

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Bruna Carolina Paludo

PROVIMENTO n.º 188/2018 DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL: REGULAMENTAÇÃO,
INEFICÁCIA E INCONSTITUCIONALIDADE

PASSO FUNDO

2020

Bruna Carolina Paludo

PROVIMENTO n.º 188/2018 DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL: REGULAMENTAÇÃO,
INEFICÁCIA E (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Professor Mestre Luiz Fernando Kramer Pereira Neto.

Passo Fundo

2020

Agradeço aos meus pais, por todo o suporte material e afetivo, bem como pelo incansável incentivo na minha vida acadêmica. Aos meus colegas de estágio e de aula – essenciais para que eu concluísse essa etapa. Por fim ao meu orientador Luiz Fernando Kramer Pereira Neto.

RESUMO

Esta pesquisa monográfica visa analisar a legalidade e a constitucionalidade da investigação defensiva instaurada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no Provimento n.º 188/2018, o qual concede ao advogado poder investigatório, em toda e qualquer fase da persecução penal – seja na etapa da investigação preliminar, na instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal, ou ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal, para que constitua acervo probatório lícito. Assim, valendo-se do método dedutivo, busca-se analisar se o Provimento em comento fere princípios basilares do Direito Processual Penal, bem como trazer a opinião sobre o tema dos principais autores brasileiros. Ainda, em um segundo aspecto, objetiva analisar a investigação defensiva utilizada em países como os Estados Unidos da América e a Itália.

Palavras-chave: Ampla defesa. Contraditório. Defesa. Direito comparado. Investigação. Ordem dos Advogados do Brasil. Provimento n.º 188/2018.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

TCC - Trabalho de Conclusão de Curso

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

IP - Inquérito Policial

MP - Ministério Público

EUA - Estados Unidos da América

DPE - Defensorias Públicas Estaduais

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

STF - Supremo Tribunal Federal

HC - *Habeas Corpus*

ANPP - Acordo de Não Persecução Penal

SUSEPE - Superintendência dos Serviços Penitenciários

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 FASE PRÉ-PROCESSUAL – A BUSCA PELA VERACIDADE DE UM FATO	8
2.1 Inquérito Policial	8
2.2 Sistema inquisitório, acusatório, misto e a estreita relação com o inquérito policial	11
2.2.1 Sistema Inquisitório	13
2.2.2 Sistema Acusatório	14
2.2.3 Sistema Misto	16
3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	19
3.1 Brasil.....	20
3.1.1 A investigação criminal e a Autoridade Policial	20
3.1.2 A participação do Ministério Público na fase preliminar	22
3.2 Estados Unidos da América	24
3.3 Itália	29
4 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA.....	35
4.1 Provimento n.º 188/2018.....	37
4.2 Metodizando a investigação criminal defensiva no Brasil	40
5 CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS	47
ANEXO A.....	52

1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) visa analisar a constitucionalidade do Provimento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) n.º 188/2018, que regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Analisa-se as suas disposições legais perante a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, bem como o modelo idealizado pela doutrina.

A ideia de investigação defensiva explanada nesta tese traz um novo horizonte para a investigação criminal, baseando-se em princípios e normas gerais. Combinado a isso, ponderando ser o papel do advogado mitigado na fase pré-processual, e considerando que a ciência jurídica é um ramo que está em constante atualização e mudança, faz-se necessário um estudo acerca da matéria, avaliando seus limites, imposições e necessidades.

Nesse sentido, o tema é desenvolvido ao longo de três capítulos. O primeiro tem por finalidade analisar a fase pré-processual no Brasil. Dispõe acerca do Inquérito Policial (IP), com sua evolução histórica e legislativa, natureza jurídica e características, passando para a análise dos Sistemas Processuais – acusatório, inquisitório e misto, seus amparos legais, vantagens e desvantagens, bem como realizando um comparativo com outros países em diferentes décadas.

A parte inicial do segundo capítulo trata da necessidade do Estado impor um controle social, criando a investigação criminal para análise, e de certo modo julgamento, de fatos considerados delituosos, abarcando, também, as disposições que a formaram nos moldes atuais. Segue para um parecer do papel da Autoridade Policial na sua elucidação, e do Ministério Público (MP), sendo ele fiscal da lei e autor da ação penal.

A segunda parte deste capítulo entra no ramo do direito comparado. Averigua-se o procedimento pré-processual utilizado pelos Estados Unidos da América (EUA), onde é positivado um papel mais ativo da defesa, sendo o compartilhamento de informações um marco legal. Demonstra-se a fase procedimental desde a notícia crime até o julgamento, a etapa de acordos – *plea bargain*, tal como o compromisso do advogado em cada momento processual. Em seguida, analisa-se o procedimento de investigação defensiva na Itália, dispondo sobre a regulamentação da matéria dentro do próprio *Codice di Procedura Penale*, abarcando a evolução histórica e as principais diligências que o legislador conferiu poder a defesa, sendo estas documentadas no *Fascicolo del Difensore*.

Finda-se o trabalho no terceiro capítulo com a exposição dos principais conceitos acerca da Investigação Defensiva, passando para descrição e análise do Provimento do Conselho Federal da OAB n.º 188/2018, conforme disposições constitucionais e legais vigentes no Brasil. Ademais, realiza-se um juízo acerca do modo parco que a Instituição regulamentou tal procedimento. Por fim, pondera-se um modelo ideal, baseado na doutrina e nos moldes da investigação defensiva já presentes nos países supracitados. Afere-se o momento processual em que poderia ser realizada, as fases, o objetivo, os deveres, e as diligências, bem como o papel da Defensoria Pública Estadual (DPE), em tratando de réu hipossuficiente, considerando a grande demanda que o órgão possui.

2 FASE PRÉ-PROCESSUAL – A BUSCA PELA VERACIDADE DE UM FATO

No Brasil não há uma denominação exata, prevista em lei, para a atividade prévia ao processo, fato que levou os legisladores e doutrinadores a utilizarem inúmeras terminologias. Segundo Lopes Jr. (2014, p. 87), no nosso país a fase pré-processual denomina-se inquérito policial, atendendo basicamente ao órgão encarregado da atividade. O legislador Italiano utiliza termo *indagine preliminare*; em Portugal, emprega-se *inquérito preliminar*; na Alemanha, *von verfahren* e *ermittlungsverfahren* (procedimento preparatório ou fase de averiguação); na França, *l'enquete preliminaire*; e na Inglaterra, *preliminary inquiry*.

2.1 Inquérito Policial

Conforme Rangel (2019, p. 74), o inquérito policial é um conjunto de atos realizados com a finalidade de apurar a autoria e materialidade de uma infração penal. Corresponde ao conjunto de diligências que se destinam a investigar a existência de um crime, definir os seus agentes, localizar e levantar provas.

Surgiu com o Decreto 4.824 de 1871, que preceituava no seu artigo 38 que Chefes, Delegados e Subdelegados de Polícia, quando tiverem a notícia da prática de um crime “procederão em seus distritos às diligências necessárias para verificação da existência do mesmo crime, descobrimento de todas as suas circunstâncias e dos delinquentes” (BRASIL, 1871). O inquérito, portanto, não convém para apurar culpa, mas sim, a veracidade de um fato que possui aparente tipificação penal.

Em algumas situações é dispensável para a propositura da ação, como, por exemplo, quando a Secretaria da Fazenda está a apurar ilícito penal praticado por contribuinte – sonegação de imposto. Neste caso, já se possui elementos necessários para imputar o autor do ilícito penal. Nessa senda, possui o Ministério Público a faculdade de oferecer denúncia sem prévio inquérito policial, desde que tenha peças de informação, ou seja, elementos necessários que possibilitem o exercício da ação penal.

A natureza jurídica do inquérito policial é considerada pela Doutrina como complexa, pois há atos administrativos e judiciais. Contudo, fixa-se como administrativa, pois se analisam os atos predominantes, e ainda é de caráter informativo, preparatório da ação penal. É considerado administrativo por ser o órgão encarregado pelo procedimento não pertencente ao poder judiciário. De acordo com Lopes Jr. (2014, p. 91) o classificamos como um “procedimento administrativo pré-processual, pois é levado a cabo pela Polícia Judiciária, um

órgão vinculado à Administração – Poder Executivo, e que por isso desenvolve tarefas de natureza administrativa”.

O ato administrativo possui atributo de presunção de legitimidade, e para que esse opere, deve reunir algumas condições externas mínimas de legitimidade, pois se presumirá legítimo na medida em que emanar de uma autoridade que igualmente o seja. Esses atos estão submissos à disciplina do direito administrativo, em geral, de modo que é possível haver ilegalidade nos referidos, cabendo ao judiciário o desfazimento de tais. “Entretanto, não há que se falar em contaminação da ação penal em face de feitos ocorridos na prática dos atos do inquérito, pois este é peça meramente de informação e como tal, serve de base à denúncia” (RANGEL, 2019, p. 98).

O juiz não pode basear a sua decisão condenatória ou absolutória apenas com os elementos trazidos pelo inquérito policial, de modo que tudo que nele tiver sido apurado deve ser corroborado em juízo, salvo as informações não cautelares, não repetíveis e antecipadas. “O Inquérito, assim, é um suporte probatório sobre o qual repousa a imputação penal feita pelo Ministério Público, mas que deve ser comprovada em juízo” (RANGEL, 2019, p. 83). Ademais, nos termos do artigo 144 da CRFB¹, confere-se às polícias civis e federais, nos seus pertinentes campos, a função de polícia judiciária, mas isso não significa que pertençam ao Poder Judiciário e tampouco que suas atividades tenham o *status* de ato judicial.

Lopes Jr. (2014, p. 41-42) leciona que a autonomia e a instrumentalidade do inquérito se dão em três planos: sujeitos, objeto e atos. Os sujeitos, preliminarmente, não são partes. A investigação pode nascer e prosseguir sem a presença do sujeito passivo (eventual réu/acusado). O objeto está na *notitia criminis* e o grau de cognição que deve existir acerca da materialidade e da autoria do delito. Os atos se diferenciam daqueles realizados em juízo posteriormente, uma vez que distintos os sujeitos e o objeto. O autor conclui assim, que a investigação preliminar pode ser encarada como um *inter*: situação intermediária entre a *notitia criminis* e o processo penal.

O inquérito policial é marcado pelo sigilo, necessário para a melhor explanação do fato, também exigido pelo interesse da sociedade. Muitas vezes, a exposição que a imprensa realiza sobre os fatos, envolvidos e diligências realizadas pode acarretar um severo dano ao andamento

¹ - Artigo 144 CRFB: A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares (BRASIL, 1988).

da investigação, podendo inclusive frustrar seu objetivo crucial, que é a descoberta da autoria. Brasileiro (2016, p. 177) salienta que a importância da preservação desse sigilo se destaca pela previsão de tipos penais pertinentes a sua quebra, citando como exemplo os crimes de violação de sigilo funcional – artigo 325 do Código Penal (CP), e o delito do artigo 10 da Lei nº 9.296/96².

Todavia, a Lei 13.245/16 alterou significativamente dois incisos do artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil no que tange o sigilo absoluto do IP, assegurando aos advogados o direito de examinar, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, podendo copiar peças e tomar apontamentos; e de assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, podendo inclusive, apresentar razões e quesitos.

Dispõe ainda que a inobservância aos direitos estabelecidos, o fornecimento incompleto ou 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. Nessa senda, leciona Lopes Jr. (2018b, p. 36) que atualmente existe uma inegável crise da teoria das fontes, em que uma lei estadual passa a valer mais que uma lei federal, ou ainda uma lei ordinária acaba tendo maior respaldo do que a própria Constituição, “não sendo raros aqueles que negam a CRFB como fonte, recusando sua eficácia imediata”.

Explana o autor que essa recusa deve ser combatida. Dentro de um processo penal ideal, seus regimentos devem estar em conformidade, assegurando que se formem regras para um jogo democrático. É intangível que agentes policiais se neguem a cumprir determinada norma do Estatuto da OAB por não haver texto similar no CPP, considerando que ambas são Leis Federais, estando no mesmo plano processual e legislativo.

Contudo, é certo que em determinadas hipóteses a defesa e o seu cliente não podem ter acesso às investigações, principalmente quando se tratar de dados relacionados a intimidade, por exemplo. Nesses casos, como já previsto no artigo 20 do Código de Processo Penal (CPP), pode ser decretado o sigilo das diligências em andamento e que ainda não estejam

² - Artigo 10 - constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

documentadas nos autos. Hireche (2016) afirma que essa posituação no Estatuto da OAB, por si só, não possui a força para a mudança político-social necessária, sendo *mister* que os atores do processo contemplem essa mudança estrutural e de pensamento.

Do mesmo modo, diante do sistema acusatório que adotamos, a acusação pertence ao Ministério Público, pois é ele quem tem a função institucional de promover a ação penal pública³. Assim, havendo mera investigação de fatos, o indiciado não precisaria se defender. Na mesma senda, no Inquérito Policial, de regra, não incide o preceito constitucional do artigo 5º, inciso LV⁴. Dessa forma, leciona Rangel:

O operador do direito percebe que se tratando de um procedimento, e não um processo, administrativo com o escopo de apurar a prática de um fato, não há que se falar em aplicar o princípio do contraditório, pois o indiciado não está sendo acusado de nada, mas sendo objeto de investigação com todos os direitos previstos na Constituição. (RANGEL, 2019, p. 81).

