



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**SARAH MARTINS NAVES**

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO  
GARANTISMO PENAL**

**LAVRAS-MG**

**2022**

**SARAH MARTINS NAVES**

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO  
GARANTISMO PENAL**

Monografia apresentada ao Centro  
Universitário de Lavras, como parte  
das exigências do curso de  
Bacharelado em Direito.

Orientadora: Profa. Ma. Adriane  
Patrícia dos Santos Faria.

**LAVRAS-MG**

**2022**

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico  
da Biblioteca Central do UNILAVRAS

Naves, Sarah Martins.

N323i Investigação criminal defensiva: uma análise sob a ótica  
do garantismo penal / Sarah Martins Naves. – Lavras:  
Unilavras,2022.

42f.

Monografia (Graduação em Direito) – Unilavras,  
Lavras,2022.

Orientador: Prof.<sup>a</sup> Adriane Patrícia dos Santos  
Faria.

1. Investigação. 2. Defensiva. 3. Garantismo. 4.  
Paridade. I.Faria, Adriane Patrícia dos Santos  
(Orient.). II. Título.

**SARAH MARTINS NAVES**

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO  
GARANTISMO PENAL**

Monografia apresentada ao Centro  
Universitário de Lavras como parte das  
exigências do curso de Bacharelado em  
Direito.

APROVADO EM: 11/05/2022

**ORIENTADORA**

Profa. Ma. Adriane Patrícia dos Santos Faria / UNILAVRAS

**PRESIDENTE DA BANCA**

Prof. Pós-Dr. Denilson Victor Machado Teixeira / UNILAVRAS

**LAVRAS-MG**

**2022**

## **DEDICATÓRIA**

*À minha mãe, Rosilda Inácia  
Martins Naves.*

*Ao meu irmão, Guilherme  
Martins de Souza;*

*À minha avó, Maria Helena  
Ferreira.*

*Ao meu noivo, Dailson Vitor  
Pereira; e*

*Em especial, ao meu falecido e  
eterno pai, Márcio Ferreira  
Naves.*

*Enfim, a todos que estiveram  
ao meu lado neste processo.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente à Deus, que sempre esteve comigo em toda minha trajetória de vida, e que se fez presente na minha vida e no meu coração – com toda sua onipresença – especialmente nestes 5 (cinco) anos. Sem Ele e sua misericórdia não seria capaz de dar um passo sequer nesta caminhada, tampouco chegar até aqui.

Sua onipotência; sua mão cuidando de cada detalhe; seus ouvidos atentos que sempre escutaram as minhas orações; seu amor que sempre acalmou o meu coração; suas mãos que sempre me sustentaram; suas vestes que sempre enxugaram as minhas lágrimas; e quando eu não tinha mais forças, fazia renascer a fé em meu coração e a esperança ao lembrar que tenho ao meu lado e à minha frente um Deus que não falha, que é justo e caridoso.

À minha mãe Rosilda, que sempre me apoiou e sempre fez o seu possível para que este sonho se concretizasse. Toda sua paciência, ensinamentos, cuidados, força de trabalho e fé me fizeram chegar até aqui. Sem ela, isso seria, no mínimo, muito difícil.

Ao meu irmão Guilherme, que sempre me incentivou e ajudou, da maneira que estava ao seu alcance. Pelo exemplo que sempre foi, pela paciência, humildade e bondade.

À minha avó paterna Maria Helena, minha grande incentivadora. Pessoa de garra e honra inigualáveis, que merece partilhar essa alegria junto a mim por todo sofrimento em vida que já passou e permaneceu firme e adiante, e por sempre contribuir com meus estudos, da forma que lhe era viável.

Ao meu noivo Dailson, que me faltam palavras para agradecer. Pessoa que Deus me enviou em momento de grande fragilidade e que me ajudou a amadurecer, a crescer profissionalmente e pessoalmente. Um dos meus maiores incentivadores – senão o maior – que me entende, não me julga, me acolhe e me ensina. Pacioso, caridoso e sábio, tem uma grande representatividade nas minhas conquistas e na minha vida como um todo. Gratidão por tudo.

