

**A investigação criminal defensiva e seus reflexos no processo penal**

**DOI: 10.31994/rvs.v11i2.695**

Barbara Rodrigues Colares<sup>1</sup>

Artur Alves Pinho Vieira<sup>2</sup>

**RESUMO**

O presente estudo tem por objetivo analisar a matéria da Investigação Defensiva no sistema Penal e Processual Penal brasileiro, conforme proposto no Projeto de Lei 8.045/2010 e no Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como demonstrar seus reflexos no Processo Penal. Para isso, essa pesquisa adotou como abordagem a revisão bibliográfica em sua metodologia, colocando-se em foco os conceitos sobre provas, paridade de armas, teoria dos jogos e os conceitos sobre a produção de provas por parte do advogado de defesa. Assim, o referencial teórico aborda mencionados temas e suas variáveis dentro do processo. Diante disso, os tipos de pesquisas utilizados foram bibliográficos e documentais, ao amparo de leis, doutrinas e artigos de autores, os quais dispõem sobre os supracitados assuntos. Concluiu-se, assim, ter existido uma evolução acerca do tema abordado, todavia há necessidade de se avançar ainda mais, a fim de que os advogados de defesa possam praticar uma defesa mais técnica garantindo maior eficácia em relação a produção de provas, bem como a paridade de armas.

**PALAVRAS-CHAVE: DEFESA TÉCNICA. PARIDADE DE ARMAS. INVESTIGAÇÃO. AMPLA DEFESA. CONTRADITÓRIO. ADVOCACIA.**

---

1 Graduada em Direito pelas FIVJ. Orcid nº 0000-0002-9708-0531.

2 Mestre em Direito. Professor das FIVJ e Advogado. Orcid nº 0000-0003-3280-4938

## **Defensive criminal investigation and its reflections in the criminal process**

### **ABSTRACT**

This study aims to analyze the subject of Defensive Investigation in the Brazilian Penal and Criminal Procedure system, as proposed in Bill 8,045 / 2010 and Provision 188/2018 of the Federal Council of the Brazilian Bar Association, as well as to demonstrate its reflexes in the Criminal Procedure. To this end, this research adopted the bibliographic review of its methodology as an approach, focusing on the concepts of evidence, weapon parity, game theory and concepts on the production of evidence by the defense attorney. Thus, the theoretical framework addresses mentioned themes and their variables within the process. In view of this, the types of research used were bibliographic and documentary, supported by laws, doctrines and articles by authors, which deal with the aforementioned subjects. It was concluded, therefore, that there was an evolution on the topic addressed, however there is a need to go further, so that defense lawyers can practice a more technical defense ensuring greater efficiency in relation to the production of evidence, as well as the parity of arms.

**KEY-WORDS: TECHNICAL DEFENSE. ARMS PARITY. INVESTIGATION. WIDE DEFENSE. CONTRADITORY. LAWYER.**

### **INTRODUÇÃO**

Diante da situação em que se encontrava o sistema processual penal brasileiro, bem como a deficiência nas defesas criminais, por falta de espaço para atuação do advogado de defesa, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), sentiu

necessidade de auxiliar de forma mais incisiva os advogados. Nessa perspectiva, há cerca de dois o Conselho Federal da OAB editou o provimento de número 188, para que possa ser observada uma regulamentação Legal para a prática da Investigação Defensiva. É de suma importância esclarecer, que a investigação defensiva já está presente no ordenamento brasileiro, em projetos para alteração do código de processo penal.

A investigação defensiva, é na prática, a possibilidade que o advogado possui de produzir provas através de elementos de natureza objetiva e subjetiva, que formem documentos de convicção para serem apresentados no processo. O advogado pode executar esse tipo de defesa através do recolhimento de documentos em cartórios ou até através da contratação de detetives particulares. O objetivo é de tornar o processo mais dialético e mais eficaz em relação aos princípios da ampla defesa e contraditório. Princípios esses que são o fundamento para o uso de tal metodologia no direito brasileiro, assim como a paridade de armas.

Nossa Constituição possui princípios pelos quais se justificam a utilização da investigação defensiva por parte do advogado, como preceitua a paridade de armas no processo penal. Princípio, que garante a ocorrência real do exercício de defesa como garantia fundamental. Além ainda, do contraditório e a ampla defesa, como fundamentais ao exercício de defesa durante o processo.

Ainda que o assunto já tenha sido discutido até no Supremo Tribunal Federal, não há no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma lei que normatize por completo a prática da investigação direta pela defesa. Na Itália, já existe a regulamentação de tal instituto e os doutrinadores envolvidos na discussão para regulamentação total da atividade em nosso país, apontam que o modelo seria bem parecido com o que hoje ocorre no país supramencionado. O Projeto de Lei 156/09 que disciplina sobre o novo código de processo penal, trata a ocorrência da matéria discutida nesse trabalho, apontando algumas formas de atuação por parte do advogado para que seja colocado em prática de forma mais regulamentada a investigação preventiva. Ocorre que o projeto se encontra parado na Câmara dos Deputados desde 23 de

março de 2011 além disso, já foram feitas algumas críticas em relação ao que propõe o projeto, acerca do tema.

Assim, o presente trabalho foi realizado através de pesquisa bibliográfica pautada na doutrina e através de consultas as normas como o projeto de Lei de alteração do Código de Processo Penal, o provimento editado pela Ordem dos Advogados do Brasil, a Constituição Federal, bem como artigos publicados em sites de conteúdo jurídico. Seguindo a metodologia citada, esse estudo tem por objetivo analisar a matéria da Investigação Defensiva no sistema Penal e Processual Penal brasileiro, conforme proposto no Projeto de Lei 8.045/2010 e no Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como demonstrar seus reflexos no Processo Penal.

Dessa forma, o tema pesquisado, é de extrema relevância para atuação do advogado criminalista e possui reflexos claros no processo penal brasileiro. Por isso, se faz necessária a exposição dele nesse trabalho, fazendo uma comparação com países que já praticam a investigação defensiva, bem como apresentação das diferentes formas de praticá-la no cotidiano. Sendo assim, para abordar tais questões, o presente trabalho foi dividido em três partes, sendo que na primeira consta a normatização do tema pesquisado. Na segunda, é realizada uma análise da paridade de armas dentro do atual sistema processual penal brasileiro. E, por fim, temos o terceiro item, que apresenta o tema da a defesa técnica como direito fundamental.

