



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

CAMILA WANDERLEY DA NÓBREGA CABRAL DE VASCONCELLOS

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA:
(IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PROVIMENTO DE Nº 188 DA OAB

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PROVIMENTO DE Nº 188 DA OAB.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles

JOÃO PESSOA
2020

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

V331i Vasconcellos, Camila Wanderley da Nóbrega Cabral
de.

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA:
(IN) CONSTITUCIONALIDADE DO PROVIMENTO DE N° 188 DA OAB
/ Camila Wanderley da Nóbrega Cabral de Vasconcellos. -
João Pessoa, 2020.

51 f.

Orientação: Lenilma Cristina Sena de Figueiredo
Meirelles.

Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Investigação Criminal. 2. Inquérito Policial. 3.
Investigação Criminal Defensiva. 4. Ordem de Advogados
do Brasil. 5. Provimento. I. Meirelles, Lenilma
Cristina Sena de Figueiredo. II. Título.

UFPB/CCJ

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: UMA ANÁLISE SOBRE A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO PROVIMENTO DE Nº 188 DA OAB

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles

DATA DA APROVAÇÃO: 21/03/2020

BANCA EXAMINADORA:

**Prof.^a Dr.^a Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles
(ORIENTADORA)**

**Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga
(AVALIADOR)**

**Prof. Ms. Eduardo da Araujo Cavalcanti
(AVALIADOR)**

RESUMO

O presente projeto tem por título “Investigação Defensiva: uma análise sobre a (in) constitucionalidade do provimento de nº 188 da OAB”, abordando da utilização da resolução da OAB que definiu os regramentos da investigação defensiva. Tal tema insere-se majoritariamente no campo do Direito Processual Penal, dialogando também com o Direito Constitucional e Direito Penal. O objetivo da monografia é examinar a possibilidade de que advogados particulares realizem a investigação defensiva, ou seja, diligências investigatórias por parte da defesa e a possibilidade de o advogado presidir um inquérito defensivo. Verificar, também, até que ponto essa interferência sobre um inquérito processual penal. Para tanto, cuidou-se de apresentar todos os conceitos que envolvem o tema, como a persecução penal, inquérito policial, o sistema processual penal, princípios processuais penais, e a teoria do garantismo penal, a investigação criminal relacionando-se a todos elementos à Investigação criminal defensiva. Além disso, discutir as posições dos órgãos públicos na persecução penal e os problemas para o desequilíbrio atual. Apresentar as hipóteses de como poderia solucionar o problema, se o Ministério Público pode continuar na possível presidência do inquérito, ou se todos podem participar ativamente deste, ou se, ainda, apenas a hipótese da polícia judiciária pode efetivamente participar da persecução penal seria a mais adequada. Em relação ao provimento que a definiu, salienta-se que estas são suscetíveis do controle de constitucionalidade, de acordo com a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, é necessário discutir, além de sua legalidade, a sua constitucionalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro. O estudo é conduzido em todas as suas partes por uma crítica ao modelo vigente, onde é construindo um raciocínio linear da inconstitucionalidade do provimento, entretanto da possibilidade de aplicação da investigação criminal defensiva no ordenamento pátrio.

Palavras-Chave: Investigação Criminal. Inquérito Policial. Investigação Criminal Defensiva. Ordem de Advogados do Brasil. Provimento.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 PERSECUÇÃO PENAL.....	10
2.1 Investigação criminal.....	12
2.2 Sistemas Processuais Penais	14
2.3 Princípios processuais relacionados	16
2.4 Garantismo.....	22
3 OS ÓRGÃOS PÚBLICOS NACIONAIS NO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	25
3.1 A (im)parcialidade da Polícia Judiciária	25
3.2 Atuação do Ministério Público na investigação.....	27
3.3 A função judiciária na investigação.....	30
3.4 Investigação criminal defensiva.....	31
3.5 Análise das possíveis hipóteses que se pronunciam sobre o tema	34
4 A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	36
4.1 Resoluções e sua força normativa	37
4.2 O provimento 188/2018 da OAB	41
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal, em vigor desde 1941, apresenta diversas defasagens em relação à Constituição Federal de 1988. Apesar disso, o cenário jurídico-legislativo do país permanece sem mudanças significativas, ainda que existam diversos projetos de lei que propõem atualizações, sem, contudo, efetivar alterações concretas ao conjunto de normas processuais penais.

Em razão dessa inércia do Poder Legislativo, abriu-se espaço para que os outros poderes ampliassem o seu papel, muitas vezes exorbitando suas funções. Estas de maneira atípica deveriam ser desempenhadas obedecendo o sistema de freios e contrapesos, apenas para o importante equilíbrio das relações institucionais. Um desses institutos foi a Ordem dos Advogados do Brasil, que formulou provimento que permite aos defensores, públicos e privados, a possibilidade de desenvolver investigação criminal defensiva, ainda que sem expressa autorização em lei.

A proposta surgiu diante das dificuldades práticas apresentadas no exercício da advocacia e do risco de comprometimento da proteção aos acusados ao apresentar sistema desequilibrado principalmente para o processo penal que defende o sistema acusatório.

A investigação criminal, que deveria ser desenvolvida predominantemente pela denominada polícia judiciária, cuja atuação ocorre antes da ação penal, passa a não exercer suas atividades de forma exclusiva e a compartilhá-las com outros órgãos, como é o caso do Ministério Público.

O desequilíbrio da polícia judiciária em razão do estabelecimento tanto do magistrado como do membro do Ministério Público, que em nome da verdade real, como entidades capazes de exigir diligências à polícia judiciária sem a autoridade poder determinar quais as apropriadas. Ainda a permissão jurisprudencial para que o próprio membro do *parquet* seja o presidente da investigação, acarretam uma busca frenética por acusações e uma impossibilidade de estabelecimento concreto de uma investigação imparcial.

Destarte, a presente pesquisa terá como escopo investigativo a análise da (in) constitucionalidade do Provimento 188/2018, elaborado pela Ordem dos Advogados do Brasil, o qual versa sobre a possibilidade de estabelecimento de uma investigação

criminal defensiva dentro do ordenamento jurídico pátrio. Ademais, caso se entenda pela sua constitucionalidade, a pesquisa investigará, ainda, a possibilidade de adequação desse instituto inovador ao sistema processual penal brasileiro.

A questão a ser estudada, como se percebe, insere-se majoritariamente no campo do direito processual penal, dialogando diretamente com o direito constitucional, duas áreas cuja interdisciplinaridade faculta a obtenção de análises inovadoras e pertinentes. O tema que se propõe investigar já foi abordado pelas doutrinas jurídicas, de modo que o presente estudo pretende apresentar contribuição às análises teóricas anteriormente levantadas sobre o tema.

A relevância social da temática investigada reside na aplicação fática dentro do processo de investigação penal, possibilitando que defensores deixem de ser coadjuvantes para atuarem como coordenadores da investigação e se é legal sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio atual.

Ainda, definir se há um desequilíbrio entre a acusação e defesa na investigação criminal, possibilitando meios de encontrar uma equidade no procedimento. Por fim, mesmo sendo adequado o tema ao sistema pátrio, se esta investigação é possível ser empregada a partir de um provimento da OAB.

No primeiro capítulo, inicialmente, é traçado um breve histórico da persecução penal ao longo do tempo, momento em que são analisados os argumentos referentes aos diversos sistemas processuais penais e os respectivos princípios informativos.

O segundo capítulo contextualiza o papel dos órgãos públicos na investigação, debatendo a função da polícia judiciária, além da influência do *parquet* como acusador e possível presidente de um inquérito, especialmente depois das decisões proferidas pelo STF, desde 2015 e a análise da Resolução 181/2017, emitida pelo CNMP, que disciplina o denominado procedimento de investigação criminal (PIC). Em seguida analisa-se a definição de investigação criminal defensiva e possíveis hipóteses do seu funcionamento no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, no último capítulo, dedica-se ao exame do Provimento 188/2018, do Conselho Federal da OAB, que disciplina a denominada investigação defensiva para verificar se tal órgão possui legitimidade para tratar da matéria e como essa investigação deve se desenvolver na prática.

Neste mesmo capítulo, apresenta-se uma comparação entre resoluções de outros conselhos autárquicos, a interpretação da sua constitucionalidade e as

consequências posteriores a estes atos. Relaciona o provimento com resoluções de outros institutos, além das consequências jurídicas que já a antecederam.

A pesquisa apresenta natureza eminentemente teórica e analisa a (im)possibilidade de aplicação direta dos regramentos contidos no Provimento da Ordem de Advogados do Brasil em relação à investigação defensiva, instituído com o objetivo de promover um possível equilíbrio entre as partes do processo de investigação penal.

Para tanto, o método científico de abordagem escolhido foi o *hipotético-dedutivo*, através do qual será possível experimentar o conteúdo das hipóteses previamente elaboradas e, ao final da investigação, lhes testificar a veracidade, confirmando ou refutando as proposições nelas contidas, de modo a consolidar as premissas teóricas sob as quais será procedido o estudo.

Além disso, a pesquisa, de *natureza qualitativa*, será empregada no intuito de aprofundar a compreensão do problema proposto, juntamente com as suas complexidades e peculiaridades, bem como de averiguar a solução jurídica mais adequada à questão ventilada.

O estudo, ainda, apoia-se em pesquisa de *natureza aplicada*, tendo em vista que objetiva gerar conhecimentos para a aplicação prática posterior, dirigindo-se à solução de problemas específicos, pelo que se aplica o *método de pesquisa exploratório*, que envolve levantamento bibliográfico.

Nesse sentido, a técnica de coleta de dados a ser utilizada é a *documentação indireta*, sobretudo a pesquisa bibliográfica, de modo a oferecer suporte à elucidação do problema investigado.

Portanto, será manejado um amplo material pertinente ao assunto estudado, tais como as bibliografias já depositadas em bibliotecas gerais e setoriais de instituições públicas e privadas, no âmbito dos sítios virtuais e no acervo pessoal, composto por livros, periódicos, monografias, teses, dissertações, acrescentando-se, também, a análise da legislação.

Ao final, ressalta-se que os métodos de procedimento utilizados serão, precisamente: o *método histórico-evolutivo*, que norteará a feitura de esboço apreciativo dos sistemas processuais penais, observado o seu enquadramento valorativo e os efeitos jurídicos atribuídos à prática da investigação defensiva.

O *método de estudo comparativo*, combinado com as melhores técnicas de hermenêutica jurídica, para exame dos preceitos legais e postulados teóricos já

formulados sobre o assunto; além do *método interpretativo*, a ser usado durante a apreciação das soluções aventadas e indicação de outras possibilidades de resolução do problema investigado.

Diante do exposto, a presente monografia busca demonstrar a relevância da discussão acerca da conformidade do processo penal fático com os direitos e garantias presentes na Constituição. Além de analisar a (in)constitucionalidade do provimento de número 188 emitido pela Ordem dos Advogados do Brasil no âmbito jurídico nacional no anseio de um sistema processual fático mais equilibrado.

É este, portanto, o objetivo precípuo da realização da pesquisa, que culmina com a elaboração do Trabalho de Conclusão de Curso exigido pela Faculdade de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, com vista à obtenção do grau em bacharel em Direito.

2 PERSECUÇÃO PENAL

Para compreender a importância da investigação defensiva, é necessário conceituar a ideia de persecução penal, enquanto atividade estatal de proteção penal em que o Estado age com o seu dever-poder de *jus puniendi*. Este instituto abrange dois momentos distintos: o da investigação e da ação penal, que devem ser diferenciados pela ideia de procedimento e processo, enquanto a imputação seria, então, um juízo pelo qual se atribui a alguém a prática de fato penal relevante.