No entanto, após a introdução da Lei 13.245/16, a Doutrina se divide quanto ao assunto. Brasileiro (2016, p. 181) leciona que as investigações preliminares estão sujeitas ao contraditório diferido e à ampla defesa, ainda que com uma abrangência mais limitada que aquela da fase processual. Isso não apenas por conta das mudanças introduzidas pela nova lei, mas também por uma interpretação não restritiva do artigo 5º, LV e LXIII da CRFB.

O inciso LV do art. 5º da Constituição Federal não pode ser objeto de interpretação restritiva para fins de se concluir que a expressão *processo administrativo* ali utilizada não abrange as investigações preliminares, que têm natureza jurídica de *procedimento administrativo*, nem tampouco para se alegar que o fato de mencionar *acusados*, e não *investigados* ou *indiciados*, seja um impedimento para sua aplicação na fase pré-processual. (BRASILEIRO, 2016, p. 181).

Há de se pensar que o exercício do direito de defesa nas investigações preliminares poderia funcionar como empecilho à eficácia das investigações. Contudo, a finalidade delas não é apenas a obtenção de elementos de informação para que o MP ingresse em juízo. Visam também evitar a instauração de um processo penal infundado. Logo, o exercício do direito de defesa na investigação preliminar depõe a favor dessa suposta eficiência, evitando que possíveis inocentes sejam processados criminalmente.

³ - Artigo 129 CRFB: são funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (BRASIL, 1988).

⁴ - Artigo 5º CRFB: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - 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).

2.2 Sistema inquisitório, acusatório, misto e a estreita relação com o Inquérito Policial

Os primeiros grupos humanos, tribos, desconheciam métodos sistematizados de solução de conflitos de interesses penais. Tendiam sempre à materialização do seu direito da maneira como bem entendiam. Nos primórdios as “regras” não eram escritas, advinham dos costumes, hábitos, crenças e magias, com forte tendência ao comportamento agressivo para a resolução de algo.

Leciona Prado (2005, p. 125) que no Antigo Egito tinha-se a ideia de que o poder deveria ficar na mão do Sacerdote, de maneira que existiam cidades que forneciam os juízes para o tribunal supremo, encarregados de julgar os crimes graves. No molde egípcio então, que encontramos o começo do sistema inquisitório. Já no modelo Ateniense derivou o sistema de acusação popular, pois qualquer cidadão poderia sustentar uma acusação relativa aos crimes públicos. Vigorava o princípio da soberania do povo, da publicidade e oralidade do juízo (PRADO, 2005, p. 128). Havia igualdade entre o acusado e o acusador, entretanto tortura era admitida como meio de obtenção de provas.

Em Roma, os traços inquisitivos estavam infiltrados na sociedade, de modo que o magistrado, como representante do rei, possuía amplos poderes de instrução e deliberação (PRADO, 2005, p. 130). Posteriormente, com as novas exigências sociais, adveio o sistema acusatório, sendo semelhante ao Grego. Aqui havia uma investigação anterior, e respeito ao contraditório.

Conforme Rangel (2019, p. 49), conceitua-se como sistema processual penal “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”. Assim sendo, o sistema processual penal fica à mercê da realidade político-social de cada sociedade, bem como depende das atualizações contemporâneas que estão atreladas as federações, sendo exteriorizado pelas ordens normativas constitucionais e penais.

O Estado, então, necessita efetivar estas ordens, assegurando a plena aplicação das suas regras e preceitos basilares. Devendo ser feita através do processo, que deve se validar de duas formas: a inquisitiva e a acusatória (RANGEL, 2019). Assim, preceitua o autor:

Em um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório se representa pela garantia do cidadão contra qualquer árbitro do Estado. No Estado Totalitário, em que a repressão é a mola mestra e há supressão dos direitos e garantias individuais, o sistema inquisitivo encontra sua guarda (RANGEL, 2019, p. 49).

No Brasil, com a promulgação da CRFB, a iniciativa da ação penal fica a cargo do Ministério Público, exceto quando se exige representação do ofendido – como no Estelionato, ou nos crimes de iniciativa privada da parte, situações que estão dispostas em lei. Conforme Prado (2005, p. 269) “a propositura da ação penal condenatória, todavia, está condicionada à demonstração prévia, pelo autor, das condições mínimas de viabilidade da pretensão”. Deste modo, antes da propositura da ação, é fundamental que haja uma investigação criminal prévia.

2.2.1 Sistema Inquisitório:

O sistema inquisitivo teve suas origens nos regimes monárquicos, se aperfeiçoando com as doutrinas eclesiásticas. Foi o sistema adotado pela maioria da legislação Europeia nos séculos XVI, XVII e XVIII. O Estado-Juiz concentrava em suas mãos as funções de acusar e julgar, afetando sua imparcialidade. Assim, o mesmo órgão que investiga é aquele que pune (BRASILEIRO, 2016, p. 73).

Vale ressaltar que a Igreja Católica teve forte influência neste sistema. Meios de tortura se aperfeiçoaram com o intuito de obter respostas, e inúmeras vezes o cidadão que não era culpado, aceitava o fardo para cessar a punição. “A inquisição, enfim, não inventou a tortura, mas o meio quase perfeito para justificá-la: os mecanismos do sistema inquisitório” (COUTINHO, 2018, p. 46).

Barreiros (1981 apud Coutinho 2018, p. 46-47) leciona ainda:

O acusado é “*ex officio*”, mas pode ser consequência de uma denúncia secreta, altamente incentivada (malgrado a confissão dos pecados perante os padres, pois, ainda que com seu sigilo aparentemente garantido, nunca deixou de ser um grande mecanismo de controle de tudo o que se passa na sociedade, mormente nas localidades menores, inclusive hoje), com a criação de locais apropriados para o recolhimento (em geral, nas partes frontais das igrejas) [...]. A regra é o perquirido estar previamente preso, à disposição do seu algoz.

O processo inquisitivo está presente quando as três funções (acusar, julgar e defender) se concentram em uma só pessoa. Conforme os ensinamentos de Rangel (2019, p. 50) “no sistema inquisitivo o juiz não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhes foram trazidas pelas partes”. Ele, juiz, intenciona suadir as partes da sua íntima convicção, uma vez que o seu juízo de valor sobre a ação já está previamente formulado.

Leciona Nucci (2016, p. 46) que não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos, os julgadores não estão sujeitos a recusa, o procedimento é sigiloso, há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa. Há o predomínio da função

consistente em pôr em prática o direito penal material. O objetivo de punir é primordial (PRADO, 2005, p. 173). Analisando o sistema inquisitório dentro de um Estado Democrático de Direito, denota-se que é um instituto incompatível com as garantias constitucionais que ele fornece. Coutinho relata que:

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos – de todos os fatos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na acusação – dado seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases. (COUTINHO, 2001, p. 24).

Entretanto, Silveira (2016, p. 57) leciona que o CPP Brasileiro é fruto do regime autoritário instalado após a Revolução de 1930, sob o comando de Getúlio Vargas. Deste modo, mesmo com as inovações legislativas – como o artigo 3-A que preceitua que a estrutura do processo penal é acusatória, vedando a intervenção do juiz na fase de investigação, ainda existem traços do sistema inquisitorial.

Um exemplo é o artigo 13 do CPP, *in verbis* “incumbirá ainda à autoridade policial: [...] II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público” (BRASIL, 1941). Tal dispositivo vai totalmente de encontro com o que dispõe o artigo 3-A do mesmo diploma legal. Permite-se aqui, que o juiz possa determinar à autoridade policial que faça diligências no curso do inquérito policial, indaga-se, pois, que se ainda não há exercício pleno de agir, não deve haver intervenção do juiz.

Lopes Jr. (2018a, p. 42) leciona que “o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”. Na mesma senda, preceitua Brasileiro (2016, p. 74) que “fica evidente que o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais”.

2.2.2 Sistema Acusatório

O sistema acusatório representa a separação das funções, ou seja, existem três figuras atuando no processo: juiz, autor e réu. Aqui o juiz se faz presente por um órgão imparcial de aplicação da lei que apenas se manifestará quando devidamente provocado, ele não inicia a persecução penal. O autor, representado pelo Ministério Público – nas ações penais públicas,

titular da ação, fica encarregado em fazer a acusação (imputação penal e pedido), assumindo assim, o ônus da acusação.

“Processo acusatório é a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder que define o horizonte do mencionado processo” (PRADO, 2005, p. 173). Na estrutura inquisitiva o juiz acusa. Na acusatória ele é parte autônoma, permanece no centro do processo, cuidando sempre para preservar sua imparcialidade.

Como princípios basilares do sistema acusatório temos o da imparcialidade do órgão julgador, contraditório, ampla defesa, e da publicidade dos atos processuais. O sistema de provas adotado é do livre convencimento, ou seja, a sentença deve ser motivada com base nas provas carreadas para os autos (RANGEL, 2019, p. 52), com exceção ao Julgamento realizado por meio do Tribunal do Júri, que utiliza a íntima convicção, onde se permite aos jurados valorar as provas conforme suas próprias concepções, sem necessidade de motivação.

A posição do juiz neste sistema é a principal característica. “Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador” (LOPES JR., 2018a, p. 43). Nessa senda, o já citado artigo 129, inciso I da CRFB traz para dentro do ordenamento jurídico brasileiro o sistema acusatório. Assim sendo, a função de acusar é do Ministério Público, e como exceção, do particular. Explica Rangel (2019), “não temos a figura do juiz instrutor, pois a fase preliminar e informativa que temos antes da propositura da ação penal é a do inquérito policial e este é presidido pela autoridade policial”.

Segundo Tornaghi:

O que distingue a forma acusatória da inquisitória é o seguinte: na primeira, as três funções de acusar, defender e julgar estão atribuídas a três órgãos/pessoas diferentes; na segunda, as três funções estão dispostas ao mesmo órgão. No sistema inquisitório o réu, acusado, é tratado como objeto do processo e não como um sujeito, sendo que nada pode exigir (TORNAGHI, 1978, apud RANGEL 2019, p.53).

Ademais, o artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica preceitua o modelo acusatório.

Veja-se:

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, ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Abade (2014, p. 24) relata que o modelo constitucionalmente albergado pelo Estado Democrático Brasileiro deve ser ponto de partida para interpretação e releitura de todas as

normas processuais penais infraconstitucionais que integram o processo penal brasileiro. Como se detona dos seguintes julgados:

O sistema jurídico vigente no Brasil – tendo presente a natureza dialógica do **processo penal acusatório**, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático – impõe ao Ministério Público, notadamente no denominado reato societário, a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa (STF, HC 84.580, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25.08.2009, Segunda Turma, DJE 18.09.2009).

Grifos nossos

Por essa razão, não parece razoável o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento formal de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório. Este, contemplado em nosso ordenamento jurídico, impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura tipicamente inerente à função investigatória (STF, HC 115.015, Rel. Teori Zavascki, 2.^a Turma, j. 27.08.2013).

Grifos nossos

O juiz não pode ser um investigador, por infringir o direito democrático e constitucional sistema acusatório (cf. as lições da Procuradora da República Denise Neves Abade, *Garantias do processo penal acusatório: O novo papel do Ministério Público no processo penal de partes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 168). O Judiciário não é órgão de combate à criminalidade. O juiz deve julgar com isenção, com imparcialidade (TRF-1.^a Região, HC 2007.01.00.015822-4/MT, Rel. Des. Tourinho Neto, j. 21.05.2007).

Grifos nossos

Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. **Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. Funções de investigador e inquisidor.** Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigos 129, I e VIII e § 2.º; e 144, § 1.º, I e IV, e § 4.º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte (STF, ADI 1570/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 22.10.2004, 00004, v. 02169-01, p. 00046).

Grifos nossos

Brasileiro (2016, p. 75) conclui que a principal diferença entre os dois sistemas é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova. O modelo acusatório retrata a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais.

2.2.3 Sistema Misto

“Todos os sistemas processuais penais conhecidos mundo afora são mistos. Isto significa que não há mais sistemas puros, ou seja, na forma como foram concebidos” (COUTINHO, 2018, p. 113). O sistema misto, ou francês, nasce com o Código Napoleônico, e representa-se pela união dos sistemas supracitados.

Para melhor percepção, Rangel (2019, p. 54) divide o sistema misto em duas fases procedimentais distintas. A primeira é a instrução preliminar: aqui é o juiz que procede às investigações, para que se possa posteriormente, realizar uma acusação. Possui auxílio da polícia judiciária, mas pratica todos os atos inerentes à formação de um juízo prévio que autorize a acusação. Não há contraditório, nem ampla defesa, face à influência do procedimento inquisitivo.