## **1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA DIRETA PELA DEFESA**

A investigação defensiva, vem assumindo espaço nas discussões doutrinárias de forma lenta e gradual, mas por se tratar de tema de grande relevância para o direito penal, muitos já a definem, cada um conforme sua concepção, e já se instalam no ambiente jurídico algumas discussões acerca do tema. De acordo com Núbio Mendes (2019) a investigação defensiva se torna a essência da atuação ativa

de um advogado de defesa. Sendo ele público ou privado, produzindo provas que se ligam de forma direta ao interesse do representado em fase de investigação preliminar.

Conforme Silva (2019, p. 27) aponta:

É por essa razão que o objeto da presente tese procura alcançar um problema comum no direito probatório brasileiro: a ausência de um sistema normativo capaz de balancear a produção adequada das provas no processo e colheita de informações na fase de investigação, assegurando o verdadeiro e tão propalado equilíbrio de armas entre acusação e defesa.

Para Silva (2019, p. 32), “se à defesa for facultada a possibilidade de colher elementos capazes de consubstanciar as teses em favor do investigado, melhor será o exercício da resistência à pretensão acusatória”, essa seria a definição simples do instituto da investigação defensiva.

Silva (2029, p. 34) afirma ainda que a qualidade do processo judiciário está ligada a uma boa defesa, dependendo essa de provas suficientes a sua realização:

Não é possível falar em qualidade da atividade jurisdicional se o ordenamento jurídico não permite às partes, principalmente aquelas mais vulneráveis, o acesso a um processo de excelência, mediante a facilitação dos meios de prova e uma boa representação processual adequada.

Esse autor ainda cita que, “não há dúvidas de que a participação da defesa na fase preliminar certamente permitirá uma valoração mais sensata do resultado do processo” (SILVA, 2019). Dessa forma, pode-se falar que o direito processual penal se torna mais garantista e menos opressor, além de confirmar o exercício do contraditório de forma mais ampla e eficaz.

## **1.1 Provimento 188/2018 da ordem dos advogados do Brasil**

Em dezembro de 2018, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, editou o provimento 188 regulamentando o exercício da realização de

diligências investigatórias, por parte de advogados, para instruir processos judiciais e procedimentos administrativos.

Conforme Dias (2019) o projeto foi distribuído na comissão especial de estudo do direito penal em Brasília no dia 17 de abril de 2018, onde se encontravam conselheiros federais. Ainda de acordo com Gabriel Dias, em 21 de maio de 2018 a sessão do Conselho Pleno apresentou o projeto para que fosse encaminhado a Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, tendo em vista que a matéria traz grande cunho constitucional, para que pudesse ser emitido um parecer e somente após isso o Conselho Federal da OAB (CFOAB) realizasse aprovação.

A Comissão Nacional de Direito Constitucional apresentou seu voto de apoio ao projeto em agosto de 2018, que culminou na aprovação do provimento em dezembro daquele ano (DIAS, 2019). Tal provimento, institui então, a chamada investigação defensiva, conforme se observa:

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 54, V, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 – Estatuto da Advocacia e da OAB, e considerando o decidido nos autos da Proposição n. 49.0000.2017.009603-0/COP, RESOLVE:

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

No texto do provimento, fica claro que a atuação do advogado, poderá ocorrer em qualquer fase da persecução penal, com o objetivo principal de colher elementos de prova por meios lícitos que instruem o processo. Sendo assim, o artigo segundo do provimento vem completar o anterior, afirmando exatamente a utilização do instituto durante todo o procedimento pré processual e a fase processual.

Alexandre de Moraes (*apud* DIAS, 2019, p.5) afirma que o modelo processual brasileiro cria uma postura passiva da defesa, uma vez que as oportunidades defensivas somente surgem após instaurada a ação penal. No entanto, há um

avanço na atuação do advogado de defesa diante das novas tecnologias que acabam exigindo uma atuação mais direta e imediata.

O provimento surgiu a partir de um grupo de estudos do direito criminal, como demonstra Dias (2019, p.72):

Essa proposição foi fruto de iniciativa desenvolvida no âmbito da Comissão de Advogados Criminalistas (COMACRIM), então presidida pelo advogado Gabriel Bulhões, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio Grande do Norte (OAB/RN), por meio de um Grupo de Trabalho que maturou o tema em leituras, pesquisas, debates e reflexões ao longo do ano de 2017, culminando com a redação da minuta do Provimento que foi encaminhada ao CFOAB.

Quiseram os criminalistas no provimento 188/2018 – CFOAB, ao longo de seus oito artigos expor os principais seguimentos, sem que se tornasse engessada a atividade investigativa (DIAS, 2019).

De acordo com Gabriel Dias (2019), o provimento almejou apresentar os parâmetros, as técnicas e os valores, que devem ser utilizados, assim como a possibilidade de ampliação das prerrogativas do advogado em sua atuação. Assim sendo, Dias (2019, p.72) afirma que “além disso, precisa ser promulgado um marco legal, que traga segurança jurídica definitiva, bem como possa cogitar do alargamento das prerrogativas da advocacia, no sentido de melhor exercer a sua função investigativa”.

Após longas análises pela Comissão Especial de Estudo de Direito Penal, chegou-se ao modelo que hoje se apresenta no ordenamento. Um modelo preciso e sucinto, que observou as diretrizes originais do projeto, sem deixar de observar a legalidade nos aspectos gerais do provimento.

## **1.2 Princípios constitucionais e a legalidade da investigação realizada pela defesa**

Com a aprovação do provimento 188/2018 – CFOAB surgiu no cenário uma discussão sobre a constitucionalidade da matéria trazida por ele. Dessa forma, a

grande maioria dos doutrinadores aponta que o instituto é constitucional, sendo amparado por princípios presentes na Constituição Federal de 1988.

Conforme Franklyn Silva (2019, p.411), em nível constitucional os princípios da ampla defesa e contraditório, previstos no artigo 5º, LV, da Constituição Federal (CF) são o principal embasamento para a matéria da investigação defensiva, “seus pilares de sustentação no sistema jurídico interno”.

Em sua obra, Dias (2019, p.44) salienta que o texto constitucional originário, traz que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão [...]” (artigo 133 da CF), fazendo com que este seja um ponto de extrema relevância para análise constitucional da Investigação Defensiva.