A investigação é um procedimento formado por um conjunto de atos interligados que visam a elucidar um fato obscuro. Quando a situação a ser aclarada é uma possível prática delituosa, qualifica-se em criminal. A principal diferença em relação a investigação e a ação penal é que a primeira visa a obtenção de dados informativos para órgão acusatório, a fim de viabilizar a possível propositura da ação penal, ou, a inexistência da necessidade de prosseguir com a fase processual.

A função da investigação não é confirmar ou fundamentar a tese acusatória, mas verificar se é plausível a imputação, evitando processos desnecessários. Ela é de natureza jurídica complexa, já que possui atos administrativos como base, mas também judiciais.

A investigação é revestida de dois aspectos relevantes: a instrumentalidade e a autonomia. Para Aury Lopes Júnior, a instrumentalidade da investigação preliminar pode ser qualificada como de segundo grau, pois é um instrumento feito para servir a um outro instrumento, no caso, o processo criminal, que destina a aplicação da norma penal em respeito aos direitos e garantias individuais. (LOPES JÚNIOR, 2008).

Já quanto ao segundo aspecto, a investigação criminal é marcada pela autonomia, que serve ao processo, mas cuja existência não depende dele, pois há a possibilidade, se já acobertada de provas suficientes, de ação penal sem investigação. Para Lopes Júnior, essa característica seria refletida em um plano tridimensional: sujeito, objeto e atos. Para os sujeitos, aqueles que intervêm na instrução preliminar não são, normalmente, os mesmos que atuam no processo e, ainda que seja, o conteúdo da intervenção é diferente. (LOPES JUNIOR, 2008)

Em relação ao objeto, a investigação apura o fato constate na notícia crime, já o processo, a pretensão acusatória. Por fim, a maior divergência está nesse aspecto, enquanto a investigação há uma limitação do contraditório e da defesa, assim como o predomínio da forma escrita e do segredo, muito diferente do processo que preza pela

oralidade e publicidades, e deve existir, para que seja considerado válido, a ampla defesa e contraditório. (LOPES JÚNIOR, 2008).

Porém, além dos diferentes aspectos, e ainda que independentes entre si, a investigação está intimamente ligada ao processo, não só como seu lastro informativo, mas por ser, segundo Julio Fabbrini Mirabete (2000), o procedimento, geralmente praticado por autoridade policial, destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. É evidente que esta tem influência decisiva no julgamento, uma vez que esta é a grande busca que realiza o processo penal atualmente.

Assim, apesar da pretensão de absorver informações de elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria, a investigação não tem o dever de formar juízo de certeza sobre a imputação. Esta apofundação somente ocorre no momento da prolação da sentença, após a instrução processual.

A investigação é uma fase de cognição sumária, a atividade está limitada à obtenção de elementos indispensáveis para a comprovação do *fumus commissi delicti*, sob pena de retardar indefinidamente a apuração dos fatos e levar à posterior repetição de atos probatórios prematuramente realizados na investigação. (MACHADO, 2009).

Deste modo, é possível resumir a ideia da investigação criminal como o gênero da espécie inquérito policial. Este, o mais comum do procedimento investigatório, define como um procedimento composto por diversos atos, os quais têm por finalidade apurar a autoria e materialidade da existência de um ilícito, por óbvio penal, uma vez que a esta elucidação se desenvolve na seara criminal.

No entanto, a prática, como colocado por Antonio Scarance Fernandes:

“a evidenciou que o MP, quando encarregado de dirigir ou supervisionar a investigação, foca sua atenção na obtenção de elementos que possam sustentar a sua futura acusação o que acaba prejudicando a pessoa suspeita, tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para sua defesa e demonstração de sua inocência. Decorre, daí, a preocupação em abrir para o investigado a possibilidade de investigação privada, como já sucede nos Estados Unidos. Trata-se de assunto que, com o avanço do MP para a investigação também entre nós, provavelmente, passará a ser objeto de maior atenção.” (FERNANDES, 2002, p. 13)

Diante do apresentado pelo autor, a interferência do parquet e do magistrado na investigação pode apresentar aprofundamentos a ponto de adquirir características

de juízo de certeza. Sendo a acusação beneficiada por poder participar como protagonista do momento administrativo.

Assim, a investigação defensiva seria uma possibilidade de um instrumento para garantir o equilíbrio entre as partes em um processo penal acusatório, pois assegura a isonomia entre os sujeitos envolvidos na persecução penal e reforça o direito de defesa do imputado (MACHADO, 2009). Dentro disso, traçando alguns paralelos com a ampla defesa, o contraditório, o respeito às garantias individuais, além do garantismo penal, que deve balizar o uso do poder punitivo por parte do Estado e levantando pontos sobre a legislação pátria.

2.1 Investigação criminal

O inquérito policial, como afirmado anteriormente, é o modo mais usual de investigação criminal utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro na busca por apurar violações à norma penal. Nele são realizadas as diligências que a autoridade possa reputar necessárias à elucidação dos fatos.

É essencial ligar o inquérito policial a uma estrutura maior a qual ele está ligado, dentro do processo apresentado e pensado na atual lógica de funcionamento, assim, a separação que existe, atualmente, entre as suas fases, permitindo a existência de uma fase caracterizada pela ausência de contraditório e o conseqüente desequilíbrio por isso gerado. Assim, a atual prática criminal revela a impossibilidade de aplicação de diversos direitos e garantias durante a fase do inquérito.

Deve-se ressaltar que os atos de investigação não se podem ser confundidos com atos de prova, porque não observam as garantias fundamentais da publicidade, do contraditório e da ampla defesa. Logo, não podem ser utilizados para amparar a sentenças e, conseqüentemente, suas imputações.

Assim, o autor Marcos Alexandre Coelho Zilli afirma que a melhor forma de compreender o valor probatório seria diferenciando os elementos meramente informativos do que realmente são as provas. Os primeiros são obtidos na fase investigatória, sem participação dialética das partes, apenas para fundamentar as medidas cautelares e estruturar a possível acusação. As provas, por outro lado, têm outra função, seu regime jurídico está ligado ao contraditório judicial e são produzidas junto à defesa, mediante supervisão daquele que irá julgar e pronunciar a sentença. (ZILLI, 2003).

Para a compreensão das divergências entre os atos de investigação e de instrução, faz-se a busca a Marta Saad (2004, p. 166-169), que afirma

A investigação criminal é a pesquisa sistemática e sequente do objeto, utilizando os meios de apoios técnicos disponíveis, e desenvolve-se pela informação, por meio de fontes regulares ou estimuladas, pela indagação técnica e pela posterior instrumentação, dependente dos recursos técnicos disponíveis. Já a instrução consiste em atividade tendente a produzir prova do fato criminado, comunicando-o ao Judiciário. Assim, com a redução a escrito da diligência efetuada, passa-se, então, da investigação à instrução. Por fim, conclui que diz-se instruir porque é com base nos dados obtidos no inquérito policial que o juiz decide se há, ou não, fundamento para a acusação, bem como avalia se os requisitos para a decretação da prisão preventiva ou outra medida ou provimento cautelar estão, ou não, presentes faticamente.

Deste modo, a partir da explicação entre ato de investigação e de instrução é capaz de compreender que mesmo ao possibilitar a interferência durante o poder instrutório, pois há contraditório e ampla defesa, não é possível produzir pelos advogados um poder de investigação, que caberia, posteriormente, a acusação para refutá-los.

Assim, com a resolução criada pela Ordem dos Advogados do Brasil, que permite que os próprios defensores participem da atividade investigatória, autorizando a estes, muitas vezes particulares, atos exclusivos do interesse estatal, há divergências entre as investigações estatais e as privadas. A última terá ausência de imperatividade, oficiosidade, ou seja, de poder de coerção por um órgão oficial.

Deste modo, quando o particular investiga por conta própria, conta apenas com seus esforços pessoais e com a colaboração de outras pessoas e de entes públicos ou privados. (CALABRICH, 2007)

Como afirmado anteriormente, há o aspecto subjetivo da investigação, que gera divergência entre partes dentro do efetivo processo penal. Assim, a investigação defensiva pode ser considerada tanto quanto aquela realizada pela vítima ou qualquer outro particular, sendo espécie de investigação privada. Isso porque nenhuma delas é efetuada por ente estatal. Por conseguinte, a investigação defensiva deve obedecer às limitações impostas a todo tipo de investigação privada, principalmente devido à falta de poder de polícia (MACHADO, 2009).

O inquérito policial traz elementos que não apenas informam, mas de fato instruem e convencem, tais como as declarações de vítimas; os depoimentos das testemunhas, as declarações dos acusados; a acareação, o reconhecimento, o

conteúdo de determinados documentos juntados aos autos, as perícias em geral, a identificação dactiloscópica, o estudo da vida pregressa e a reconstituição do crime.

Não seria senão em consequência do inquérito que se conserva alguém preso em flagrante: que a prisão preventiva será decretada, em qualquer fase dele, mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência de crime e indícios suficientes da autoria, e como garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal; que à autoridade cumpre averiguar a vida pregressa do indiciado, resultando dessa providência, como é sabido, sensíveis repercussões na graduação da pena. (SAAD, 2004).

Em conclusão, é cediço a importância do inquérito que, mesmo dispensável, apresenta consequências evidentes para o processo. Da mesma forma, necessário reivindicar as desigualdades para o acusado e, ao apresentar a solução do provimento, a OAB surge com uma nova problemática, que devem ser sanadas pela via essencialmente legal.

2.2 Sistemas Processuais Penais

É essencial referir que, sob a prisma dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, é inadmissível que uma sentença se fundamente com base em provas colhidas, exclusivamente, no inquérito policial.

Essa visão se reforça com o fato de que a Constituição Federal de 1988 é chamada de Cidadã, já que foi elaborada tendo o indivíduo como seu centro, com o objetivo de que ele tivesse o Estado ao seu lado, como grande guardião de seus direitos.

Assim, fica bem delineado o cerne do estudo que se desenvolve, com o exato problema que atinge o processo penal e pode ser amplamente corrigido a partir da investigação criminal defensiva, ou seja, a possibilidade de particulares participarem no curso da investigação.

Na apresentação de uma possível aplicação da investigação defensiva no ordenamento brasileiro, é indispensável uma análise histórica do sistema processual e, ainda, da investigação criminal partindo da matriz que informa como são organizados os atores do processo penal e como a investigação se desenvolve de fato no sistema processual pátrio.

O Direito Penal pode ser encontrado em diversas culturas. No entanto, o primeiro Sistema Processual Penal detectado foi aquele que regulou o final da República Romana, ao qual o direito brasileiro é atrelado, denominado de sistema acusatório. Esse tempo foi marcado por uma estabilidade e tinha características similares ao que se vê atualmente nos sistemas contemporâneos.

O autor Aury Lopes Júnior (2008, p.56) apresenta uma análise acerca dos sistemas processuais e seus respectivos regimes:

Por meio da análise histórica dos sistemas processuais penais, verifica-se que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.

O sistema acusatório apresenta um processo marcado por uma rígida separação entre quem acusa e quem julga, dotado de um equilíbrio entre a acusação e defesa, uma espécie de paridade, além de um forte caráter público e apresentado, em sua maioria, por meio da oralidade (FERRAJOLI, 2006).

Também conhecido como processo de partes, deve ser entendido como aquele que tem as funções diferentes para órgãos diversos. Além disso, o juiz deve apresentar a máxima imparcialidade, neutralidade, além da jurisdição ser provocada, isto é, o autor deve ser distinto do julgador.

