes no rito.

2.3 O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DA BUSCA DA VERDADE REAL

O Código de Processo Penal brasileiro foi instituído pela lei nº 3.689 /1941, e consigo traz diversas regras no que se refere ao rito e o processo a ser seguido após um cometimento de um suposto delito. Nesse ponto, o processo “é a sequência de atos, praticados pelos órgãos judiciários e pelas partes, necessários à produção de um resultado final, que é a concretização do direito, ou seja, a sua realização no caso concreto e em última instância” (ROCHA, 2009, p.10). Em verdade, ao andar dos procedimentos surgiram os princípios que norteiam o processo penal, dentre eles, o princípio do juiz natural, o da ampla defesa, o da economia processual e também o da verdade real, que será estudado no presente tópico.

Para a aplicação do princípio da verdade real, será necessária a utilização de todos os mecanismos probatórios, para que o juiz por meio de provas possa reproduzir os respectivos fatos que mais se aproximam com a realidade. Logo, deverá ter conhecimento se o fato realmente ocorreu, quem foi o autor, quem foi a vítima daquele delito, onde ocorreu o fato, qual foi o motivo para que essa ação fosse tomada, qual a forma foi aderida ou quais instrumentos foram utilizados para tal ato, podendo dessa forma, talvez, chegar o mais próximo da verdade e garantir uma decisão justa para ambas as partes. (ESTRELA, 2017)

No que se refere à verdade real, Haddad (2012) traz a distinção entre verdade formal e verdade material:

A real distinção entre a verdade material e a formal não se fundamenta no estado ou grau de convicção atingido pelo juiz, nem na profundidade do esclarecimento dos fatos, muito menos no percentual de esforço empregado pelo magistrado para elucidá-los, os quais seriam mais intensos no processo penal. Se assim fosse, bastaria ao magistrado não se acomodar e se irresignar com o material probatório até então coletado no processo civil para converter a verdade formal em material. A verdade material não significa que se trate de verdade mais completa em comparação à formal, mas, sim, que são disponibilizados mais instrumentos para se alcançá-la. A verdadeira diferença tem como fulcro a maior disponibilidade de meios para conseguir o esclarecimento dos fatos. (HADDAD, 2012, p.18)

Nesse sentido, a verdade material é relevante no decorrer do processo penal, pois terá mais instrumentos ao seu dispor para que seja efetivada. Estabelecendo

que o fato que esteja sendo posto no processo corresponde com o que ocorreu fora dele de forma íntegra, sem qualquer achismo, presunções ou ficções, e o juiz poderá participar ativamente nas buscas de provas.

Já a verdade formal, é a verdade conquistada durante o processo em si, inspirada no processo cível em que o magistrado não está obrigado a busca probatória. Na qual são postos em discussão interesses patrimoniais, bens jurídicos considerados “disponíveis”, não havendo que se falar em material, mas sim uma verdade formal (relativa). Fazendo com que o julgador cível seja mais inerte e passivo, se contentando com as provas apresentadas pelas partes. No âmbito criminal estar-se-ia sujeito a questões de maior relevância social, pois ocasionalmente poderiam restringir a liberdade individual do réu por meio de aplicações de penas. (RUTHERFORD, 2015)

Diante disso, Silva (2018, p.28) defende que o processo penal age de forma dissemelhante do processo cível, “enquanto neste se admite presunção de veracidade dos fatos por ausência de impugnação da parte contrária, naquele não é possível ter como verdadeiro qualquer fato sem mínima prova”. No fim, a verdade material e a formal se correlacionam entre si, sendo parte de um conjunto da verdade real, apesar das diferenças significantes em determinados casos.

Apesar do mencionado princípio ser fundamental para o processo em seu teor, Rutherford (2015) afirma que o próprio Código de Processo Penal prevê algumas exceções em seus artigos no que tange a verdade real, ferindo de forma direta o princípio da ampla defesa e o princípio da individualização. Exemplos estes trazidos nos artigos 155, 206 e também 207, todos do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Art. 206 - A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Art. 207 - São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se,

desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.
(BRASIL, 1941)

Diante disso, tais artigos do Código de Processo Penal excepcionam a aplicabilidade da verdade real como um princípio absoluto. Isto é, as provas cautelares não repetíveis e também as antecipadas, a não obrigatoriedade de depor como testemunha sendo ascendente e descendente e sujeitos impedidos de depor por causa de função, ofício ou ministério são exceções claras do princípio da busca da verdade real do acontecimento. No mesmo sentido, a relativização da busca probatória e o impedimento do juiz em iniciativa própria (de ofício) buscar a verdade real. (RUTHERFORD, 2015, p. 36)

Uma das principais ferramentas para buscar a verdade real são as provas, sendo estas um dos assuntos mais polêmicos e interessantes do processo penal moderno. Cabe ressaltar que a presunção de inocência ou a não culpabilidade é a regra, logo, a defesa não precisa provar a inocência *a priori*, e sim a acusação provar a culpa do réu. O juiz poderá de ofício proceder e buscar em alguns casos livremente as provas diante do princípio da inquisitividade, com busca na verdade real podendo participar diretamente na fase de instrução probatória. (MANSOLDO, 2010, p. 38)

Segundo Silveira (2015, p. 47), “prova deriva do latim *probatio, probationis* que, por sua vez, procede do vocábulo *probus*, que significa bom. Portanto, o que resulta provado é bom, e provar é verificar a autenticidade de alguma coisa”. Ouve se falar reiteradamente que a finalidade da prova e seu objetivo é a afirmação da verdade pura dos fatos no processo. Mas o que é de fato a “verdade”?

O autor supracitado afirma que a verdade é “um desiderato presente na maioria das aspirações humanas. Reconhece-se, também, que o caminho da verdade é o caminho da justiça”. Isto é, a justiça e a verdade são valores e realidades integralmente inseparáveis, em que uma das principais missões do juiz é afastar e denunciar a mentira. E, para que este feito seja cumprido, o magistrado deverá perseguir incansavelmente a verdade real, descartando as fraudes processuais que poderiam cobri-la e pleitear decisões de injustiças graves. (SILVEIRA, 2015, p. 22)

O Código de Processo Penal traz a verdade real também seu artigo 156, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08, em que expressa a faculdade do juiz em determinar diligências de ofício com o objetivo de cessar as dúvidas.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 1941)

De acordo com Lopes Jr. (2021, p. 162), a faculdade de o magistrado ter em relação a iniciativa de busca probatória, prevista no artigo 156 do Código de Processo penal, faz com que o sistema processual penal brasileiro se aproxime do inquisitório e, conseqüentemente, contraria a Constituição Federal. Contudo, para o autor, o dever do julgador no processo criminal é de guardar as garantias constitucionais do acusado e que a produção de provas estaria a todo momento na mão das partes.