Além disso, Dias (2019, p.44) afirma ainda, que:

Como elementos constitucionais fundantes da investigação defensiva, pois, temos a salvaguarda dos princípios da igualdade (artigo 5º, caput, CF), do devido processo legal (artigo 5º, LIV, CF), do contraditório, e da ampla defesa (artigo 5º, LV, CF). Ainda é possível alegar que a segurança pública é direito e responsabilidade de todos (artigo 144, CF), inclusive do advogado no exercício das suas funções.

Pode-se ainda, expor o princípio do livre exercício das profissões, encontrado no artigo 5º, XIII, CF, como argumento de base constitucional que legitima o uso da investigação defensiva por parte do advogado (DIAS, 2019). Franklyn Silva (2019) menciona os tratados internacionais firmados pelo Brasil no plano internacional, dando destaque aos vários instrumentos com caráter de proteção aos direitos humanos, dizendo ser possível a identificação de uma segunda fonte que funcione como suporte a defesa técnica.

Silva (2019, p.412) expõe ainda que:

A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê em seu art. 8º, itens 1 e 2, ‘b’, ‘c’, ‘d’, ‘e’, e ‘f’, as garantias judiciais mínimas para o acusado e dali se extrai o direito à atividade probatória, especialmente quando são assegurados a defesa técnica, o tempo e os meios necessários para preparação da defesa.

A menção a defesa técnica e aos meios para preparação da defesa compreende não só a presença de um defensor com capacidade para exercer a representação na fase investigatória e no processo penal, mas também a disponibilização dos recursos e meios de prova admitidos no ordenamento jurídico.

Ainda acerca da investigação defensiva, evidencia Machado (*apud* SILVA, 2019, p. 414) que “é garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa.”.

Em 2019, Núbio Mendes desenvolveu um artigo ao canal ciências criminais, onde expõe que além dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, presentes respectivamente no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, há de se ressaltar o princípio da isonomia (artigo 5º, caput; e artigo 133). Isso, pois deve-se trabalhar a representação do acusado por parte do advogado em paridade com a acusação.

Mendes (2019), destaca ainda, que “a garantia do contraditório e da ampla defesa já era assegurada, segundo disposto no artigo 5º, LV, da CRFB/1988, ‘em processo judicial ou administrativo’”. Com isso, ele conclui que não há, portanto, que se falar em insegurança quanto a autorização da prática da investigação defensiva ainda que se esteja na fase de investigação preliminar.

Relata ainda, que o código de processo penal em seu artigo 14, traz em seu texto a possibilidade que possui a defesa de solicitar a realização de diligências, por parte da autoridade responsável da investigação, como uma forma de amparo legal para o tema aqui discutido (MENDES, 2019). Antes mesmo do provimento 188/2018 do CFOAB, “o artigo 7º, XXI, “a”, da Lei Federal 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), já trazia algumas possibilidades de investigação defensiva” aduz Mendes (2019), se referindo a apresentação de razões e quesitos, no curso da apuração.

Dias (2019) afirma ser a investigação defensiva um poder-dever do advogado de defesa na esfera criminal em relação aos acusados, uma vez que acredita estar a matéria resguardada, ainda que implicitamente, em diversas normas de nosso país, incluindo o ordenamento jurídico legal. Para concretizar sua afirmação, Dias (2019,

p.48-49), relata as diversas ferramentas já existentes no direito brasileiro que auxiliam o advogado no exercício da investigação defensiva, como mais um amparo Legal na prática dela:

Nesse íterim, são interessantes diplomas como o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal nº 8.906, de julho de 1994), a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011), a Lei de Registros Públicos (Lei Federal nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973), ou ainda a novel Lei de Regulamentação da Profissão de Detetive Particular (Lei Federal nº 11 de abril de 2017).

Além, das normas já citadas, há ainda a possibilidade, que aponta como “pouco conhecida/ utilizada pela advocacia”, prevista no artigo 242 do código de processo penal, que apresenta a possibilidade de qualquer das partes requerer judicialmente o Mandado de Busca e Apreensão (DIAS, 2019, p.49).

Por fim, Gabriel Dias (2019), expõe todas as normas supramencionadas como ferramentas a serem utilizadas pelo advogado, e dá a elas o valor de garantia para a prática do exercício da investigação defensiva. Uma vez que, se há a norma regulamentando o acesso à informação, por exemplo, é porque não há irregularidade no uso dela para o exercício da advocacia.

## **2 PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL E O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO**

É preciso ressaltar, que analisar a matéria do provimento 188/2018 do CFOAB na advocacia criminal traz, a clara necessidade de análise da paridade de armas no processo penal. Silva (2019, p.27), apresenta o tema como um “problema comum no direito probatório brasileiro”. Afirma, que o problema é a ausência de normatização para o balanceamento da produção de provas durante o processo e a arrecadação de elementos de informação durante a investigação, que asseguraria a tão sonhada paridade de armas entre as partes. Ademais, se torna nítida a ausência

de equilíbrio, quando analisamos a fase de inquérito policial e vislumbramos que não há naquele momento o contraditório. Sendo possível, somente, realizar o mesmo após a citação do réu em processo judicial (SILVA, 2019).

Segundo Alexandre Morais da Rosa (2019):

É inegável a disparidade de armas entre acusação e defesa, não só pela estrutura e cultura inquisitória do processo penal brasileiro, mas também porque, além da polícia, pode o MP investigar diretamente (STF). Sem esquecer que na matriz inquisitória brasileira até o juiz pode determinar a prática de produção antecipada de provas no inquérito (artigo 156, I do CPP)! Então, não existe disparidade de armas? Não há necessidade de fortalecimento da defesa nesta fase?

Na mesma linha de raciocínio, afirma Franklyn Silva (2019) que foi necessário a positivação da participação do advogado na fase de inquérito policial a partir da Lei 13.245/16, que regula necessidade da presença do advogado no momento do interrogatório em sede policial. Expõe Franklyn Roger Silva que “O material doutrinário e jurisprudencial em torno da análise do poder investigatório do Ministério Público é demasiadamente farto, tratando o *parquet* como o destinatário absoluto do inquérito policial no processo penal.” O que em sua visão, não corresponde com realidade do processo penal, sobretudo em relação ao advogado enquanto representando daquele que está sendo acusado (SILVA, 2019, p. 30).