A segunda fase é a judicial, a acusação propriamente dita, sendo esta realizada por órgão diverso daquele que irá julgar, no caso, feita em regra, pelo Ministério Público. Aqui se faz presente o contraditório, a ampla defesa, a garantida da publicidade dos atos processuais, entre outros princípios basilares. Cabe ao órgão acusador demonstrar a culpa do acusado, através do devido processo legal. Abade (2014) leciona que:

O sistema misto é considerado uma mescla dos dois outros sistemas processuais, adotando, de início, uma instrução inquisitória, com concentração das funções de acusar e decidir em um primeiro momento, e posteriormente separação das funções, com julgamento final acusatório. Na fase inquisitória, a instrução é escrita e secreta, sem acusação e sem nenhuma oportunidade de contraditório. Somente após a apresentação da acusação o réu poderá se defender (ABADE, 2014, p. 26).

Da mesma maneira que o sistema inquisitorial não foi acolhido pela CRFB, o misto não é bem recepcionado pela doutrina majoritária, tendo em vista o entendimento de que o juiz não deve colher prova, bem como não deve intervir com diligências na fase instrutória. Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Contudo, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória (BRASILEIRO, 2016, p. 77).

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, que prevê expressamente a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório. No entanto, a doutrina entende haver resquícios do sistema inquisitorial impregnados. Gomes (1999 apud Rangel, 2019, p. 56) leciona que “não se trata de um modelo acusatório puro, até porque o juiz ainda pode determinar, supletivamente a realização da prova *ex officio*, mas é inegável que se aproximou do ideal”.

Cunha (2018) menciona que Kelsen, ao utilizar sua teoria da Pirâmide, e em estrita relação com o Escalonamento Normativo Brasileiro, coloca a CRFB no topo da pirâmide, uma vez que esta é o fundamento de validade das demais normas do sistema. Deste modo, todas as normas infraconstitucionais devem respeitar e observa-la.

Como exemplo de afastamento da acusatoriedade, podemos citar o artigo 5º do Código de Processo Penal Brasileiro, *in verbis* “nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: [...] II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público [...]” (BRASIL, 1941). Se o sistema acusatório tem como um de seus pilares o princípio da imparcialidade, impessoalidade do juiz, esse artigo não deveria ter sido recepcionado, uma vez que dá poderes ao juiz iniciar a persecução penal, remetendo traços do sistema inquisitório.

De igual maneira, nos moldes do sistema acusatório, o juiz está impedido de investigar a prova em desconformidade com o que quer o autor, de modo que isso representa o declínio do ápice da pirâmide do tripé da relação jurídico-processual, quebrando a sua imparcialidade (RANGEL, 2019, p. 67).

3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

O ser humano, desde os primórdios, relaciona-se com outros seres de maneiras curiosas, e muitas vezes, ínfimas. Quando o homem começou a ter racionalidade sobre seus atos, concomitantemente surgiram conflitos, e destes adveio a necessidade de haver um controle social, devendo ele ser feito por pessoa com maior autoridade na sociedade em que viviam. Assim sendo, surge o controle social como uma maneira de fiscalizar as sociedades, valendo-se de meios, que atualmente, podemos encontrar nas figuras da polícia, dos promotores, juízes e similares.

O termo investigação deriva dos vocabulários latinos *investigatio* e *investigare*, e no sentido gramatical, entende-se como a pesquisa de vestígios e indícios relativos a certos fatos para esclarecer ou descobrir alguma coisa. A investigação, de modo geral, é um procedimento formado por um conjunto de atos interligados que visam elucidar um episódio obscuro. Quando nos encontramos diante de um fato que à primeira vista é típico, jurídico e culpável, dá-se início a investigação de criminal.

Ao que se sabe, ela teve suas origens na Inglaterra. Com a expansão da agricultura, a Revolução Industrial e o aumento populacional, o crescimento demográfico nas cidades incentivou de certo modo a prática de crimes, obrigando o Estado a reagir com a finalidade de manter a ordem social (MENDRONI, 2013, p. 05). O autor ainda destaca, “investigação criminal é toda ação praticada pela polícia ou pelo promotor de justiça, separadamente ou em conjunto, com vistas à obtenção de evidências, sempre durante a fase pré-processual”. Deste modo, a produção de provas é o centro de toda a ação praticada pelas referidas partes processuais.

A CRFB traz em seu artigo 5º importantes garantias, dentre elas, o inciso XXXV preceituando que “a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Assim, é imperativo ao Estado apreciar infrações à lei, tornando-o um ente soberano, titular do poder e direito de punir, respeitando e a garantindo o devido processo legal, na busca de elementos que comprovem que houve infração e quem infringiu a norma. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 239).

Nucci sintetiza o conceito de direito de ação, dizendo:

É o direito do Estado-acusação ou da vítima de ingressar em juízo, solicitando a prestação jurisdicional, representada pela aplicação das normas de direito penal ao caso concreto. Por meio da ação, tendo em vista a existência de uma infração penal precedente, o Estado consegue realizar a sua pretensão de punir o infrator. Note-se que do crime nasce a pretensão punitiva e não o direito de ação, que preexiste à prática

da infração penal. Não há possibilidade de haver punição, na órbita penal, sem o devido processo legal, isto é, sem que seja garantido o exercício do direito de ação, com sua consequência natural, que é o direito ao contraditório e à ampla defesa. Até mesmo quando a Constituição autoriza a possibilidade de transação, em matéria penal, para as infrações de menor potencial ofensivo, existe, em tal procedimento, o direito de ação, tendo em vista que o fato criminoso é levado ao conhecimento do Poder Judiciário, que necessita homologar eventual proposta de acordo feita pelo Ministério Público ao agente-infrator (Nucci, 2016, p. 86).

3.1 Brasil

Positivada no artigo 144 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a função de Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais compete à Polícia Federal e às Polícias Civis. Essa função consiste no cumprimento de determinações judiciais, a nomenclatura se justifica pelo poder investigatório investido, e a busca pelas provas para o transcorrer ideal da ação penal.

3.1.1 A investigação criminal e a Autoridade Policial

Os costumes Portugueses influenciaram nosso país em inúmeros sentidos, sendo a legislação um deles. A Constituição Federal de 1824 estabeleceu os Juizados de Paz, onde os juízes possuíam atribuições policiais, tanto preventivas quanto repressivas. Com a Lei nº 261 de 1841, a investigação criminal passou a ser conduzida pela autoridade policial.

O artigo 4º, em especial o parágrafo 9 do referido diploma, preceitua as diversas atribuições dos Chefes e Delegados de Polícia, sendo uma delas “remeter, quando julgarem conveniente, todos os dados, provas e esclarecimentos que houverem obtido sobre um delito, com a exposição do caso e suas circunstâncias, aos juízes competentes para a formação da culpa” (BRASIL, 1941).

O Regulamento nº 120 de 1842 veio para regular a execução da parte policial e criminal da Lei nº 261. Este regulamento instituiu a divisão da polícia em Administrativa e Judiciária, atribuindo a esta última as tarefas de prender, cumprir mandados de busca e apreensão, etc. Outro importante ponto legislativo foi a Lei nº 2.033 de 1871, que concedeu à Autoridade Policial a discricionariedade de enviar, ou não, ao Juiz os elementos referentes a um possível delito. Para regulamentar esta Lei, veio o Decreto nº 4.824 de 1871, que legitimou o Inquérito Policial para a persecução prévia.

De acordo com Mirabete (2006 apud Brasileiro, 2016, p. 170), “a Polícia, instrumento da Administração, é uma instituição de direito público, destinada a manter e a recobrar, junto à

sociedade e na medida dos recursos de que dispõe, a paz pública ou a segurança individual”. Gradualmente surge a figura da Polícia como temos hoje, o símbolo mais visível do sistema de controle de criminalidade. Vale mencionar ainda, a explicação de Nucci (2016, p. 43) a respeito da diferença teleológica entre as polícias civis e militares:

A diferença básica entre ambas as polícias, é a essência de suas atividades, pois assim desenhou o constituinte. Enquanto a polícia civil descobre, apura, colhe provas de crimes, propiciando haver processo criminal e eventual condenação do delinquente, a polícia militar, fardada, faz o patrulhamento ostensivo, isto é, visível, claro e perceptível pelas ruas. Atua de modo preventivo-repressivo, mas não é seu *mister* a investigação de crimes. Da mesma forma, não cabe ao delegado e seus agentes saírem pelas ruas ostensivamente em patrulhamento. A própria comunidade identifica na farda a polícia repressiva, quando ocorre um crime; é a primeira a ser chamada, como regra. Depois, havendo prisão em flagrante, por exemplo, atinge-se a fase de persecução penal, ingressando a polícia civil, sem farda e cuja identificação não se dá pelos trajes usados (NUCCI, 2016, p.43).

Não há dúvidas que a polícia tem condições – humana e material, de agir em qualquer lugar do Brasil, desde as grandes cidades até os locais mais afastados. Isso outorga uma nota de efetividade da persecução, pois está em todos os lugares, sendo sua abrangência maior que a dos juízes e promotores.

Ela é, de regra, o primeiro órgão a ter contato direto com o fato delituoso, seja atuando de modo repressivo ou investigatório. Do mesmo modo, sofre uma influência direta dos meios de comunicação, que muitas vezes não possuem total discernimento quanto ao assunto em questão. Conforme Lopes Jr. (2014, p. 130), isso leva a um grave inconveniente: “a possibilidade de ser usada como instrumento de perseguição política e as graves injustiças que comete no afã de resolver rapidamente os casos com mais repercussão nos meios de comunicação”.

Seguindo a linha de pensamentos do autor, o mesmo entende que a Polícia deve ser um órgão auxiliar na investigação. Primeiro por crer que existe uma crise no sistema de investigação policial, segundo por considerar que quanto maior for o controle na fase investigativa do titular da ação penal, o Ministério Público, menor é a discricionariedade policial (LOPES JR., 2014, p. 131).

3.1.2 A participação do Ministério Público na fase preliminar

O *Parquet*, como já explanado, é o titular da ação penal, deste modo, incumbe a ele o ônus da produção probatória. A ideia do promotor investigador surgiu na Europa, ao substituir

a figura do Juiz Instrutor após a Revolução Francesa. Obviamente, a figura como temos hoje não nasceu apenas de uma ideia, mas foi se desenvolvendo e evoluindo.

Na opinião de Mendroni (2013, p. 68), a compleição do Ministério Público é um enriquecimento do próprio sistema acusatório visando apagar os traços inquisitivos, com a imparcialidade total da figura do Juiz, e garantir a efetividade da *Persecutio Criminis*. Assim, o MP se torna uma instituição a parte no nosso sistema jurídico, a serviço da sociedade de modo permanente, com o objetivo de aplicar a lei de maneira justa a cada caso concreto.

Muitos doutrinadores apontam a falta de imparcialidade do órgão acusador como sendo a fragilidade da figura do agente ministerial, entretanto, se faz inviável esperar que do mesmo modo, a defesa seja uma parte imparcial que visa o correto dentro do sistema de justiça onde o seu cliente cometeu um ilícito. O artigo 129 da Constituição da República Federativa do Brasil assegura as funções do órgão referido, no entanto, o rol lá expresso não é taxativo. Moraes assevera que:

Importante ressaltar, novamente, que o rol (do art. 129) constitucional é exemplificativo, possibilitando ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade constitucional, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. (MORAES, 2014, p. 625).

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) “a norma constitucional não contemplou a possibilidade de o *parquet* realizar e presidir o IP. Não cabendo, portanto, aos seus membros inquirirem diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime, mas requisitar diligências nesse sentido à autoridade policial” (STF - RHC: 81326 DF. Relator: Nelson Jobim. Data de Julgamento: 06/05/2003. Segunda Turma. Data de Publicação: DJ 01-08-2003).

Entretanto, há posicionamentos favoráveis a essa possibilidade, diante de cada caso concreto, como no *Habeas Corpus* (HC) nº 84.548/SP, onde se questionou a validade do aditamento à denúncia com base nos depoimentos de testemunhas e de coacusados colhidos pelo Ministério Público, em especial na ampliação da tipificação do artigo 121, *caput* para o 121, § 2º, I e IV, ambos do Código Penal.

Com o aditamento, as conclusões do Ministério Público divergiram das da Polícia. Em sede liminar, o Relator Marco Aurélio concedeu a ordem para trancar a ação penal, reputando como inválida a investigação realizada pelo Ministério Público. No voto da Ministra Rosa Weber, ela cita inúmeros precedentes que reconhecem a validade de atos de investigação realizados diretamente pelo Ministério Público, como o HC 93.930/RJ, HC 91.661/PE, HC 94.173/BA.

Weber traz também precedentes no sentido da possibilidade de o MP oferecer denúncia com base em elementos de informação colhidos em inquéritos civis públicos, os quais são conduzidos pela própria instituição, como no HC 84.367. Conclui assim, que o Ministério Público pode sim praticar atos de investigação. Dispõe que:

Uma atuação supletiva ou mesmo principal do Ministério Público para apurar certos crimes pode se mostrar necessária, e é basicamente o que se verificou no caso em questão. Reconhecer o poder de investigação do Ministério Público, ênfase, em nada afeta as atribuições da Polícia Judiciária e não representa nenhuma diminuição do papel relevantíssimo por ela exercido. (STF - HC: 84548 SÃO PAULO 0002500-68.2004.0.01.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 04/03/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 10/04/2015).