Um dos efeitos perigosos provocados pela absoluta verdade real é o desvio de função do julgador, pois juiz penal afasta da posição de órgão imparcial e se aventura em territórios competentes às partes processuais, criando, assim, um modelo de juiz inquisidor, ou seja, vai em sentido oposto ao que o processo penal democrático exalta, e não se enquadra ao sistema acusatório resguardo constitucionalmente. (PEREIRA, 2010, p.60)

Dessa forma, Pereira (2010) faz severas críticas à corrente em que afirma que a verdade real tende a ser conquistada a qualquer maneira como meta de persecução penal. Para o autor, “é um erro a tentativa de se obter uma verdade a todo custo, pois, antes de tudo, essa “verdade” há que ser uma verdade processualmente válida”. (PEREIRA, 2010, p. 68). Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso extraordinário, reconheceu a implementação da verdade real no processo. Diante do seguinte julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA – INTERPRETAÇÃO DE NORMAS LEGAIS – INVIABILIDADE – AGRAVO DESPROVIDO. 1. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, reformando entendimento do Juízo quanto ao tipo penal, condenou o réu a 11 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, ante a prática dos crimes descritos nos artigos 148, § 2º (sequestro e cárcere privado qualificado), por duas vezes, em continuidade delitiva, e 213, cabeça (estupro), na forma do artigo 71, todos do Código Penal. No extraordinário cujo trânsito busca alcançar, o recorrente aponta a violação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Argui a nulidade do processo por cerceamento de defesa. Discorre sobre o artigo 209 do Código de Processo Penal, a regular a

possibilidade de oitiva de testemunhas não indicadas pelas partes, considerada a necessidade de busca da verdade real. 2. Observem o momento da interposição, para fins de incidência da norma processual. A publicação da decisão mediante a qual inadmitido o recurso é posterior a 18 mar. 2016, data de início da eficácia do Código de Processo Civil, sendo a protocolação do agravo regida por esse diploma legal. A recorribilidade extraordinária é distinta daquela revelada por simples revisão do que decidido, na maioria das vezes procedida mediante o recurso por excelência – a apelação. Atua-se em sede excepcional à luz da moldura fática delineada soberanamente pelo Tribunal de origem, considerando-se as premissas constantes do acórdão impugnado. A jurisprudência sedimentada é pacífica a respeito, devendo-se ter presente o Verbete nº 279 da Súmula do Supremo: Para simples reexame de prova 186 STJ - HC: 339836 PE 2015/0272377-7, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 06/02/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/02/2018. (JUSBRASIL, 2018).

Como se pode ver no julgamento acima, entende-se que o Supremo Tribunal Federal valida e considera ser compatível com o processo democrático que os magistrados participem da produção de provas de ofício, e não apenas em situações em que são provocados pelas partes. No referido caso, o STF aceitou que o agente julgador poderia intimar a testemunha para ser ouvida sem que houvesse indicação da acusação ou da defesa, tendo como justificativa o princípio da verdade real. (SILVA, 2018)

Contudo, é de se perceber que as decisões dos tribunais brasileiros concordam com a aplicação da verdade real no processo criminal. Entretanto, a doutrina majoritária impõe diversas críticas ao princípio, sendo que a absoluta verdade real se aproxima de um sistema autoritário e inquisitório como já foi estudado, trazendo contradições graves. Logo, por mais que os tribunais e agentes julgadores possam estar equivocados, é necessária a luta para um processo penal cada vez mais democrático, com a separação das funções do órgão julgador e das partes, e a proteção as garantias constitucionais individuais. (SILVA, 2018)

3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA? OBSTÁCULOS E RUÍDOS NO RECONHECIMENTO DA TÉCNICA EM PROL DA DEFESA DO RÉU

Para que a paridade de armas ficasse um pouco mais equilibrada, foi regulamentada a investigação criminal defensiva para que seja exercida no processo, que é fundamentada no Provimento 188/2018. Entretanto, há quem defenda que essa igualdade investigativa permanece apenas no plano teórico, pois na prática seria praticamente uma utopia, principalmente no Estado Brasileiro em que se encontra uma das maiores desigualdades econômicas do planeta, e a baixa rentabilidade financeira da maioria dos acusados faria com que não tivessem condições de pagar os custos de um advogado particular, e apenas uma pequena parte teria condições de gozar de uma investigação a seu favor. (MACHADO, 2009)

Machado (2009) diz que tal afirmação pode estar equivocada, isso porque se o acusado não tiver capacidade de pagar os honorários advocatícios ao defensor particular, o Estado obrigatoriamente terá de oferecer um defensor público para o caso. Sendo assim, mesmo com a investigação criminal distribuída para os dois polos do processo (incluindo quem não possui poder capital elevado), estão em pé de igualdade na prática?

3.1 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL EM DELIMITAÇÃO

É de se perceber que a dita investigação criminal caminhou, conjuntamente, com a evolução social e, por conseguinte, acompanhou também o direito e o processo penal durante épocas da história. Nos anos da antiguidade clássica, a Grécia antiga dotava a investigação penal como procedimento das partes elencadas, isso porque não existia um poder estatal com autonomia exclusiva para investigar. (GOMES, 2021)

Já no império romano a investigação criminal era denominada como *inquisitio*, sendo as partes detentoras das demais atribuições investigativas, no entanto, o agente julgador era dotado dos mesmos poderes com prazos antecipadamente determinados. Nesse caso, o magistrado apenas exercia o poder investigatório de ofício se não houvesse um investigador para aquele processo. (GOMES, 2021)

A persecução penal tem origem do latim *persecutio criminis*, na forma de “atividade estatal de proteção penal”, em que engloba dois momentos diferentes: a investigação e a ação penal. A nomenclatura “investigação” deriva do latim *investigare* ou *investigatio*, no sentido de indagar com cautela, buscar o rastro. A investigação, juridicamente, pode ser conceituada como atos interligados que se formam um procedimento com o objetivo de esclarecer ou desvendar um fato que possa ser determinado como “obscuro”. (MACHADO, 2009)

Ademais, Machado (2009) conceitua a investigação criminal como um procedimento do Estado de persecução penal com o intuito de preparar a respectiva ação penal, trazendo informações e provas relevantes para o órgão julgador. No entanto, a investigação criminal defensiva, seja ela conduzida pela vítima ou por qualquer profissional, terá caráter de investigação privada, pois nenhum dos casos será exercido pelo Estado. Logo, a investigação defensiva deverá cumprir com tais limitações que regem a investigação privada, por conseguinte, não gozará do poder de polícia e qualquer outro poder estatal.