## 2.1 O ônus da prova no processo penal

Em sua obra, Gomes Filho (*apud* Silva, 2019) apresenta uma distinção entre prova e elementos de prova, dizendo que os elementos trazem a ideia de resultado e mais, afirma que eles são essenciais para afim de que se conectando com as provas, auxiliem na busca da verdade no processo. Vejamos:

Sobre o conceito de prova, Antônio Magalhães Gomes Filho disserta que: Assim, na terminologia do processo, a palavra prova serve também para indicar cada um dos dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa. É o que se denomina elemento de prova (evidence, em

inglês). Constituem elementos de prova, por exemplo, a declaração de uma testemunha sobre determinado fato, a opinião de um perito sobre a matéria de sua especialidade, o conteúdo de um documento etc.

[...]

Sob outro aspecto, a palavra prova pode significar a própria conclusão que se extrai dos diversos elementos de prova existentes, a propósito de um determinado fato: é o resultado da prova (proof, em inglês), que é obtido não apenas pela soma daqueles elementos, mas sobretudo por meio de um procedimento intelectual feito pelo juiz, que permite estabelecer se a afirmação ou negação do fato é verdadeiro ou não.

Silva (2019, p. 56-57) aponta também, o pensamento de Aury Lopes Júnior que “reconhece a prova como instrumento de retrospectiva de fatos passados que tenham relevância no processo”. Apresenta ainda, Gustavo Badaró, que entende que a prova “pode trazer outras acepções, como atividade probatória, meio de prova e resultado probatório.”.

Franklyn Silva (2019), é bem preciso ao afirmar que, a prova apresenta estrutura de direito fundamental a partir do reconhecimento dos princípios do contraditório e ampla defesa, além do fato de que o direito torna inadmissível a utilização de provas obtidas por meios ilícitos.

Para tanto, Ramos, 2013 (apud SILVA 2019, p.411) aduz que:

A fundamentalidade formal do direito à prova pode ser localizada em dois incisos do art. 5º da CF/1988. Primeiramente, no inc. LVI, uma vez que, proibida a admissão das provas ilícitas, permitida está a admissão das provas lícitas. Ainda, no inc. LV, em que, ao garantir o contraditório e a ampla defesa, o legislador constitucional explicitamente faz referência à assecuração dos meios inerentes a essa; entre tais meios inerentes, está, por óbvio, o direito à prova. A fundamentalidade material da prova está intrinsecamente ligada à verdade e à importância dessa para qualquer relação jurídica.

Afirmam, Aury Lopes Júnior, Alexandre da Rosa e Gabriel Dias (2019), que “nos limites legais, a advocacia é livre para diligenciar ou operar conforme seja melhor para a defesa do acusado”. Visto que, entendem que advogados já realizam diligências e produzem suas contraprovas e novas provas. Reforçando ainda, que

“Essa prática opera, ainda que intuitivamente, sem metodologia bem delineada ou qualquer segurança jurídica, a partir da generalidade da "ampla defesa" e do "contraditório". É esse panorama que passa a se alterar e é benéfico para todos.”

Aduz Silva (2019, p.68) que a prova está diretamente ligada a busca da verdade real no processo, e nesse sentido, diz que:

A construção da doutrina processual penal passou por um percurso que erigiu a verdade real como verdadeiro ícone da atividade probatória e objetivo final da relação processual, o que, durante muito tempo, orientou uma jornada incessante para o seu alcance, criando quase que mitos de que a verdade do processo era absoluta e, em muitos casos, manifestações divinas (ordálios).

É certo, que não é possível a reconstrução total, com cem por cento de precisão, dos fatos que geraram o processo, tendo em vista que estamos expostos, enquanto ser humanos, as influências internas e externas (SILVA, 2019). Silva, reafirma o narrado acima, exemplificando a partir de meios audiovisuais e computadores, dizendo que eles são passíveis de adulteração e por isso não representam uma verdade absoluta. Nesse sentido:

Digamos que o processo é satisfeito com uma verdade processual. Fatos existem ou não. O que o processo busca por meio de atividade probatória é reconstruí-los. Essa reconstrução é feita através dos meios de prova admissíveis no processo e, para muitos, cria-se a probabilidade de certeza do fato, uma verdade relativa (SILVA, 2019, p. 70)

Aury Lopes Júnior, Alexandre da Rosa e Gabriel Dias (2019) argumentam que, alguns operadores do direito dizem que em relação a produção de provas por parte do advogado, essa deve ocorrer de forma supervisionada. Na medida em que argumentam que deve o advogado apresentar a autoridade policial sobre as provas encontradas e sobre suas origens. Acerca disso, alegam:

Tal afirmativa é de todo problemática, tendo em vista que estabelece uma confusão tanto no que toca ao regramento normativo dispensado à advocacia brasileira quanto confunde a própria

natureza da atividade advocatícia e o resguardo da parcialidade constitucional. É preciso lembrar que a advocacia, embora exerça um múnus público (artigo 133, CF), é um ministério privado (artigo 5º, II, CF — “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), tutelado pelo princípio constitucional do livre exercício das profissões (artigo 5, XII, CF — “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”). Não é um órgão público ou função pública em sentido estrito (LOPES JUNIOR; ROSA; DIAS, 2019).

Os autores referidos afirmam, que a ausência de entendimento sobre o instituto da investigação defensiva. Uma vez, que ela somente funciona como uma “ferramenta de garantia dos direitos do cidadão e do próprio advogado.”. Para firmar a tese que defendem, dizem que em relação a investigação por parte do advogado:

Não se quer com isso retirar a competência natural da polícia judiciária para proceder as devidas investigações em geral; mas, no particular, não se pode negar o direito daquele que quer se defender provando, ou até mesmo daquele que busca responsabilizar o seu algoz, sob a ilusão de que “o Estado proverá” (LOPES JUNIOR; ROSA; DIAS, 2019).

Conforme, Silva (2019) a prova é parte essencial para se chegar à verdade dos fatos, juntamente a motivação. Afirma, que através dessa é que há uma verdadeira garantia as partes no sistema jurídico penal.