Machado (2009, p. 28) cita que autores como Hélio Tonargui, José Frederico Marques, Lênio Luiz Streck e Aury Lopes Jr., defendem que com respaldo nos artigos 129, inciso I, VI, VII, e VIII da CRFB; artigo 4º, parágrafo único do CPP; artigo 26, incisos I e II da Lei nº 8625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e artigos 7º e 8º da Lei Complementar nº 75/1993 (Estatuto do Ministério Público da União), o MP poderia comandar a investigação criminal, não se limitando a apenas requisitar diligências.

Lopes Jr. (2014, p. 154) defende que é uma afronta ao princípio da celeridade processual o MP poder requisitar diligências perante a Autoridade Policial, não podendo esta descumprilas, mas não poder as realizar ele mesmo. Do mesmo modo, ele tem o condão de requisitar diretamente as provas documentais, periciais, etc., mas lhe é vedado a colheita da prova oral, a qual em termos de sentença, é fundamental. Concluindo que a figura do promotor investigador se faz totalmente possível na medida em que a instrução preliminar se torna uma medida preparatória para o exercício da ação penal. “Melhor acusa quem por si mesmo investiga, e melhor investiga quem vai, em juízo, acusar” (LOPES JR., 2014, p. 158).

Rangel (2016, p. 204) defende que se o agente ministerial pode iniciar uma ação penal, ele também poderia realizar as investigações criminais necessárias para facilitar o curso da mesma. Justifica o autor que “quem pode o mais, pode o menos”. Já Mendroni (2013, p. 261) acredita que o trabalho conjunto do MP e da autoridade policial acompanhando os depoimentos das testemunhas, vítimas e acusados possibilitaria uma maior elucidação dos fatos, e evitaria o temor perante a autoridade policial, viabilizando que os depoimentos prestados em Delegacia fossem mais vezes confirmados em Juízo.

Entretanto, há quem defenda que quando o Ministério Público preside a instrução preliminar, a atividade investigatória penderia para a acusação, podendo causar prejuízo para o acusado e sua defesa. Machado (2009, p. 30) explana que “se determinado ordenamento jurídico

prevê a investigação criminal pelo órgão acusatório, torna-se imprescindível conferir igual oportunidade ao imputado, sob pena de causar desequilíbrio em um processo penal de partes”. Assim, mesmo que o MP possa apenas requisitar diligências, sendo a Polícia a autoridade responsável exclusivamente, pela instrução/investigação preliminar, se faz *mister* que a parte defensiva tenha poderes similares que a parte acusatória.

3.2 Estados Unidos da América

Tendo em mente o processo inglês de colonização nas terras estadunidenses, o sistema jurídico foi fortemente influenciado pelos britânicos, acolhendo-se então, o sistema da *common law*, bem como molda traços de investigação defensiva (SILVA, 2019, p. 271).

Nos EUA o procedimento de investigação criminal começa com o recebimento da notícia do crime pela polícia, *vide* fluxograma do sistema processual inserido no anexo A. Caso o acusado seja detido, ele é encaminhado para uma audiência perante o Juiz – *Initial Appearance*, semelhante à Audiência de Custódia, que objetiva certificar que a pessoa detida é aquela cuja foi emitida a ordem de prisão (MENDRONI, 2013, p. 221). Nos casos de prisão em flagrante, o Juiz analisa a *probable case* – se o crime existiu e se o suspeito pode ser considerado o seu autor.

Silva (2019, p. 294) preceitua que essa primeira audiência é de suma importância para a defesa, pois mesmo as provas sendo originalmente da acusação, é conferido igual direito à defesa, podendo realizar atividade probatória, e também ter acesso ao material do promotor. Do mesmo modo, se a Defesa possuir provas diligenciadas através de agências privadas, deve dar conhecimento a acusação com antecedência.

A fase pré-processual é denominada *pre-trial*. Em sendo mantida as acusações, dá-se início a *Preliminary Hearing*, onde ou as acusações são arquivadas, ou o MP realiza uma acusação formal, ou o acusado é submetido ao *Grand Jury* (MENDRONI, 2013, p. 228). O autor explica que muitas vezes os promotores passam essa fase, formulando uma acusação formal – denominada *Information*, ou submetendo o acusado diretamente ao *Grand Jury*, com instalação de contraditório (*adversarial hearing*) – formando o *Indictment*. Nesta fase é comum haver evidências ou provas obtidas por meios ilícitos.

O *Grand Jury* é formado por 12 a 26 pessoas, sendo sua principal prerrogativa revisar as circunstâncias de condições de procedibilidade da ação penal, decididas na *Preliminary Hearing*. Para que o processo se instaure é necessário o mínimo de 12 votos, com menos que isso, é rejeitado. Entretanto, se o suspeito abdicar o direito à revisão pelo *Grand Jury*, será

acusado através de *Information* (MENDRONI, 2013, p. 229). A Suprema Corte Americana decidiu que os crimes federais puníveis com pena de morte devem necessariamente ser processados através de *Indictment*.

Mendroni (2013, p. 229) ainda cita que se o promotor decidir pela não configuração de crime ou não culpabilidade, redige a *nolle prosequi* – arquivamento dos autos. Caso contrário, prepara a *Information*. Tanto o *Indictment*, como a *Information* devem ser escritos e objetivos, narrando os fatos e as capitulações penais. Elaborada a acusação formal, dá-se início ao *Arraignment*, onde o acusado tem ciência das imputações e pode realizar eventual negociação – *plea bargain*. Cabe ao acusado se manifestar de 3 formas: *plead guilty* (admitir a acusação), *not guilty* (negar os fatos) e *nolo contendere* (manter-se em silêncio) (SILVA, 2019, p. 295).

Nesse sistema jurídico o órgão ministerial possui maior discricionariedade para determinar que o processo seja instaurado ou para negociar com a defesa, através de acordo, o qual é realizado entre a acusação e o imputado, onde ele assume a responsabilidade pelo fato criminoso, tendo parte das acusações retiradas ou a pena reduzida. Existem muitas críticas em torno dele, no entanto, é necessário diante do atual cenário. “Estima-se que no mínimo 90% dos casos criminais nos EUA são resolvidos através deste instituto, e que, sem ele, a Justiça entraria em colapso por absoluta falta de condições de processamento de todos os casos investigados” (MENDRONI, 2013, p. 228).

Referencia Silva que:

A barganha judicial tem sido duramente criticada por observadores com diferentes perspectivas sobre processo criminal. Alguns críticos culpam a barganha por reduzir a gravidade das penalidades criminais. Outros consideram a barganha com um esforço inconstitucional para privar os réus de seu direito à um julgamento justo. A negociação de confissão nunca foi popular, mas aos poucos críticos param para considerar os enormes custos e atrasos que resultariam se os numerosos casos resolvidos atualmente por meio de negociação judiciais fossem levados a julgamento. (Tradução livre). (SCHE; SCHARMA, 2013 apud SILVA, 2019, p. 283).

Por fim, o julgamento propriamente dito – *Trial*, pode acontecer com um juiz monocrático ou com a seleção de 12 jurados que integrarão o corpo de julgamento. Inicialmente, MP e defesa possuem a oportunidade de expor suas teorias. Após, passasse a inquirição das testemunhas, primeiro pela acusação e após pela defesa. Encerrada a atividade probatória as partes apresentam suas alegações finais - *closing arguments*, como sendo um resumo dos principais pontos de provas apresentados.

Silva (2019, p. 298) finda explicando que a sentença poderá ser proferida logo após as alegações finais, através de decisão do juiz ou, no caso de crimes de competência do tribunal do júri, por decisão unânime dos 12 jurados. Em caso de condenação, passa o juiz a fixar a

pena, possibilitando ao acusado manifestar-se para o convencer de conferir uma sentença menos grave. Ademais, no tocante à atuação da defesa durante a fase de investigação – *the duty to disclosure*, por ser uma das características mais marcantes do sistema processual norte-americano, guardando relação direta com a repartição do ônus e da produção da prova, preceitua o autor que:

Dentro da perspectiva de um sistema adversarial, em que a iniciativa da condição do processo fica a cargo das partes, assumindo o juiz uma postura neutra, o ordenamento jurídico se preocupa com a existência de uma regra de transparência na revelação das provas que as partes dispõem a fim de se alcançar a verdade no processo. Assim a justificativa da introdução da *Discovery* no processo norte-americano se pautava no estímulo das partes à solução consensual do litígio (SILVA, 2019, p. 299).

O *Discovery* é um procedimento probatório extrajudicial para compartilhamento de informações. Não constitui, de modo geral, um direito assegurado na Constituição norte-americana. “De acordo com as normas processuais de cada Estado que recebem tratamentos jurídicos diversos, as partes fornecerão todas as provas de que dispõe inclusive tomando depoimentos pessoais, sem a interveniência do Poder Judiciário” (PUIGVERT, 2013 apud SILVA, 2019, p. 300).

O objetivo da *Discovery* é que se evite a surpresa dentro do processo, sendo dever do defensor postular ao MP para que viabilize todos os elementos que possui, devendo este, lhe entregar dentro de um período adequado para que seja possível analisar tudo, e posteriormente utilizar, tal como previsto no *Standard 3-5.4*⁵:

Standard 3-5.4: Identificação e Divulgação de Informações e Provas - (a) após as acusações serem apresentadas se não antes, o promotor deve procurar diligentemente identificar todas as informações na posse da acusação ou de seus agentes que tendem a negar a culpa do acusado, mitigar o delito acusado, impugnar as testemunhas ou provas do governo, ou reduzir a provável punição do acusado se condenado. [...] (d) as obrigações de identificar e divulgar tais informações continuam ao longo da acusação de um processo criminal. [...] (g) um promotor não deve evitar a busca de informações ou provas porque o promotor acredita que isso prejudicará o caso da acusação ou ajudará o acusado. (Tradução livre).

Há entendimento da Suprema Corte que esse compartilhamento de informações não é preclusivo, podendo no momento em que a defesa tiver conhecimento sobre determinado

⁵ *Standard 3-5.4 Identification and Disclosure of Information and Evidence: (a) After charges are filed if not before, the prosecutor should diligently seek to identify all information in the possession of the prosecution or its agents that tends to negate the guilt of the accused, mitigate the offense charged, impeach the government's witnesses or evidence, or reduce the likely punishment of the accused if convicted. (d) The obligations to identify and disclose such information continue throughout the prosecution of a criminal case. (g) A prosecutor should not avoid pursuit of information or evidence because the prosecutor believes it will damage the prosecution's case or aid the accused.*

elemento, postula-lo tanto ao MP, quanto à Polícia Judiciária. Além disso, o pedido formulado não pode ser genérico. Ainda, mesmo que o *Discovery* seja um instrumento *Inter partes*, permite-se que o juízo possa negar, restringir ou deferir a realização de atos.

A Regra 16 da *Federal Rules of Criminal Procedure*⁶ garante que o MP permita a defesa tirar cópias dos documentos e objetos em seu poder, dentro de um limite de tempo razoável. Essa regra é dividida em duas seções, a primeira trata dos deveres da acusação de partilhar suas informações, dispondo sobre o que é permitido e o que não é. A segunda parte dispõe sobre o dever de fornecimento de informações pelo acusado. *In verbis*:

(1) Informações sujeitas a divulgação: (A) Declaração Oral do réu. Mediante solicitação do réu, o governo deve divulgar ao réu a substância de qualquer declaração oral relevante feita pelo réu, antes ou depois da prisão, em resposta ao interrogatório de uma pessoa que o réu sabia ser um agente do governo se o governo pretender usar a declaração no julgamento. (B) Declaração escrita ou gravada do réu. Mediante solicitação do réu, o governo deve divulgar ao réu e disponibilizar para inspeção, cópia ou fotografia, todos os seguintes itens: (i) qualquer declaração escrita ou gravada relevante do réu se: a declaração está sob posse, custódia ou controle do governo; e o advogado do governo sabe - ou mediante a devida diligência pode saber - que a declaração existe; (ii) a parte de qualquer registro escrito contendo a substância

⁶ (1) *Information Subject to Disclosure:* (A) *Defendant's Oral Statement.* Upon a defendant's request, the government must disclose to the defendant the substance of any relevant oral statement made by the defendant, before or after arrest, in response to interrogation by a person the defendant knew was a government agent if the government intends to use the statement at trial. (B) *Defendant's Written or Recorded Statement.* Upon a defendant's request, the government must disclose to the defendant, and make available for inspection, copying, or photographing, all of the following: (i) any relevant written or recorded statement by the defendant if: statement is within the government's possession, custody, or control; and the attorney for the government knows—or through due diligence could know—that the statement exists; (ii) the portion of any written record containing the substance of any relevant oral statement made before or after arrest if the defendant made the statement in response to interrogation by a person the defendant knew was a government agent; and (iii) the defendant's recorded testimony before a grand jury relating to the charged offense. [...] (D) *Defendant's Prior Record.* Upon a defendant's request, the government must furnish the defendant with a copy of the defendant's prior criminal record that is within the government's possession, custody, or control if the attorney for the government knows—or through due diligence could know—that the record exists. (E) *Documents and Objects.* Upon a defendant's request, the government must permit the defendant to inspect and to copy or photograph books, papers, documents, data, photographs, tangible objects, buildings or places, or copies or portions of any of these items, if the item is within the government's possession, custody, or control and: (i) the item is material to preparing the defense; (ii) the government intends to use the item in its case-in-chief at trial; or (iii) the item was obtained from or belongs to the defendant. (F) *Reports of Examinations and Tests.* Upon a defendant's request, the government must permit a defendant to inspect and to copy or photograph the results or reports of any physical or mental examination and of any scientific test or experiment if: (i) the item is within the government's possession, custody, or control; (ii) the attorney for the government knows—or through due diligence could know—that the item exists; and (iii) the item is material to preparing the defense or the government intends to use the item in its case-in-chief at trial. (G) *Expert Witnesses.* At the defendant's request, the government must give to the defendant a written summary of any testimony that the government intends to use under Rules 702, 703, or 705 of the Federal Rules of Evidence during its case-in-chief at trial. [...] The summary provided under this subparagraph must describe the witness's opinions, the bases and reasons for those opinions, and the witness's qualifications. (2) *Information Not Subject to Disclosure.* This rule does not authorize the discovery or inspection of reports, memoranda, or other internal government documents made by an attorney for the government or other government agent in connection with investigating or prosecuting the case.