Ao meu falecido e eterno pai, Márcio, com quem convivi fisicamente por 13 anos e 11 meses, anos estes que foram suficientes para que ele me ensinasse o caminho de Deus, o caminho da vida eterna, o caminho da honestidade, da verdade acima de tudo, da alegria com sobriedade, da dignidade de um trabalhador, do valor da família. Sempre incentivou os meus estudos, a ser independente, a ter um nome e uma profissão, e acima de tudo, a andar na graça de Deus e na fé. Sempre estará comigo a cada conquista, que será sempre por ele e graças a ele.

À cada um de meus familiares que torceram verdadeiramente por mim durante toda esta trajetória, a minha gratidão, carinho e disposição no que estiver ao meu alcance colaborar.

Aos meus poucos e verdadeiros amigos, dentro e fora da Universidade, que estiveram comigo apoiando e torcendo, e aos que ajudaram diretamente para que eu chegasse até aqui

A todos os professores do curso de Direito do Unilavras, pelos vastos ensinamentos, pelas risadas, pelos xingos, por compartilhar suas vidas conosco, que passamos tanto tempo juntos, compartilhando a vida, os sonhos, as angústias e inseguranças, nossa segunda família. O corpo docente do Unilavras é incrível e inigualável.

Ao Centro Universitário de Lavras por nos disponibilizar amparo durante a graduação e por nos proporcionar um ambiente tão gostoso de conviver. Ainda, por nos dar a honra de termos como Mestres profissionais tão qualificados e seres humanos tão incríveis. Sem dúvidas foi uma experiência incrível e maravilhosa.

*“Não basta que todos sejam iguais perante a lei. É preciso que a lei seja igual  
perante todos.”*

*Salvador Allende*



## RESUMO

**Introdução:** constitui em um estudo acerca da investigação criminal defensiva, instituto de aplicação prática na defesa do imputado, pouco utilizado, muito debatido e com déficit de regulamentação normativa. **Objetivo:** visa esclarecer acerca das questões fáticas e práticas da investigação defensiva sob a ótica do garantismo penal e como um meio de paridade de armas entre as partes envolvidas. **Metodologia:** Com o escopo de garantir as respostas acerca da investigação criminal defensiva: uma análise sob a ótica do garantismo penal e a paridade de armas. Será realizada uma pesquisa explicativa cujo meio de investigação se dará pela pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. **Conclusão:** conclui-se que a investigação criminal defensiva é um meio, utilizado pela defesa, para angariar provas que serão usadas em prol da defesa do melhor interesse do imputado. Com a finalidade de garantir isonomia e paridade armas entre as partes, visa o equilíbrio processual, uma vez que a investigação no Brasil é exercida, majoritariamente, pela Polícia Judiciária e Ministério Público, que visam angariar provas para fundamentar uma futura ação penal, acusando o imputado através de provas obtidas nesta fase, utilizando todo o aparato estatal a seu favor. Deste modo, a investigação defensiva é necessária a bem da justiça e do devido processo legal, realizado com igualdade e ampla defesa.

**Palavras-chave:** investigação; defensiva; paridade; garantismo; equilíbrio.

## ABSTRACT

**Introduction:** constitutes a study on defensive criminal investigation, an institute of practical application in the defense of the accused, little used, much debated and with a deficit of normative regulation. **Objective:** aims to clarify the factual and practical issues of defensive investigation from the perspective of criminal guaranteeism and as a means of parity of arms between the parties involved. **Methodology:** With the scope of guaranteeing answers about defensive criminal investigation: an analysis from the perspective of criminal guaranteeism and parity of arms. An explanatory research will be carried out whose means of investigation will be through bibliographic and jurisprudential research. **Conclusion:** it is concluded that the defensive criminal investigation is a means, used by the defense, to gather evidence that will be used in the defense of the best interest of the accused. In order to guarantee equality and parity between the parties, it aims at procedural balance, since the investigation in Brazil is carried out mainly by the Judiciary Police and the Public Ministry, which aim to gather evidence to support a future criminal action, accusing the imputed through evidence obtained at this stage, using the entire state apparatus in his favor. In this way, defensive investigation is necessary for the sake of justice and due process of law, carried out with equality and ample defense.