## **2.2 A defesa técnica e a Teoria dos Jogos**

Grande precursor da Teoria dos Jogos, Alexandre Morais da Rosa, é também, apoiador do exercício da Investigação Defensiva por parte do advogado na defesa criminal (LOPES JÚNIOR, ROSA e DIAS 2019). Os autores, expõe em seu artigo, que após a edição do provimento que regulamenta a investigação defensiva por parte do advogado surgiram diversos questionamentos acerca do tema, entre eles os doutrinadores se questionavam se poderia o advogado exercer atos investigativos em favor de seu representado.

Afirmam, que alguns justificam a posição contrária ao tema, alegando que a atividade investigativa é desenvolvida exclusivamente por parte do Estado, através da polícia judiciária, conforme se extrai da CF em seu artigo 144, § 1º e 2º e da Lei 12.830/13. Bem como afirmam que não há a necessidade de diligências por parte do advogado de defesa, pois já está assegurado em nosso sistema processual penal a imparcialidade por parte daqueles que instruem as investigações (LOPES JÚNIOR, ROSA e DIAS, 2019).

Aduz, Lopes Júnior, Rosa e Dias (2019) que essa seria “uma interpretação fria e gramatical de um dispositivo constitucional”. Afirmando, que aquele operador do direito que trabalha diariamente na justiça criminal, analisando a temática a partir da teoria dos jogos, “sabe que a Polícia Civil e a Federal atuam em perspectivas inquisitoriais e dedicadas à acusação, sendo raro se observar qualquer movimento tendente ao reforço de teses defendidas por suspeitos/indiciados.”

Aury Lopes Júnior, juntamente com Alexandre da Rosa e Gabriel Bulhões Dias (2019), afirmam ainda que:

E a exceção, por óbvio, vem para reforçar a regra geral. Qualquer divergência somente poderia se escorar em uma análise contrafactual, sendo de uma inocência angelical o entendimento de que a polícia judiciária, braço operacional e de controle do Estado, se veste da imparcialidade pura que permite uma igualdade de possibilidades às teses acusatórias e defensivas. Até porque, imparcialidade é uma construção técnica artificial do processo, como atributo exclusivo do “juiz”, não da polícia e tampouco do MP no processo penal (outra confusão ou distorção bastante comum). Portanto, falar em imparcialidade da polícia ou do MP no processo penal é um grave equívoco conceitual.

Dias (2019), explica que se formos realizar uma análise concreta dos “jogadores”, poderíamos visualizar de forma clara o que ele chama de “fatores reais de poder e de tomada de decisão, que naturalmente, permeiam as relações humanas e, conseqüentemente, as relações jurídicas”. Tendo em vista que:

Fala-se isso, pois, em geral, o profissional do Direito é formado para analisar corretamente os dispositivos e diplomas legais, com sua

interpretação e aplicação formalística às situações concretas. Ocorre que, a partir da teorização posta, se consideram outros fatores de motivação e decisão que guiam as posições jurídicas dos diversos atores envolvidos com o processo penal.

Tal noção (jogo) passa a ser atrelada a uma outra noção, a de guerra, segundo a qual no processo penal existe uma verdadeira, agressiva e brutal contraposição de ideias e teses, que representam os pólos ambivalentes encabeçados pela acusação e defesa ( DIAS, 2019, p. 147)

Outro aspecto importante, segundo Dias (2019, p.147–148), são os mapas mentais ou cognitivos, trazidos da psicologia, que formam os conceitos individuais e únicos de cada “jogador”. Sendo essa, de grande influência nos sentidos e significados que o jogador pode dar a determinado fato, fazendo que venha a auxiliar na formação da convicção do juiz. Esse autor também afirma que:

Nesse sentido, apresenta-se como de grande relevo elementos não jurídicos, os quais influem e são fatores reais da tomada de decisão, a exemplo do apelo emocional em contraposição aos argumentos meramente formalísticos (DIAS, 2019, p.148).

O autor diz que não se pode descartar a realidade do funcionamento da mente humana, que envolvem aspectos psicológicos e a neurociência, e por isso explica Dias (2019, p.148):

Sob essa ótica realística, portanto, não cabe a análise ingenuamente romantizada de que as agências estatais de investigação (principalmente Polícia Judiciária e Ministério Público) são entidades imparciais e que, nessa esteira, conduzem os procedimentos de apuração investigativa de forma equânime, isto é, considerando em pé de igualdade os interesses da acusação e os interesses da defesa. Não se pense – e a exceção vem para confirmar a regra; que uma diligência, por exemplo, que poderia resultar na comprovação de um alibi do investigado, teria o mesmo empenho e atenção daquela outra diligência que pode resultar na captura de provas da materialidade delitiva. Desconsiderar isto é agir ingenuamente e fora dos padrões exigidos dos jogadores de alta performance.

Gabriel Bulhões Dias (2019, p.149) cita ainda, que é claro no dia-a-dia da advocacia perceber a diferença de comportamento em relação as agência estatais de controle “quando se está na assistência dos interesses dos acusados lato senso, e quando se está auxiliando as vítimas de crimes (sejam pessoas físicas ou jurídicas)”.

Acrescenta, que a mudança de tratamento é notável e que se torna necessária essa percepção por parte do advogado, para que esteja devidamente preparado para seus “jogos”, em cada uma das situações (DIAS, 2019). Outro ponto de grande relevância para o autor, é que:

Outro conceito importante, para além da teoria das nulidades, é a inserção do conceito de fair play, isto é, de “jogo limpo” ou a noção obrigatória de seguir “as regras do jogo”. Tais regras são materializadas pelas normas processuais penais, além de elementos éticos que informam o processo através das cláusulas do “devido processo legal”, da “lealdade processual”, da “paridade de armas”, entre outros ( DIAS, 2019. p. 149).

Gabriel Bulhões Dias (2019, p.152-153) afirma ainda, que o momento que vivemos hoje, exige ao operador do direito uma postura mais dinâmica:

O certo é que a atitude passiva do “Advogado de Gabinete” não é mais consentânea com o momento vivido. Nem com a imposição deontológica a qual a Defesa técnica efetiva como consectário da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal em um sistema adversarial – tendo em vista o sistema acusatório instaurado que a Constituição de 1988 impõe.

Com isso, o ator expõe que é clara em sua visão, tamanha a importância de uma atuação enérgica na defesa, principalmente com relação a fase pré-processual sob a ótica da produção de elementos do crime (DIAS, 2019).