de qualquer declaração oral relevante feita antes ou depois da prisão, se o réu fez a declaração em resposta ao interrogatório por uma pessoa que o réu sabia ser um agente governamental; e (iii) testemunho gravado do réu perante um grande júri relacionado à ofensa acusada. [...] (D) Registro prévio do réu. Mediante solicitação de um réu, o governo deve fornecer ao réu uma cópia do registro criminal anterior do réu, que esteja sob a posse, custódia ou controle do governo, se o advogado do governo souber - ou mediante a devida diligência - que o registro existe. (E) Documentos e objetos. Mediante solicitação do réu, o governo deve permitir que o réu inspecione e copie ou fotografe livros, papéis, documentos, dados, fotografias, objetos tangíveis, edifícios ou locais, ou cópias ou partes de qualquer um desses itens, se o item estiver dentro posse, custódia ou controle do governo e: (i) o item é material para preparar a defesa; (ii) o governo pretende usar o item em seu caso principal no julgamento; ou (iii) o item foi obtido ou pertence ao réu. (F) Relatórios de exames e testes. Mediante solicitação do réu, o governo deve permitir que o réu inspecione e copie ou fotografe os resultados ou relatórios de qualquer exame físico ou mental e de qualquer teste ou experimento científico se: (i) o item está na posse, custódia ou controle do governo; (ii) o advogado do governo sabe - ou mediante a devida diligência pode saber - que o item existe; e (iii) o item é material para preparar a defesa ou o governo pretende usá-lo em seu caso principal no julgamento. (G) Testemunhas Especializadas. A pedido do réu, o governo deve fornecer ao réu um resumo por escrito de qualquer testemunho que o governo pretenda usar durante seu caso em julgamento. [...] O resumo fornecido sob este parágrafo deve descrever as opiniões da testemunha, as bases e os motivos dessas opiniões e as qualificações da testemunha. **(2) Informações não sujeitas a divulgação.** Esta regra não autoriza a descoberta ou inspeção de relatórios, memorandos ou outros documentos internos do governo feitos por um advogado do governo ou outro agente do governo em conexão com a investigação ou processo do caso. (Tradução livre). *Grifos nossos*.

A doutrina explana que os depoimentos de testemunhas colhidos pelo órgão acusatório não devem ser partilhados na fase da *Discovery*, justificando que visa proteger a integridade física da testemunha. Entretanto, alguns Estados admitem que a defesa tenha acesso a esses depoimentos, desde que se demonstre uma necessidade específica, e que o seu não acesso acarrete prejuízo ao acusado. A Regra 16 também estabelece que a defesa deve compartilhar seu material, tendo em vista o objetivo de equilíbrio processual. No entanto, essa provocação inicial deve partir da Defesa, não sendo possível que o MP realize a solicitação sem a defesa ter feito antes.

Dentro do rol de informações passíveis de compartilhamento pela defesa, cita-se livros, papéis, documentos, dados fotográficos, objetos, edifícios ou locais que estejam em poder, ou controle da defesa; o acesso a relatórios de exames ou perícias de avaliações físicas e psíquicas; um resumo das declarações prestadas por testemunha especialista ou indicação da opinião externada e o respectivo embasamento, além de dados a respeito da sua qualificação.

3.3 Itália

A Itália regulou a Investigação Defensiva por meio da Lei 397 de 7 de dezembro de 2000, que alterou significativamente alguns artigos do *Codice di Procedura Penale*, de setembro de 1988.

Um ponto importante de diferenciação no sistema italiano, é que na fase pré-processual, *indagini preliminari*, o Promotor dispõe do controle total da investigação, sendo integrado ao Poder Judiciário, com as mesmas garantias da magistratura. Pode o MP no curso da *indagini* interrogar o suspeito, receber declarações das testemunhas, determinar a realização de perícias técnicas, efetuar diligências de identificação de pessoas, ordenar acareações, etc. (MENDRONI, 2013, p. 238). Ao juiz compete a condução do incidente probatório, da audiência preliminar, o controle da duração da investigação, bem como o controle das medidas restritivas de direitos fundamentais.

Há de destacar que o contexto jurídico na Itália nunca foi aberto a efetivação da Investigação Defensiva. A própria magistratura desaceitava essa iniciativa investigativa do defensor, por entender que a sua atividade caracterizaria uma invasão no espaço do inquérito, e que um tema de tamanha envergadura causaria um forte impacto na tradição daquele sistema jurídico, como afirma Silva (2019, p. 219).

Entretanto, uma vez positivada no próprio CPP, ela surge como um instrumento de tornar a defesa mais ativa, incorporando um perfil dinâmico. Mazza (2002 apud SILVA, 2019, p. 209) explica que “as investigações defensivas se destinam apenas a preparar a estratégia probatória a ser implantada no julgamento e a não adquirir antecipada e unilateralmente provas a serem apresentadas ao juiz”.

A parte geral das investigações preliminares do CPP Italiano (*Codice di Procedura Penale*) dispõe no artigo 327-*bis*⁷ que a investigação defensiva pode ser realizada em qualquer grau do processo, até mesmo na revisão criminal, bem como autoriza o defensor a realizar atos de investigação para pesquisar e individualizar elementos de prova a favor do próprio constituinte, além de poder contar com uma equipe. Ademais, o artigo 391-*octies*⁸ permite que

⁷ Art. 327-*bis*. *Attività investigativa del difensore*.1. *Fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI-bis del presente libro*.2. *La facoltà indicata al comma 1 può essere attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione*.3. *Le attività previste dal comma 1 possono essere svolte, su incarico del difensore, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, da consulenti tecnici*.

⁸ Art. 391-*octies*. *Fascicolo del difensore*. 1. *Nel corso delle indagini preliminari e nell'udienza preliminare, quando il giudice deve adottare una decisione con l'intervento della parte privata, il difensore può presentargli*

a defesa possa apresentar elementos de prova diretamente a cada juiz que venha a analisar o procedimento, ensejando que em grau recursal possa adicionar novos elementos.

Silva (2019, p. 230) ensina que essa investigação pode se realizar de duas formas: de modo antecipado, mediante apresentação dos elementos colhidos pela defesa por ocasião da prolação de uma decisão que dependa da interveniência das partes; ou de modo preventivo, cabendo à defesa formar os autos da investigação e depositá-los em juízo.

As diligências realizadas pela defesa são documentadas no *Fascicolo del Difensore*, regulado pelo artigo 391-*octies*. O processo é formado e mantido no escritório do juiz, podendo o promotor visualizar e extrair cópias da documentação. Após o encerramento das investigações preliminares, o arquivo do defensor é incluído aos autos do inquérito policial, formando-se um único instrumento. Significa dizer também que as duas investigações podem tramitar em paralelo, sem que o Ministério Público e defesa tenham ciência recíproca da existência das suas respectivas atividades.

A doutrina tem entendido que a investigação defensiva deve ser apresentada antes da realização da audiência preliminar, até como uma forma de assegurar o contraditório e o jogo limpo entre as partes (SILVA, 2019, p. 237). Ademais, na audiência preliminar algumas das opções das partes são realizar uma transação (*patteggiamento*), a admissão da imputação (*avviso e richiesta di rinvio a giudizio*) com o início da fase processual (*giudizio*), ou a sua rejeição e arquivamento (*non luogo a procedere*).

Outro ponto importante dos ditames italianos é o artigo 334-*bis*⁹ do CPP que preceitua que o defensor está isento do dever legal de informar às autoridades sobre a existência de infração penal da qual tenha tomado conhecimento no curso da investigação. Nessa senda, o artigo 391-*bis*¹⁰ dispõe acerca da entrevista, recebimento de declarações e suposição de informações pelo defensor:

direttamente gli elementi di prova a favore del proprio assistito. 2. Nel corso delle indagini preliminari il difensore che abbia conoscenza di un procedimento penale può presentare gli elementi difensivi di cui al comma 1 direttamente al giudice, perché ne tenga conto anche nel caso in cui debba adottare una decisione per la quale non è previsto l'intervento della parte assistita.[...] 4. Il difensore può, in ogni caso, presentare al pubblico ministero gli elementi di prova a favore del proprio assistito.

⁹ Art. 334-*bis*. *Esclusione dell'obbligo di denuncia nell'ambito dell'attività di investigazioni difensiva. 1. Il difensore e gli altri soggetti di cui all'articolo 391-*bis* non hanno obbligo di denuncia neppure relativamente ai reati dei quali abbiano avuto notizia nel corso delle attività investigative da essi svolte.*

¹⁰ Art. 391-*bis*. *Colloquio, ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni da parte del difensore. 1. [...] il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici possono conferire con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa. In questo caso, l'acquisizione delle notizie avviene attraverso un colloquio non documentato. 2. Il difensore o il sostituto possono inoltre chiedere alle persone di cui al comma 1 una dichiarazione scritta ovvero di rendere informazioni da documentare secondo le*

1. [...] o defensor, o substituto, os investigadores particulares autorizados ou os consultores técnicos podem conferir com **as pessoas capazes de relatar circunstâncias úteis para os fins de atividade investigativa**. Nesse caso, as notícias são adquiridas através de uma entrevista não documentada.
 2. O defensor ou substituto também pode solicitar às pessoas mencionadas no parágrafo 1 uma declaração escrita, ou fazer com que as informações sejam documentadas da maneira prevista no artigo 391-ter.
 3. Em qualquer caso, o defensor, o substituto, os investigadores particulares autorizados ou os consultores técnicos **advertem as pessoas indicadas** no parágrafo 1: a) a qualidade e o objetivo da entrevista; b) se pretendem simplesmente dar ou receber declarações, ou receber informações indicando, nesse caso, os métodos e a forma da documentação; c) a obrigação de declarar se são investigados ou cobrados no mesmo processo, em um processo vinculado ou por um delito relacionado; d) **o direito de não responder ou não fazer a declaração**; e) a proibição de revelar quaisquer questões formuladas pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público e as respostas dadas; f) responsabilidade criminal resultante da declaração falsa.
 4. **As pessoas que já foram ouvidas pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público não podem ser questionadas sobre as perguntas feitas, ou as respostas dadas.** [...]
 - 5-bis. No processo pelos crimes referidos no artigo 351, parágrafo 1-ter, o defensor, quando obtém informações de menores, utiliza a ajuda de um especialista em psicologia ou psiquiatria infantil.
 6. As declarações recebidas e as informações tomadas em violação de uma das disposições dos parágrafos anteriores não podem ser utilizadas. A violação destas disposições constitui uma infração disciplinar e é comunicada pelo juiz que procede ao órgão que detém o poder disciplinar.
 7. **Para conferir, receber declarações ou obter informações de uma pessoa detida, o defensor deve obter autorização específica do juiz que proceder com o mesmo,** após consultar seu defensor e o promotor público. [...]
 8. A pessoa sob investigação, a pessoa ofendida e outras partes privadas não podem comparecer à obtenção de informações. [...]
- Grifos nossos*

O grande objetivo de obter essas declarações é que se realize uma melhor estratégia processual. Seja na entrevista ou na coleta de declarações, o *comma* 3 dispõe de uma série de deveres que o defensor possui para realizar tais atos, assegurando que a coleta de informações

modalità previste dall'articolo 391-ter. 3. In ogni caso, il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici avvertono le persone indicate nel comma 1: a) della propria qualità e dello scopo del colloquio; b) se intendono semplicemente conferire ovvero ricevere dichiarazioni o assumere informazioni indicando, in tal caso, le modalità e la forma di documentazione; c) dell'obbligo di dichiarare se sono sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato; d) della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione; e) del divieto di rivelare le domande eventualmente formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date; f) delle responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione. 4. Alle persone già sentite dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero non possono essere richieste notizie sulle domande formulate o sulle risposte date. [...] 5-bis. Nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 351, comma 1-ter, il difensore, quando assume informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile. 6. Le dichiarazioni ricevute e le informazioni assunte in violazione di una delle disposizioni di cui ai commi precedenti non possono essere utilizzate. La violazione di tali disposizioni costituisce illecito disciplinare ed è comunicata dal giudice che procede all'organo titolare del potere disciplinare. 7. Per conferire, ricevere dichiarazioni o assumere informazioni da persona detenuta, il difensore deve munirsi di specifica autorizzazione del giudice che procede nei confronti della stessa, sentiti il suo difensore ed il pubblico ministero. [...] 8. All'assunzione di informazioni non possono assistere la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa e le altre parti private. [...].

seja a mais transparente possível. Em 2012 houve a inclusão do *comma 5-bis*, prevendo uma situação similar ao depoimento especial realizado no Brasil.