Consequentemente, ao Estado será firmado o princípio da legalidade previsto no artigo 37 da Constituição Federal, no sentido que toda a sua ação será amparada pela lei, devendo, assim, agir somente quando a legislação autorizar, isso porque não atua por espontânea vontade, mas para servir os cumprimentos legais. Agir contra o que está firmado em lei causará o descumprimento da mesma, o que poderá acarretar em crimes como prevaricação ou abuso de autoridade por exemplo. (ROSA, 2014)

Embora a Constituição Federal e o Código de Processo Penal façam indiretamente insinuações sobre como a investigação criminal deve ser exercida, não há nenhuma previsão legislativa brasileira que expresse taxativamente o seu conceito. No mais, o ato de investigar carrega uma grande relevância para o processo, onde Madrigal (2017) relata:

Veja-se que, mesmo fora do processo-crime, a investigação, em si, enquanto origem do saber e do conhecimento, é o ponto de partida de todas as coisas que o homem pretende ter conhecimento. Ou seja, tudo se origina do saber e o homem está sempre atrás do conhecimento. A investigação, assim, é a pesquisa, a atividade de busca do saber, seja por curiosidade ou satisfação do intelecto. A investigação criminal permeia todo o procedimento de apuração da responsabilidade penal do sujeito praticante de um crime, pois, em um primeiro momento, inicia a busca pelo conhecimento do fato e todas as suas circunstâncias e, posteriormente, possibilita sua análise pelos atores do sistema de justiça criminal, viabilizando a

experimentação da verdade provável, com base nos elementos que se obteve nesse processo. (MADRIGAL, 2017, p. 30)

Notadamente, percebe-se que somente poderá dar início a uma investigação criminal quando houver indícios de consumação de um delito, nem que a chance de ser verídico seja mínima. O Código de Processo Penal prevê em seu artigo 5º, §3º, que “qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial (...)”. Logo, se no ensejo da *notitia criminis* for demonstrada que ocorreu um fato típico, ilícito e culpável, ainda que não houver indícios de conhecimento da autoria, o inquérito obrigatoriamente deverá ser iniciado. (GOMES, 2021)

Diante disso, Gomes (2021) aborda sobre o princípio da prévia investigação criminal, quando salienta que a investigação iniciará após o momento da ciência do crime, contanto que sejam hipóteses claras e fáticas e permanecerá até o encerramento do inquérito policial, que poderá iniciar a ação penal ou liberar o suspeito. Na prática, a investigação criminal é caracterizada como um agrupamento de diligências preliminares fundamentadas e formalizadas nos moldes legais, com a finalidade de apuração da materialidade, autoria, circunstância e existência do fato. Serão colhidas as informações e provas que poderão ser usadas no decorrer no processo. (GARCEZ, 2017). Nessa perspectiva, Garcez explora o conceito da tríplice funcionalidade:

Do ponto de vista jurídico, a investigação criminal é por nós definida como a atividade estatal destinada a elucidação de fatos supostamente criminosos, apresentando "tríplice funcionalidade", i.e, na apuração desses fatos, a investigação criminal possui três funções: evitar imputações infundadas (função garantidora); preservar a prova e os meios de sua obtenção (função preservadora); propiciar justa causa para a ação penal ou impedir sua inauguração (função preparatória ou inibidora do processo criminal). Frisamos que essa tríplice funcionalidade da investigação criminal, por nós sustentada, é um mandamento implícito do sistema constitucional, de modo que a "função unidirecional da investigação criminal", sustentada massivamente pela doutrina clássica, ao nosso sentir, está divorciada dos ideais do Estado Democrático de Direito. A devida investigação criminal pressupõe que o Estado respeite os postulados constitucionais e os direitos individuais, uma vez que “os direitos e garantias fundamentais atuam como disposições legais de caráter negativo, na medida em que dizem o que não se pode fazer na investigação criminal”. (GARCEZ, 2017)

Desse modo, é de se entender que a investigação penal, com viés constitucional, não poderá ser caracterizada apenas como um procedimento de preparação do processo, mas de contribuir com todas as demandas da mencionada tríplice funcionalidade.

3.2 DOIS PESOS, DUAS MEDIDAS: O TRATAMENTO JURÍDICO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO E PARA A DEFESA

Os agentes investigativos vão muito além do que é superficialmente mostrado nas mídias, ao contrário do que a maioria pensa, a autoridade judiciária também será capaz de conduzir uma investigação criminal, tendo como um agente nomeado “juiz instrutor”, em que países como Espanha e França também detém como modelo padrão. Desse modo, o juiz estabelece a instauração investigativa logo após o reconhecimento do fato, em que terá a faculdade de atuar com o auxílio ou diretamente com a autoridade policial. (MACHADO, 2009)

Mas não se confunde aqui o juiz instrutor com o já estudado juiz inquisidor, isso porque no processo haverá a separação de funções de acusar, julgar e investigar. O Ministério Público, como é de costume, permanecerá em seu polo acusatório, o Juiz instrutor irá investigar as diligências, e somente outro juiz imparcial, diferente do instrutor, julgará o processo. (MACHADO, 2009)

Segundo Camelo (2017), há uma relevante divergência na questão do poder de investigação regido pelo Ministério Público no direito brasileiro, isso porque a Constituição Federal, ao deliberar sobre as funções institucionais determinadas ao Ministério Público não trouxe expressamente a capacidade do órgão investigar, conforme o artigo 129 prevê:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. (BRASIL, 1988)

Por conseguinte, o rol gerou grandes debates de opiniões em relação ao poder investigatório. Contudo, a Constituição Federal, em seu artigo 144, atribuiu, expressamente, a apuração dos delitos penais à Polícia Judiciária (Polícias Civil e Federal), motivando uma discussão a respeito de uma possibilidade de monopólio da polícia em investigações criminais. Os pensadores dessa linha de raciocínio afirmam que a investigação conduzida pelo Ministério Público vai contra o sistema acusatório, pois não teria um comportamento imparcial e, conseqüentemente, iria favorecer a acusação e causar desequilíbrio entre as partes. (CAMELO, 2017)

O conflito de opiniões sobre as competências investigativas criminais fez com que chegasse até o Superior Tribunal de Justiça, a questão, quando, da sua análise, assim asseverou o Ministro Hamilton Carvalhido:

RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. DESCLASSIFICAÇÃO. HOMICÍDIO CULPOSO. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. ARTIGO 284 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA DE EXCEÇÃO. PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. [...] Não é, portanto, da índole do direito penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público. Tal poder investigatório, independentemente de regra expressa específica, é manifestação da própria natureza do direito penal, da qual não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na apuração das infrações penais, ambos sob o controle externo do Poder Judiciário, em obséquio do interesse social e da proteção dos direitos da pessoa humana. Em nossa compreensão, é esse o sistema de direito vigente. Diversamente do que se tem procurado sustentar, como resulta da letra de seu artigo 144, a Constituição da República não fez da investigação criminal uma função exclusiva da Polícia, restringindo-se, como se restringiu, tão-somente a fazer exclusivo da Polícia Federal o exercício da função de polícia judiciária da União (parágrafo 1º, inciso IV). Essa função de polícia judiciária – qual seja, a de auxiliar do Poder Judiciário –, não se identifica com a função 222 investigatória, qual

seja, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge, entre outras disposições, do preceituado no parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição Federal, verbis: “§ 4º às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.” Tal norma constitucional, por fim, define, é certo, as funções das polícias civis, mas sem estabelecer qualquer cláusula de exclusividade. [...] (grifo acrescido). (BRASIL, 2003)

Do excerto acima transcrito, podemos concluir que não há o reconhecimento de nenhum tipo de exclusividade (que é mencionada somente no inciso IV, e não no inciso I do §1º, artigo 144) constitucional que garanta à Polícia Judiciária o monopólio de apurações penais. (CAMELO, 2017)

Contudo, a investigação criminal, comumente, será conduzida pelo Ministério Público com o denominado sujeito “promotor investigativo”, modelo este adotado em países como Portugal, Itália, Alemanha e demais Estados americanos. A investigação ministerial, em seu passado, foi passível de várias reformas penais no continente europeu: Alemanha (1974), Portugal (1987) e Itália (1988), que teve o Estatuto de Roma instituindo o Tribunal Penal Internacional, no qual a investigação criminal seria regida pelo Ministério Público. (MACHADO, 2009)

A Resolução nº 181, de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, dispõe sobre a tramitação e instauração das regras da investigação direta, sendo esta operacionalizada no Procedimento Investigatório Criminal (PIC). Logo, também, a regulamentação que aborda a investigação criminal feita pelo Delegado de Polícia é a Lei 12.830, 20 de junho de 2013. (BRASIL, 2017).

E quais seriam então as desigualdades que a defesa enfrenta sobre o seu direito do poder de investigação que é amparado pelo Provimento nº 188/2018? Pois bem, tendo em vista que a investigação criminal defensiva é um procedimento particular, logo, não detém de algumas características das investigações conduzidas pelos membros do Ministério Público ou Delegados de Polícia. (BRASIL, 2018)

Talon (2020) afirma que é muito comum presenciar nas investigações oficiais certidões feitas pelos servidores públicos que contemplam de fé pública em seu exercício da função. Contudo, é mais simples apresentarem fatos, com afirmações como “certifico que, fulano nesta data, quando me encontrou relatou que...”. Por outro lado, o Advogado não gozando de fé pública, não teria a mesma presunção de legitimidade nesta fala.

Outra hipótese prevista somente ao Estado é o uso da coerção, oportunidade em que poderá em casos excepcionais, usar da violência legitimada. O Advogado ao convidar uma testemunha para comparecer ao Juízo não poderá empregar afirmações que apresentam consequências, como “sob pena de condução coercitiva”. O Estado tem o poder de dar ordens, como “sob pena de responsabilização de crime de desobediência”, já o Advogado em hipótese alguma poderá se valer desta medida legal. (TALON, 2020, p. 153)

Como se pode ver, o Advogado enfrenta uma grande escassez de possíveis meios de aquisição de provas que dependem de terceiros ou poderes de autoridade quererem colaborar com a investigação. Ficando limitado a alcançar todas as provas que considera ser super importantes para atingir a verdade do caso, e tendo que buscar alternativas para superar as dificuldades. (TALON, 2020, p. 154).

Outra relevante diferença entre a condução de investigação feita pelo Advogado e aquela presidida pelo Ministério Público ou pelo Delegado, é a ausência de poder de requisição. Segundo Talon (2020), este poder é atribuído somente às autoridades públicas, no que ajuda bastante a aquisição de informações, documentos e etc.

O Ministério Público detém a prerrogativa, como função institucional, “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”, conforme consta no artigo 129, VI, da CRFB/88. (BRASIL, 1988)

A Lei Complementar nº 75/93, prevê outras possibilidades de poder de requisição, no seu art. 7º, II e III, expressa que cabe ao Ministério Público da União, sempre que necessário, requisitar as diligências investigatórias, instaurar o inquérito policial e inquérito policial militar, cabendo apresentar provas e acompanhá-las, e ainda “requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e produzir provas”. (BRASIL, 1993)

Em diante, no artigo 8º, II, III, e IV, da mencionada LC, prevê que o Ministério Público da União, nos procedimentos de sua competência, poderá:

- II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;
- III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;

IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas (BRASIL, 1993)

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, n.º 8.625/93, em seu art. 26, I, “b”, e II, expressa mais poderes parecidos, como:

Instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes”; “requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”; como também “requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie. (BRASIL, 1993)

Além das legislações institucionais que abrangem o Ministério Público, está expresso o poder requisitório também no CPP, em seu artigo 47, em que prevê que:

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-los”. (HELENO, 2019, s. p.)

O artigo 13, também do CPP, expressa que nos crimes previstos nos artigos 148, 149, 149-A, §3º do artigo 158 e no artigo 159 do CP, também no artigo 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “o membro do Ministério Público ou o Delegado de Polícia poderá requisitar, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos”. (BRASIL, 1941). Sendo assim, as investigações conduzidas pelo Delegado de Polícia e pelo Ministério Público, tendo como poder de requisição, fé pública e o descumprimento configurando como crime de desobediência, detém uma força coercitiva muito maior comparado a investigação criminal defensiva presidida pelo Advogado.

3.3 UM CENÁRIO DE NEBULOSIDADE: O PROVIMENTO DO CFOAB Nº 188/2018

Segundo Talon (2020), a disparidade de armas está presente desde a fase pré-processual, o investigado é tratado como um mero expectador, não podendo se defender das acusações nessa fase prévia. Ainda que o Delegado de polícia aja de

boa-fé na condução do inquérito, o Ministério Público com base no artigo 129, VII, da Constituição Federal, exerce o controle externo da atividade policial, podendo influenciar a forma em que se investiga.