## 2.3 Investigação defensiva no projeto de Lei 156/2009

Para Gabriel B. Dias (2019, p.65) o legislador brasileiro não apresenta interesse na matéria da investigação defensiva. No entanto, há a previsão do tema no Projeto de Lei do Senado 156/09, que contou com a contribuição de doutrinadores do direito penal. Dias (2019) explica que o projeto, que hoje “é intitulado na Câmara dos Deputados, de Projeto de Lei 8.045/10, não traz grandes perspectivas em relação a segurança jurídica. Vejamos:

Assim, mesmo que se aprove o texto com a redação atual, conforme se verá melhor adiante, temos assentados pelo menos dois problemas: i) a adoção da chamada “teoria da canalização”, por meio da qual o material produzido pelas diligências defensivas “poderá’ ser juntados aos autos de Inquérito a critério da autoridade competente; e ii) o foco quase que absoluto na hipótese da inquirição de testemunhas, deixando ao largo da regulamentação todas as outras possibilidades (DIAS, 2019, p.65)

Conta Gabriel Bulhões Dias (2019, p.66), que com objetivo de trazer maior segurança jurídica as partes no processo criminal, é que surgiu o Projeto de Regulamentação Administrativa da Investigação Defensiva. Visualizando esse, como um ponto de partida junto ao Projeto de Lei 156/09. Porém, afirma o advogado que:

Nada obstante a isso, não se pode prever quando e se haverá a promulgação do texto nessa forma, enquanto, por outro lado, não há necessidade de se aguardar tal promulgação para que a advocacia pratique atos de investigação defensiva.

Nesse sentido, desde que respeite os tratados internacionais de direitos humanos, as normas do bloco constitucional, as leis e deveres ético-administrativos, a advocacia já pode se valer da investigação defensiva, tendo em vista que, ao particular, “tudo aquilo que não for proibido, lhe é permitido fazer”.

Acerca do Projeto de Lei, que traz a reforma ao código de processo penal, aduz Dias (2019 p.67-68):

O texto originário continha apenas o texto do caput do então Artigo 14, bem como o parágrafo único a seguir representados:

Art. 14. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Parágrafo único. As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas.

Na Câmara dos Deputados, o texto recebeu o tombo do projeto de Lei n. 8045/10, onde houve a inserção da expressão “(...) de defensor público (...)” no *caput* do dispositivo, bem como a inserção cinco outros parágrafos ou dispositivo, o qual foi renumerado para Artigo 13, conforme se vê a seguir:

Artigo 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

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

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

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

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

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

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

Aduz Gabriel Dias (2019), que fica fácil enxergar que o legislador teve preocupação maior em delinear todas as medidas a serem tomadas para intimação e oitiva de testemunhas por parte do advogado. Chegando a vedar esses atos se não o forem autorizados pelo juiz de garantias, restando claro e evidente seu consentimento.

Para tanto, o autor expõe um ponto bastante problemático no projeto, que seria o §5º, sobre o qual pontua

Com isso, tem-se o esvaziamento do instituto, bem como do seu potencial ora de impedir erros judiciais, condenações injustas,

destróamento midiático de honras, ora de conferir voz as vítimas de crimes, seja elas pessoas físicas, sejam pessoas jurídicas. Se todo material produzido necessitar do crivo do Delegado de Polícia para ser considerado válido, estamos decependo as possibilidades reais de funcionamento do instituto (DIAS, 2019, p.68-69).

Destaca ainda, algumas outras percepções sobre o projeto, dizendo que o Delegado segue como responsável pela condução de inquérito, estando a vítima e investigados em condição de solicitar a realização de diligências ou juntada de documentos por parte da defesa, conforme artigo 26 do PL 8.045/10. Ressaltando, que o projeto se utiliza da expressão “quando reconhecida sua necessidade” para aceitação de tais requerimentos (DIAS,2019, p. 69).

Dessa forma, Gabriel Dias (2019, p. 70) afirma que:

Ainda, pode se dizer que o Novo CPP adota abertamente a sistemática do processo penal acusatório, de ordem adversarial, onde se conferem maiores poderes de atuação e de capacidade probatória às partes, reservando a gestão das provas às partes e a especificidade de cada um dos papéis dentro do processo penal.

Dias ( 2019) afirma, que o projeto surge com o desejo se trazer ao processo penal maior segurança jurídica, bem como o alargamento das prerrogativas da advocacia, com o propósito de que se possa realizar o operador do direito, uma defesa mais justa.

## **2.4 Investigação defensiva em outros países**

Enquanto no Brasil, o tema vem ganhando força e espaço para discussão a passos lentos, em outros países, a investigação defensiva, já faz parte do cotidiano do advogado de defesa, como nos Estados Unidos e Itália (DIAS, 2019). O referido autor relata que na Itália, o instituto surge após a percepção dos advogados de que estariam exercendo a função meramente formal de protocolizar documentos. Enquanto nos Estados Unidos, a função de investigar defensivamente é tida como

dever do advogado, segundo a Associação dos Advogados do E.U.A. Aponta, esse autor, que:

Dessa forma, é salutar observar todo caminho trilhado por ambos os países acima citados, para que se possa perceber os erros cometidos, assim como aprender com as dificuldades encontradas e com as soluções para superá-las, facilitando, assim, o espelhamento das melhores técnicas e práticas (DIAS, 2019, p. 26).

Gabriel Bulhões Dias (2019), informa, que o que se pretende em nosso país não é a utilização do instituto de forma sinônima a dos países citados, mas sim, que se possa extrair dados e técnicas de grande importância já utilizados no mundo para implementação no sistema brasileiro.

#### 2.4.1 Itália

Dois modelos se tornam “inspiração” para o que se pretende regulamentar no Brasil, sendo eles o Italiano e o Estadunidense. Dentre esses, o que mais inspira nosso país é o modelo utilizado na Itália (DIAS, 2019, p.25):

Dois grandes modelos existentes quando se fala de Investigação Defensiva, no mundo. O modelo estadunidense, vamos tratar adiante; mas, de toda forma, vale a pena o lembrete de que, embora estejamos mais familiarizados com a forma de atuar da advocacia norteamericana (por causa da influência cultural, de filmes de Hollywood ou séries do Netflix, por exemplo), nosso modelo de tradição jurídica se assemelha muito mais ao italiano.