O direito material italiano também foi atingido pela investigação defensiva, tornando crime a conduta de prestar declarações falsas ao defensor (artigo 371-*ter*¹¹). Trata-se de crime contra a administração da justiça, cuja pena pode alcançar até quatro anos. Do mesmo modo, pode a pessoa inquirida recusar-se a prestar informações. Nessa senda, quando o defensor deixa de realizar alguma formalidade requerida para determinado ato, comina-se a nulidade do elemento de convicção. Como, por exemplo, acarretar a inutilidade de um depoimento por falta de advertência ao inquirido da proibição de indicar as perguntas formuladas pelo órgão acusatório, bem como as respostas a ele apresentadas.

Além disso, a doutrina italiana entende que a legislação ao empregar a expressão “identificar elementos de prova a favor do próprio assistido”, representou não ser apenas do acusado, podendo a investigação ser em favor dos demais sujeitos processuais, como a própria vítima (SILVA, 2019, p. 253). Entretanto, não se conferiu poderes coercitivos para a realização de atos e diligências, ficando o defensor muitas vezes à mercê da cooperação das pessoas envolvidas ou do poder judiciário, como explica Tonini:

Diferentes são os poderes da vítima e do investigado. Os defensores destes, quando realizam investigações particulares, não têm poderes coercitivos e, podem colher informações na medida em que o titular do direito o consinta. Em caso de dissenso, o defensor pode somente fazer requerimentos à autoridade judiciária por meio de um dos seguintes modos: a) O defensor tem o direito de entrar em lugares públicos e privados. Em caso de discordância do proprietário, o defensor requer ao juiz autorização para a realização das investigações preliminares, o qual especifica as modalidades de ingresso (art. 391-*septies*) também de tipo coercitivo. b) O defensor tem o direito de intimar uma pessoa para obter informações e, caso ela não se apresente, ele pode requerer ao juiz que ela seja ouvida em incidente probatório (art. 391-*bis*, inc. 10). c) o defensor pode requerer a apreensão de um objeto ao Ministério Público e, caso ele não defira o pedido, a decisão final incumbira ao juiz das investigações preliminares; d) o defensor pode requerer ao Ministério Público que o próprio assistente técnico examine os objetos submetidos à apreensão; caso o Ministério Público indefira o pedido, o defensor pode apresentar oposição ao juiz. (TONINI, 2014 apud SILVA, 2019, p. 256)

No que tange à obtenção de documentos, dispõe o artigo 391-*quater*¹² do CPP italiano que o defensor pode solicitar diretamente à administração pública, desde que seja relacionado

¹¹ Art. 371. *Falso giuramento della parte. Chiunque, come parte in giudizio civile, giura il falso è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Nel caso di giuramento deferito d'ufficio, il colpevole non è punibile, se ritratta il falso prima che sulla domanda giudiziale sia pronunciata sentenza definitiva, anche se non irrevocabile. La condanna importa l'interdizione dai pubblici uffici.*

¹² Art. 391-*quater*. *Richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione. 1. Ai fini delle indagini difensive, il difensore può chiedere i documenti in possesso della pubblica amministrazione e di estrarne copia a sue spese.*

com a investigação. Em havendo recusa ou lentidão na entrega, a defesa pode requerer ao MP que proceda à apreensão do documento (sequestro), nos termos dos artigos 367 e 368, ficando a cargo do órgão exarar parecer negativo ou positivo, e submeter a pretensão ao juízo da investigação preliminar. Já o artigo 391-*nonies*¹³ do CPP italiano permite o exercício da investigação defensiva preventiva, ou seja, antes do início da atuação da Polícia Judiciária (SILVA, 2019, p. 263). O enfoque desta modalidade é que se preserve ao máximo o local do crime.

Preceitua o artigo 391-*quinqüies*¹⁴ que se houver necessidades específicas relacionadas à investigação, o Ministério Público poderá, por Decreto, proibir as pessoas ouvidas de comunicar os fatos e circunstâncias cobertos pela investigação de que têm conhecimento. Tal proibição não pode durar mais que dois meses. Silva (2019, p. 268) explica que o objetivo da medida é preservar a atividade investigatória do MP, e evitar que eventual divulgação possa comprometer seu resultado, tratando-se ainda, de decisão irrecorrível.

De maneira geral, o que a doutrina italiana procura concretizar é que se dê o mesmo valor probatório às fontes de prova apresentadas pelo MP e pela defesa, quando acostados nos autos. Elenca Silva (2019, p. 269) que talvez o grande mérito da investigação defensiva italiana seja o seu potencial de estimular a lealdade no processo penal, esperando uma figura proativa do profissional em qualquer fase do processo, ao passo que um dos problemas talvez seja o fato de os juízes não conferirem certa credibilidade, por não garantirem que as informações sejam autênticas. “Da experiência italiana se percebe que o problema da investigação defensiva reside, em grande parte, na falta de estímulo dos advogados em conduzir atividade de identificação de fontes de prova” (SILVA, 2019, p. 271).

2. *L'istanza deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o lo detiene stabilmente.* 3. *In caso di rifiuto da parte della pubblica amministrazione si applicano le disposizioni degli articoli 367 e 368.*

¹³ *Art. 391-nonies. Attività investigativa preventiva. 1. L'attività investigativa prevista dall'articolo 327-bis, con esclusione degli atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria, può essere svolta anche dal difensore che ha ricevuto apposito mandato per l'eventualità che si instauri un procedimento penale. 2. Il mandato è rilasciato con sottoscrizione autenticata e contiene la nomina del difensore e l'indicazione dei fatti ai quali si riferisce.*

¹⁴ *Art. 391-quinqüies. Potere di segretezza del pubblico ministero. 1. Se sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine, il pubblico ministero può, con decreto motivato, vietare alle persone sentite di omunicare i fatti e le circostanze oggetto dell'indagine di cui hanno conoscenza. Il divieto non può avere una durata superiore a due mesi. 2. Il pubblico ministero, nel comunicare il divieto di cui al comma 1 alle persone che hanno rilasciato le dichiarazioni, le avverte delle responsabilità penali conseguenti all'indebita rivelazione delle notizie.*

4 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Os princípios do Contraditório, Ampla Defesa e da Igualdade representam os elementos-chave para o embasamento da investigação criminal defensiva. Uma vez reconhecido o poder do Ministério Público de realizar diligências no inquérito policial, bem como praticar atos de investigação posteriormente a conclusão do IP, em igual medida deve ser dado tal poder a Defesa do investigado, ou até mesmo ao Assistente à Acusação representando a vítima, vez que a investigação policial é acusatória, e em certos aspectos, restringe a participação da defesa.

Preconiza Silva (2019, p. 456) que a base da investigação criminal defensiva está sustentada no fato de que é de fundamental importância uma maior proximidade da defesa na coleta dos elementos de prova dos fatos, seja por uma maior participação no IP, seja pela iniciativa de pesquisa e coleta de fontes de prova. Trata-se de coletar elementos que possam intervir na concepção do fato.

A inclusão desse procedimento tem como base o artigo 5º, LV da CRFB, e o artigo 8, II, “c” e “f”¹⁵ da Convenção Americana de Direitos Humanos. Nessa senda, Lopes Jr. (2014, p. 470) afirma que o texto constitucional é extremamente abrangente, protegendo os litigantes em processo judicial como em processo administrativo. O legislador ainda incluiu “aos acusados em geral”, assegurando-lhes o contraditório e a ampla defesa, como meios e recursos a ele inerentes. A defesa deve, assim, usufruir de instrumentos de ação, visto que normas constitucionais garantem o direito ao devido processo legal. Baldan afirma que:

Investigação defensiva é o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na ante judicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente a coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para o pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial. (BALDAN, 2007, p. 269).

A investigação defensiva se caracteriza então, por ser um procedimento proativo de agir na tutela dos interesses do cliente (seja o ofendido ou o investigado), não só na questão da apresentação de argumentos, mas também na procura de provas. A defesa efetua diligências

¹⁵ 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; [...] f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

com a finalidade de identificar elementos que possam beneficiar a sua posição na relação processual. Ademais, não significa o defensor participar da investigação pública. Na investigação defensiva, o advogado é livre para traçar a sua estratégia de investigação, não sendo subordinado e dependente dos comandos da autoridade policial, apenas submetido às disposições legais. Preceitua Silva que a investigação defensiva:

Se presta a permitir a coleta de elementos que forneçam a construção de teses defensivas baseadas em certos fatos; favorecer a aceitação dessas teses defensivas; permitir a formação de um percurso defensivo no processo quando o agente tenha parcela de responsabilidade pelo fato praticado, desanuviar a percepção da defesa quanto a oportunidade e conveniência na aceitação de institutos despenalizadores; antecipar a visualização de futuras colidentes de defesa entre acusadores; refutar a validade de provas produzidas pela acusação; ou até mesmo na própria elucidação da conduta criminosa, nesse caso, situação mais comum quando a vítima quiser participar da apuração por meio de investigação própria. (SILVA, 2019, p. 425).

A partir do momento em que a defesa possui maior presença nos estágios iniciais, onde os elementos que formarão a convicção do juiz são recentes, tendo uma imediatidade entre o fato delituoso e a realização de diligências, o curso todo do processo pode ter outro rumo. Baldan enumera diversos fatores que justificam a pertinência de uma investigação defensiva em nosso sistema jurídico. Para o autor:

Vislumbram-se como inexoráveis vários benefícios, como consequência direta ou reflexa da atividade do defensor que dirige sua própria investigação em qualquer fase ou estágio da persecução penal:

- a) aprimoramento da investigação como contraponto eficaz às provas produzidas pelo defensor, obrigando a polícia judiciária e o Ministério Público à busca de contínuo aperfeiçoamento técnico-científico;
- b) criação (ou hipertrofia) de uma categoria profissional: os investigadores privados;
- c) estímulo ao culto das ciências afins ao Direito Penal, como Criminalística, Criminologia, Medicina Legal, com a consequente necessidade de adequação do ensino técnico e superior;
- d) redimensionamento da estatura jurídica do advogado (dentro e fora do processo), transmutando-o da condição de mero espectador inerte para a posição de ativo protagonista na formação da prova criminal;
- e) obrigação da motivação judicial na admissão da acusação, criando-se verdadeiro juízo de prelibação que arredaria a instauração da instância judicial quando insuficientes os elementos indiciários e de prova;
- f) maior proximidade do processo penal com a verdade real atingível pelo fortalecimento da prova criminal, com a consequente serenidade maior do Magistrado ao proferir seu *decisum*, ouvidas às razões produzidas por acusação e defesa em perfeita *egalite des armes* (BALDAN, 2007, p. 269).

4.1 Provimento n.º 188/2018

Em 11 de dezembro de 2018, foi publicado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no uso das atribuições conferidas pelo artigo 54, V, da Lei 8.906/94, o

Provimento n.º 188/2018, que dispõe sobre o exercício da investigação defensiva, dando prerrogativas para o advogado realizar diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Nos termos do artigo 1º do provimento, a investigação defensiva compreende-se por:

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).

Seu artigo 2º preceitua que “pode ser desenvolvida na etapa da investigação preliminar, no decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer”. Já a finalidade da investigação defensiva se norteia em produção de prova, elencando o artigo 3º seus momentos, incluindo no parágrafo único a possibilidade de ser utilizada para ações penais privadas:

Para a produção de prova para emprego em:

I - Pedido de instauração ou trancamento de inquérito; II - Rejeição ou recebimento de denúncia, ou queixa; III - resposta a acusação; IV - Pedido de medidas cautelares; V - Defesa em ação penal pública ou privada; VI - Razões de recurso; VII - revisão criminal; VIII - habeas corpus; IX - Proposta de acordo de colaboração premiada; X - Proposta de acordo de leniência; XI - outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

Parágrafo único. A atividade de investigação defensiva do advogado inclui a realização de diligências investigatórias visando à obtenção de elementos destinados à produção de prova para o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária. (BRASIL, 2018).

O artigo 4º, de forma exemplificativa, cita que o advogado poderá, na condução da investigação defensiva, promover diretamente diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, como colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, elaboração de laudos e exames periciais. Pode valer-se ainda de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo.

As disposições do artigo 5º, 6º, e 7º tratam sobre a preservação dos direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas, publicidade do resultado da investigação, e o sobre as autoridades censurarem ou impedirem tal procedimento, respectivamente. Como se denota, o provimento em questão instituiu uma investigação coexistente a realizada pelas autoridades policiais, elaborando normas processuais que contradizem as já existentes no Código de Processo Penal.