Continuando a linha histórica, ainda durante o Império Romano, devido ao aumento excessivo da população, houve um recrudescimento da forma processual. Surgiu, então, um novo processo, chamado de inquisitório. Se antes havia a proteção de direitos positivados, passou-se então à negação de muitos desses.

A sua maior característica seria o fim da necessidade de provocação, o fim da inércia, podendo haver a instauração do processo criminal de ofício. O juiz deixa de ser mero espectador e se torna o principal, para não dizer o único, ator da persecução penal, concentrando as funções de acusar, defender e julgar.

O modelo inquisitorial, portanto, não permitia qualquer ingerência do interessado no procedimento, nesse cenário, nada podia o acusado (SAAD, 2004).

Por fim, com as grandes mudanças orquestradas pela Revolução Francesa e o Iluminismo, dentro da visão dos regramentos e direitos sociais, surge o sistema misto, que despontou no Código de Instrução Criminal Napoleônico de 1808. Esse modelo

se disseminou por diversos ordenamentos jurídicos da Europa e chegou aos países latino-americanos, inclusive o Brasil, dada a influência cultural.

A partir desse novo modelo, foi devolvido o contraditório e, o que é verdadeiramente o processo, um duelo, devendo o juiz superar a dúvida. Assim, são apresentados dois momentos nesse sistema: aquele em há uma lógica inquisitorial, como simples objeto a ser investigado e, em um segundo momento, um sistema puramente acusatório, com a preservação dos direitos e garantias individuais.

Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, apesar das dúvidas relacionadas a qual sistema é o predominante, há alguns autores que afirmam que seria um sistema acusatório, por defender que o processo só é iniciado durante a ação penal, ou seja, com todos os direitos e garantias fundamentais.

No entanto, uma grande parcela defende que o sistema é misto, posto que a persecução penal, e assim o processo, é iniciada pelo inquérito, que tem em seu perfil a característica de ser secreto enquanto perduram as investigações, prevalecendo o sistema inquisitório, enquanto há, ainda, uma fase processual que tem suas bases no sistema acusatório, marcado pelo equilíbrio de forças, conforme defendido por Rógério Tucci (1980).

Ressalta-se, então, uma nova busca, em relação à paridade de armas dentro do duelo processual, por um equilíbrio entre as partes, uma vez que o principal peso contrário é verificado na realidade fática das investigações no Brasil, que em muitos casos apresenta uma balança de diversos atos e diligências no inquérito, que afetam diretamente a condenação, mesmo que na parte processual.

Deste modo, é encontrado como solução das dúvidas doutrinárias pela Investigação Criminal Defensiva é possível sanar a problemática e sustentar um modelo mais próximo da efetivação de um modelo acusatório.

2.3 Princípios processuais relacionados

A Constituição Federal de 1988 implantou um novo panorama jurídico no Brasil. A partir da redemocratização, tornou-se objetivo base assegurar as liberdades individuais, elevando-as a cláusulas pétreas, num rol extensivo desses direitos e garantias.

A partir da Constituição atual foi apresentada ao ordenamento jurídico pátrio, tardiamente, a ideia de neoconstitucionalismo, um amplo conjunto de modificações ocorridas no Estado e no direito constitucional, que de forma básica, é possível ser conceituado como uma nova forma de se interpretar o Direito a partir da valorização dos direitos humanos, cuja expressão máxima são os direitos fundamentais constantes nas Cartas Políticas de cunho democrático.

Deste modo, cabe a todo o ordenamento preservar as prerrogativas previstas no texto da Carta Magna. Assim, mesmo que o Código Processual Penal tenha sido elaborado em época anterior à Constituição, deve se moldar para a forma mais adequada a ser aplicados todos os direitos e deveres que estão presentes na Constituição Federal de 1988.

Assim, após a evolução para o Estado Democrático de Direito, deve ser respeitado o caráter normativo dos princípios, sendo estes necessários para a compreensão da aplicação de determinados institutos, como no caso discutido: a investigação criminal defensiva. Dentro destes direitos e garantias, devem ser priorizados nesta discussão os princípios da ampla defesa, do contraditório, da igualdade e do devido processo legal.

Em relação à persecução penal, deve-se desenvolver o conceito da ampla defesa, cuja garantia ao acusado é a proteção da sua liberdade. O exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório: o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento que seria o poder de reação.

A ampla defesa se divide em defesa técnica – que é assistência do imputado por um defensor com conhecimento jurídico e de sua confiança – e também em autodefesa, que é a resistência do próprio acusado, sendo essa a única de que o próprio imputado pode abrir mão.

Durante a investigação, é possível perceber a mitigação evidente do direito da ampla defesa, pois esta, além de ser de caráter sigiloso, faz-se a permissão de que o órgão de acusação possa atuar como um investigador.

A acusação tem direito de até mesmo influenciar a polícia judiciária, o órgão que deveria ser o imparcial da investigação, o que em momento algum se permite à parte contrária. Deste modo, torna-se evidente a inexistência de ampla defesa dentro da investigação, pois não se há informações, muito menos a possibilidade de reagir pela defesa.

No entanto, a partir da súmula vinculante de número 14 é possível evidenciar um outro propósito da investigação:

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.

Deste modo, esta súmula se torna uma importante demonstração de como a investigação deve ser pautada em direitos iguais às partes, cabendo a ampla defesa estar presente em todos os momentos, até mesmo em sede investigativa.

Um outro princípio importante para o processo penal e, comumente, confundido com o anterior é o contraditório, que também é importante devido à sua mitigação dentro da investigação no ordenamento jurídico atual.

O contraditório seria, então, o direito de cada parte em ser informada e participar dos atos processuais. Ele abrange tanto a comunicação prévia das partes, como a possibilidade de participação ativa no processo, a fim de influenciar o julgador. Trata-se do direito assegurado às partes de serem cientificadas de todos os atos e fatos havidos no curso do processo, podendo manifestar-se e produzir as provas necessárias antes de ser proferida a decisão jurisdicional.

Dessa forma, é substancial ressaltar que a investigação apresenta falhas ao contraditório, pois em sua essência não permite a participação do investigado.

Sendo assim, Renato Brasileiro (2015, p. 50-51) apresenta mais características sobre este princípio:

A doutrina divisa o contraditório para a prova (contraditório real) demanda que as partes atuam na própria formação do elemento prova, sendo indispensável que a sua produção se dê na presença do órgão julgador e das partes. [...] O contraditório sobre a prova, também conhecido como contraditório diferido ou postergado, traduz-se no reconhecimento da atuação do contraditório após a formação da prova.

Deste modo, se é possível notar que ao não participar efetivamente das provas, o acusado pode se prejudicar, não só no contraditório real, como também sobre as provas, pois não participou efetivamente de produção destas, não sendo capaz de influenciar do mesmo modo que sua acusação

A Constituição Federativa do Brasil de 1988 apresenta o princípio do devido processo legal, que prevê no art. 5º, LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Este princípio se resume em que o Estado deve exercer a sua pretensão punitiva em conformidade com um procedimento regular (disciplinado em Lei), perante autoridade competente e imparcial, em tempo razoável, tendo como alicerce as provas validamente colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

A ideia material deste princípio é que haja a proibição do excesso, tanto na adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, que em todos os momentos, os atos do Estado sejam os menos invasivos, danosos e serem praticados com a proporcionalidade do fato. A investigação sempre deve trazer mais benefícios que malefícios a partir da ação do Estado.

Da mesma forma que os princípios do contraditório e ampla defesa também estão expressos na Constituição e inclusive no mesmo artigo, no inciso seguinte: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Então, estes princípios do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa são chamados princípios matrizes, e são um plexo de garantias fundamentais e inalienáveis a todos os partícipes do processo. Estes podem ser qualquer parte relacionada ao processo, tanto no polo ativo, passivo, pessoas naturais ou jurídicas, todos serão titulares desses direitos.

Deste modo, a paridade de armas é colocar as partes em uma condição de igualdade, no decorrer das questões. Ocorre que ela só existe na fase processual, quando a investigação já reuniu elementos suficientes para que o juiz condene o acusado com base no que a polícia colheu e o indiciado sequer pôde demonstrar o contrário. (SOUZA, 2018).

Ela se manifesta em princípios famosos do processo penal, como o *favor rei*, que mesmo não equilibrando, deriva da concepção de que melhor alguém culpado livre do que prender injustamente uma pessoa. Ainda, o *in dubio pro reo*, que é um princípio derivado do anterior, que dá o acusado o benefício da dúvida, devendo o juiz apenas condená-lo se houver certeza.

É importante ressaltar o princípio da verdade real, que se apresenta com nomes como verdade material ou busca da verdade, e que apresenta um dever de diligências necessárias para reconhecer como verdadeiramente os fatos se passaram, para que o *jus puniendi* seja exercido com efetividade.

A verdade absoluta é um ideal, porém inatingível, buscando-se a maior exatidão possível na reconstituição dos fatos. Não obstante, frisando que a procura da verdade real não pode implicar violação de direito e garantias, sendo a vedação de provas ilícitas um dos principais limites desse princípio.

Este princípio que se torna uma baliza para a busca da verdade real, não pode ser utilizado se o réu for beneficiado pelas respostas das provas, cabendo ao judiciário utilizá-las se puder ajudar o acusado. Deve-se compreender que a defesa da liberdade é um direito dos cidadãos e um dever do próprio Estado.

Desta forma, é imprescindível compreender como, de acordo com o processo penal, há direitos inalienáveis do acusado. E estes devem ser obedecidos durante todo o momento de *jus puniendi* do Estado, não importando se é um ato processual ou administrativo.

Assim, o sistema processual penal, pela situação fática, quando analisado de maneira conjunta, mostra uma diferença entre a investigação e o processo penal, pois o primeiro apresenta resquícios e vícios demasiadamente inquisitórios e é tomado pelo desequilíbrio de forças entre seus diversos atores. Dentro desse panorama, torna-se importante a implantação no Brasil da investigação criminal defensiva em si mesma.

Assim, Aury Lopes Júnior defende a ideia dos problemas do ordenamento jurídico penal brasileiro:

Nesta valoração reside um dos maiores erros de uma doutrina brasileira que advoga pela inaplicabilidade do art. 5º, LV, da CB ao inquérito policial, argumentando, simploriamente, que não existem “acusados” nessa fase, eis que não foi oferecida denúncia ou queixa. Já tratamos do tema anteriormente, mas apenas gostaríamos de destacar – novamente – que qualquer notícia-crime que impute um fato aparentemente delitivo a uma pessoa determinada constitui uma imputação, no sentido jurídico de agressão, capaz de gerar no plano processual uma resistência. Da mesma forma, quando da investigação ex officio realizada pela polícia surgem suficientes indícios contra uma pessoa, a tal ponto de tornar-se o alvo principal da investigação – imputado de fato – deve ser feita a comunicação e o chamamento para ser interrogado pela autoridade policial. Em ambos os casos, inegavelmente, existe uma atuação de caráter coercitivo contra uma pessoa determinada, configurando uma “agressão” ao seu estado de inocência e de liberdade, capaz de autorizar uma resistência em caráter jurídicoprocessual. Nunca é demais recordar que o texto constitucional é extremamente abrangente, protegendo os litigantes tanto em processo judicial como em procedimento administrativo. Não satisfeito, o legislador constituinte ainda incluiu, para evitar dúvidas, a expressão “...e aos acusados em geral...”, assegurando-lhes o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Não há como afastar o sujeito passivo da investigação preliminar da abrangência da proteção, pois é inegável que ele encaixa na situação de “acusados em geral”, pois a imputação e o indiciamento são formas de acusação em sentido amplo. (LOPES JÚNIOR, 2001, p. 304-305).