Há certa resistência em uma parte da autoridade policial em compreender os direitos do defensor previstos por lei, talvez seja por um tradicional e equivocados pensamento em que defensor é a favor da impunidade e a ideia que há uma rivalidade entre a autoridade policial e o Advogado. (VIEIRA, 2021)

Em que a súmula vinculante nº 14 do STF, garante o direito do defensor de ter acesso amplo aos elementos de provas realizadas em procedimentos investigatório pela polícia judiciária e, também, no artigo 7º, inciso XIX, do Estatuto da OAB, em que prevê como direito de o Advogado examinar autos de prisão em flagrante e matérias investigativas de qualquer natureza. Contudo, já é entendido que o Advogado é indispensável à administração da justiça (artigo 133 da Constituição Federal), e tendo seus direitos violados, como o acesso aos autos, é tipificado como crime de abuso de autoridade. (BRASIL, 1988)

O sistema processual brasileiro, diante da situação em que se encontra, com o espaço restrito para a atuação técnica do advogado, e conseqüentemente causando certa deficiência na parte de defesa, demandou da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) uma atuação, na qual se sentiu no dever de estar auxiliando o advogado de maneira mais incisiva. Desse modo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aprovou o Provimento nº 188/2018 em 11 de dezembro de 2018, com o objetivo de trazer com formalidades uma regulamentação a respeito da investigação criminal defensiva, o qual foi publicado na data de 31 e dezembro de 2018 no Diário Eletrônico da OAB. (VIEIRA, 2020, p. 3)

No momento, a única regulamentação em que se aborda a investigação proferida pelos defensores no direito brasileiro é o mencionado Provimento 188/2018, que detém o conceito:

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).

Desse modo, o artigo trazido atribui à investigação criminal defensiva a variadas ações exclusivas do advogado para exercer a atividade, em que se assimila com a investigação direta feita pelo Ministério Público ou a polícia judiciária. Será conduzida pelo defensor com ou sem auxílio de profissionais terceiros, como: técnicos, detetives particulares ou peritos. Segundo Santos (2016), poderá a investigação ser conduzida sem ou com a assistência de especialistas em alguns casos, entretanto, em determinados casos será imprescindível a presença do terceiro, isso porque o conhecimento e a experiência técnica da psicologia, medicina, engenharia e etc. terá grande relevância para que o advogado possa trabalhar no caso, ou seja, seria impossível alcançar a verdade almejada sem o suporte especializado.

O Provimento nº 188/2018 expressa que a investigação criminal defensiva poderá ser aplicada em diversos momentos, como “em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição” (BRASIL, 2018). Com isso, mesmo sendo anterior a qualquer iniciativa de investigação da parte contrária, o defensor terá autonomia de abrir uma investigação para o caso, seja ele no início da ação penal ou até mesmo depois de transitar em julgado. No caso posterior ao trânsito em julgado, o advogado terá de fundamentar em peça de revisão criminal.

Vieira (2020) salienta que a investigação criminal defensiva já se encontra presente no ordenamento jurídico brasileiro no que tange a determinados projetos para alteração do CPP. Desse modo, o projeto de lei é de extrema relevância para atuação do defensor e possui reflexos importantes no processo penal brasileiro. Por isso, se faz necessária a exposição dele neste trabalho.

No dia 22 abr. 2009, o referido Projeto de Lei nº 156/2009, em que traz a tão esperada reforma do Código de Processo Penal, foi apresentado pelo senador à época, José Sarney, filiado ao partido PMDB/AP. De acordo com Talon (2020), a aprovação ocorreu no Plenário na data dezembro de 2010, e que posteriormente foi enviado para Câmara dos Deputados onde foi desenvolvido o Projeto de Lei nº 8.045/2010.

O Projeto de lei trouxe consigo a previsão de forma expressa da investigação criminal defensiva nos seguintes moldes:

Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos,

tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar as pessoas.

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

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

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

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

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

§ 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos (BRASIL, 2010).

Como se pode ver, no *caput* do artigo o Defensor Público foi mencionado na mesma frase em que se exalta os poderes investigativos do Advogado e demais mandatários com poderes expressos. Esta menção se refere a autonomia do Defensor Público em poder conduzir uma investigação criminal. Pois a ampla defesa, obrigatoriamente, tem que estar em todos os atos processuais como garantia constitucional, inclusive na investigação defensiva. Isso porque, iria promover uma desigualdade inaceitável diante do Advogado e o Defensor Público, considerados guardiões de defesa, se houvesse restrição investigativa a respeito da Defensoria Pública, que por consequência, os assistidos mais carentes financeiramente iriam sair prejudicados. (TALON, 2020, p. 64)

No §2º é trazida certa limitação, que se dá na inviabilidade de interpelar a vítima na investigação criminal defensiva, à exceção se houver consentimento e autorização judicial. Deferindo a autorização, “o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista” (BRASIL, 2010). No entanto, para que a parte defensiva não seja prejudicada, é de suma importância que o Advogado participe do relato da vítima na fase de inquérito policial, com a liberdade de formular perguntas tidas como pertinentes. (TALON, 2020, p. 64)

O §4º afirma certas condições para que o pedido de entrevista seja realizado, sendo elas: discrição, reserva e somente em dias úteis, observando o horário comercial. É de se considerar que este parágrafo deve ser visto como um possível parâmetro de atuação do Advogado desde já, apesar de integrar a um projeto de lei, evitando riscos desnecessários. (TALON, 2020, p. 65)

Já o §5º apresenta um retrocesso, pois considera que o material produzido pelo defensor poderá ser juntado a critério da autoridade policial. Ora, é de entender que seria de grande relevância a discricionariedade do Advogado ser prevista quanto a querer juntar ou não o material produzido. Isto é, fazendo prevalecer o direito de não se autoincriminar, não se cabe o dever de juntar provas contrárias ao réu ou investigado. O parágrafo se trata da discricionariedade da autoridade policial, mas afasta a discricionariedade da parte de defesa. (TALON, 2020, p. 65)

E, por último, segundo Talon (2020), o §6º apresenta que é cabível responsabilização criminal, civil e disciplinar pelo o excesso que a investigação defensiva venha cometer em sua atuação. É de entender, assim, que a possibilidade da aprovação do Projeto de Lei n º 8.045/2010 traria uma enorme evolução para o princípio da ampla defesa e contraditório e para o ordenamento jurídico brasileiro em geral, mesmo que ainda seja pouco falado, bem como o fato de não discutir todas as demais demandas mais complexas a respeito da investigação criminal defensiva. Tal modelo dá abertura para que o imputado seja acompanhado por seu defensor desde a fase preliminar, possibilitando, assim, construir perguntas pertinentes sobre o caso. (BRASIL, 2010)

Para Vieira (2020), a investigação defensiva, praticamente, é a autorização dada ao Advogado para que se possa produzir provas através de elementos de natureza subjetiva e objetiva, formando documentos concretos para que sejam juntados ao processo. O Advogado ainda pode ministrar esse meio de investigação por meio de retirada de documentos em cartório, ou até contratando um detetive particular, que é regulamentado pela Lei nº 13.423, de 11 abr. 2017.