Nessa senda, a Ordem dos Advogados do Brasil não possui legitimidade para criar normas jurídicas com força vinculante para autoridades públicas, como preceitua o artigo 22, inciso I¹⁶, combinado com o artigo 24, inciso XI¹⁷, ambos da CRFB. Evidente, assim, a inconstitucionalidade formal do aludido provimento, pelo seu vício de forma, que é oriundo de uma autarquia que não tem autorização constitucional para editar normas processuais ou procedimentais. Ademais, o provimento é bem simplificado, tendo um texto curto de apenas sete artigos, elencando tão-somente atos processuais dos quais a defesa pode se utilizar.

Preceitua Silva (2019, p. 520) que o provimento permite que o advogado requisite documentos e produza provas sem nenhum amparo em norma constitucional ou legal. O poder de requisição das autoridades policiais deriva da CRFB e do CPP. Assim, não é possível que um particular exija que um funcionário público pratique um ato. No caso do Ministério Público, o poder de requisição é outorgado por suas leis orgânicas, ou seja, há norma constitucional e legal a amparar o poder requisitório.

Outro ponto contraditório, continua o autor, é que reconhecida a investigação defensiva nos moldes propostos pelo provimento da OAB, se vai contra o disposto no artigo 155 do CPP. No entanto, não é essa a ideia da investigação defensiva. Este procedimento deveria ser apartado do procedimento realizado pela Polícia, sendo apenas para formar teses defensivas e elucidar melhor os fatos, sendo necessária a comprovação em juízo posteriormente. “O valor probatório atribuído à investigação defensiva é relativo, e jamais poderá seu conteúdo ser utilizado como fundamento isolado e determinante para absolvição, levando-se em conta a limitação contida no artigo 155 do CPP” (SILVA, 2019, p. 537).

Circunstância relevante também é que o provimento estipulou que a investigação criminal defensiva não possa sofrer nenhuma censura ou impedimento de autoridades, o que é perplexo de uma certa maneira, especialmente se considerarmos o bom e velho jeito corrupto brasileiro, eximindo de certo modo a responsabilidade penal do advogado sobre atos praticados na investigação que estariam em desacordo com as regras do ordenamento jurídico.

Pouco adianta regulamentar o tema em questão, se a autarquia profissional, com mais de um milhão e duzentos mil advogados inscritos, não fiscaliza e disponibiliza um amparo técnico adequado. O provimento aprovado pelo Conselho Federal da OAB não dispôs sobre a

¹⁶ - Artigo 22 CRFB: Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

¹⁷ - Artigo 24 CRFB: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XI - procedimentos em matéria processual.

responsabilidade da autarquia perante os advogados. Assim, considerando a falta de legislação sobre o tema, este ato administrativo é incapaz de dispor sobre um assunto de tal envergadura.

Situação relevante é a atuação da Defensoria Pública Estadual (DPE), posteriormente abarcado de maneira mais ampla, que em tese possui as mesmas atribuições de um advogado criminalista, mas deixa de ter regulamentação específica sobre o tema. Evidente que para a investigação criminal defensiva ser iniciada no Brasil, é necessária uma iniciativa legislativa, com alteração no Código de Processo Penal.

Como se denota da vivência italiana, com apenas um dispositivo no CPP Italiano, iniciou-se um estudo aprofundado do tema que terminou na alteração do código e na formação de uma vasta regulamentação. Nos EUA, nos primórdios da investigação defensiva não havia norma regulamentadora, sendo a Suprema Corte a maior fornecedora do suporte por meio do caso *Brady vs. Maryland*.

Nesse litígio, em 1958 Brady e Boblit foram sentenciados à morte por praticarem o crime de homicídio. Os dois foram julgados separadamente, e a promotoria negou o acesso da defesa de Brady a uma declaração escrita de Boblit confessando que ele havia cometido sozinho o assassinato. O advogado de Brady recorreu a Suprema Corte, contestado que isso seria contrário à cláusula do devido processo da décima quarta emenda à Constituição dos EUA (*duty of disclosure*). Brady recebeu então uma nova audiência, livrando-se da sentença de morte.

É natural que então, haja uma devida regulamentação sobre o tema no ordenamento jurídico Brasileiro. Seguindo nas ideias de Baldan, Silva e Bulhões, essa regulamentação inicial deveria prever, em tese, o reconhecimento da atividade, bem como os momentos em que ela pode ser feita, estabelecer limites e comportamentos para a realização de diligências, o grau de publicidade da investigação, os limites da sua utilização, a possibilidade dessa investigação se dar em favor da vítima, e o amparo judicial quando houver empecilhos no seu exercício.

4.2 Metodizando a investigação criminal defensiva no Brasil

Nos moldes do provimento da OAB, e baseando-se nos EUA e Itália, o momento da investigação defensiva é desde a prática do fato delituoso, até enquanto couber qualquer meio de impugnação a decisão judicial que tenha apreciado o fato, podendo ser feito inclusive no cumprimento de pena. Um ponto em que peca o provimento da OAB, é não instituir as fases para a realização deste procedimento, apontando apenas diligências. Os autores já citados, Silva e Baldan, preceituam que a investigação defensiva se dê em três fases.

A inicial se caracteriza pela entrevista pessoal e sigilosa, traçando os aspectos do fato e a linha investigativa. A segunda fase se mostra pela coleta de provas, realizando diligências para arrecadação de informações pertinentes, tendo o investigado total liberdade para se opor, e suspender/encerrar os trabalhos. A última é a conclusão, que se formaliza com a elaboração de relatório com tudo que foi realizado e coletado.

O objetivo principal é coletar informações não apuradas pela autoridade policial, traçando uma melhor estratégia de defesa. No tocante a vítima, seria uma complementação de aspectos para melhor acusar, auxiliando na definição exata dos fatos. A ideia é que não passe a agir sozinho, mas em conjunto com o promotor de justiça (SILVA, 2019, p. 470). Ademais, as obrigações constitucionais, legais, administrativas e éticas que orientam a advocacia, são de caráter extremamente valioso em se tratando da investigação defensiva. Bulhões expõe como deveres da defesa:

I - Preservar o sigilo das fontes de informação; II - Respeitar o direito a intimidade, a privacidade, a honra, e a imagem das pessoas; III - exercer a atividade com zelo e probidade; IV - Defender, com isenção, os direitos e as prerrogativas profissionais, zelando pela própria reputação e da sua classe; V - Zelar pela conservação e proteção de documentos, objetos, dados ou informações que lhe forem confiados pelo constituinte, findo o contrato ou a pedido documento ou objeto que lhe tenha sido confiado (BULHÕES, 2018, p. 163).

Após concluído o procedimento, fica a cargo do cliente, seja vítima ou indiciado, autorizar ou não o uso do inquérito defensivo, vez que não há obrigação legal de viabilizar a conclusão da investigação aos órgãos estatais de persecução. Como diligências passíveis de realização, em consonância com o Provimento da OAB, temos a colheita e registro de depoimentos, requisição de documentos e informações, e determinar a elaboração de laudos e exames periciais. Peca o Provimento da OAB em não estipular diretrizes para tal.

Muitas vezes pode ocorrer de durante a colheita de um depoimento em sede policial, alguns pontos importantes para o lado da defesa restarem omissos, como por exemplo, declarações relativas ao comportamento e a personalidade do imputado. Assim, a captação de declarações pela defesa é algo que a investigação defensiva abarca. Silva (2019, p. 484) preceitua que a defesa convidaria determinada pessoa para prestar sua declaração, ficando a cargo desta comparecer ou não, não sendo possível a condução. Aceitando o convite, o advogado deve praticar a coleta formal do depoimento, seja na sede do escritório ou órgão da Defensoria Pública, sendo o cliente impedido de participar.

É de notório saber que determinadas informações são sigilosas, como as que tratam de matérias de segurança nacional. Bem como, existem as informações subjetivamente sigilosas,

direcionadas a proteção de informações pessoais, como de contas bancárias. Leciona Silva (2019, p. 493) que na forma do artigo 128, X, da Lei Complementar 80/1994, os membros da defensoria pública possuem prerrogativa de requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições. Por isso, seria de extrema importância que houvesse a sua introdução nos Códigos de Processo Civil e Penal, para que a defesa (DPE e Advogados) possa exercer melhor seu papel, não requisitando apenas à autoridade policial, mas também da fonte que se busca tal diligência.

Outro ponto importante é a possibilidade de a defesa ter acesso a bancos de dados públicos, como a rede INFOSEG, o sistema de informações eleitorais dos Tribunais Regionais, Receita Federal, Detran, entre outros, mediante um procedimento direto e abreviado, facilitando o exercício da atividade da defesa e evitando o natural atolamento do poder judiciário na realização de diligências dessa natureza (SILVA, 2019, p. 495).

Ademais, são inúmeros os elementos realizados na fase policial que não comportam a participação da defesa, entre eles temos o auto de exame de corpo de delito (artigo 158 do CPP), o laudo do local (artigos 169 e 173 do CPP), o confronto balístico (artigo 175 do CPP), a verificação da violação de propriedade (artigo 525 do CPP), e, um dos mais importantes, o reconhecimento pessoal (artigo 226 do CPP). Um exemplo de prova pericial que poderia ser obrigatória é o encaminhando do indiciado, preso ou solto, para realização do exame de corpo de delito, para fins de comprovação da tese de legítima defesa, indicando-se inclusive, os quesitos pertinentes.

Em São Paulo foi editada uma portaria do diretor técnico de departamento do Instituto Médico Legal, em 28 de novembro de 2017, que permite que os médicos legistas realizem exames periciais e emitam laudos a pedido da Defensoria Pública. Assim, havendo uma norma similar em âmbito nacional, a defesa poderia encaminhar o indicado a exame de corpo de delito. Nesse mesmo ponto de vista, “seria possível admitir também a realização de perícia em objetos entregues pela defesa desde que houvesse uma melhor regulamentação legislativa, de modo a permitir o exame pericial com a resposta aos quesitos apresentados pelo defensor” (SILVA, 2019, p. 499).

Há ainda, a necessidade da investigação se submeter ao controle externo, pois pode ocorrer de atos praticados interferirem negativamente na investigação feita pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público. Do mesmo modo, pode a defesa buscar amparo judicial quando houver algum obstáculo no exercício das suas diligências, e da mesma maneira ser interrompida nos seus atos. Nessa senda, a OAB também deverá realizar o controle sobre

eventuais abusos cometidos pelos seus membros. Somente com esse controle externo forte e adequado é que a atividade investigativa poderá alcançar seus objetivos.

Igualmente, para que o procedimento possa se realizar, é necessário que o advogado tenha a qualificação técnica necessária – fornecida por cursos específicos, e que a ética profissional esteja presente. É imperativo, também, que se comine sanções administrativas, como, por exemplo, a impossibilidade do exercício da advocacia, acrescentando no rol do artigo 38 da Lei 8906/94. No Código Penal, há a possibilidade de uma abrangência maior da fraude processual, prevista no artigo 347, de modo que haja sanção para uma defesa que altere o local do crime, por exemplo.

Outro ponto que se faz pertinente nessa participação prévia da defesa é o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), advindo com o Pacote Anticrime, o qual possibilita que, cumpridos os requisitos do artigo 28-A do CPP, realize-se acordo, com posterior extinção de punibilidade. Nota-se que a presença de um advogado ou defensor é de suma importância, pois fica a cargo da defesa expor as vantagens de desvantagens de se submeter a tal acordo. Aras (ARAS, 2019 p. 311) destaca que tanto a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, quanto a Corte Europeia de Direitos do Homem preconizam uma necessidade de participação da defesa técnica em caráter efetivo na fase de debate e formação do acordo penal.

É ponto comum dos três países aqui estudados – EUA, Brasil e Itália, que o acusado hipossuficiente tenha assistência jurídica de um defensor custeado pelo Estado para sua defesa. Entretanto, em algumas Comarcas do Brasil, as Defensorias Públicas Estaduais não possuem uma estrutura material e humana suficiente para suprir a grande demanda, sendo às vezes impossível atribuir a um único Defensor Público o encargo de participar da instrução de todos os processos e ainda realizar uma investigação defensiva para seus assistidos.

Denota-se que a falha no sistema está presente desde o começo, pois, muitas vezes, o primeiro contato do defensor com o réu é apenas na audiência de instrução, colhendo informações minutos antes de iniciá-la. Isso ocorre devido à falta de efetivo da Superintendência dos Serviços Penitenciários (SUSEPE), que não tem outra opção a não ser deixar de conduzir grande parte dos réus presos para a audiência de custódia. Outros acusados ainda, por falta de conhecimento, deixam de realizar o atendimento na sede da DPE. Deste modo, a atividade da Defensoria Pública, por mais capaz que seja, fica prejudicada pelo próprio sistema.

No entanto, não se exime ao defensor de realizar atos de investigação próprios capazes de obter elementos que possam rebater as teses acusatórias. É necessário que o contato entre o acusado e a defesa seja fortalecido. Isso também se faz pela inclusão das DPE nas redes de

bancos de dados não sigilosos, deixando que a Instituição tenha acesso a dados que a amparem no exercício da defesa. Uma alternativa abarcada na obra de Silva (2019, p. 432), é a criação de núcleos ou coordenações de investigação defensiva dentro da DPE, integrados pelos seus membros e servidores da carreira de apoio, além de outros funcionários civis ou militares cedidos para a instituição, como forma de facilitar e qualificar o trabalho de busca das fontes de prova. Havendo ainda a possibilidade de, tendo em vista a necessidade de “mão de obra”, serem realizados convênios com Universidades que possam prestar auxílio na área de direito, engenharia, medicina e similares.