No processo penal, ainda, há o corolário da igualdade que garante o tratamento paritário, equilibrado, àqueles que se encontram na mesma posição jurídica, ao passo que concede iguais oportunidades para que as partes comprovem seus argumentos.

Pertinente o que sustenta Luigi Ferrajoli ao dizer que:

[...] 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 do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das periciais ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acusações (FERRAJOLI, 2002, p. 490).

Assim, faz-se referência à equivalência de direitos e sua efetivação e não à nivelção de características da personalidade humana. Isto posto, não se trata de mera igualdade perante a lei, ou isonomia formal, mas sim uma igualdade material, um direito de ser igual aos demais também na ordem social (COSTA, 2001).

José Afonso da Silva distingue isonomia formal e material da seguinte forma:

Nossas constituições, desde o império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, caput, não deve ser assim tão estreita. O interprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, conforme apontamos supra e especialmente com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social. Considera-lo-emos como isonomia formal para diferenciá-lo da isonomia material, traduzido no art. 7º, XXX e XXXI, CF/88. A constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitara aos simples enunciado da igualdade perante a lei, menciona também igualdade entre os homens e mulheres e acrescenta vedações a distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação (SILVA, 1997, p. 209-210).

A igualdade justifica e dá valor ao processo criminal e seu procedimento. Apenas com o cumprimento desse postulado é que se pode alcançar a verdade e, por conseguinte, realizar a justiça plena (MARTINS, 2001). Nesse caso, acusado e acusador realmente estão em posições de desigualdade na persecução penal. Ainda serão mais debatidas as prerrogativas do Ministério Público, uma vez que possui aparato estatal para ampará-lo, enquanto o outro polo deve contar com suas próprias forças.

A configuração atual do ordenamento penal pátrio demonstra uma supressão do indivíduo e seus direitos frente ao que pode ameaçar um dos bens jurídicos mais preciosos que a todos é assegurado: a liberdade. Isso, decerto, atenta contra o mais fundamental dentro do mundo jurídico, evidenciando a necessidade de uma mudança na investigação criminal.

2.4 O Garantismo

Ao embarcar no estudo dos princípios, torna-se imprescindível uma análise que guarda intimidade com teorias que propõem um sistema de equilíbrio ao direito. Trata-se de uma teoria de grande importância à democracia, desenvolvida por Luigi Ferrajoli, sob a influência do iluminismo, com respeito às liberdades e respeito ao indivíduo como sujeito de direito. É um modelo de um sistema equilibrado, que busca a prevenção de crimes e penas que não visem a vingança (FERRAJOLI, 2006).

Desse jeito, para o desenvolvimento leal e com paridade de armas, o autor entende ser necessária:

[...], 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 do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações (FERRAJOLI, 2006, p. 74).

Esses elementos serão vistos como basilares fontes da formação de uma Justiça que realmente promova a correta aplicação da lei, sem os excessos que possam ocorrer com o monopólio de poder punitivo nas mãos do Estado. A teoria garantista é uma grande âncora na seara criminal, que tem o fim de impedir que a Justiça e demais instituições compromissadas com a incolumidade e paz social sofram um desequilíbrio influenciado por ondas de recrudescimento e pelo retrocesso.

Não é um mero legalismo, ou mero processualismo, consiste sim na tutela dos direitos fundamentais. Assim, após as ideias de Ferrajoli (2006), é possível extrair um imperativo básico: o Direito existe para tutelar os direitos fundamentais (LOPES JÚNIOR, 2001).

Dessa maneira, feita a exposição dos pontos mais importantes sobre o garantismo penal, é necessário, para a compreensão dos efeitos de proteção de direitos que a investigação criminal defensiva pode promover no ordenamento jurídico

pátrio, aproximar as discussões do tema do trabalho e, em seguida, relacionar o assunto à questão da paridade de armas.

Em consonância com o que foi exposto sobre o garantismo penal, e o que já foi apontado sobre o inquérito policial, mostra-se imprescindível analisar a efetivação de tais garantias no ordenamento jurídico brasileiro, mais notadamente pelo previsto no texto constitucional, Lei suprema do país.

Além disso, há a expressão “garantismo penal integral”, cunhada por Douglas Fischer, para demonstrar o garantismo à luz da hermenêutica constitucional, com seus consectários reflexos no Direito Penal e Processual Penal. Este instituto tutela não apenas os direitos individuais dos acusados, investigados ou processados na esfera criminal, devendo valorar todos os direitos e deveres previstos na Constituição Federal. Isso porque os direitos fundamentais não preveem apenas uma proibição de intervenção, mas também uma vedação à omissão.

Dessa forma, o garantismo penal integral ou proporcional é aquele que assegura os direitos do acusado, não permitindo violações arbitrárias, desnecessárias ou desproporcionais, e, por outro lado, assegura a tutela de outros bens jurídicos relevantes para a sociedade, em consonância com as duas vertentes do princípio da proporcionalidade, incluindo a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente, ou seja, a proibição da ineficiência.

Assim, este seria dividido em um garantismo negativo que visa frear o poder punitivo do Estado, ou seja, refere-se à proibição de excesso. Trata-se de um modelo normativo que obedece à estrita legalidade voltado a minimizar a violência e maximizar a liberdade, impondo limites à função punitiva do Estado.

Mas também em um garantismo positivo, no qual busca fomentar a eficiente intervenção estatal, ou seja, refere-se à proibição da intervenção estatal insuficiente, bem como evitar a impunidade. Assegurando a proteção aos bens jurídicos de alta relevância social.

Destarte, a paridade de armas é a colocação das partes em condição de igualdade no decorrer das questões, gerando verdadeiro equilíbrio de forças. Como ela só existe, efetivamente, na fase processual, no entanto, como é posterior à própria investigação, já foram reunidos os elementos suficientes para que o juiz condene com a certeza, enquanto o indiciado sequer pode demonstrar o contrário.

Dessa forma, a partir desta teoria apresentada, possibilita que os princípios constitucionais serão verdadeiramente protegidos pelas autoridades públicas. O

garantismo permite que o Estado possa proteger a sociedade, tanto aos acusados como ao coletivo, e para que este seja possível é imprescindível que a investigação esteja conforme o Sistema Processual pátrio.

3 PAPEL DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS NACIONAIS NO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

É cediço os papéis essenciais dos órgãos públicos durante o processo de investigação na seara criminal. O presente trabalho neste capítulo busca especificar quais os deveres e suas balizas adequadas para as instituições participantes do processo e encontrar um efetivo sistema processual penal acusatório.

Desta forma, este capítulo se separa em tópicos para pormenorizar cada ente estatal que detém posto dentro do processo penal, apresentando as funções típicas e, até mesmo, atividades que foram permitidas a partir das novas interpretações da lei e suas divergências doutrinárias.

3.1 A (im)parcialidade da Polícia Judiciária

O presente estudo versa sobre o papel da polícia judiciária, a fim de que seja melhor analisada a problemática proposta. Passa-se, em seguida, a investigar as funções das polícias no cenário da Administração brasileira para que, a partir de tais conceitos, seja possível determinar em que medida se coloca a (im)parcialidade da atuação da polícia judiciária nacional.

As polícias são estruturas que compõem a organização da Administração Pública, as quais funcionam como um instrumento de proteção da ordem, consubstanciadas na ideia de um poder de polícia. Sua função precípua é estimular e promover a defesa dos mais diferentes bens jurídicos, de função tanto repressivas quanto para a prevenção do perigo de dano dos bens.

No caso específico do Brasil, sua estrutura é dividida entre polícia administrativa, que se encarrega do policiamento ostensivo e apresenta a consequente missão de evitar delitos, é essencialmente preventiva, e caráter fiscalizador. Enquanto a polícia judiciária – a qual apresenta função ostensiva, atuando após o cometimento de crimes, de modo a colher todos os elementos para o órgão acusador.

A Polícia Administrativa se rege pelo Direito Administrativo, predominando o seu caráter preventivo, pois sua principal função é evitar que atos lesivos aos bens individuais e coletivos se concretizem. Para Celso Antônio Bandeira de Melo (2004, p. 731):

O que aparta a polícia administrativa de polícia judiciária é que a primeira se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades anti-sociais enquanto a segunda se preordena à responsabilização dos violadores da ordem jurídica.

Dessa forma, se aproxima do raciocínio desenvolvido neste estudo o que assevera Sérgio Ricardo de Souza (2008, p. 47):

Sobre o trabalho da polícia judiciária, ao afirmar que essa age investigando os fatos relevantes para o esclarecimento da autoria e materialidade e mesmo de possível ocorrência de excludente do crime.

Para tanto, a autoridade policial deve aplicar uma série de diligências, cuja metodologia de análise será decidida pelo delegado encarregado do caso concreto em questão, bem como pela equipe que o auxilia.

Desse modo, a polícia é responsável por produzir as provas de caráter técnico que acredita serem indispensáveis, além de programar em que momento devem ser ouvidas aquelas pessoas consideradas importantes para o esclarecimento da situação.

Sua função incumbe, ainda, o relevante papel de presidir o inquérito policial, funcionando como órgão encarregado da investigação preliminar dos delitos. Sua atuação pode ser sintetizada em duas funções elementares, quais sejam: a obtenção dos dados informativos necessários e, posteriormente, o impedimento de perecimentos dos materiais relacionados com a prática delituosa noticiada de antemão.

Ainda que seja de relevante destaque o papel da polícia dentro da estrutura organizacional do estado brasileiro, não se pode olvidar que existem limitações operacionais ao seu funcionamento.

Nesse sentido, é imprescindível ressaltar que essas limitações se apresentam, sobretudo, tendo em vista que a atuação do órgão é efetivada dentro de um processo administrativo, no qual é impossível, por si só, que sejam efetuadas medidas restritivas de direitos fundamentais, tais como a busca e apreensão domiciliar, a interceptação telefônica, a quebra de sigilo de dados ou, ainda, as medidas cautelares pessoais ou reais.

Nesse caso, como é sabido, as medidas mencionadas só serão permitidas na hipótese exclusiva de prévia autorização judiciária, limitações estas que mesmo após autorização, torna-se impossível para um particular sem o aparato Estatal.

Por fim, finalizada a breve análise das funções organizacionais das quais a polícia se encarga na Administração do país, cumpre ressaltar, ainda, que, o papel dessa instituição encontra importante relação com a atual realidade social brasileira.

Nesse aspecto, busca-se determinar em que medida o papel da polícia judiciária, em específico, se mostra como (im)parcial dentro do contexto de encarceramento do País.

Ao buscar obter respostas para o questionamento proposto, tem-se que, ao serem observadas as profundas desigualdades sociais, bem como o preconceito enraizado e silencioso que marcam os estigmas do “crime” no País. É capaz de perceber que muitos desses estigmas são materializados durante a persecução criminal – papel atribuído à estrutura policial do País.

Assim, todas as percepções realizadas pelos órgãos da polícia na fase administrativa, da persecução criminal, são diretamente transpostas para a fase processual, muitas vezes até mais enraizado, dentro da ação. O que configura uma enorme influência nos resultados obtidos eventualmente na fase judicial.

É nítido, por exemplo, ao se observar a realidade das penitenciárias brasileiras, que o braço violento do Estado pesa com muito mais rigidez naqueles de classes sociais mais baixas.

Por fim, é possível concluir, primeiramente, que os órgãos públicos já estão acostumados a busca por condenação a qualquer custo, cabendo ao advogado, público ou privado, encontrar meios para a defesa participar da investigação, existindo uma verdadeira imparcialidade da polícia judiciária. Do mesmo jeito que, como será elucidado posteriormente, com a possibilidade de interferência da defesa finda a ideia de investigação seja um meio para o fim seja a condenação.

