

Data de Aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

## INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO BRASIL: O DESAFIO DA PARIDADE DE ARMAS

Antônio Eduardo de Araújo<sup>1</sup>  
Sandresson de Menezes Lopes<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo é pautado na pesquisa bibliográfica da legislação brasileira acerca da investigação criminal defensiva e a paridade de armas no inquérito policial. Sob a utilização de uma perspectiva crítica, busca-se ultrapassar o aparente ao analisar as determinações íntimas da ânsia do poder punitivo do Estado, desenvolvido por intermédio do seu aparato policial; compreender as motivações sociais, econômicas, políticas, culturais e ambientais dos fenômenos interligados; problematizar a legalidade da investigação criminal defensiva e a paridade de armas no inquérito policial, além de averiguar a existência de uma tensão no modelo persecutório criminal brasileiro, movida pelo desejo do *jus puniendi* na prestação da tutela efetiva e célere e as garantias fundamentais e processuais do acusado. Outrossim, pretende-se demonstrar a importância da investigação criminal defensiva como um direito fundamental à produção da prova no inquérito policial, atrelado à aplicação dos princípios da paridade de armas, da ampla defesa e do contraditório, utilizando-se do método dialético.

**Palavras-chave:** Investigação defensiva. Inquérito policial. Paridade de armas. Contraditório e ampla defesa.

### DEFENSIVE CRIMINAL INVESTIGATION IN BRAZIL: THE CHALLENGE OF WEAPONS PARITY

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: edudu32@gmail.com.

<sup>2</sup> Professor Especialista. Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: sandresson1@hotmail.com.

## ABSTRACT

This article is based on bibliographical research on Brazilian legislation regarding defensive criminal investigation and parity of weapons in police investigations. Using a critical perspective, we seek to go beyond what is apparent by analyzing the intimate determinations of the State's desire for punitive power, developed through its police apparatus; understand the social, economic, political, cultural and environmental motivations of interconnected aspects; problematize the legality of defensive criminal investigation and the parity of weapons in the police investigation, in addition to investigating the existence of a tension in the Brazilian criminal persecutory model, driven by the desire for *jus puniendi* to provide effective and rapid protection and the fundamental and procedural guarantees of accused. Furthermore, it is intended to demonstrate the importance of defensive criminal investigation as a fundamental right to the production of evidence in the police investigation, linked to the application of the principles of parity of arms, broad defense and contradictory, using the dialectical method.

**Keywords:** Defensive investigation. Police investigation. Weapon parity. Contradictory and broad defense.

## 1 INTRODUÇÃO

A investigação defensiva compreende-se como o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou de outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, a fim da obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte, conforme Provimento n.º 188/18, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB, 2018).

Nesse íterim, a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM, 2023) editou um Código Deontológico de Boas Práticas da Investigação Defensiva com mais de 100 (cem) artigos que explicitam o seu mecanismo, a preservação da cadeia de custódia e a forma de realização de algumas diligências, sendo este Código de suma importância para dar maior segurança aos profissionais

que participam do fenômeno da investigação defensiva, servindo como um norte para a realização dos atos investigativos respectivos.

Ademais, o Conselho Nacional de Corregedores das Defensorias Públicas, atento à expansão do tema no âmbito das defensorias públicas, elaborou diretrizes para sua implantação no âmbito do referido Órgão.

Para adentrar no presente estudo, no capítulo de abertura, abordam-se os aspectos históricos da investigação defensiva em alguns países do mundo, como; Estados Unidos, Itália, Argentina e Brasil.

Posteriormente, expõe-se a análise da legislação brasileira sobre a investigação criminal defensiva e a paridade de armas no inquérito policial sob a utilização de uma perspectiva crítica, buscando ultrapassar o aparente e evidenciando as determinações íntimas da ânsia do poder punitivo do Estado, desenvolvido por intermédio do aparato policial do Estado Brasileiro.

No transcorrer deste trabalho acadêmico, tem-se ainda uma visão atual da investigação criminal no Brasil, como notável corroboração à formação do resultado desta pesquisa. Com tal propósito, cumprir-se-á a tarefa de esclarecer a investigação defensiva criminal como instrumento da ampla defesa e do contraditório em um modelo inquisitivo e acusatório de investigação no território nacional.

Trata-se de uma pesquisa teórica na qual se aplica o método dialético, ao passo que se preocupa em discorrer sobre a utilização da investigação defensiva criminal no Brasil e o desafio da paridade de armas no inquérito policial ao qual o defensor enfrenta na atualidade, bem como do arcabouço histórico e legal para a sua realização. A pesquisa é exploratória e bibliográfica, baseada em levantamento bibliográfico e fontes secundárias, como o Provimento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), legislação, Normativos de Entidades de Advogados e do Ministério Público e artigos científicos.

## **2 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA CRIMINAL NO DIREITO COMPARADO**

### **2.1 APLICAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS**

Segundo Silva (2023, p. 279) os Estados Unidos herdaram o sistema jurídico da common law face a colonização inglesa, desse modo, o sistema é constituído,

basicamente, por um conjunto de princípios e regras jurídicas não positivadas, cuja autoridade advém dos usos e costumes e da jurisprudência construída ao longo do tempo, cabendo ao judiciário a elaboração do Direito e a sua gradativa evolução, diferentemente do que ocorre no Brasil, por exemplo, que adota o sistema romano-germânico (civil law).