Gabriel Bulhões Dias (2019, p. 27), conta que o início ao combate das organizações criminosas na Itália se deu a partir de Antonio Di Pietro com “o episódio que ficou conhecido como Escândalo do Banco Ambrosiano, que mais tarde, utilizando-se de informações já obtidas desencadeou a operação Tangentopoli.

Afirma, que as repercussões desta, chegaram à operação que chamamos de Mão Limpas (*Mani Pulite*), que relata ter sido a inspiração para a operação Lava

Jato, no Brasil (DIAS, 2019). Ocorre que, apesar da investigação ter desmantelado grande esquema no país, deve-se observar que houve efeitos severos, uma vez que foram denunciadas várias irregularidades cometidas no curso da investigação, não respeitando o jogo limpo:

Diante de todo esse contexto, se encontrava a advocacia criminal italiana, com hercúlea missão de fazer valer os direitos e garantias das pessoas “sob a mira” das investigações, face ainda ao notório sentimento da população de insatisfação com a corrupção e com a forma então “tradicional” de se fazer política da Itália (DIAS, 2019, p. 28)

Gabriel Bulhões (2019, p. 28), aduz que dessa forma, surgiu a reflexão de que era necessário aos acusados um meio de defesa mais técnico, “dotado de prerrogativas e ferramentas” para que pudessem se defender provando.

### **3 A DEFESA TÉCNICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Como já exposto nesse trabalho, a defesa técnica vem ganhando espaço, ainda que lentamente, e traz a necessidade de seu exercício para que ocorra de forma eficaz a garantia de direitos fundamentais do cidadão, expressos no artigo 5º de nossa Constituição Federal.

Segundo Lopes Júnior, Rosa e Dias (2019) o país “precisa atenuar (o ideal seria eliminar) esse ranço inquisitório que o caracteriza. Existe não só uma imensa “disparidade” de armas, mas também pontuais tentativas de criminalização da advocacia criminal”. Dessa forma, se torna claro e evidente a necessidade da investigação defensiva, que não só se encontra autorizada pelo direito penal, mas também pela nossa Constituição.

### 3.1 Método para obtenção de informações e elementos do crime

Franklyn Roger Silva (2019, p.472), afirma que o defensor irá levar em consideração a entrevista com o interessado, para traçar sua linha estratégica de defesa investigativa, definindo quais diligências irá realizar e quais serão os fatos e circunstâncias avaliados:

O defensor deve estabelecer no ato de instauração da investigação quais são os atos que deverão ser realizados e a respectiva divisão entre os membros da investigação defensiva, esclarecendo a respeito da forma de realização da diligência e quais pontos devem ser objeto de apuração. À medida que os atos forem documentados, serão eles submetidos à avaliação do defensor, que validará o seu conteúdo, podendo considerar a necessidade de novos atos complementares.

Dessa forma:

Com a dinâmica da investigação e o potencial surgimento de novas provas ao longo do desenvolvimento da atividade, nada mais natural que o método investigativo defensivo seja acionado por diversas vezes, sempre que novos indícios surgirem. (...) Nessa metodologia de investigação, concordamos com as observações feitas por Gabriel Bulhões a respeito dos deveres do advogado, os quais também se aplicarão aos membros da Defensoria Pública, especificamente no que concerne ao sigilo das fontes da investigação, do respeito às garantias, dos aspectos éticos e da procedimentalização do instrumento de investigação (SILVA, 2019, p.473).

Gabriel Dias (2019), expõe em sua obra os diversos meios que podem ser utilizados pelo advogado na defesa criminal para obtenção de informações. Para iniciar, ele menciona a chamada busca por informações públicas na rede mundial de computadores mas ressalta que o direito a intimidade, resguardado em Constituição, como direito fundamental, deve ser preservado ao ponto de gerar uma contenção na investigação Dias (2019, p.110):

A busca por informações públicas na rede mundial de computadores é, sem dúvidas, a primeira das medidas que o advogado pode utilizar, seja por ato próprio ou por ato delegado, para ter acesso a uma vastidão de informações que existem disponíveis a frações de segundos em uma busca qualificada na internet.

Por meio, por exemplo, das pesquisas em sítios virtuais, em especial a consulta a perfis públicos das diversas redes sociais hoje utilizadas, ou o aproveitamento de diversos bancos de dados e ferramentas atualmente à disposição.

Outra forma citada pelo autor é a solicitação de informações públicas, sendo realizadas por consultas formais, escritas e fundamentadas “Nessa toada, é importante lembrar que a criatividade do advogado e a necessidade concreta da demanda poderão manifestar diversas utilidades à Lei de Acesso à Informação” (DIAS, 2019, p.117). Nesse sentido, o referido autor apresenta também a utilização de informações cartorárias e registro públicos :

Abrange: i) o registro civil de pessoas naturais, interessando os dados em geral sobre os nascimentos, casamentos, óbitos, emancipações, interdições, entre outros; ii) o registro civil de pessoas jurídicas, velando pelos contratos sociais, atos constitutivos, estatutos, etc., e ainda quanto às pessoas jurídicas, sua denominação, fundo social, fins, sede, tempo de duração, modo de administração e de representação, se existe responsabilidade subsidiária e outras questões mais; iii) o registro de títulos e documentos, autuando diversos atos e negócios jurídicos em aportes documentais, conforme pode ser visto no Título IV da Lei; e iv) o registro de bens imóveis, naturais e equiparados legalmente (DIAS, 2019, p.112)

A inquirição de testemunhas, é outro método a ser utilizado pelo defensor, devendo ser realizada de acordo com alguns parâmetros, devendo a oitiva ser realizada em escritório de advocacia do profissional ou outro ambiente adequado ao ato e a profissão. Além disso, o ato deve ser gravado de forma integral e seu resultado compilado em registro audiovisual, vindo sempre anexado ao Termo de Comparecimento Voluntário (DIAS, 2019).

As notificações extrajudiciais pública e privada são outro meio que possibilitam a investigação por parte da defesa, devendo serem cumpridas pelo

Oficial de Notas, fazendo com que possuam maior credibilidade em razão de fé pública, conforme afirma Gabriel Dias (2019). Além de tudo que já foi exposto, há também a solicitação de imagens de vigilância, não devendo se esquecer que “a atividade advocatícia não detém poder de polícia e nem cogência, sendo qualquer colaboração obtida mediante voluntariedade da pessoa física ou jurídica solicitada” (DIAS, 2019, p. 125).