3.2 Atuação do Ministério Público na investigação

A partir da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público ganhou grande força por ser considerado um importante defensor dos direitos humanos. No entanto, no meio processual penal apresenta alguns deveres divergentes: o de protetor da sociedade e ao mesmo tempo como o acusador. Ele defende a lei, a protege, mas a doutrina defende que o membro do parquet não pode, simultaneamente, atuar como acusador e ser imparcial no mesmo processo.

Na República Federativa do Brasil, há forte divergências sobre a possibilidade de investigação do crime de forma direta e comandada pelo Ministério Público. De um lado, estão aqueles que acreditam que a atividade investigatória é atribuição exclusiva da Polícia Judiciária, por força do disposto no artigo 144, parágrafo 4º, da CRFB/88.¹

Essa parte da doutrina defende que esse entendimento se trata de uma interpretação sistemática, taxativa do que está disposto no texto constitucional, o qual estabelece, claramente, a competência da polícia judiciária para apuração de infrações penais.

Ainda no mesmo sentido, leciona Aduino Suannes (2004, p. 228), reafirmando esta ideia:

[...] que o artigo 129, da Constituição, que cuida das funções institucionais do Ministério Público, não outorga a este órgão legitimação para instaurar e promover procedimento investigatório criminal, o que, segundo o próprio texto constitucional, é atribuição privativa da polícia judiciária.

No entanto, foi possibilitando aos membros do Ministério Público participarem com as duas funções, capaz de interferir na investigação, por buscar a verdade real.

Essa legitimação, forçosamente outorgada ao Ministério Público, para legitimá-lo a instaurar e desenvolver investigações criminais, para parte da doutrina, deve ser entendida como um impulso institucionalizado de combate ao crime a qualquer custo (LOPES JÚNIOR, 2001), o que encontra respaldo somente em razão do momento de extrema crise de insegurança social em que o país está imerso.

Ademais, como consequência, o autor relata um problema de outra natureza, qual seja: a parcialidade do Ministério Público dentro do processo penal, por se tratar de órgão cuja função precípua consubstancia-se na persecução do crime. Desta feita, atribuir ao *parquet* duas funções diametralmente antagônicas, como a investigação do crime e a sua posterior persecução, corresponderia a um problema embrionário, que apenas resulta na ausência de imparcialidade do órgão na fase judicial (LOPES JÚNIOR, 2001).

Elucidando a problemática, percebe-se que toda investigação ou instrução preliminar presidida por um promotor ou procurador, ou mesmo apenas orientadas por diligências, já nascem parciais, e, portanto, inclinam-se para a acusação. Isso acaba

¹ Art. 144. § 4º, da Constituição Federal: “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

por contribuir, segundo essa parte da doutrina, para a inobservância de aspectos investigativos que poderiam se mostrar como favoráveis ao investigado.

Assim, a atuação do Ministério Público, enquanto órgão investigativo, pode não dispor de imparcialidade suficiente para conduzir a primeira fase da persecução penal, podendo vir a causar prejuízos ao acusado e à sua defesa (COLOMER, 2002).

O pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 87.926/SP sob a relatoria do Ministro Cezar Peluso, examinou a questão debatida e concluiu que o Ministério Público possui a qualidade de parte ao longo de toda a relação jurídica processual penal e, portanto, mesmo em grau recursal, não pode ser visto como apenas *custos legis*.

É possível concluir que a imparcialidade do parquet já foi reconhecida até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal. No caso concreto, quando o membro do parquet desempenha a função investigativa, eles corroboram com o desvirtuamento das funções que constitucionalmente lhe são atribuídas.

Do outro lado da discussão estão aqueles que defendem a qualificação do MP como “parte imparcial” (NORONHA, 1998, p. 179). Para tanto, aduz essa parte da doutrina que o *parquet* não teria interesse jurídico oposto do imputado, mas, na verdade, se pautaria pelo interesse público de busca da verdade para os fins de estimular uma correta aplicação da lei. Assim opinou o Ministro Celso de Mello no julgamento do HC nº 89.837:

Reconheço, pois, que se reveste de legitimidade constitucional o poder de o Ministério Público, por direito próprio, promover investigações penais, sempre sob a égide do princípio da subsidiariedade, destinadas a permitir, aos membros do "Parquet", em hipóteses específicas (quando se registrarem, por exemplo, situações de lesão ao patrimônio público ou, então, como na espécie, excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão ou corrupção, ou, ainda, nos casos em que se verificar uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penais), a possibilidade de coligir dados informativos para o ulterior desempenho, por Promotores e Procuradores, de sua atividade persecutória em juízo penal.

Esses doutrinadores, de um modo geral, acreditam que aquilo que move a atuação do Ministério Público consiste, na verdade, na possibilidade de o investigado ser processado e condenado. Não se trata de esconder elementos favoráveis à defesa, se existentes, pois isso configuraria grave infração funcional, mas de dirigir a

investigação segundo propósitos e intenções da acusação, descurando-se na colheita do que é favorável à defesa (FERNANDES, 2005).

Tendo em vista a análise dos dois posicionamentos demonstrados acima, não parece o mais adequado de defender o entendimento do qual o Ministério Público é imparcial, atuando muito mais, efetivamente, como acusação.

Dessa forma, tomando em conta a interpretação literal do texto constitucional, bem como a já exposta ausência de imparcialidade por parte do *parquet*, este estudo buscar firmar entendimento segundo o qual o órgão ministerial não poderia atuar, ao mesmo tempo, como investigador e acusador.

Dessarte, é possível prever que a temática no ordenamento jurídico penal pátrio apresenta divergências e é palco para muitas discussões. No entanto, a visão do trabalho apresentado assume o papel de ressaltar que, quando um ordenamento jurídico prevê a capacidade de uma investigação criminal pelo órgão acusatório, deve possibilitar que seja conferido igual oportunidade ao investigado, pois se não for viável, acarretará em um desequilíbrio desnecessário e impossível de ser sanado posteriormente no processo judicial das partes.

3.3 A função judiciária na investigação

A característica principal do sistema acusatório é a separação de deveres, sendo a inércia do magistrado uma delas. Apesar disto, é necessário pautar os deveres de conduta que o juiz apresenta para com a sociedade. Ele tem o dever-poder, de acordo com o Art. 5º, II, do Código Processual Penal, de requisitar a instauração de inquérito policial após tomar conhecimento de possível conduta criminosa.

Todavia, sua principal função dentro das investigações é verificar a legalidade das diligências praticadas pela autoridade policial, legitimando esses atos e tutelar pelos direitos fundamentais do imputado, devendo sobrepesar a limitação dos direitos individuais com a produção de prova criminal.

Com o objetivo da busca da verdade real, princípio já apresentado, o art. 13, II, do CPP atribuiu poderes de investigação ao Juiz, já que outorgou a este a possibilidade de requisitar diligências à autoridade policial, que está obrigada a cumpri-las.

Essa faculdade permitida ao magistrado é discutida pela doutrina, pois, se este fosse um verdadeiro sistema acusatório, o juiz ficaria preso apenas à função de julgar. A prática de atos investigatórios pelo juiz representa forma de acusação em sentido amplo, pois pressupõe pré-julgamentos a respeito da imputação, refletindo em sua imparcialidade (LOPES JÚNIOR, 2001).

Não caberia, desta forma, o juiz procurar fontes de prova, pois é uma atividade ativa, exclusiva das partes e afetaria seu dever de inércia e imparcialidade. Contudo, ele tem o dever de se tomar conhecimento de alguma fonte, pode determinar a sua produção por algum meio de prova (BADARÓ, 2003).

Por essa ideia, deve-se distinguir fontes de prova e meios de prova, percebe-se, facilmente, que perigo representa para a imparcialidade um juiz que é um pesquisador, um buscador de fontes de provas.

Já o juiz que, diante da notícia de uma fonte de prova, como a informação de que uma certa pessoa presenciou os fatos, determina a produção do meio de prova necessário, o testemunho, para incorporar ao processo as informações contidas na fonte de prova, não está comprometido com uma hipótese prévia, não colocando em risco a sua posição de imparcialidade. Ao contrário, o resultado da produção daquele meio de prova pode ser em sentido positivo ou negativo, quanto à ocorrência do fato.

É plausível ressaltar, por fim, que ao participar ativamente, o magistrado acaba por criar um juízo de valor, podendo pender sua opinião tanto para a acusação quanto para a defesa, todavia em sua maioria para a acusação, já que quem detém o poder de investigar é ela.

Deste modo, a mitigação do dever de inércia do magistrado é desproporcional ao modelo acusatório. Ainda, a igualdade do juiz que sobrepõe os direitos individuais ao dever de prova e que vai sentenciar o réu com base nas provas autorizadas por ele. Assim, é evidente a parcialidade e formação da sua convicção anterior ao processo.

3.4 Investigação criminal defensiva

Diante do exposto, apresenta-se um evidente momento inquisitório na investigação, contrário ao que protege a Carta Magna pátria. Infere-se que ao possibilitar os membros do Ministério Público um determinado poder, tanto em presidir

ou interferir, esse atua com o propósito de demonstrar a tese acusatória, descurando-se dos informes favoráveis ao imputado.

Por esse motivo, se o *parquet* for o responsável pela investigação pública, é de rigor, em atenção aos postulados da igualdade e da ampla defesa, que se faculte ao imputado a possibilidade de exercer atividade investigatória, a fim de reunir elementos de convicção aptos a afastar a imputação que pesa contra si.

Colocado por Antonio Scarance Fernandes:

a Prática evidenciou que o MP, quando encarregado de dirigir ou supervisionar a investigação, foca sua atenção na obtenção de elementos que possam sustentar a sua futura acusação o que acaba prejudicando a pessoa suspeita, tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para sua defesa e demonstração de sua inocência. Decorre, daí, a preocupação em abrir para o investigado a possibilidade de investigação privada, como já sucede nos Estados Unidos. Trata-se de assunto que, com o avanço do MP para a investigação também entre nós, provavelmente, passará a ser objeto de maior atenção (FERNANDES, 2002, p.13).

Reflete-se, então, na possibilidade de uma imparcialidade do Ministério Público de que uma investigação preliminar seja dirigida pela Polícia Judiciária, e não seria imprescindível, assim, a investigação defensiva.

Entretanto, o que se constata, empiricamente, é que mesmo a investigação policial é tendencialmente acusatória e restringe a participação da defesa. Deve-se refletir, no caso concreto, que a polícia não é independente dos outros órgãos, como as diligências obrigatórias que o *parquet* exige, evidenciando a natureza acusatória.

No caso da polícia, é bastante semelhante, pois o membro do Ministério Público que investiga também acumula a função de acusar em um momento posterior, enquanto a autoridade policial, que deveria apresentar um papel imparcial, em uma situação ideal, deveria desempenhar uma função de imparcialidade, o que não é visto no caso concreto, talvez pela falta de independência ou até mesmo por uma sanha desproporcional de punir a qualquer custo.

Saliente-se que há diferenças entre a investigação defensiva e a participação do defensor nos autos da investigação pública, mesmo que ambas sejam reflexos do direito de defesa.

A participação na investigação pública, já uma conquista da OAB, o defensor é apenas um terceiro que é limitado aos rumos dados à persecução prévia do próprio órgão público, protegendo, em sua maioria, apenas os direitos mais relevantes, como os fundamentais. (ALMEIDA, 1973).

Já a investigação defensiva é totalmente independente da primeira, cabendo ao defensor traçar sua própria estratégia, sem subordinação às autoridades públicas, restringindo-se apenas ao respeito aos deveres constitucionais de prova, deixando de ser um mero coadjuvante, assumindo o papel de protagonista.