O poder judiciário norte-americano está dividido nos âmbitos federal e estadual, sendo que os Estados-membros possuem total liberdade para estruturar os seus sistemas judiciários, seguindo as constituições por eles estabelecidas. A maioria dos Estados segue, de modo geral, o modelo federal.

O sistema federal é encabeçado pela Suprema Corte, a qual tem poder de supervisão sobre as decisões de qualquer tribunal do país, federal ou estadual, para verificar a sua conformidade à Carta de Direitos. Nesse sentido, a Suprema Corte pode rever argumentos utilizados na decisão; colher caso considere necessário novos argumentos orais; discutir os fundamentos e emitir uma decisão sobre a correta interpretação da Constituição.

Como mencionado, os Estados-membros possuem autonomia para formar os seus sistemas judiciários, sendo que a maior parte se baseia no modelo federal.

Nota-se, antes de tudo, que o modelo norte-americano é tipicamente “adversarial”, ou seja, a gestão da prova é incumbência das partes e não do juiz. As partes são responsáveis pela condução da marcha processual e detêm cumulativamente o poder de investigar os fatos, como o de instruir o feito, inquirir testemunhas, consultar peritos e até mesmo determinar o que será objeto da indagação. Assim, o Juiz deve-se manter-se inerte na fase probatória.

Nos Estados Unidos, a persecução penal é dividida em 3 (três) grandes fases: investigatória, adjudicatória e judicial.

A investigação não possui rito formal previamente estabelecido, sendo desenvolvida de acordo com as especificidades de cada caso concreto e dividida em duas fases; uma reúne os dados necessários à determinação dos fatos e à identificação dos suspeitos e a outra, após a individualização do suspeito, assume forma de persecução penal, que ocorre com a prisão ou outra medida cautelar.

Por conseguinte, nasce uma série de garantias para o acusado, tais quais; o direito de defesa, os direitos à integridade e à intimidade; a jurisdicionalização de medidas restritivas de direitos fundamentais.

Além disso, a investigação é comumente conduzida pelos órgãos policiais,

apesar de tal atividade não ser exclusiva da Polícia Judiciária, tanto que, os promotores também passaram a investigar nos últimos anos, embora ainda em muito menos hipóteses do que os agentes policiais, com ênfase aos promotores federais do que os entes estaduais.

O Ministério Público nos Estados Unidos tem controle total da investigação criminal, gozando de maior discricionariedade na iniciativa acusatória, não havendo supervisão judicial valorativa no correr da fase investigativa, nem em se tratando de arquivamento. Ainda, o poder discricionário ministerial retratado acima permite decidir sobre a submissão do caso à oitiva preliminar e ao grande júri para a confirmação da existência de uma causa provável e negociar com o investigado a troca de uma admissão de culpa por uma pena reduzida ou por uma desqualificação do delito à aplicação de sanções mais brandas.

Em razão da onerosidade da justiça criminal estadunidense, as partes optam por produzirem as provas fora do Juízo e, depois, anexá-las aos autos, na forma documental, para a discussão durante o julgamento.

Dessa forma, nessa realidade, é bastante comum que as promotorias e os grandes escritórios de advocacia possuam notários para auxiliá-los na produção de depoimentos pré-processuais, havendo nas inquirições a possibilidade de acompanhamento dos advogados da parte contrária e dos promotores.

Em consequência, tal característica de proximidade entre as partes existentes demonstra relação direta com a repartição do ônus e com a produção da prova, havendo uma regra de transparência que beneficia a todos mediante a revelação das provas antes mesmo que a verdade seja buscada no processo.

Apesar de não haver um precedente da Suprema Corte única e especificamente destinado à atividade de investigação criminal defensiva, há uma importante premissa definida no caso *Strickland vs. Washington*, quando a Corte decidiu que a investigação realizada pelo defensor é um elemento essencial para a caracterização de uma defesa efetiva.

Portanto, depreende-se que a investigação defensiva é plenamente admissível nos Estados Unidos, até mesmo por ser consequência do regime jurídico adotado, cujo escopo inclui atribuir às partes as iniciativas investigatória e probatória.

## 2.2 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL DA ITÁLIA

Com a reforma processual, em 1988, a autoridade judiciária passou predominantemente a ter função fiscalizatória e decisória, enquanto a sua iniciativa probatória tornou-se residual, sendo admitida como excepcionalidade, atuando somente em casos de absoluta necessidade. O juiz apenas intervém se houver a necessidade de jurisdicionalização de alguma medida, como a restrição a direitos fundamentais do imputado.

Na Itália, o Ministério Público integra o poder judiciário, estando dotado de garantias idênticas às da Magistratura, no entanto, as atividades que desenvolve durante a investigação não têm caráter jurisdicional, pois objetivam preparar o exercício da ação penal. Por sua vez, a Polícia Judiciária italiana tem função complementar à do Ministério Público e pratica atos investigatórios mediante delegação do *Parquet*.

A investigação correspondente inicia-se por meio do conhecimento espontâneo dos fatos pelo Ministério Público, pela Polícia Judiciária ou a partir de notícia-crime apresentada por terceiros.