O maior problema da investigação defensiva surge quando se acha uma prova que viola determinado ato normativo, mas o conteúdo dessa prova representa uma condição favorável aos interesses da defesa. É consenso dos autores aqui estudados que, se essa determinada prova for capaz de comprovar a inocência do réu, deve-se aplicar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade entre o bem atingido pela prova ilícita e a liberdade do réu. Por exemplo, um documento furtado é ilícito na aquisição, mas o conteúdo deste documento é lícito e pode ser aceito se for essencial à defesa. A jurisprudência vem abraçando em critério. Ademais, tem se aceitado a eliminação da ilicitude da prova, para resguardar a liberdade do acusado.

Nessa senda, é como considerar que a gravação pela vítima de diálogos de seus sequestradores não viola os direitos de privacidade. Se a produção de determinada prova não ocasionou em violação de bens jurídicos mais profundos como a vida ou a integridade física, e se aquela prova for de fundamental validade para a descoberta da verdade, deve o juiz estipular que as provas sejam produzidas no processo, respeitando-se às garantias processuais.

5 CONCLUSÃO

O estudo elaborado averigua a regulamentação, ineficácia e constitucionalidade do Provimento n.º 188/2018 da OAB, que instituiu diretrizes para o fomento da Investigação Defensiva no Brasil. Nessa senda, analisou-se os sistemas processuais que moldaram o processo penal nos moldes hoje existentes, bem como as fases de investigação e o Inquérito Policial. Passando-se a uma análise dos atos de investigação realizados nos EUA e Itália.

Outrossim, demonstrou-se que atualmente há uma nítida desigualdade processual entre os polos da balança das partes. De um lado a acusação representada pelo Ministério Público, na figura de *dominus litis*. Do outro a defesa, constituída pelo advogado ou Defensor Público. Ao Ministério Público uma série de diligências estão a seu dispor. Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, por exemplo, com uma rápida pesquisa acha-se a vida social dos jurados.

Salientou-se, ainda, que com a ampliação dos espaços de negociação na esfera criminal (como o ANPP, colaboração premiada), a investigação defensiva, enquanto medida possível à redução dos níveis de disparidade entre os sujeitos, deveria acompanhar essa evolução, por conferir ao acusado uma carga informativa própria a respeito do caso penal e, conseqüentemente, proporcionar melhores condições de barganha. Sendo a advocacia um ramo em constante desenvolvimento, necessita se reinventar e ampliar seu campo de estudo e trabalho.

Nessa senda, o Provimento n.º 188/2018 tentou dar ao advogado uma espécie de paridade, abarcando a possibilidade de ele capitanear uma investigação, buscar elementos probantes, colher depoimentos, ter acesso a determinadas informações salutaras, etc. A ideia principal é que se possa antecipar algumas cartas defensivas, tentando romper a postura passiva da defesa – a qual, de regra, espera a manifestação da acusação.

Entretanto, entendemos que essa regulamentação é ineficaz e inconstitucional. Inicialmente peca a OAB em querer positivar um tema de tamanha envergadura com apenas um provimento de sete artigos. Dentre esses sete artigos, nem sequer regulamentou diretrizes para a atuação da defesa – como delimitação de uma capacitação técnica, não estipulou e limitou modos de agir, e não especificou obrigações éticas do advogado perante a própria Instituição. Assim como o Delegado de Polícia instaura um IP através de portaria, o advogado também precisaria fazer por meio de um documento – com número de inquérito, número de processo, nomes das partes, peticionando diretamente na OAB para submeter aquilo a um protocolo. Ademais, há uma nítida inconstitucionalidade formal, vez que a OAB não possui legitimidade para criar normas jurídicas com força vinculante para autoridades públicas.

Além disso, o advogado precisa estudar matérias como Medicina Legal, bem como procurar parceiros nessas ciências. Em um incidente de insanidade mental, por exemplo, com um corpo de psiquiatras e psicólogos, as probabilidades de ter êxito são maiores. Muitos profissionais já adotam essa metodologia de trabalho, nos EUA já se tem como prática um proceder deontológico desde a faculdade.

À vista disso, é possível concluir que é necessária não apenas a alteração da legislação dentro do próprio Código de Processo Penal, ou subsidiariamente no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – considerando a crise de fontes onde, na prática, leis que estão no mesmo plano legal não possuem a mesma credibilidade, mas também do pensamento dos operadores do direito. Uma vez positivada a investigação defensiva, possivelmente surgirão problemas de eficácia, principalmente no que tange a solicitação de informações de órgãos públicos e privados, ou de cooperação mútua na relação Polícia, Ministério Público e Defesa. É de suma importância que o procedimento seja pautado em cima da legalidade e da ética.

Por derradeiro, em tratando-se de um tema contemporâneo, a presente pesquisa jamais objetivou superar todas as discussões sobre o assunto, possibilitando-se um estudo futuro acerca de outras formas de solução para o problema proposto, como por exemplo, a devida regulamentação sobre o procedimento, coadunada com o Estado Democrático de Direito, respeitando os fundamentos do processo penal acusatório.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Processo penal**. São Paulo: Editora Método. 2014.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. **Criminal Justice Standards for the Prosecution Function**.

Disponível em:

<https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/ProsecutionFunctionFourthEdition/>. Acesso: 22 mai. 2020.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso básico de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

ARAS, Vladimir. **Acordos penais no Brasil**: Uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

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

BALDAN, Édson Luís. **Investigação defensiva**: o direito de defender-se provando. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 15, n. 64. 253-273 Jan/fev. 2007.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 03 de outubro de 1941. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. **Código Penal**. 07 de dezembro de 1940. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 de abr. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de out. 2019.

_____. **Lei 13.245**, de 12 de janeiro de 2016. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm. Acesso em: 30 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Coletânea temática de jurisprudência**: Direito Penal e Processual Penal [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. 2. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.548/SP**. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630134>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81.326**.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102770&pgI=1&pgF=100000>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

BULHÕES, Gabriel. **Manual Prático de Investigação Defensiva**. Florianópolis: EMais, 2019.

CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro. **Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial**. Conjur, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policia-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>. Acesso em: 30 mai. 2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRIMOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 27. Ed. São Paulo: PC Editora LTDA, 2011. *Codice di Procedura Penale*. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>>. Acesso em: 25 de mai. 2020.

Conselho Federal da OAB. **Quadro de advogados**. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>>. Acesso em: 09 de mai. 2020.

Convenção Americana de Direitos Humanos. **22 de novembro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso: 10 abr. 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson, Costa de Leonardo Paula, e Aurélio Marco Silveira. **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CUNHA, Douglas. **A pirâmide de Kelsen**: Hierarquia das normas. 2018. Disponível em: <<https://douglasscr.jusbrasil.com.br/artigos/616260325/a-piramide-de-kelsen-hierarquia-das-normas>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

Disposizioni in materia di indagini difensive. Disponível em: <<https://www.camera.it/parlam/leggi/003971.htm>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

FILHO, Mário Leite de Barros. **O contraditório mitigado no inquérito policial**. Jus, 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23054/o-contraditorio-mitigado-no-inquerito-policial>. Acesso em: 30 mai. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1999.

HIRECHE, Gamil Föppel El. **Alteração no Estatuto da OAB e os direitos (já) existentes dos advogados**. Do direito do cidadão a acesso a autos de procedimento investigatório. Migalhas, 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/232577/alteracao-no-estatuto-da-oab-e-os-direitos-ja-existent-dos-advogados-do-direito-do-cidadao-a-acesso-a-autos-de-procedimento-investigatorio>. Acesso em: 30 mai. 2020.

Libro V - Indagini preliminari e udiienza preliminare. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/news/2013/12/19/investigazioni-difensive>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 15^a. São Paulo: Saraiva Jur, 2018a.

_____. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018b.

LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Delação premiada e investigação defensiva**: levando o devido processo legal a sério. Fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-13/academia-policial-delacao-investigacao-defensiva-levando-processo-legal-serio>>. Acesso em: 16 de mai. 2020.

_____. **O inquérito policial goza de contraditório (mitigado) e defesa (limitada)**. Conjur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-04/academia-policial-inquerito-policial-goza-contraditorio-mitigado-defesa-limitada>. Acesso em: 30 mai. 2020.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MIRANDA, Eduardo; CAMARGO, Margarida. **Sistemas Processuais Penais à luz da Constituição**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Editora Revista dos Tribunais Ltda. Vol. 97. São Paulo. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016a.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. São Paulo: Forense, 2016b.

PITOMBO, Sérgio. **A Evolução do Inquérito Policial**. Disponível em: <<http://www.sergio.pitombo.nom.br/estudos.php>>. Acesso em: 07 out. 2019.

_____. **Formas de investigação e de Instrução Preliminar no Direito Processual Penal**. Disponível em: <<http://www.sergio.pitombo.nom.br/estudos.php>>. Acesso em: 07 out. 2019.

_____. **Inquérito Policial**: exercício do direito de defesa. Disponível em: <<http://www.sergio.pitombo.nom.br/estudos.php>>. Acesso em: 07 out. 2019.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lenum Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

_____. **Investigação criminal pelo Ministério Público**: visão crítica. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Processo penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Rule 16 - Discovery and Inspection. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_16>. Acesso: 22 mai. 2020.

SILVA, César Dario Mariano Da. **Breves considerações sobre as recentes alterações do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil**. Carta Forense, 2016. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/breves-consideracoes-sobre-as-recentes-alteracoes-do-estatuto-da-ordem-dos-advogados-do-brasil/16223>. Acesso em: 30 mai. 2020.

SILVA, Franklyn Roger Alves Silva. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

STELLA, MARINA. **Os reflexos da ampliação das prerrogativas do advogado no inquérito policial com a Lei 13.245/16**: o que pesa sobre o caráter inquisitivo da investigação. Jus, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68449/os-reflexos-da-ampliacao-das-prerrogativas-do-advogado-no-inquerito-policial-com-a-lei-13-245-16-o-que-pesa-sobre-o-carater-inquisitivo-da-investigacao>. Acesso em: 30 mai. 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume I. 32ª ed. São Paulo: Saraiva 2010.

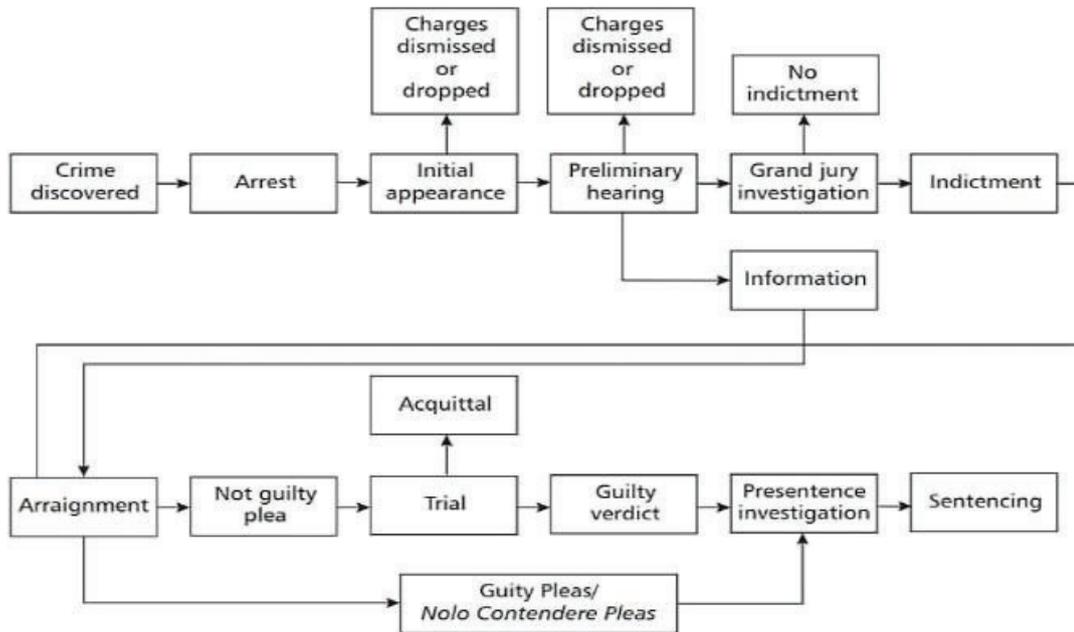
TRINDADE, Tiago Contatto. **Investigação criminal no modelo constitucional brasileiro**. Jus, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54097/investigacao-criminal-no-modelo-constitucional-brasileiro>>. Acesso em: 09 mai. 2020.

United States v. Agurs - 427 U.S. 97, 96 S. Ct. 2392 (1976). Disponível em: <<https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-united-states-v-agurs>>. Acesso: 22 mai. 2020.

ANEXO A – FLUXOGRAMA DO SISTEMA PROCESSUAL NORTE-AMERICANO

Primeira Parte: Pré-processual

Segunda Parte: Processo Criminal



Fonte: HALL, Daniel. *Criminal law and procedure*. Ed. West Legal Studies, Thomson Learning, New York, 3. ed., 2000. p. 365.