É necessário afirmar que, ao apresentar esse instituto, haveria a busca por um equilíbrio não só de armas e entre partes com seus respectivos interesses, mas além do que se presta o inquérito policial, pendente para o lado da acusação, mas na mesma medida para a busca de qualquer indício de que o suspeito não cometeu ou participou de determinado crime.

A implementação de uma investigação defensiva, por ser espécie de investigação privada, não gozaria de imperatividade. Ou seja, o defensor não tem poderes coercitivos no exercício de suas atividades investigatórias e, por isso, depende do consentimento do titular do direito para obter determinada informação.

Caso encontre algum obstáculo para a apuração dos fatos, deve recorrer à autoridade ou mesmo para a polícia judiciária para agir. Assim, refletindo em uma importante parte do trabalho, a devida legislação que deve estar presente em uma concreta mudança na conjuntura jurídica pátria.

Ao apresentar como uma resolução, a Ordem dos Advogados do Brasil implementa a Investigação Defensiva sem apresentar os devidos limites e os meios para sanar possíveis problemas. Essas balizas devem ser traçadas em consonância não só com a Constituição para que seja possível validar as provas por licitude e por valores, mas também prevenir problemas ao defensor quanto aos crimes tipificados no Código Penal que este poderia cometer.

Há exemplo de uma possível busca e apreensão, que ao ser praticada por um particular seria considerada furto ou até mesmo roubo, um questionamento a possíveis testemunhas poderia ser interpretado como constrangimento ilegal ou, até mesmo, algo pior, invalidando seus atos e até mesmo podendo atrapalhar mais ainda a situação da investigação.

Reflete-se na importância que os atos devem ser feitos na mesma medida que seus limites, ou seja, através de um processo legislativo completo, capaz de apresentar as devidas divisas necessárias para uma proteção da investigação, do defensor e do investigado.

3.5 Análise das possíveis hipóteses que se pronunciam sobre o tema

Ao apresentar as possibilidades de implementação da investigação defensiva, é possível compreender três situações fáticas dentro do ordenamento jurídico penal pátrio em que haveria possíveis supressões ou implementações de direitos e garantias à investigação.

A primeira hipótese possível seria aquela que toma por base a interpretação literal e expressa da CRFB/88, acreditando que apenas a polícia judiciária seria possível presidir a investigação defensiva, de maneira inteiramente exclusiva. O delegado, dessa forma, seria a autoridade que decidiria quais seriam as diligências necessárias e quais seriam aquelas que apenas poderiam dilatar o tempo da investigação.

A partir dessa possibilidade, haveria uma defesa importante para a compreensão de uma polícia judiciária independente e verdadeiramente imparcial do processo investigatório. Ela deteria escolhas sobre quais pedidos – tanto da acusação como da defesa – deveriam ser apreciados ou não, e em caso negativo, em que momento deveriam ser devidamente fundamentados.

A independência proposta pelos defensores dessa teoria deveria ser divergente da atual, na qual o Ministério Público tem o poder de alterar e, em busca da verdade real, criar diligências que devem ser obedecidas pela polícia.

No entanto, ressaltam os seus defensores que caberia a situação fática decidir a forma de procedimento, já que os órgãos públicos tendem a participar intimamente de todos os processos e detêm prerrogativas maiores que a população, cabendo uma nova investigação sobre a possibilidade de uma verdadeira independência entre eles.

Isto é, ainda que acreditem na importância da exclusividade de atuação da polícia judiciária, ressaltam a dificuldade de estabelecimento dessa relação de independência no caso concreto, sobretudo tomando em conta as dificuldades de alteração da conjuntura em que atualmente se encontra imerso o Ministério Público.

Além das dificuldades apresentadas, há que se considerar, ainda, a concentração de poderes em excesso em apenas um órgão que não tem total independência do Poder Executivo, respondendo diretamente aos respectivos Ministro da Justiça e secretários de defesa.

De outro lado, a segunda hipótese seria aquela aplicada hodiernamente no sistema processual penal brasileiro, em que o Ministério Público detém prerrogativas

investigativas que causam o desequilíbrio entre as partes. Isso porque, quando, por definição de proteção a sociedade como *custos legis*, os órgãos de acusação têm o condão de também investigar, deixa-se, ao mesmo tempo, uma parcela daquela mesma comunidade desprotegida, pois a paridade de armas não é igualitária.

Assim, essa hipótese seria de se permanecer como o ordenamento jurídico pátrio está, sem nenhuma alteração, em que o *parquet* é um possível presidente de uma investigação, por proteger a sociedade, ele mesmo investigando e acusando, sem possibilidade de uma defesa equilibrada.

Por fim, a última corrente a ser analisada é aquela segundo a qual seria permitida uma ampla investigação defensiva, a partir de uma nova visão. A própria defesa, quer através de um defensor particular, quer de um defensor público, assim como o Ministério Público no papel da acusação, poderia engendrar sua própria investigação.

Ainda que essa teoria apresente aspectos inovadores, sua aplicação direta deve observar, no entanto, alguns limites legais. Essa corrente, presente por muito tempo em países de origem jurídica anglo-saxônica como nos Estados Unidos da América, já vem ganhando espaço em ordenamentos semelhantes ao brasileiro com a mesma raiz em comum, como na Itália.

Destarte, de forma sucinta, o direito comparado permite compreender uma nova possibilidade ao sistema processual penal brasileiro, já que o país europeu sofreu uma modificação estrutural em sua legislação processual penal, passando de um sistema misto, cuja produção de prova era atribuição do Juiz instrutor, à um sistema predominantemente acusatório.

Como destacado por Paolo Tonini:

a investigação defensiva é, ao mesmo tempo, direito e dever do advogado. É direito com relação à autoridade judiciária, que deve permitir a sua livre realização. É dever com relação ao cliente, pois a investigação defensiva pode ser necessária para a efetiva tutela de seus interesses. (TONINI, 2007, p. 495)

Com exemplos de aplicação dessa teoria no ordenamento jurídico nacional, ressaltam-se as possibilidades de inserção direta dentro dos mecanismos processuais de busca pela verdade real dentro do processo penal, o que eventualmente poderia acarretar em diminuição dos custos do processo, evitando, sobretudo, o encarceramento injusto em ocasiões fatídicas na ação penal.

4 A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), originada do Instituto dos Advogados Brasileiros, criado em 1843, ocupa um espaço diferente das entidades representativas de categorias profissionais no Brasil. Nasceu em novembro de 1930, foi filha do seu tempo, uma vez que, na qualidade de órgão corporativo, teve como objetivo principal “selecionar e disciplinar” os advogados.

No entanto, mais do que qualquer outra corporação surgida na mesma época, a OAB se firmou, ao longo do tempo, como uma das instituições mais representativas da sociedade civil brasileira.

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), é, sem dúvidas, uma importante entidade para a República Federativa do Brasil. A sua história é marcada pela defesa da democracia e das causas atinentes às liberdades civis e sociais. É cediço que esta é necessária para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Para que seja possível analisar a natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil, é necessário observar e compreender a previsão legal de “autarquia”. Essa palavra é composta pelos termos *autós* (próprio) e *arquial* (comando, governo, direção), tendo sido utilizada na Itália, em 1897, por Santi Romano, ao escrever sobre a descentralização administrativa (DI PIETRO, 2012).

Os conselhos profissionais, assim, são consideradas autarquias com o serviço autônomo, criadas por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Estes detêm personalidade jurídica de direito público, sendo autarquias federais incumbidas, legalmente, do exercício de atividades de polícia sobre as profissões regulamentadas. Como autarquias, unidades integrantes da Administração Pública federal indireta, possuem várias prerrogativas processuais e tributárias especiais não conferidas às pessoas jurídicas de direito privado.

A instituição profissional de advogados do Brasil, assim, tem natureza jurídica anômala, pois, em contramão aos outros conselhos profissionais, não se apresenta apenas como uma autarquia profissional. Ela é uma instituição híbrida, seguindo o regimento do direito privado, no entanto, com prerrogativas do direito público, pois

exerce função pública, já que controla o exercício profissional do advogado, transcendendo interesses apenas da categoria, para uma proteção da coletividade.

Em relação, ainda, à natureza jurídica da Ordem, para o professor Gladston Mamede, a Ordem dos Advogados do Brasil seria: (MAMEDE)

[...] por um ângulo, é uma associação civil, ente que congrega profissionais, prestadores de serviços advocatícios; por outro ângulo, é instituição pública que viabiliza o exercício da cidadania, trabalhando pela defesa da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como do pluralismo político.

Seu surgimento está relacionado ao Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930, e, atualmente, é regida pela Lei nº 4.215 de 27 de abril de 1963, no qual, é estabelecido seu estatuto. Assim, pelo seu estatuto, em seu artigo 1º, a Ordem dos Advogados do Brasil é o órgão de seleção, disciplina e defesa da classe dos advogados em toda a República (DALLARI, 1992).

Segundo o Ministro Eros Grau, a OAB é uma entidade autônoma, que possui características de liberdade e autonomia, diferenciando-se dos demais órgãos de fiscalização profissional.

Tais órgãos estão voltados a uma finalidade corporativa, ao contrário da OAB, que possui uma finalidade institucional, uma vez que dedica seus esforços para defender as instituições jurídicas, a Constituição, os direitos fundamentais, a justiça e as conquistas sociais, a correta aplicação das leis e o bom funcionamento da justiça. (BRASIL, 2006, *on-line*)

Assim, é possível constatar que há diversas discussões sobre a natureza jurídica da OAB, sobre a posição de autarquia *sui generis*, além dos questionamentos sobre sua sujeição ou não às regras atinentes à Administração pública, compreendendo, ainda, que a discussão acerca desses questionamentos não está findada.

4.1 Resoluções e sua força normativa

O Código de Processo Penal está muito defasado pelo tempo, pois desde 1941 é ele que dita os procedimentos para que ocorra a ação penal, encontrando diversas vezes inadequações, principalmente à luz da Constituição Federal de 1988.

Com a inércia do Poder Legislativo, que apresenta apenas projetos de lei sem uma efetiva possibilidade de atualização, houve espaço para que diversas instituições,

como o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, apresentassem institutos normativos, como resoluções, para sanar as desarmonias em relação à Constituição e ao Estado Democrático e Social de Direito.

Essa ineficácia, abriu espaço até para que instituições executivas que protegem os direitos e garantias, como a OAB, o Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público, criassem resoluções em busca de atender os interesses que acreditam ser de toda a sociedade.

É necessário compreender as divergências entre o conceito de lei do de outros atos, a sua estrutura e função. Assim, as leis detêm de caráter geral, pois regulam situações em abstrato; já os atos regulamentares destinam-se a concreções e individualizações.

Desta forma, não é possível que resoluções estejam na mesma hierarquia de uma lei, pela simples razão de que a lei emana do poder legislativo, essência da democracia representativa, enquanto os atos regulamentares ficam restritos a matérias com menor amplitude normativa. (Lênio Streck; Ingo Wolfgang; Os limites constitucionais das resoluções do CNJ e CNMP, p. 2).

Desta forma, deve-se reconhecer os princípios que regem o Estado democrático de Direito, como o princípio da legalidade. Para Celso Bandeira de Mello, “o princípio da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria” (MELLO, 2013).

O princípio da legalidade, externado no artigo 5º, II, da Constituição Federal do Brasil, implica que as obrigações dos indivíduos só podem ser criadas por espécies normativas produzidas em conformidade com o devido processo legislativo.