Na reforma processual italiana foi outorgada às partes a gestão da prova, conseqüentemente, a defesa deixou de ser figura inerte na persecução penal, que antes se limitava a examinar os elementos oriundos da instrução, e passou a ter posição ativa, dotada de poderes para buscar fontes de provas em favor do acusado, garantindo a possibilidade de a defesa participar da fase investigatória (*indagini preliminari*) conduzida pelo Ministério Público ou desenvolver investigação própria, independentemente da investigação pública.

A investigação defensiva na Itália surgiu para contrabalançar o viés acusatório das *indagini preliminari* dirigidas pelo Ministério Público, todavia, há divergência de que a investigação defensiva não foi suficiente para garantir a desejada paridade de armas, porquanto a defesa encontra-se em notória posição de inferioridade em relação à acusação devido a uma grande dificuldade, de ordem essencialmente prática para desenvolver uma atividade investigatória autônoma, voltada à descoberta de fontes de provas a favor do investigado.

Atualmente na Itália a investigação defensiva, além de ser um tema há tempos estudado pela doutrina italiana, vem sendo cada vez mais usada pelos advogados que atuam como defensores para buscar elementos de provas benéficos aos assistidos.

É importante ressaltar que, além do Código de Processo Penal, o sistema

jurídico italiano contém normas à aplicação do diploma, juntamente a disposições transitórias como decretos que regulam a execução do próprio Código de Processo Penal Italiano.

### 2.3 A ARGENTINA E PARIDADE DE ARMAS NA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

O modelo processual penal na Argentina consolida alguns aspectos importantes da atuação defensiva em favor dos imputados, do qual muitas das garantias processuais derivam da legislação infraconstitucional.

A constituição argentina de 1995 possui no seu bojo um detalhamento sumário das garantias individuais dos cidadãos, mas se comparada à Carta brasileira, são relativamente em menor número.

O art. 86 da Constituição da Argentina de 1995 consolida a figura do *Defensor do Pueblo*, instituição autônoma vocacionada à defesa e à proteção dos direitos humanos e das demais garantias tuteladas pela Carta contra atos ou omissões da administração pública, sendo equiparada a Defensoria Pública.

O modelo constitucional argentino estabelece que cada província detém competência legislativa para dispor sobre a organização do sistema de justiça e também disciplinar a matéria processual por intervenção de seus respectivos códigos, porém essa capacidade legislativa possui limites preceituados pelo texto constitucional, necessariamente a respeito das garantias do acusado e de seu advogado de defesa.

Na Argentina, a doutrina processual concede ao imputado o direito de ser ouvido, de participar da produção de provas e também propor a sua produção; de valorar as provas produzidas e de apresentar razões fáticas e jurídicas que contribuam para a formação do convencimento do Juiz.

Entretanto, nota-se que tais disposições são insuficientes, principalmente quando inerentes à disciplina da participação defensiva na produção de determinadas provas. A esse respeito aponta-se para a necessidade de um sistema pautado em paridade de armas entre o Estado-acusador e o imputado, sendo imprescindível para que se assegure o equilíbrio de forças. Porque, na hipótese de a defesa propor diligências durante a fase de investigação penal preparatória, esta ficará sujeita a avaliação de pertinência e utilidade por parte do membro do Ministério Público. Em caso de negativa para a prática do ato, é possível a defesa propor revisão ao

Procurador-Geral da Província. Retira-se deste a autonomia da atuação defensiva, condicionando-a a praticar atos sob a “supervisão” do órgão acusatório, constituindo-se verdadeira limitação da defesa.

## 2.4 A LEGISLAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL

O sistema processual adotado pelo direito pátrio é o acusatório. A acusação nos crimes de ação pública cabe ao Ministério Público e, nos de ação privada, mediante a representação pela vítima.

O sistema acusatório assegura as seguintes garantias constitucionais: tutela jurisdicional; devido processo legal; acesso à justiça; garantia do juiz natural; tratamento paritário das partes; ampla defesa; publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios e presunção de inocência.

Contudo, o inquérito policial tem caráter inquisitório, fruto do Código de Processo Penal de 1941, no qual o Brasil estava sob a ideologia do Estado Novo, conhecida no marco temporal como “Ditadura da Era Vargas”, quando o presidente Getúlio Vargas tinha poderes ditatoriais e governava o país via Decretos-Leis (BRASIL, 1941).

O objetivo do governo federal era manter a unidade processual penal reestabelecida em 1934. Logo, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, manteve o inquérito policial, acompanhado das suas características de inquisitorialidade, sob o argumento de que esta é mais adaptável à realidade do Brasil (BRASIL, 1941).

Igualmente, vários outros governos em diferentes períodos históricos tentaram realizar modificação ou elaboração de um novo Código de Processo Penal, muito embora por questões políticas ou ideológicas não tenha sido viável. Conquanto, houve várias alterações legislativas no Código de Processo Penal brasileiro.

O Código de Processo Penal mantém o suposto autor do delito como um mero objeto de investigação criminal. A doutrina e a jurisprudência brasileiras majoritárias sempre negaram as garantias do contraditório e da ampla defesa na fase de persecução penal, com o argumento de que o inquérito policial é apenas uma peça informativa, sem valor probatório, inclusive dispensável para a propositura da ação penal (BRASIL, 1941).

Com a nova ordem constitucional de 1988, representante da superação dos

regimes autoritários, tem-se a consagração da supremacia da Constituição Federal, fazendo com que houvesse uma releitura dos dispositivos do Código de Processo Penal segundo os valores do Estado Democrático de Direito, no qual há a primazia da concretização dos direitos fundamentais, recebendo os postulados de sua interpretação em torno do conceito de inquérito policial.