**Keywords:** investigation; defensive; parity; guarantee; balance.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

<b>ART</b>	Artigo
<b>CP</b>	Código Penal
<b>CPP</b>	Código de Processo Penal
<b>CRFB</b>	Constituição da República Federativa do Brasil
<b>N.</b>	Número
<b>OAB</b>	Ordem dos Advogados do Brasil
<b>P.</b>	Página
<b>STF</b>	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>13</b>
<b>2</b>	<b>REVISÃO DE LITERATURA</b> .....	<b>15</b>
2.1	CONCEITO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E O MODELO INVESTIGATÓRIO BRASILEIRO .....	15
2.2	A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA – CONCEITO, OBJETO E FINALIDADE .....	16
2.3	FUNDAMENTOS PRINCÍPIOLÓGICOS CONSTITUCIONAIS E NORMATIVOS DA ATUAÇÃO INVESTIGATIVA DEFENSIVA.....	18
2.4	O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA COMO PRINCÍPIOS NORTEADORES DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NA BUSCA DE PARIDADE ARMAS .....	21
2.5	REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E O PROVIMENTO 188/2018 DA OAB .....	22
2.6	O GARANTISMO PENAL APLICADO À INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA .....	23
2.7	ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SOBRE A ATUAÇÃO INVESTIGATIVA DEFENSIVA .....	26
<b>3</b>	<b>CONSIDERAÇÕES GERAIS</b> .....	<b>364</b>
<b>4</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>366</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>40</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Advindo dos sistemas norte-americano e italiano, o instituto é pouco conhecido no Brasil, porém, passou a ser regulamentado a partir de 11 de dezembro de 2018 pelo Provimento nº 188 da OAB, que estabelece como prerrogativa profissional do advogado a realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. (BRASIL, Provimento nº 188 OAB, 2018).

Vários problemas enfrentados pela defesa são acarretados pela falta de participação durante a persecução penal, pois o advogado encontra vários obstáculos e restrições, ficando afastado e, conseqüentemente, impedido de apresentar uma defesa técnica nesta fase.

Sendo assim, o presente estudo tem por finalidade elucidar quais problemas a falta de participação da defesa na persecução penal acarretam ao mundo jurídico e social, e qual a importância de haver paridade de armas entre as partes.

Objetiva-se com este estudo a investigação criminal defensiva sob a ótica do garantismo penal e a paridade de armas, de modo a demonstrar a importância do instituto objeto de monografia para o processo penal e para o sistema acusatório como um todo.

A presente monografia se faz necessária uma vez que, se trata de um instituto pouco conhecido e regulamentado, porém, cada vez mais tem sido utilizado como meio de exercer o direito probatório em prol da defesa dos interesses do imputado.

Por se tratar de uma arma à defesa, a investigação criminal defensiva pode se apresentar como um grande potencial na combatividade à desigualdade e abusos de autoridade perante o sistema penal, buscando equiparar acusação e defesa durante a fase inquisitorial e processual, e qualquer ferramenta que seja útil na busca pela justiça deve ser debatida, conhecida, defendida e praticada.

Para início da discussão é necessário compreender o que é uma investigação criminal, seus desdobramentos e suas consequências, abordando o modelo de investigação adotado pelo Brasil e suas características.

Vencido este tópico partiremos para o entendimento do que vem a ser a investigação feita pela defesa, conceituação, objeto e finalidade.

Para entendermos o instituto, iremos buscar os fundamentos principiológicos constitucionais e normativos que respaldam a atuação defensiva na fase da investigação, abordando os princípios constitucionais, penais e processuais penais e dentro outras normas que preveem uma atuação defensiva em prol do acusado e da mais lúdima administração da justiça.

No centro da atuação defensiva se encontra o contraditório e a ampla defesa, princípio garantido pela Carta Magna visando a defender e buscar um processo justo e com equidade, prezando sempre pelas garantias fundamentais dos cidadãos, que têm a seu dispor todos os meios existentes para provar sua inocência, assegurado o direito de contradizer tudo o que lhe for imputado.

A regulamentação normativa do instituto ainda é precária, havendo poucas fontes que tratam diretamente desta forma de atuação, sendo a mais direta o provimento 188/2018 da OAB, que disciplina e conceitua a investigação defensiva explicitamente, resguardando a atuação do Advogado neste sentido, haja vista ser indispensável à administração da justiça e seus atos e manifestações invioláveis, mediante observância da lei.