Através da lei é possível criar deveres, direitos e impedimentos, estando os indivíduos dependentes da lei, pode-se dizer que ela representa uma garantia para todos os cidadãos, protegidos pelos atos cometidos pelo Estado e por outros indivíduos.

Pode-se perceber que com ele há uma possibilidade de interferir nas liberdades e garantias individuais do cidadão. Assim, de modo geral, é permitido a todos realizarem qualquer tipo de atividade, desde que esta não seja proibida ou esteja na lei.

A Legalidade admite um novo princípio para que seja seguido e está relacionado as resoluções, o princípio da segurança jurídica. Nas palavras de José Afonso da Silva:

a segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída (SILVA, 2006.p. 133).

O princípio da segurança jurídica apresenta o aspecto objetivo, da estabilidade das relações jurídicas, e o aspecto subjetivo, da proteção à confiança ou confiança legítima, este último originário do direito alemão, importado para a União Europeia e, mais recentemente, para o direito brasileiro.

Este princípio está relacionado à previsibilidade das relações sujeito e o Estado, pois, a partir da outorga de poderes entregues pela sociedade, que, em busca da paz social, deseja que o Estado tenha um comportamento previsível, afetando diversos setores, principalmente o direito penal, que é considerado a última *ratio*. A preocupação era a de manter os atos ilegais ou inconstitucionais, fazendo prevalecer esse princípio em detrimento do princípio da legalidade.

Assim, segundo Lênio Streck e Ingo Sarlet ao definir os limites constitucionais das resoluções, apresentam:

No Estado Democrático de Direito, é inconcebível permitir-se a um órgão administrativo expedir atos (resoluções, decretos, portarias, etc.) com força de lei, cujos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais, circunstância que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos, isto é, como bem lembra Canotilho, a um só tempo “leis e execução de leis”. Trata-se – e a lembrança vem de Canotilho – de atos que foram designados por Carl Schmitt com o nome de “medidas”. Essa distinção de Schmitt é sufragada por Forsthoff, que, levando em conta as transformações sociais e políticas ocorridas depois de primeira guerra, considerava inevitável a adoção, por parte do legislador, de medidas legais destinadas a resolver problemas concretos, econômicos e sociais. (Cfe. CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 730 e segs.). Daí a distinção entre leis-norma e leis de medida. Na verdade, as leis-medida se caracterizam como leis concretas. A base da distinção nas leis concretas não é a contraposição entre geral-individual, mas entre abstrato-concreto (K.Stern). O interesse estará em saber se uma lei pretende regular em abstrato determinados fatos ou se se destina especialmente a certos fatos ou situações concretas. Também aqui a consideração fundamental radicaria no fato de uma lei poder ser geral, mas pensada em face de determinado pressuposto fático que acabaria por lhe conferir uma dimensão individual, porventura inconstitucional (STRECK; SARLET)

Deve-se lembrar, ainda, que a lei em *stricto sensu* possui limites. É o que o ministro Gilmar Ferreira Mendes (1998, p.33) denomina de “limites dos limites”, ao assinalar que, a partir de análise dos direitos fundamentais, seja possível extrair a

conclusão errônea de que direitos, liberdades, poderes, garantias são passíveis de ilimitada limitação ou restrição.

Esses limites, ainda que as restrições sejam limitadas, decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Deve-se frisar que o poder regulamentar conferido ao Poder Executivo advém da relevante circunstância representada pela legitimidade do Presidente da República, e, mesmo assim, esse poder não pode criar direitos e obrigações, como medidas provisórias e até mesmo leis delegadas, sem contar com os pesos e contrapesos dos outros poderes.

É cediço que o Estado de Direito é protegido pelo positivismo jurídico, e encontra como fundamento de validade, a norma. A essa concepção, no entanto, deve ser acrescido o elemento aglutinador dos valores e das aspirações que emanam do grupamento, o que é reflexo da identificação do real detentor do poder: o povo, ressaltando novamente a diferença entre o Poder Executivo do Presidente para as demais instituições desse poder.

Portanto, segundo Lênio Streck e Ingo Sarlet (p.8), os aludidos Conselhos não podem criar direitos e obrigações, tampouco imiscuir-se na esfera dos direitos e garantias individuais ou coletivas. O poder regulamentador esbarra, assim, na impossibilidade de inovar. Portanto, qualquer resolução que signifique inovação será, pois, inconstitucional.

O autor que se propôs a limitar o poder de regulamentar pelos institutos advindos da Emenda Constitucional 45, isto é, os Conselhos Nacional de Justiça e do Ministério Público, desta forma, devendo ser ainda mais restritas as possibilidades para as resoluções da OAB, que, apesar de sua efetiva proteção legal, não está presente na Constituição como um órgão efetivo de proteção dos direitos fundamentais.

Deve-se ressaltar um princípio já apresentado anteriormente, o da legalidade, que é uma verdadeira norma fundamental ao Direito Administrativo, segundo o qual é possível reconhecer que os regulamentos que vinculam a administração não terão a mesma intensidade que as leis. Os regulamentos devem ser confeccionados em obediências a estas.

Além da falta de proteção legal que estas resoluções implicam, por não permitirem que o povo, que escolheu seus legisladores através do sufrágio, seja o legitimado a atribuir funções, elas também ferem o princípio da segurança jurídica, que permite aos juristas e à sociedade uma passividade de decisões e aplicações do direito, reafirmando o Estado de Direito, evitando decisões de exceção.

Outro princípio também é ferido com a possibilidade de aplicação irrestrita destas resoluções, o do devido processo legal, pois é dever e direito de todos participar do que a legalidade, reafirmando as divergências entre um ato administrativo normativo e a lei. Princípios estes, deve-se ressaltar, consagrados na Constituição, pelos art. 1º e 5º, LV.

Por fim, em busca de demonstrar que o autor Lênio Streck defende que a luta por prerrogativas por meros desejos egoísticos – como habitualmente acabam sendo qualificadas as tentativas legítimas e democráticas de impugnação de uma série de medidas e reformas – encontra sua não permissão nos elementos essenciais do Estado de Direito, que, por certo, não pode ser um Estado governado por atos regulamentares, decretos e resoluções.

Assim, por mais que seja necessário o equilíbrio entre os direitos fundamentais daqueles que são réus do processo penal, não há como possibilidade seguir a resolução da Ordem dos Advogados do Brasil, como o meio eficaz para a efetiva solução desta falta de paridade.

A instituição não é possível, por analogia, a partir de resoluções, inovar em direitos e obrigações. O que resta a compreender, dentro da lógica legislativa, é a pressão desejada a entregar, pelo provimento, a formulação de uma norma jurídica própria para a efetivação destes direitos.

4.2 O provimento 188/2018 da OAB

Como anteriormente foi dito, a defasagem do Código Processual Penal pátrio apresenta reais dificuldades à atualização deste aos processos atuais. As novas visões, tanto após a redemocratização, com a Constituição de 1988, como os novos direitos e garantias que foram surgindo com a evolução do ordenamento jurídico, não são alcançados por um código que foi criado em 1941, que permanece quase que inalterado desde então.

Em busca de mudanças efetivas, o Poder Executivo já apresenta soluções normativas para que o processo penal seja desenvolvido. No entanto, como já discutido anteriormente, é necessária a apreciação daqueles que foram eleitos pelos verdadeiros detentores do poder: o povo.

A Ordem dos Advogados do Brasil, no mesmo sentido dos órgãos da administração pública direta, apresentou a resolução de n. 188/2018, a qual permite a possibilidade de que defensores pudessem participar de uma investigação particular, para ocasionar em provas, caso houvesse uma ação penal, tanto como vítima como quanto réu.

A resolução apresenta regras e desenvolve o que é permitido aos advogados, equalizados os direitos e a balança entre a defesa e acusação, como se é possível apresentar a seguir.

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.

Art. 2º A investigação defensiva pode ser desenvolvida na etapa da investigação preliminar, no decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer.

Art. 3º A investigação defensiva, sem prejuízo de outras finalidades, orienta-se, especialmente, para a produção de prova para emprego em: I – pedido de instauração ou trancamento de inquérito; II – rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa; III – resposta a acusação; IV – pedido de medidas cautelares; V – defesa em ação penal pública ou privada; VI – razões de recurso; VII – revisão criminal; VIII – habeas corpus; IX – proposta de acordo de colaboração premiada; X – proposta de acordo de leniência; XI – outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

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

Art. 4º Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição.

Parágrafo único. Na realização da investigação defensiva, o advogado poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo.

Art. 5º Durante a realização da investigação, o advogado deve preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas.

Art. 6º O advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados.

Parágrafo único. Eventual comunicação e publicidade do resultado da investigação exigirão expressa autorização do constituinte.

Art. 7º As atividades descritas neste Provimento são privativas da advocacia, compreendendo-se como ato legítimo de exercício profissional, não podendo receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades. Art. 8º Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário (OAB, 2018).

No entanto, é possível enxergar as limitações que esta resolução apresenta, pois, como já foi dito, não é cabível que estas obriguem qualquer pessoa, sem devidamente estar presente na lei formal, consoante o que se traduz pelo art.5, II, da CRFB/88, o qual afirma que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Como visto, por analogia às resoluções dos Conselhos de Justiça e do Ministério Público que, mesmo estes que no modelo constitucional atual têm deveres de proteção às garantias e direitos fundamentais, não apresentam força em suas resoluções, é possível perceber que a resolução não é o meio correto para a sua imposição ao ordenamento jurídico.

De acordo com o Ministro Barroso, o constituinte, o legislador e, em certos casos, o administrador submetem à normatividade do Direito determinados fatos humanos e naturais, transformando-o sem fatos jurídicos (Barroso, 2016). É importante ressaltar que seria impossível, um particular ser considerado nestes termos, como é referente aos participantes do quadro de participantes da OAB.

Assim, o ministro assume a ideia, ainda que os fatos jurídicos resultantes, seriam denominados de atos jurídicos. E nessas categorias que estão as normas jurídicas, sendo atos emanados dos órgãos constitucionalmente autorizados, tendo por fim criar ou modificar as situações nelas contempladas.

Os atos jurídicos em geral, mais especificamente, as normas jurídicas especificamente, comportam análise em três planos distintos e inconfundíveis: o de sua *existência*, o de sua *validade* e o de sua *eficácia*.

Assim, o ministro apresenta em seu livro que:

A *existência* de um ato jurídico — que pressupõe, naturalmente, uma manifestação no mundo dos fatos — verifica-se quando nele estão presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente de sua incidência. A ausência, deficiência ou insuficiência dos elementos que

constituem pressupostos materiais de incidência da norma impedem o ingresso do ato no mundo jurídico. Será, por via de consequência, um ato inexistente, do qual o Direito só se ocupará para repeli-lo adequadamente, se necessário. Seria inexistente, por exemplo, uma “lei” que não houvesse resultado de aprovação da casa legislativa, por ausente a manifestação de vontade apta a fazê-la ingressar no mundo jurídico. (Barroso, 2016, p. 24)

Ainda, existindo o ato, sujeita-se a verificação de sua validade, constatando-se os elementos do ato, os requisitos que a lei lhes acostou para serem recebidos os atos dotados de perfeição.

Em síntese, se estiverem presentes os elementos agente, forma e objeto, suficientes à incidência da lei, o ato será existente. A ausência de algum dos requisitos conduz a invalidade do ato (Barroso, 2016).

Deste modo, é possível compreender, evidentemente, a inexistência de constitucionalidade do provimento da OAB como uma norma jurídica. Assim, esta é incapaz de se fazer obrigatória, tanto a particulares como servidores públicos, acarretando que está não possa criar obrigações, deveres e direitos.