Dessa maneira, a Constituição Federal de 1988 consagra diversos dispositivos garantidores na atuação do aparelho repressor estatal, causando uma nova perspectiva interpretativa acerca do Código de Processo Penal vigente, com o objetivo de encontrar uma maior adequação aos valores democráticos. O constituinte originário procurou repudiar práticas abusivas e autoritárias, apresentando significativo avanço qualitativo e quantitativo em torno do direito de defesa, refletindo-se em decorrência o seu esforço no inquérito policial.

A Carta Constitucional consagra no seu art. 5.º, inciso LV, o princípio do contraditório e da ampla defesa, não empregado meramente aos acusados no processo penal, mas sim aos “acusados em geral”, devendo receber uma interpretação ampliada no que diz respeito ao inquérito policial (BRASIL, 1988).

Para mais, surge uma nova discussão acerca do inquérito policial, a qual é pautada pelo contraditório e pela investigação criminal defensiva, tendo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil publicado o Provimento n.º 188 de 11 de dezembro de 2018, normatizando-se a atividade da investigação defensiva no âmbito da advocacia brasileira, conceituando-a como o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou de outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, a fim da obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte (CFOAB, 2018).

A investigação defensiva tem recebido cada vez mais importância, tendo em vista o direito do defensor, examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findo ou em andamento. Ao contrário, tal direito vem sendo violado, mesmo depois da tipificação da negativa de acesso aos autos como crime de responsabilidade, conforme art. 32 da Lei n.º 13.869/2019 e das garantias dos direitos individuais do cidadão, previstos na Constituição Federal de 1988.

### **3 O INQUÉRITO POLICIAL, SEUS ATORES E A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA**

#### **3.1 O INQUÉRITO POLICIAL**

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece o inquérito policial como principal ferramenta do processo investigatório, instaurado em razão de possível prática de infração penal, o qual decorre uma série de diligências a serem realizadas pela polícia judiciária, visando à obtenção de elementos de prova da autoria para que o titular da ação penal possa propô-la – ou não – em face do acusado.

O inquérito policial é o procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial, tendo como destinatário o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, conforme estabelecido no art. 129, parágrafo I da Constituição Federal de 1988, e o ofendido, titular da ação penal privada, conforme o art. 30 do Código de Processo Penal (Brasil tendo como destinatário mediato o juiz, que se utilizará dos elementos nele contidos, para recebimento da exordial e para formação do seu convencimento quanto à necessidade de estabelecimento de decretação de alguma medida cautelar).

Apesar dos diferentes posicionamentos apresentados pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, segundo Bonfim (2010, p. 136) pode-se definir o inquérito policial como procedimento administrativo, preparatório e inquisitivo, dirigido pela autoridade policial - atuando no exercício de sua função judiciária, composto por um complexo de diligências na intenção de apurar determinada infração penal e de identificar o seu autor.

Assim sendo, quando há o cometimento de um delito, por intermédio da polícia judiciária, buscar-se-á provas da autoria e da materialidade para apresentá-las posteriormente ao Ministério Público ou ao ofendido, para que este faça a apreciação, e tome a decisão se oferece ou não a denúncia ou a queixa-crime. Uma vez oferecidas, o inquérito seguirá anexo, para que o júízo possa avaliar se há indícios suficientes de autoria e de materialidade para recebê-las. Depois de recebidas, o inquérito policial ficará anexado aos autos, acompanhando a ação penal.

O inquérito não pode ser considerado uma atividade judicial e tampouco processual, porque nele não há uma estrutura dialética do processo, e apesar da inexistência de ordem legal para a realização dos atos, este fato, não retira a sua característica de procedimento, pois a legislação estabelece uma sequência coerente

à sua devida instalação, ao seu desenvolvimento e à sua conclusão.

O inquérito policial possui algumas características como: sigilo, procedimento oficial, procedimento inquisitório, discricionariedade, ser dispensável e possuir prazos, as quais serão expostas separadamente.

O ordenamento jurídico não admite na atualidade haver a realização de filmagens e o seu conseqüentemente encaminhamento ao Ministério Público por parte da autoridade policial, mas pode-se utilizar uma interpretação progressiva do art. 405, § 1.º do Código de Processo Penal, admitindo-se o uso de recursos tecnológicos no curso do inquérito, ou seja, é legítima a obtenção de material audiovisual, desde que sirva subsidiariamente ao material já reduzido a termo (BRASIL, 1941).

O sigilo do Inquérito policial está condicionado necessariamente à elucidação do fato com fim de preservar o interesse social, sendo ato discricionário do delegado decidir sobre a sua necessidade, cujo conteúdo não se estende ao representante do Ministério Público, nem ao Juízo. O defensor pode consultar os autos do inquérito, mas, caso seja decretado judicialmente o sigilo na investigação, não poderá acompanhar a realização dos atos procedimentais. Nesta situação, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que essa vulnerabilidade da defesa devidamente constituída esvaziaria a garantia constitucional do imputado, a qual lhe confia, quando preso, sendo-lhe facultada também, quando solto, a assistência técnica de um defensor.