Far-se-á uma análise do garantismo penal como forma de alcançar a paridade de armas, através dos direitos e garantias estabelecidos pela Carta Magna e demais normas.

Por fim, esclareceremos o que os Tribunais brasileiros têm entendido a respeito da atuação defensiva nas fases processual e pré-processual, a fim de entender como tem sido, na prática, a busca pela efetivação deste direito instrumentalizado pela investigação defensiva.

## 2. REVISÃO DE LITERATURA

### 2.1. Conceito de investigação criminal e o modelo investigatório brasileiro

A princípio, é necessário entender o que é uma investigação criminal.

A persecução penal abrange dois momentos distintos, a investigação e ação penal. Na esfera jurídica, investigação trata-se de um procedimento formado através de vários atos que se comunicam, com o intuito de desvendar algum fato incógnito, e caso haja possibilidade do fato investigado venha a ser um delito, dá-se o nome de investigação criminal. (MACHADO, 2009).

Quanto a sua natureza jurídica, MACHADO defende

A investigação criminal possui natureza jurídica complexa, pois é composta por atos administrativos, judiciais e até jurisdicionais. Dessarte, a natureza jurídica de determinada modalidade de investigação criminal depende da natureza jurídica dos atos predominantes.

Ressalta-se que, esta fase preliminar de investigação tem um impacto considerável no processo que irá se iniciar, “haja vista que seus resultados serão utilizados como fundamentos do arquivamento do inquérito ou para o oferecimento e o recebimento da peça acusatória” (TALON, 2020, p. 18).

Como principal modelo investigatório, o inquérito policial se trata de um procedimento formal, uma vez que deve obedecer a algumas regras na realização dos atos, não podendo ser considerado um processo devido a inexistência de contraditório, elemento imprescindível na relação jurídico-processual. (MACHADO, 2009).

Marta Saad (2020, p. 31) explana que inquérito policial é investigação preliminar, por um procedimento administrativo prévio e cautelar, que tem como finalidade “apurar o fato, que aparenta ser ilícito e típico, bem como sua autoria, coautoria e participação”, na maioria das vezes realizado pela Polícia Judiciária e com finalidade judiciária.

Para Zanardi (2016) este modelo de investigação adotado pelo Brasil está em crise e aplicação do contraditório e a ampla defesa se mostra cada vez mais necessária

Está cada vez mais evidente que deve haver o impedimento ou a restrição da influência do material colhido durante a investigação no convencimento do julgador, já que os atos produzidos na persecução penal prévia não se submetem ao contraditório e os que vivenciam e estudam o tema percebem que não são apenas produzidos elementos informativos como quer fazer crer o Código de Processo Penal brasileiro e parte da doutrina.

## **2.2. A investigação defensiva – conceito, objeto e finalidade**

Para Lima (2019, p. 9), trata-se de “um procedimento privado de responsabilidade do próprio imputado, por meio de seu defensor, no sentido de promover, diretamente, diligências investigativas, objetivando reunir subsídios à sua defesa”.

Os autores Fontes e Gomes (2021, p. 61) definem a atuação defensiva da seguinte maneira

A investigação defensiva é a possibilidade investigatória desenvolvida, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais habilitados, com o intuito de reunir elementos convincentes, lícitos e favoráveis, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, com o fim de tutelar direitos de seu constituinte, de acordo com o art. 1º da proposição OAB 188/2018. (OAB, 2018).

A Investigação Criminal Defensiva trata-se de um instituto que possibilita o advogado de defesa a elaborar uma investigação paralela e alheia ao inquérito policial, utilizando-se de diversos meios para realizá-la e angariar provas, a fim de corroborar com a persecução penal de modo a alcançar um julgamento mais justo possível. (TALON, 2020).



O provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB dispõe em seu art. 1º o seguinte

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. (OAB, Provimento nº 188 OAB, 2018).

A partir do conceito trazido pelo Provimento, é possível verificar que há semelhança entre as atividades previstas à investigação criminal defensiva com as atividades realizadas no inquérito policial e na investigação direta realizada pelo Ministério Público. (TALON, 2020).