É cediço, após o exposto, a importância do papel da Ordem de Advogados do Brasil na defesa das garantias fundamentais, sendo a investigação criminal defensiva uma possível solução para o desequilíbrio de alguns direitos fundamentais.

A partir de atos recentes, é possível encontrar respaldo na ação da OAB, pelos atos semelhantes do Conselho Nacional do Ministério Público que trouxeram resultados. Este órgão, criado por uma emenda constitucional na Constituição Federal de 1988, apresentou um provimento que aprovava a possibilidade de um acordo de não persecução penal pelo próprio parquet.

O acordo consistiria em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado com seu defensor nos casos de infração penal sem violência ou grave ameaça, na qual a lei comine pena mínima inferior a quatro anos, mediante o cumprimento de determinadas condições, decretando-se, ao final, a extinção de punibilidade e, conseqüentemente, se evitando a deflagração da ação penal e a reincidência.

Apesar do enunciado não poder ser considerado constitucional, ocorreu uma pressão dos próprios partícipes do processo penal, para que fossem realizados os acordos, na busca por evitar um excesso de encarceramento e mais processos. Esta pressão culminou na lei 13.964/2019 que assim pode produzir reais efeitos dentro do ordenamento jurídico nacional.

Destarte, é necessário compreender o impacto social previsto na resolução feita pelo instituto, que deseja proteger os interesses daqueles em que sente que o Estado é o acusador.

Assim, ao formular uma instrução de como os defensores, tanto públicos como privados, devem agir, influenciam em encontrar situações possível dentro do ordenamento jurídico prático para tais atuações ocorrerem, mesmo que não estejam adequadas à lei, demonstrando como é possível que os atos possam se tornar legais.

Importante destacar que é indiscutível a diferença do grau de hierarquia entre uma lei e um regulamento. Assim, de acordo com as posições de Enterría e Fernández (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1998), o regulamento só tem em comum com a lei o fato de ser norma escrita; mas é indubitável que é uma “*norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de La Ley*”

É notório que a Constituição da República de 1988 considera a lei formal a fonte do ato normativo primário, no sentido de ser editada por órgão do Poder Legislativo, “entendido este como a instância republicana que mais autenticamente encarna a representação popular e favorece a realização do Estado Democrático de Direito.” (BRASÍLIA, 2006).

De fato, o poder constituinte derivado apenas criou uma possibilidade expressa de edição de regulamentos autônomos nas referidas hipóteses taxativas, mas, dado o seu caráter limitado materialmente e formalmente, não afastou a preferência legal, nem poderia, sob pena de inconstitucionalidade, devendo, mesmo que mais favorável, seguir as instruções legais, pois a norma administrativa não pode obrigar a nenhum particular ou vincular funcionários públicos a participar desse procedimento.

Por isso, é necessário que haja uma compreensão da necessidade de uma interpretação analógica de que esta norma, mesmo que necessária para equilibrar as paridades, não pode ser aplicada como uma lei, já que a lei deve obedecer a um processo formal, validado por uma outorga de poderes e capaz de se fazer ser obrigado no ordenamento jurídico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação científica neste estudo buscou averiguar inicialmente a (in)constitucionalidade das resoluções da OAB em relação a instituição da investigação criminal defensiva.

O cerne da discussão gravita em torno do dilema referente a viabilidade em aplicar o instituto no direito processual penal, sobretudo tendo as peculiaridades do direito penal ser a última *ratio*. E mesmo que o objetivo ser proteger garantias do acusado, seria um extrapolar das funções desta autarquia profissional.

Verificou-se, após análise do tema, que pelos princípios da paridade de armas, a igualdade, ampla defesa e o contraditório, que, de maneira geral, a investigação criminal defensiva encontra respaldo no ordenamento jurídico.

Defronte das digressões teóricas proporcionadas por esse estudo, percebe-se a notável relevância social da temática investigada, qual seja possibilitar uma análise minuciosa a respeito da constitucionalidade de resoluções da OAB, além de possibilitar a instituição de um possível equilíbrio das paridades de armas dentro da investigação penal. Afinal, essa matéria consubstancia, atualmente, no ponto central de várias demandas judiciais que envolvem direitos e garantias do acusado.

Sabe-se que a presente análise buscou verificar a (in)constitucionalidade de se aplicar ao provimento de nº 188 da Ordem de Advogados do Brasil e, mais especificamente, a (in) viabilidade de aplicação do instituto da investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico pátrio. A fim de responder esse questionamento proposto e de alcançar os objetivos tencionados no início da pesquisa, no entanto, restou necessária a análise prévia de algumas premissas teóricas.

Inicialmente, restou evidente, ao analisar a persecução criminal e de maneira mais evidente a investigação criminal, um claro desequilíbrio de armas entre a acusação e defesa. Percebe-se, então, uma necessidade urgente de uma mudança da investigação penal, adentrando, principalmente, na busca por um enquadramento dentro do sistema acusatório.

Ademais, atendendo ao propósito de investigar o enquadramento da investigação criminal dentro do sistema processual penal, foi analisado historicamente como houve a evolução destes e qual seria aquele que mais se adequaria aos princípios e garantias provenientes da Constituição Federal de 1988 e ao Código Processual penal.

Além disso, apurou-se na realização da pesquisa, o papel dos órgãos públicos na investigação. Em razão disso, verificou-se que não é concebível compreender o equilíbrio entre a defesa e a acusação no processo investigatório, pois o parquet, que atua como acusador, não mais custos legis, detém diversas prerrogativas, alterando evidentemente a paridade de armas.

Com decorrência disso, após larga demonstração a investigação defensiva seria, então, uma forma da defesa se tornar protagonista dentro da investigação, podendo evidenciar respostas positivas ao acusado, e alterar os resultados quando iniciado a ação penal.

Em seguida, foi analisado a provimento de número 188 da OAB, assim, o presente estudo afastou a possibilidade da constitucionalidade da norma – as quais acredita que não há como um provimento de uma autarquia criar direitos e impor ao ordenamento certos deveres sem a ocorrência de lei. Desta forma, demonstrou-se a teoria que melhor seria uma indicação e uma pressão social da autarquia para que seja regularizado os direitos do investigado e do próprio profissional da área.

Diante do exposto, dentre as hipóteses apresentadas dentro do presente estudo, a aplicação da investigação criminal defensiva seria a mais adequada aos princípios e garantias do ordenamento jurídico pátrio, apesar da inconstitucionalidade do provimento de nº 188 da Ordem de Advogados do Brasil.

É importante perceber o papel da OAB na defesa dos direitos e garantias fundamentais, podendo encontrar respaldo nos atos do Conselho Nacional do Ministério Público. Apesar do provimento não ter sido considerado constitucional, foi um ato objetivando uma pressão ao legislativo que culminou na lei 13.964/2019. Assim, este pode produzir reais efeitos dentro do ordenamento jurídico nacional.

No entanto, enquanto não é equilibrado esta situação, é necessário que, em nome de um processo justo, igualitário e semelhante ao proposto na Constituição e no Código de Processo penal, não se admita o parquet ser o presidente do processo da investigação criminal. Devendo, até mesmo, que o órgão não possa interferir na polícia judiciária, sendo esta independente dos requerimentos, pois é evidente que há uma disparidade entre a acusação e a defesa.

Desse modo, é necessário que haja uma efetiva mudança legislativa para que possa ser aplicada o direito dos advogados, públicos ou privados, de investigar, sem que o mesmo possa cometer condutas típicas penais. A legislação precisa ser mais efetiva, além de permitir, encontrar as balizas para que o instituto possa ser utilizado.

Nesse sentido, conforme fora proposto, verificou-se a inconstitucionalidade formal do provimento de nº 188 da OAB, no entanto, a investigação criminal é materialmente adequada ao sistema processual penal pátrio, permitindo, assim, que os objetivos tencionados no início da pesquisa fossem alcançados. Desta forma, o método escolhido, hipotético-dedutivo, possibilitou experimentar o conteúdo das hipóteses elaboradas, confirmando ao final, as proposições nelas contidos.

Ademais, o desenvolvimento da pesquisa, de natureza qualitativa, facultou o aprofundamento da compreensão do problema proposto, tendo sido averiguada ao final da investigação, a solução jurídica adequada para a questão ventilada, em conformidade com as premissas assentadas pelo ordenamento jurídico nacional.

De maneira geral, ainda, o método histórico-evolutivo proporcionou a feitura de um breve esboço histórico acerca da investigação criminal, o que teve importância significativa para o enquadramento valorativo da investigação defensiva ao longo da pesquisa.

Finalmente, realizadas as considerações finais acerca do presente estudo, e diante do reconhecimento de que as conclusões firmadas não esgotam todo o estudo da matéria ventilada, apresenta-se sugestão de desdobramento da pesquisa, sobretudo, no que tange a propositura de uma análise da aplicação da investigação defensiva na lei, comparando com ordenamentos jurídicos alienígenas, buscando investigar o tratamento jurídico dado, bem como sua adequação no direito penal, e quais limites para melhor solução jurídica proposta neste estudo.

Dessa forma, levando-se em consideração todas as ponderações realizadas no decorrer do presente estudo, conclui-se a inadmissibilidade da aplicação da investigação defensiva por meio do provimento de número 188 da OAB, no entanto, deve ser realçada a importância da prática da investigação defensiva criminal, pois ela se tornaria uma evidente barreira contra o desequilíbrio da acusação.

Por fim, levando em consideração todas as ponderações realizadas no decorrer do presente estudo, conclui-se que a necessidade de uma legislação capaz de produzir uma norma para a efetiva aplicação deste instituto no direito brasileiro, indispensável para assegurar os direitos do acusado e o equilíbrio do sistema processual pátrio.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

BADARÓ, Gustavo Henrique Richi Ivahy. **Ônus da prova** no processo penal. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.026/DF**. Plenário. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessado: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro. Eros Grau. Brasília, 08 de junho de 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/760367/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3026-df>. Acesso em: 25 de dezembro de 2019.

BRASÍLIA. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6/DF**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 09.01.2020.

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

COLOMER, Juan-Luis Gomez. **A investigação criminal**: problemas atuais e perspectiva de unificação internacional *in Processo penal e Estado de Direito*. CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai (orgs). Campinas: Edicamp, 2002, pp. 199/244;

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001.

DALLARI, Adilson Abreu. Ordem dos Advogados do Brasil: natureza jurídica – regime de seu pessoal. **Rev. Inf. Legisl.**, ano 29, n. 116, p. 259-270, out./dez. 1992. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176041/000472174.pdf?sequence=3>. Acesso em: 8 fev. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo, Saraiva, 2012. p. 483.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 8. ed. Reimpresión. Madrid: Civitas, 1998.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Rumos da investigação no direito brasileiro**, in boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, ano 5, n. 21, jun./set. 2002, pp. 12/13.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015,.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual Penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. Orientador: Antonio Scarance Fernandes. 2009. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 8 fev. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Brasília: IBDC, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 28. ed. São Paulo, Saraiva, 1998.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento nº 188/2018**. Brasília, 11 dez. 2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 8 fev. 2020.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 3º ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Breno Alvarenga de. **A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO INQUERITO POLICIAL**. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/6389/1/BASouza.pdf> . Acesso em: 8 de fev. 2020.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STRECK, Lênio; SARLET Ingo. **Os limites constitucionais das resoluções do CNJ e CNMP**. Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/indez.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao009/ana_silva.htm. Acesso em 10 de fev. 2020.

SUANNES, Aduauto. **Os Fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TONINI, Paolo. **Manuale di Procesa Penal**. 8 ed. Milano: Giuffrè, 2007

TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.