Em suma, algumas diligências dependem da manutenção do caráter sigiloso devido a sua natureza procedimental e administrativa, deixando-se de aplicar o princípio da ampla defesa por inviabilidade. Nessa óptica, o sigilo deve ser respeitado na intenção de manter a intimidade e a privacidade do acusado, em face da presunção de sua inocência, até que esta seja ou não comprovada, mediante o emprego de diligências, diante da prática de infração penal.

O inquérito policial como procedimento oficial deve ser instaurado pela Polícia Judiciária, permanecendo a sua condução a cargo do delegado, assistido pelos investigadores, escrivães, agentes policiais, dentre outros, quando necessário.

Quanto ao Ministério Público, é facultado o acompanhamento dos atos de investigação, o que não torna o promotor que acompanha o inquérito impedido de propor a ação penal, podendo ocasionalmente instaurar procedimentos investigatórios criminais (PICs) – na promotoria. Todavia, uma vez instaurado na Polícia Judiciária, esta deverá ser mantida na direção do procedimento e não, em hipótese alguma, o

Ministério Público.

A característica inquisitória do procedimento investigatório ocorre pela concentração nas mãos de uma única autoridade, que, para a sua atuação, prescinde da intimação de quem quer que seja, exceto em caso de pessoas com prerrogativa de função, quando necessita de autorização judicial; recebendo poder e dever de agir de ofício; empreendendo com discricionariedade os procedimentos necessários à elucidação do crime e da sua autoria. Desse modo, trata-se de mais uma operação que em razão de sua natureza não observa nem está adstrita ao princípio do contraditório, o qual terá aplicação após o efetivo início da ação penal.

Segundo Lima *apud* Luz (2020, p. 45), há uma pequena corrente que defende a possibilidade de ampla defesa no inquérito policial. Não obstante, revela-se inapropriado utilizar o contraditório no curso da investigação, uma vez que nela não existe acusação formal, ocorrendo esta noutra situação já estabelecida.

De resto, a discricionariedade da autoridade policial que preside o inquérito policial está acompanhada de determinada liberdade de atuação, devendo-se utilizar de forma presumida o bom senso e a razoabilidade. O delegado pode deferir ou indeferir diligências ou produção de provas requeridas pelo defensor do acusado ou pela vítima. Em contraponto à fase judicial, não há rigor procedimental a ser observado na fase investigatória preliminar, haja vista os atos investigatórios seguirem a discricionariedade atribuída à autoridade policial, cabendo a quem preside o inquérito conceder as diretrizes e ordenar a realização das diligências, conforme as nuances contidas no caso concreto.

Diante da particularidade discricionária empreendida, pode-se inferir que o inquérito policial, na qualidade de procedimento, é útil, embora dispensável e facultativo à propositura da ação penal, desde que o titular da ação já possua elementos suficientes ao provimento da imediata propositura. Desse jeito, o art. 39, § 4.º, do Código de Processo Penal, prevê a dispensa do inquérito policial pelo Ministério Público quando houver, junto à representação, documentação que possibilite o imediato desencadeamento da ação nos crimes de ação pública condicionada (BRASIL, 1941).

Uma vez instaurado o inquérito policial, a autoridade da polícia tem de seguir os prazos preconizados no art. 10 do Código de Processo Penal, com a duração de 30 (trinta) dias, na ocasião de o investigado estiver em liberdade e, se o indiciado estiver preso, por conta de flagrante ou de prisão preventiva decretada no transcorrer

da investigação, o prazo será de 10 (dez) dias. Ainda, caso os referidos prazos não sejam cumpridos não acarretarão outros efeitos, exceto quando injustificados, hipótese que ocasionará em tese alguma espécie de sanção disciplinar à autoridade.

A fim de calcular tais prazos, dá-se a partir do dia do vencimento, e não pelo dia do início, eles serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado, conforme art. 798, § 1.º do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

### 3.2 OS ATORES NO INQUÉRITO POLICIAL E A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A atividade administrativa do Estado durante a condução do inquérito policial é compartilhada entre a Polícia Judiciária - a quem compete o controle administrativo imediato da investigação, com decisões técnico-operacionais -, e o Ministério Público, titular privativo da ação penal e controlador externo da atividade policial, - a quem compete o controle mediato da investigação, condução técnica-jurídica -, com vistas à formação da opinião delitiva estatal e ao provável exercício posterior da ação penal pública.

É de competência ministerial avaliar os fatos em apuração, qualificando-os no sentido de prosseguir com as investigações ou de encerrá-las, mediante o oferecimento de denúncia ou a promoção do arquivamento. Em sequência, para que o Ministério Público ofereça a primeira, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos legais específicos contidos no art. 41 do Código de Processo Penal, os quais, uma vez ausentes, obrigam o Poder Judiciário ao não recebimento da denúncia, em concordância com o art. 395 do Código mencionado (BRASIL, 1941).

Segundo o art. 127, § 1.º, da Constituição Federal de 1988, são princípios institucionais do Ministério Público; a unicidade, a indivisibilidade e a independência funcional, deste modo difere o Ministério Público das demais instituições brasileiras (BRASIL, 1988).

Logo, vê-se que o *parquet* é considerado um órgão uno, assim, qualquer manifestação dos seus membros valerá como aparecimento da vontade de todos.