Desta forma, Lima (2019) traz que, esta deve ser compreendida como a possibilidade que tem o advogado de ter uma participação efetiva durante a fase pré-processual, de modo a produzir elementos de prova a defender-se provando, e não tão somente estando presente no ato investigativo.

Zanardi (2016, p. 200) complementa que, “a investigação criminal defensiva pode ser entendida como a possibilidade de a defesa participar da fase pré-processual, a fim de defender-se provando”.

O art. 1º do Provimento 188/2018 da OAB, em seu *in fine*, dispõe que a investigação defensiva visa à obtenção de elementos de prova destinados a constituir o acervo de provas lícitas, para a tutela de direitos de seu constituinte.

No entendimento de Machado (2009), a investigação criminal defensiva trata-se de um instrumento que busca a efetividade dos direitos e igualdade de defesa do imputado, visando a diminuição do risco de se movimentar, de forma penosa e inútil, a máquina judiciária em ações sem fundamentos.

O objeto principal da investigação defensiva é a paridade de armas no processo penal, como meio de busca pelo aperfeiçoamento deste sistema que visa justiça e que é exercido pelas instituições. (FONTES; GOMES, 2021).

Silva (2020, p. 65) leciona que, a investigação defensiva se prestará a

(...) permitir a formação de um percurso defensivo no processo quando o agente tenha parcela de responsabilidade pelo fato praticado; desanuviar a percepção da defesa quanto à oportunidade e conveniência na aceitação de institutos despenalizadores; antecipar a visualização de futuras colidências de defesa entre acusados; refutar a validade de provas produzidas pela acusação; ou até mesmo na própria elucidação da conduta criminosa, nesse caso, situação mais comum quando a vítima quiser participar da apuração por meio de investigação própria.

Para Talon (2020, p. 100), “de modo geral, a finalidade da investigação criminal defensiva é produzir elementos que poderão ser utilizados em inquéritos ou processos, buscando favorecer o cliente”.

Por fim, a investigação defensiva tem o condão de buscar elementos esclarecedores para a situação jurídica, por meio de diligências, trazendo ao conhecimento da acusação informação, que por vezes, foram negligenciadas pelos órgãos de Polícia Judiciária. (SILVA, 2020)

### **2.3. Fundamentos principiológicos constitucionais e normativos da atuação investigativa defensiva**

Por mais que, até o momento, no Brasil ainda não há fundamentação constitucional ou infraconstitucional que mencione regulamente especificamente a investigação criminal defensiva, há diversos fundamentos que justificam o exercício do direito de defesa para que a sua prática seja efetivada e motivos para que sua prática seja efetivada e não há nenhuma norma ou qualquer outra forma de proibição que impeça essa atividade. (TALON, 2020).

Nossa Carta Magna (1988), de início, já prevê em seu art. 5º, *caput*, o princípio da igualdade, não devendo haver tratamento distinto, de qualquer natureza, entre os cidadãos, garantindo a igualdade a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país.

A Constituição Federal (1988, art. 5º) em seu art. 5º, LV, dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são

assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, um dispositivo de grande importância à investigação criminal defensiva, uma vez que deixa claro o direito que tem o acusado em ter uma defesa abrangente e efetiva e não somente uma defesa técnica, e feita por meio de todos os recursos que a ela forem admitidos.

Nas palavras de Silva (2020, p. 55) a ampla defesa e o contraditório “representam os elementos-chave para o embasamento da investigação criminal defensiva, os seus pilares de sustentação no sistema jurídico interno”.

A dignidade da pessoa humana na qual trata-se o art. 1º, III, da CRFB/88, também deve ser observada no exercício do direito da ampla defesa, uma vez que o advogado não pode ter sua atividade defensiva limitada à uma defesa somente técnica, pois trata-se do julgamento de uma vida humana, e todo o processo deve ser humanizado e não se admitir este bem seja objetificado e minimizado aos desejos de vingança da sociedade por meio do Estado. (TALON, 2020).

O art. 5º da nossa Constituição Federal traz também, que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (BRASIL, 1988, art. 5º).