A finalidade do ato investigativo criminal defensivo é fazer que determinado processo se torne mais eficaz e dialético aos princípios do contraditório e ampla defesa. Princípios estes que são fundamentais para este assunto no ordenamento jurídico, assim como a questionada paridade das armas (VIEIRA, 2020, p. 3). A Constituição Federal possui princípios que amparam a investigação defensiva exercida pelo Advogado, como determina a paridade de armas no procedimento penal, que protege a ocorrência real da atuação da defesa como direito fundamental. (BRASIL, 1988)

Exige-se a paridade das armas no processo penal, baseada em diversos fundamentos constitucionais, sendo ela reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal:

(...) 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: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 24/04/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO)

A mencionada paridade das armas requer a atuação ampla da defesa, baseando em todos direitos legais disponíveis, e não somente uma participação meramente formal e passiva no processo. No entanto, atualmente, não é possível se falar que a paridade de armas é implementada na persecução penal. Tendo na fase preliminar do processo todas as autoridades contra o acusado: Polícia Civil, Polícia Militar, assistente da acusação e Ministério Público. Já na outra parte, apenas o réu e seu defensor para proteger seus direitos. Não há que se falar em paridade das armas quando um dos polos goza de mais poderes do que o outro, em que a acusação tenha mais informações processuais e materiais que a defesa, especialmente se puderem utilizá-las ao seu favor. (SANTOS, 2016, p. 50)

Zarnardi (2016) afirma que na prática forense é de se observar várias sentenças condenatórias que se fundamentam no fato de que o acusado não se desincumbiu de provar a excludente da ilicitude em que se alega. Deixando em segundo plano os principais requisitos para decretar uma condenação, que estejam presentes no crime os elementos que se caracterizam como: fato típico, ilicitude e culpabilidade. Ou seja, no entendimento de alguns julgadores, consideram que a defesa é quem deve provar as excludentes de ilicitude, e não o Ministério Público provar que o réu não agiu resguardado de uma excludente de ilicitude.

São tratadas diversas prerrogativas e fundamentos de atuação do Advogado na esfera criminal, dispostos na Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB). Especificamente o seu artigo 7º, que fala dos direitos e deveres dos Advogados, conjuntamente com o seu inciso XIV, prevê: “examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade...” (BRASIL, 1994).

Ainda sobre artigo 7º, o referido inciso deverá ser estudado juntamente com os parágrafos 11 e 12:

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente (BRASIL, 1994).

Diante disso, é de se analisar que em situações de diligências em andamento, haverá possibilidade de restrições em face do Advogado. Logo, no parágrafo posterior estabelece que qualquer autoridade que não observar os direitos de defesa e com a intenção de prejudicar a atividade desta será passível de punição criminal com fundamento em abuso de autoridade.

Este Provimento nº 188/2018 exalta que a investigação prevista será privativa da advocacia sem empecilhos da autoridade, em seu artigo 7º, caput: “As atividades descritas neste Provimento são privativas da advocacia, compreendendo-se como ato legítimo de exercício profissional, não podendo receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades.” (BRASIL, 2018)

Além da exclusividade do defensor em conduzir a investigação com auxílio ou sem de profissionais especialistas de áreas diferentes, também será permitido que qualquer indivíduo, em especial o próprio imputado, trabalhar em alguns atos que a investigação defensiva abrange. Por exemplo, no caso de um delito ambiental em que o investigado sem nenhuma orientação de um Advogado ou de um agente da Defensoria contrata um especialista para produzir uma perícia e fazer um laudo em face de uma determinada área de preservação permanente, abordando possíveis danos e destruição. Neste caso, não há nenhum prejuízo para o processo, e sem prejuízos não existirá nulidades. (TALON, 2020, p. 81)

De modo geral, Talon (2020, p. 83) aponta que o objetivo da investigação criminal defensiva é amparar o acusado com elaboração de informações que, eventualmente, serão usadas na fase preliminar de inquéritos ou no decorrer da ação penal. Terá objetivos como: uma possível absolvição comprovada em não existência de materialidade ou de autoria; nulidades; comprovações de datas que possam extinguir a punibilidade baseada em decadência ou prescrição; busca probatória de

afastamento de qualificadoras, agravantes e causas de aumento de pena; demonstrar privilegiadoras, atenuantes ou causas de diminuição de pena e dentre outras coisas.

É dever do Advogado em melhorar ao máximo a situação de seu cliente a partir da procuração assinada, bem como orientá-lo a não se autoincriminar. No entanto, não existe garantia de que todas as informações capturadas serão a favor do imputado. Neste caso, há uma discussão sobre a não obrigação do Advogado em anexar ao processo todos os elementos obtidos na investigação. Esse pensamento foi adotado pelo Conselho Federal da OAB pelo Provimento nº 188/2018, em seu artigo 6º: “O advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados” (BRASIL, 2018). Por outro lado, há outra linha de pensamento que entende que é dever do defensor relatar todas as provas, ainda que sejam em desfavor do cliente. (BRASIL, 2018)

Nesse sentido, se discute:

Em que pese possa surgir alguma fundamentação de caráter ético, entendemos que não há suporte jurídico para impor ao Advogado o dever de prejudicar o cliente, levando aos autos oficiais todos os resultados obtidos na investigação criminal defensiva. Seria uma deficiência defensiva – quiça uma falta de defesa – a conduta do causídico que, querendo colaborar com as autoridades, levasse aos autos, sem o consentimento do cliente, declarações que obteve durante a tramitação da investigação criminal defensiva. Ademais, não sendo possível exigir autoincriminação, também não seria cabível impor ao seu Advogado que apresente às autoridades os elementos prejudiciais ao seu cliente. (TALON, 2020, p. 143)

Desse modo, Talon (2020) expressa que o defensor poderá filtrar todos os elementos integrados à investigação defensiva antes de juntar aos autos do processo, aproveitando somente as provas que trazem vantagens significantes para o cliente, e não elementos contrários que possam prejudica-lo direta ou indiretamente. Ou seja, ainda que o Advogado produza diversos elementos como: fotografias, perícias, documentos ou depoimentos, terá a faculdade de se valer somente de um deles para anexar no processo criminal.

CONCLUSÃO

Nestes termos, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro está amparado sob um Estado Democrático de Direito, que, em regra, deverá utilizar dos registros da investigação penal para se obter elementos probatórios, fazendo jus ao princípio da investigação criminal.