Não bastando, na eventual situação de o Ministério Público requisitar diligências à autoridade policial, esta estará obrigada a realizá-las, de acordo com o disposto no art. 13, inciso II, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

O Ministério Público exerce controle externo da atividade policial por

intervenção de diversos poderes, como os seguintes; a) livre ingresso em estabelecimentos policiais e prisionais; b) acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial; c) representar a autoridade competente pela adoção de providências, para sanar a omissão indevida ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder; d) requisitar a instauração de inquérito policial na busca de apurar omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial; e) promover a ação penal por abuso de poder.

Em síntese, o Ministério Público mantém estrito controle das ações praticadas pela autoridade policial durante a fase de investigação criminal, podendo influenciar o resultado final do inquérito policial.

Uma das justificativas que fazem os membros do Ministério Público ter essa grande influência é a independência funcional, bem como a inexistência de subordinação intelectual ou ideológica. A atuação ministerial está firmada nos ditames legais, no seu entendimento pessoal e na sua consciência, podendo este fato dar margem ao oferecimento de denúncias, com base em convicções, e não no acervo probatório.

Ainda, para assegurar tal liberalidade, também é-lhe conferido a inamovibilidade, como ordem de que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, fazendo valer o princípio do promotor natural, o qual integra o devido processo legal.

Nesse contexto, tem-se o princípio da imparcialidade do juiz como uma das condições essenciais no decorrer do procedimento, de modo que seja garantido às partes um processo justo, afastando-se em decorrência a figura do juiz de exceção. Dito isto, todas as figuras processuais devem degustar de um tratamento igualitário, garantindo às partes a utilização de oportunidades igualitárias, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

Por isso, de maneira a garantir os direitos individuais e da pessoa humana, é legítima a representação do acusado pelo advogado, principalmente durante a fase de investigação, fazendo-se este defensor em figura indispensável à administração da justiça, da cidadania, da moralidade pública, da justiça e da paz social, sobretudo em um Estado Democrático de Direito. O advogado deve ter a consciência de que o Direito é um meio de mitigar as desigualdades, com soluções justas, e de que a lei é um instrumento apto a garantir a igualdade de todos.

Afinal, o princípio da ampla defesa define-se por ser um direito que o acusado

tem de se defender, tecnicamente ou pessoalmente, de qualquer tipo de prova que seja obtida contra ou a favor de si mesmo durante o processo, seja ele judicial ou administrativo, como no caso do inquérito policial. Tal princípio, essencialmente, significa que a parte contrariada precisa ser ouvida, não restringida a defesa de exercer as funções lhes inerentes, fixando as partes sob a mesma paridade em igualdade de condições.

Conforme Dias (2022, p. 153), a despeito de a advocacia exercer o *múnus* público, o seu ministério é privado e regido pela lógica dos particulares segundo a qual “[...] é permitido fazer tudo aquilo que não for proibido por Lei”, na qualidade de expressão máxima do princípio da legalidade.

Abreviadamente, no Código de Processo Penal, não há qualquer vedação à investigação defensiva, apesar de inexistir disciplinamento dessa atividade, o que de fato não prejudica a sua realização. Por outro lado, o Provimento n.º 188/18, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, serve para disciplinar o complexo de atividades desempenhadas pela advocacia em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, com foco na obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de todos os constituintes, estabelecendo organizacionalmente parâmetros ao adequado desenvolvimento da investigação defensiva desde a etapa de investigação preliminar (CFOAB, 2018).

Após o auxílio da investigação defensiva, conferiu-se uma maior ressonância aos anseios da advocacia e das pessoas que garantem os seus direitos por meio de seu defensor, agora, com maior capacidade de dar vazão ao potencial das demandas a partir dessa nova ferramenta de produção do acervo probatório, qual seja; a de oferecer maiores condições de o advogado materializar, do ponto de vista probatório, as suas teses e os seus pleitos, ao invés de ser um advogado de escritório, cuja diferenciação é a de atuar no processo apenas quando é instado a se manifestar.

## **4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

### **4.1 A PARIDADE DE ARMAS ENTRE A ACUSAÇÃO E A DEFESA**

Destaca-se que muitos advogados e a Defensoria pública, por falta de estrutura material e *expertise*, realizam o acompanhamento formal da fase

investigatória, de maneira incompatível com a ampla defesa difundida pela Constituição Federal e com a paridade de armas, causando um grave prejuízo ao exercício da defesa na fase inquisitorial ao recair em um cerceamento de defesa.

Então, enquanto não houver uma mudança sistêmica no campo do processo penal e do inquérito policial, o imputado não pode viver em um verdadeiro limbo investigatório, contando exclusivamente com a boa vontade da autoridade policial, quando o esperado seria a equiparação de armas. A título de exemplo do problema atual, o indiciado que pode custear uma boa defesa técnica tem grande chance de sequer ser indiciado e, no evento de ter a denúncia acolhida, tem maior probabilidade de ser absolvido. Destarte, a vulnerabilidade processual pode dificultar o acesso à ordem jurídica justa, bem como ocasionar a privação da liberdade.

Perante a tal desorganização institucional, torna-se necessário impor um controle do poder do Estado em todas as suas esferas de atuação no viés de estabelecer limites ao seu próprio poder de punir em face dos direitos fundamentais dos seus cidadãos. Percebe-se haver atualmente uma tensão no modelo persecutório criminal brasileiro entre a busca do *jus puniendi*, para prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva e célere, com as garantias fundamentais e processuais do imputado, uma vez que elas são mitigadas em favor da eficiência e celeridade do sistema punitivo estatal.