O autor supracitado apresenta outro meio importante de investigação, é a possibilidade de requerer busca e apreensão, que é pouco utilizada pelos advogados mas com grande potencial defensivo. Há também, a possibilidade da realização de vistorias/ inspeções em objetos ou lugares que sejam importantes para a formação de prova, bem como pode o defensor indicar a necessidade de perícias a ser realizada por técnico habilitado em seu conselho profissional.

Um ponto muito inovador, segundo Dias (2019, p. 127) é a contratação de detetives particulares, “sempre que necessário e possível for, a contratação de serviços de detetive particular, no interesse da defesa e nos termos da Lei Federal nº 13.432/17, que dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular. ” Devendo-se lembrar que em todos os casos, é obrigatório a observância de legislação para fim de cumprir os requisitos e métodos corretos para obtenção das informações. (DIAS, 2019).

### **3.2 A efetividade da defesa técnica a partir da investigação realizada diretamente pela defesa**

Alguns operadores do direito, apresentam receio em relação a investigação defensiva, mas a verdade é que a prática de uma defesa técnica e justa é direito fundamental do cidadão (SILVA, 2019)

Para Franklyn Silva (2019, p. 43):

O conteúdo da investigação defensiva não tem como destinatário o juiz ou membro do Ministério Público somente. Ela pode ser utilizada com essa finalidade, mas também pode servir para nortear e

convencer um comportamento do acusado na relação processual ou, até mesmo, permitir que o réu possa defender outros interesses que não sejam aqueles derivados diretamente da sanção penal corporal derivada do título condenatório, mas que dela sejam derivados.

Em seu artigo, Rafael Santana (2020) aponta a investigação defensiva com um “procedimento essencial em uma democracia, pois proporciona maior equilíbrio ao processo, o que assegura, ainda que minimamente, a paridade de armas entre as partes, requisito básico de um processo penal acusatório.” Dizendo, que a matéria pretende alcançar a paridade de armas.

Valber Melo e Fernando Cesar de Oliveira Faria (2019), acrescentam que o instituto da investigação defensiva, busca não somente a paridade de armas, mas também o cumprimento dos princípios constitucionais, já exposto nesse trabalho.

## CONCLUSÃO

A utilização da investigação por parte da defesa, como meio para obtenção de prova no processo penal, é de grande relevância para que o advogado possa desenvolver suas técnicas defensivas de forma mais eficaz. Se torna clara e evidente a necessidade de que o Projeto de Lei 8.045/2010 seja avaliado para que possa seguir até a aprovação, fazendo com que a investigação se torne uma prática rotineira na vida dos advogados criminalistas.

É inegável o avanço que esse estilo de advocacia irá trazer para processo, uma vez que nascendo para o advogado a possibilidade de produzir provas e levá-las ao processo para que sejam avaliadas pelo juiz, aí sim trabalharemos um processo justo e pautado na paridade de armas.

Sabemos que hoje, praticamos um processo um tanto quanto inquisitório, onde o advogado de defesa somente consegue se expressar de forma eficaz após o recebimento da denúncia pelo Ministério Público (MP). Sendo ainda, que sua atuação, praticamente, se limita a rebater os argumentos apresentados pelo MP. Diante da normatização criada pela Ordem dos Advogados do Brasil, baseada em

princípios constitucionais, bem como o projeto de Lei que aguarda aprovação, podemos concluir que não se pode falar em ausência de amparo Legal para que a matéria seja posta em prática pelos operadores do Direito.

Ora, no atual modelo processual penal praticado, não há que se falar em paridade de armas, nem tão pouco em fair play (jogo limpo) quando não existem possibilidade reais de produção de provas, inquirição de testemunhas, busca por documentos, solicitação de perícias entre outros aspectos que hoje ainda são tidos como “estranhos”, para alguns, de se praticar enquanto advogado de defesa. Para tanto, a investigação defensiva surge no Brasil, inspirada pelo modelo Italiano, para que possamos iniciar a prática de um novo modelo de advocacia com relação a maior eficácia na defesa. É o que muitos chamam de defesa técnica que se torna prática de uma advocacia 4.0. Por fim, ainda que o projeto de Lei não esteja aprovado, a prática da advocacia investigativa já pode e deve ser utilizada pelos operadores do direito, pois encontra bases Legais em nossa Constituição e perante o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil.

Assim sendo, devemos sempre analisar a matéria sob a ótica do réu, sobre quem recai a sanção por crimes, muitas vezes não cometidos, ou mal julgados. Além disso, a possibilidade de investigação por parte do advogado cria um papel ainda mais importante para o defensor. Não se pode o advogado de defesa, esperar para que os fatos alegados em Inquérito Policial e denúncia do MP sejam talvez provados como falsos ou se reconheça o exagero, pelo próprio órgão que o alegou. Há, portanto, a real necessidade do reconhecimento da investigação por parte da defesa, como aspecto fundamental a uma defesa técnica eficaz e de excelência para o cumprimento dos princípios do Contraditório, Ampla Defesa, Livre Exercício da Profissão.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm).

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Decreto lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)

\_\_\_\_\_. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do. Brasília. Provimento nº188/2018. Disponível em:  
<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF: Senado, 1988. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 8.045/10**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei do Senado 156/09**. Brasília: Senado, 2018.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal, **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 10 mar. 2020.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. Florianópolis: EMais, 2019.

LOPES-JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Investigação defensiva melhora a competitividade penal. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 10 mar. 2020.



LOPES-JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da; DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania, **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 10 mar. 2020.

MELO, Valber; FARIA, Fernando Cesar de Oliveira. **A investigação defensiva pelo advogado como concreção de direitos fundamentais**. Migalhas, 2019. Disponível: <https://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 10 mar. 2020.

PARREIRAS, Núbio Mendes. Investigação Defensiva e a Minimização das injustiças. **Canal Ciências Criminais**, 2019. Disponível: <https://canalcienciascriminais.com.br/investigacao-defensiva-injusticas/>

SANTANA, Rafael. **Investigação defensiva: uma necessidade democrática justificando**, 2020. Disponível: <https://www.justificando.com>. Acesso em: 10 mar. 2020.

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

Recebido em 29/06/2020

Publicado em 31/08/2020