Diante disso, após o cometimento de um delito previsto, o Estado por sua vez terá como monopólio o poder de punir, denominado *ius puniendi*, e posteriormente dará início à persecução penal. Esta será separada em duas fases diferentes: Uma será em fase extraprocessual, onde serão utilizadas as investigações regidas pelo polo acusatório com o intuito de saber mais sobre a materialidade e autoria do fato; a outra será processual, em que as partes processuais irão atuar na ação penal diante de um juiz.

Logo, para que o Ministério Público possa acusar terá de ter fundamentações baseadas em provas colhidas através de uma apuração prévia ou preparatória à fase processual, demonstrando, assim, a certeza da consumação do fato típico. A investigação exercida em inquérito policial tem a importância também de evitar desnecessários custos ao Estado, imputando a um inocente um crime que não foi de sua autoria, bem como, por exemplo, resguardar quaisquer indícios de provas que com o passar do tempo poderiam desaparecer.

Contudo, como foi estudado, após o Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Advogado e o Defensor Público ficaram respaldados a exercer a investigação criminal defensiva em qualquer momento do processo, com o facultativo auxílio de terceiros especialistas. Esta regulamentação foi um grande avanço para que se chegasse mais próximo da efetivação do princípio da ampla defesa a concretização da paridade de armas dentre as partes.

No entanto, a norma ainda não é prevista na Constituição Federal e nem nos códigos de Direito Penal e Processo Penal, como é de se ver no caso da investigação conduzida pelos agentes de acusação. Ademais, ainda que especificamente esteja somente em provimento do Conselho Federal da OAB, seu exercício é ligado a vários princípios e direitos constitucionais, como a ampla defesa, o devido processo legal, a presunção de inocência e o contraditório.

Ainda há certos empecilhos baseados em determinadas jurisprudências as quais se nega a participação ativa da parte defensiva na fase preliminar de inquérito policial, incentivando, temerariamente, a busca da verdade real a todo custo, até por meio de buscas de provas conduzidas por magistrados que deveriam fazer seu papel de agente julgador imparcial. No Código de Processo Penal há expressões que ressaltam a possibilidade do juiz se aventurar em buscas probatórias de ofício, fazendo com que o sistema acusatório que é defendido constitucionalmente seja ferido.

É fundamental a implementação da investigação defensiva no processo para que o equilíbrio entre a defesa e a acusação seja mantida, servindo de concretização dos direitos fundamentais à defesa e à igualdade processual. A paridade de armas deve ser ponderada em conformidade com o princípio da isonomia, tendo as partes os mesmos deveres, direitos e ônus ao longo do processo. Logo, se a lei prevê determinada investigação pública exercida pela Polícia Judiciária, Ministério Público ou qualquer outro órgão, deverá também respeitar o direito do imputado a buscar meios de provas através da investigação defensiva conduzida por seu defensor.

Atualmente, como se pode ver, a advocacia está evoluindo constantemente com a legislação e se adequando aos parâmetros éticos de um Estado democrático. Não é de se aceitar que a ampla defesa e o contraditório serão concretizados com o Advogado apenas rebatendo as acusações alegadas pelo Promotor de Justiça, sem que se tenha uma postura mais ativa no processo.

Contudo, esta discussão tem grande relevância no direito brasileiro, e isso está sendo reconhecido cada vez mais no ordenamento jurídico. Tanto que o Projeto de Lei 8.045/2010, do Novo Código de Processo Penal, que será avaliado para uma possível aprovação, traz expressamente pela primeira vez a possibilidade do Advogado ou Defensor Público conduzir uma investigação criminal defensiva, criando teses para fortalecer os argumentos de seu cliente no caso concreto. Caso seja aprovado, será uma grande vitória para os guardiões da defesa e, claro, para o ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Wesley Rodrigues. **Sistema processual brasileiro**: inquisitório, acusatório ou misto? 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42516/sistema-processual-penal-brasileiro-inquisitorio-acusatorio-ou-misto>>. Acesso em 28 abr. 2022.

ASSIS, Ismael de Oliveira. Direito e a História da vingança divina, privada e pública. *In: Colloquium Socialis*, Presidente Prudente, v. 02, 2018. Disponível em: <<http://www.unoeste.br/site/enepe/2018/suplementos/area/Socialis/Direito/DIREITO%20E%20A%20HIST%C3%93RIA%20DA%20VINGAN%C3%87A%20DIVINA%20P RIVADA%20E%20PUBLICA.pdf>>. Acesso em 11 mar. 2022.

BATISTA, Danilo. O direito de punir dos Estados e os fundamentos da jurisdição penal. *In: Jusbrasil*, portal eletrônico de informações, 2016. Disponível em: <<https://danilomocota.jusbrasil.com.br/artigos/250543672/o-direito-de-punir-do-estado-e-os-fundamentos-da-jurisdicao-penal>>. Acesso em 5 abr. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte geral. v. 1. 27 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Acesso em 6 abr. 2022.

BRANDINO, Gêssica. Entendas as mudanças propostas para o novo Código de Processo Penal. *In: Portal UOL*, portal eletrônico de informações, 2021. Disponível: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/05/entenda-as-mudancas-propostas-para-o-novo-codigo-de-processo-penal.shtml>>. Acesso em 29 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado da República, 1988. Disponível em: <<https://planalto.gov.br>>. Acesso em 9 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 03 de outubro de 1940**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 9 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 9 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <<https://planalto.gov.br>>. Acesso em 24 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.625/93** - Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em 29 mai. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045/2010**. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=nodeOu bo3c1olwhktn55zftd1rtqn4107375.node0?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010>. Acesso em 24 mai. 2022.

CALDEIRA, Felipe Machado. A evolução histórica, filosófica e teórica da pena. **Revista EMERJ**, v. 12, nº. 45, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_255.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

CAMELO, Thiago Freitas. O Ministério Público na investigação criminal. *In*: **MPCE**, portal eletrônico de informações, 2017. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2017/07/5-O-Minist%C3%A9rio-P%C3%BAblico-na-Investiga%C3%A7%C3%A3o-Criminal.pdf>>. Acesso em 28 mai. 2022.

CRUZ, André Gonzalez. O poder punitivo estatal. *In*: **Jusbrasil**, portal eletrônico de informações, 2012. Disponível em: <<https://andregonzalez2.jusbrasil.com.br/artigos/121940808/o-poder-punitivo-estatal>>. Acesso em 4 abr. 2022.

DAHER, Roberto José. História do direito penal. *In*: **Revista Eletrônica FACP**. 2012. Disponível em: <<http://facp.com.br/revista/index.php/reFACP/article/view/2>>. Acesso em 20 mar. 2022.

DUARTE, Maércio Falcão. Evolução histórica do Direito Penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 34, 1 ago. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/932>. Acesso em: 5 de junho 2022.