Em teoria, a investigação criminal defensiva, na forma de investigação direta realizada pela defesa técnica, é um direito constitucional do imputado, para que seja possível vivenciar a equidade de armas e o equilíbrio no sistema persecutório criminal penal dentro do regime acusatório e inquisitório brasileiro.

Na Constituição Federal de 1988, reverbera-se o princípio do devido processo legal, constante no seu art. 5.º, inciso LIV, reconhecido como o pilar dos princípios processuais garantistas, do qual derivam os demais, dentre eles, o princípio do contraditório e da ampla defesa e o princípio da igualdade, cujo sentido deste diz respeito à paridade de armas entre a acusação e a defesa, equilibrando a balança da justiça na busca da verdade real dos fatos, de modo a ter uma responsabilização penal justa (BRASIL, 1988).

No Brasil, há um consenso de que o princípio da paridade de armas não se encontra expresso na Constituição Federal, como visto acima, tampouco na legislação processual penal. Ele está realmente amparado na normatividade jurídica, em virtude de ganhar destaque e constância quando mencionado no esforço teórico, ao ser

aplicado nos casos concretos na prática jurisdicional. Como resultado, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem reconhecendo a paridade de armas, chamando-a de princípio, de direito ou de garantia, vindo a corroborar com a investigação defensiva na espécie de direito fundamental do acusado durante a produção direta da prova.

A paridade de armas denota a garantia ao tratamento igualitário entre as pessoas que estão em posição jurídica idêntica no processo, ao preservar a isonomia nas oportunidades entre as partes que fazem as alegações a fim de comprovar os seus argumentos. Nesse seguimento, não se exclui a possibilidade excepcional, a depender do caso concreto, de ser concedido a uma das partes um tratamento especial para compensar ocasionalmente disparidades, suprimindo assim o desnível da parte inferiorizada, de maneira a se igualar a paridade de armas, com tratamento especial em favor da defesa, o qual encontra guarita como no relevante princípio *in dubio pro reo*.

Consoante ao ensinamento de Ferrajoli (2002), para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes; em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau de procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.

Segundo Oliveira (2020) embora se reconheça que o advogado ou Defensor Público possuem certas prerrogativas, e que estão são importantes ferramentas para possa desenvolver a investigação criminal defensiva, há uma lacuna normativa no disciplinamento dessa atividade editada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), e que andou muito mal ao emanar o Provimento n.º 188/2018, sob o pretexto de regulamentar "o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais", pois houve uma evidente extrapolação de atribuições, uma vez que a, OAB, em quaisquer de suas instâncias, como autarquia *sui generis* que é, não desfruta do poder de legislar, compreendido no sentido de normatização de uma expectativa de conduta direcionada a terceiros, em matéria processual penal. Tratando-se de um ato normativo eivado de inconstitucionalidade formal, desse modo, a defesa sofre grande resistência por parte do Ministério Público

e das Polícias Judiciárias.

Em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, a paridade de armas no processo penal é uma necessidade, devendo as instituições que compõem o sistema de justiça defender e aprimorar tal instrumento, como forma de proporcionar uma garantia concreta de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

#### 4.2 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

O contraditório é um princípio consagrado na Constituição Federal brasileira desde 1937, e, hodiernamente, revela-se positivado no art. 5.º, inciso LV (BRASIL, 1988).

Abaixo desse prisma, a autoridade judiciária deve aplicar o direito ao caso concreto, somente depois de ouvir uma parte, dado ciência a outra e oportunizado a sua manifestação. Desta forma, cada parte que compõe o litígio pode expor a sua versão dos fatos, igualmente, é livre para produzir as provas que sustentem as suas alegações, porque com base nestas o magistrado distribuirá a prestação jurisdicional adequada, justificando o último no seu livre convencimento.

No processo penal, a aplicação do princípio do contraditório é mais ampla, rigorosa e efetiva, em consequência de versar sobre interesses indisponíveis. Esse princípio na lógica jurídica processual pátria deve ser pleno e efetivo, exigindo-se a sua observância em todo o desenrolar da investigação criminal, desde a fase inicial até o seu encerramento. Não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da acusação, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios necessários para que se tenha condição real de contrariá-los, estando assim o ideal defendido pelo contraditório interligado diretamente com o da paridade de armas.

O grande problema no sistema processual penal brasileiro reside no fato de não se encontrar a exigência formal do contraditório na fase investigatória. Considerável trecho da doutrina brasileira pende no sentido de não exigir o contraditório na fase de inquérito policial, ao passo que vários doutrinadores, como; Gabriel Bulhões, Alexandre Cesar, Carlos Pinto e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, vêm formando uma nova concepção crescente.

Vê-se uma tendência clara da moderna doutrina, que acompanha a tendência do direito comparado, em ampliar as garantias asseguradas no processo penal, inclusive na fase do inquérito policial, por recurso aos meios de proteção da liberdade,

como reconhecimento de um justo processo na fase pré-processual.

Com relação ao princípio da ampla defesa, este possui uma evidente relação com o princípio do contraditório, pois segundo a doutrina deriva de duas posições essenciais. A primeira afirma que o direito de defesa advém da garantia do contraditório e a outra que a garantia da defesa decorre o contraditório.