Tendo em vista que é a liberdade do acusado que está em jogo, ninguém tem mais interesse de que tudo ocorra da forma mais justa, correta e real possível do que o advogado que instaura uma investigação criminal defensiva, pois, é o conjunto probatório que irá definir o destino do réu, e será este quem arcará com as consequências de qualquer possível erro, dessa forma, o advogado e a investigação criminal defensiva só tende a corroborar para com uma decisão justa e acertada. (TALON, 2020).

Não se pode deixar de citar a presunção de inocência prevista no art. 5º, LVII também da Carta Magna como um fundamento da atuação defensiva, pois, uma vez que a inocência é presumida até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o réu tem o direito de participar ativamente para que tal presunção seja mantida. (BRASIL, 1988, art. 5º).

Outro dispositivo importante à investigação criminal defensiva é a súmula vinculante n. 14 do STF, que dispõe

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. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2009).

Segundo Talon (2020), a súmula supracitada apresenta-se de modo a ressaltar o papel da defesa técnica, e nada mais justo que possibilitar ao Advogado que tenha conhecimento aos elementos já produzidos contra o seu constituinte, uma vez que isso se faz necessário para que haja uma defesa adequada e efetiva.

O Código de Processo Penal também dispõe de diversos artigos na qual são muito importantes para a amplitude da investigação defensiva. Dentre eles, podemos citar o art. 231 do CPP que prevê que as partes juntem documentos em qualquer fase do processo, que vai de acordo, inclusive com o Provimento n. 188/2018 aprovado pela OAB, e trata-se de uma possibilidade importante à ampla defesa do acusado. (BRASIL, 1941).

Destaca-se também a regulamentação legal da cadeia de custódia prevista no art. 158 e seguintes do CPP, pois “a cadeia de custódia adquire especial relevância para a defesa, sobretudo na investigação criminal defensiva, por se tratar de um caminho para impugnação dos elementos obtidos na investigação oficial” (TALON, 2020, p. 47).

O Estatuto da OAB e da Advocacia, normatizado pela Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, também dispõe sobre várias prerrogativas na qual goza o Advogado ao exercer sua defesa perante os órgãos jurisdicionais. Dentre elas, vários direitos previstos no art. 7º do Estatuto amparam e fortalecem a investigação defensiva, o parágrafo 12 deste mesmo artigo prevê a “responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar a defesa”. (BRASIL, 1994, art. 7º).

## 2.4. O contraditório e a ampla defesa como princípios norteadores da investigação criminal defensiva na busca de paridade armas

Que os princípios norteadores do direito são de extrema relevância não há dúvidas, porém, faz-se importante destacar, pontualmente, a grande relevância que tem o princípio do contraditório e ampla defesa ao Direito Penal e sua aplicação aos procedimentos administrativos e judiciários e como respaldo à atuação defensiva ainda no âmbito das investigações.

Quanto ao contraditório, Lima (2020, p. 56) destaca que

o núcleo fundamental do contraditório estaria ligado à discussão dialética dos fatos da causa, devendo se assegurar a ambas as partes, e não somente à defesa, a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo. Eis o motivo pelo qual se vale a doutrina da expressão “audiência bilateral”, consubstanciada pela expressão em latim *audiatur et altera pars* (seja ouvida também a parte adversa). Seriam dois, portanto, os elementos do contraditório: a) direito à informação; b) direito de participação. O contraditório seria, assim, a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis.

Machado (2009, p. 81) aluda que “o processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa.”

O contraditório permite que a defesa exerça influência sobre os fatos através de sua interpretação, com a finalidade de favorecer sua tese e sua atuação defensiva. (SILVA, 2020).

Enquanto a ampla defesa, Lima (2020, p. 58) explana que

O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, 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: a reação.

A ampla defesa compreende o direito de o imputado exercer todos os meios disponíveis necessários à sua defesa, que pode ocorrer de maneira pessoal, participando o imputado de todos o processo, ou por um profissional apto

a manusear os instrumentos disponíveis pelo ordenamento jurídico, ou seja, autodefesa e defesa técnica, para se alcançar a paridade de armas. (SILVA, 2018)

Evinis Talon (2020, p. 34) faz uma análise sobre a paridade de armas frente à ampla defesa, destacando que “a paridade de armas exige a possibilidade de atuação ampla da defesa, com todos os meios possíveis, e não apenas uma participação passiva, vazia e meramente formal.”.