ESTRELA, Wallace. **O princípio da verdade real no âmbito do Processo Penal**. Disponível em: <<https://wallacestrela.jusbrasil.com.br/artigos/456090513/o-principio-da-verdade-real-no-ambito-do-processo-penal>>. Acesso de 19 mai. 2022.

GARCEZ, Willian. **A legitimidade institucional da investigação criminal**. 2012. Disponível em: <<https://www.delegados.com.br/noticia/a-legitimidade-institucional-da-investigacao-criminal-por-william-garcez>>. Acesso em 26 mai. 2022.

GOMES, Ana Flavia Compoy. **Investigação criminal, processo penal e constituição federal: princípio da prévia investigação criminal**. 2021. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56789/investigao-criminal-processo-penal-e-constituio-federal-principio-da-prvia-investigao-criminal>>. Acesso em 26 mai. 2022.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Verdade material e verdade formal, *In*: **Revista CEJ**. 2012. Disponível em: <https://www.academia.edu/6135952/MATERIAL_AND_FORMAL_TRUTH_ancient_distinction_or_modern_conception>. Acesso em 20 mai. 2022.

HELENO, Patrícia da Silva. O poder investigatório do Ministério Público. *In*: **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 21, n. 42, jul.-dez. 2019. Disponível em:

<https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/42/artigos/artigo11.pdf>. Acesso em 20 de maio 2022.

HIGA, Desiree. O retrocesso à vingança privada na atualidade brasileira. *In*: **Jusbrasil**, portal eletrônico de informações, 2017. Disponível em: <<https://desireehiga.jusbrasil.com.br/artigos/339984295/o-retrocesso-a-vinganca-privada-na-atualidade-brasileira>>. Acesso em 11 mar. 2022.

JESUS, Candice Regina Silva. **O devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa no Brasil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12684/o-devido-processo-legal-o-contraditorio-e-a-ampla-defesa-no-brasil-e-na-obra-literaria-o-processo-de-franz-kafka>>. Acesso em 11 mai. 2022.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. USP, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf>. Acesso em 23 mai. 2022.

MADRIGAL, Alexis Gabriel. Investigação criminal constitucional: conceito, classificação e sua tríplice função. 2017. Disponível em: <<https://alexismadrigal.jusbrasil.com.br/artigos/481542722/investigacao-criminal-constitucional-conceito-classificacao-e-sua-triplice-funcao>>. Acesso em 25 de maior de 2022.

MANSOLDO, Mary. **Verdade real versus verdade formal**. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj028870.pdf/consult/cj028870.pdf>>. Acesso em 20 mai. 2022.

ORDEM dos Advogados do Brasil. **Provimento nº 188, de 31 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <<https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>>. Acesso em 24 mai. 2022.

PEREIRA, André Luiz Bermudez. **O devido processo legal substancial e sua aplicação ao inquérito policial**. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/7758>. Acesso em 29 abr. 2022.

PEREIRA, Marcio Ferreira Rodrigues. A tirania da verdade no processo penal brasileiro: às voltas com o “princípio” da verdade real. *In*: **Revista Espaço Acadêmico**. Disponível em: <<https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/10997/6377>>. Acesso em 23 mai. 2022.

RESOLUÇÃO n. 181 de 7 ago. 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em:

<<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>. Acesso em 23 mai. 2022.

ROBERTO, Welton. **A paridade de armas no processo penal brasileiro: uma concepção do justo processo**. Disponível em: <<https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/10582/1/WELTON%20R.pdf>>. Acesso em 19 mai. 2022.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ROCHA, Roger. **Os princípios constitucionais penais sob a ótica do Estado constitucional e humanista de Direito**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22740/os-principios-constitucionais-penais-sob-a-optica-do-estado-constitucional-e-humanista-de-direito/2>>. Acesso em 11 mai. 2022.

ROSA, Emanuel Motta. **Investigação criminal**. 2014. Disponível em: <<https://emanuelmotta.jusbrasil.com.br/artigos/121943623/investigacao-criminal>>. Acesso em: 24 mai. 2022.

RUTHERFORD, Mikhail. **A verdade real no processo penal**. 2015. Disponível em: <<https://mikhail.jusbrasil.com.br/artigos/234313693/a-verdade-real-no-processo-penal>>. Acesso em 18 mai. 2022.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **O devido processo legal e o (in) devido processo penal brasileiro: entre a acusatoriedade constitucional e o inquisitorial modelo do código de processo penal**. 2016. Disponível em: <<http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/123/31>>. Acesso em 30 abr. 2022.

SANTOS, Giullyane Neo de Carvalho. **A busca pela verdade real e o devido processo legal no processo penal**. Disponível em: <<https://servicos.unitoledo.br/repositorio/handle/7574/2223>>. Acesso em 30 abr. 2022.

SILVA, Ângelo. **A busca pela verdade real no processo penal: um dogma que precisa ser superado, segundo o modelo constitucional pátrio vigente**. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/30423/1/%c3%82ngelo%20Silva.pdf>>. Acesso em 22 mai. 2022.

SILVA, Naira Lisboa. **O princípio da paridade de armas como uma ficção jurídica no processo penal brasileiro – uma análise sobre a violação do princípio e suas consequências**. 2018. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2018/pdf/NaiaraLisboadaSilva.pdf>. Acesso em 19 mai. 2022.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio. **Prova eletrônica: novos desafios na busca da verdade real do processo penal**. 2015. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/38205/20466>>. Acesso em 21 mai. 2022.

SOUZA, Guilherme Gomes. **A vingança privada no ordenamento jurídico seus reflexos na contemporaneidade**. UFGD, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufgd.edu.br/jspui/bitstream/prefix/1654/1/GuilhermeGomesSouza.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

TALON, Evinis. **Investigação Criminal Defensiva**. 1 ed. Niterói: Lumen Juris, 2020.

TUPINAMBÁ, Renata Moura. **Poder punitivo estatal: justificativas e limitações**. In: *Âmbito Jurídico*, 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/poder-punitivo-estatal-justificativas-e-limitacoes/>>. Acesso em 7 abr. 2022.

VIEIRA, Artur Alves Pinho. A investigação criminal defensiva e seus reflexos no processo penal. In: **Vianna Sapiens: Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior, Juiz de Fora**, v, 11, n. 2, 2020. Disponível em: <<https://viannasapiens.emnuvens.com.br/revista/article/view/695>>. Acesso em 24 set. 2021.

ZANARDI, Tatiane Imai. Investigação Criminal Defensiva: Uma prática a ser difundida. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 8, n. 14, 2016. Disponível em: <<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/71/67>>. Acesso em 24 mai. 2022.