Faz-se preciso, em síntese, assegurar o contraditório também na fase investigatória, fundamentado na inafastabilidade da observância da ampla defesa na fase preparatória da ação penal. É necessária ainda a quebra da inquisitorialidade, com consequente reengenharia do sistema e das estruturas do processo penal brasileiro, dada a sua postura antidemocrática, tanto que os seus preceitos remontam ao período ditatorial da “Era Vargas” ou do “Estado novo”, posições incompatíveis com o atual Estado Democrático de Direito institucionalizado no Brasil.

Não à toa, a investigação defensiva tem sido vista como um instrumento da almejada paridade de armas entre acusação e defesa no sistema acusatório, sobre a qual não se pode esquecer que se trata de um instituto complexo, face às reflexões acerca das implicações morais e éticas que devem nortear um plexo de deveres e limitações àquele que se propõe a sua prática.

## **5 CONCLUSÃO**

Compreende-se a investigação defensiva como o conjunto de atividades de natureza investigatória protagonizadas pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em toda a persecução penal, todo o procedimento ou grau de jurisdição, na visão de obter elementos de prova capazes de constituir um acervo probatório lícito, para que a tutela de direitos de seu constituinte seja promissora e, posteriormente, satisfeita.

A investigação defensiva é um assunto crescente no setor jurídico processual brasileiro, detendo a atenção da doutrina e da jurisprudência brasileiras, ambas preocupadas em trazer viabilidade e equilíbrio à fase de investigação no processo penal. Por vezes, o direito do defensor examinar autos de flagrante e investigações de qualquer natureza, findo ou em andamento, é violado, o que ocasionou a tipificação de tal negativa de acesso como crime de responsabilidade.

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece o inquérito policial como principal ferramenta do processo investigatório, instaurado em razão de possível

prática de infração penal, cujo mecanismo gera uma série de diligências a serem realizadas pela polícia judiciária, com fins de obtenção de elementos de prova da autoria, para que o titular da ação penal possa propô-la em detrimento do acusado.

É de competência do Ministério Público a avaliação da viabilidade dos fatos em apuração e, depois, qualificá-los juridicamente, observando sempre se o melhor é prosseguir com as investigações ou encerrá-las, mediante o oferecimento de denúncia ou a promoção do arquivamento.

Faz-se necessário impor um controle do poder do Estado em todas as suas esferas de atuação, com vistas a estabelecer limites ao seu próprio poder de punir em face dos direitos fundamentais dos seus cidadãos.

Em concluso, a investigação criminal defensiva é um direito constitucional do imputado, baseado na indispensabilidade da equidade de armas e do equilíbrio no sistema persecutório criminal penal, regido este pelo regime acusatório e inquisitório.

Na Constituição Federal de 1988, os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da igualdade representam o norte da investigação criminal defensiva ideal, na qual o cometimento de irregularidades que desencadeiem prejuízo às partes é intensamente combatido e afastado.

Embora o Ministério Público e a polícia judiciária reconheça que o advogado ou Defensor Público possuem certas prerrogativas, e que estão são importantes ferramentas para possa desenvolver a investigação criminal defensiva, eles acreditam que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) andou muito mal ao emanar o Provimento n.º 188/2018, sob o pretexto de regulamentar "o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais", pois houve uma evidente extrapolação de atribuições, uma vez que a, OAB, em quaisquer de suas instâncias, como autarquia *sui generis* que é, não desfruta do poder de legislar, compreendido no sentido de normatização de uma expectativa de conduta direcionada a terceiros, em matéria processual penal. Tratando-se de um ato normativo eivado de inconstitucionalidade formal, desse modo, a defesa sofre grande resistência por parte do Ministério Público

Ante o exposto, é necessária a ruptura da inquisitorialidade, com conseqüente reengenharia do sistema e das estruturas do processo penal brasileiro, dada a sua postura antidemocrática, esta – indubitavelmente – incompatível com o Estado Democrático de Direito institucionalizado no Brasil hodierno.

Por fim, a investigação defensiva é considerada um instrumento da almejada paridade de armas entre acusação e defesa no sistema acusatório, restando às entidades responsáveis gerir a sua ideal aplicação, somada aos empenhos doutrinário e acadêmico em torná-la um fenômeno de maior coerência e utilidade às partes e a todos os cidadãos brasileiros que estão sujeitos às regras processuais e são detentores de direitos e garantias fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ADVOGADOS CRIMINALISTA (ABRACRIM).

**Código deontológico de boas práticas da investigação defensiva.** [S.l]:

ABRACRIM, 2023. Disponível em: <https://web.abracrim.adv.br/>. Acesso em: 4 dez. 2023.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 set. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 14 set. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm). Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.** Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm). Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante n. 14:** É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula762/false>. Acesso em: 15 set. 2023.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (CFOAB). **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018.** Regulamenta o exercício da

prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 14 set. 2023.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático da investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUZ, Carlos Rodolpho Glavam Pinto da. **Investigação criminal no inquérito policial: a garantia de cumprimento**. Florianópolis: Habitus, 2020.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Ministério Público brasileiro e investigação criminal defensiva: desafios e algumas propostas. **Revista do Ministério Público** nº162 (pp. 203-222) - 2020 Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904621/Marcus\\_Vinicius\\_Amorim\\_de\\_Oliveira.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904621/Marcus_Vinicius_Amorim_de_Oliveira.pdf). Acesso em: 14 set. 2023.