O mesmo autor destaca a necessidade de isonomia entre as partes, uma vez que ao Ministério Público e à Polícia Judiciária é admitida a realização de investigação, qual seria o motivo a embasar a não admissão de que o Advogado também realize uma investigação, agindo em defesa dos interesses da outra parte que é o acusado? (TALON, 2020).

Machado (2009, p. 94) concorda

De fato, consoante o princípio da isonomia, as partes devem ter paridade de armas, ou seja, os mesmos direitos, ônus e deveres, em cada grau e estado do procedimento. Assim, se, de um lado, existe a investigação pública cujo objetivo precípua é reunir material probatório para amparar a *opinio delicti* do Ministério Público ou da acusação privada; de outro, deve-se permitir que o imputado, por meio de seu defensor, efetue atividade investigatória para suportar as suas teses de defesa.

Portanto, é possível concluir que, a ampla defesa e do contraditório salvaguarda uma série de direitos e garantias, dentre elas a possibilidade de uma investigação defensiva como meio de exercer o direito a produção de provas, sendo este derivado do devido processo legal e da paridade de armas. (SILVA, 2020)

## **2.5. Regulamentação normativa da investigação criminal defensiva e o provimento 188/2018 da OAB**

Atualmente, no Brasil, a investigação defensiva se encontra regulamentada somente pelo Provimento n. 188/2018 da OAB, que foi aprovado pelo Conselho Federal em 11/12/2018 e publicado no Diário Eletrônico da OAB no dia

31/12/2018, onde regulariza-se “o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para a instrução em procedimentos administrativos e judiciais” (BRASIL, Provimento n. 188 OAB, 2018).

Notadamente, o Provimento é direcionado aos Advogados e regulamenta somente a investigação exercida por eles. Desta forma, por mais que a aprovação do Provimento seja bastante elogiada, há um certo ponto de preocupação, pois, uma vez que vincula somente os Advogados, corre-se o risco de que o poder de investigar conferido a estes não seja respeitado fora da advocacia. (TALON, 2020).

Sobre a precariedade de regulamentação legal sobre o modo de realização de uma investigação defensiva Silva (2020, p. 57) suscita

Em certo ponto, há um receio de que a investigação criminal defensiva não tenha espaço no Brasil por conta da ausência de regras que disciplinem o seu modo de realização. Pensar dessa forma seria negligenciar o conteúdo do princípio do devido processo legal e efetuar uma errônea leitura da ampla defesa, do contraditório, do direito à atividade probatória e da própria isonomia.

Quando se leva em conta que as frágeis bases da investigação direta do Ministério Público lhe permitem colher fontes de prova na qualidade de parte da relação processual, pensar que a defesa não possa ter iniciativa investigativa fragiliza a isonomia.

## **2.6. O garantismo penal aplicado à investigação criminal defensiva**

O garantismo penal tem como um dos principais teóricos o jurista italiano Luigi Ferrajoli, que em sua obra “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal” explana acerca do tema.

O autor explica que a teoria geral do garantismo penal contém vários elementos, que são

o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de

nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexas divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irreduzível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes. (FERRAJOLI, 2002, p. 686)

Ferrajoli (2002) não traz uma definição certa e concreta para o garantismo penal, mas a explica em três vertentes. Primeiramente, traz que o garantismo está ligado à estrita legalidade e que caracteriza com intervenção mínima do estado, uma vez que este é garantidor do cumprimento da lei, tão somente, devendo fazê-lo de modo a garantir os direitos dos cidadãos e satisfazer a norma, efetivamente.

Em um segundo momento, define o garantismo mediante uma crítica, argumentando que, ainda que na teoria tenha uma conotação garantista, na prática o Estado tem força para adotar atitudes tendentes a antigarantistas.

Em um terceiro conceito, através de uma análise externa, fazendo um comparativo entre o ser e o dever ser, direito e moral, para a valoração do ordenamento jurídico.

Na interpretação de Freitas; Mandarin; Rosa (2017, p. 144)

a teoria garantista representa ao mesmo tempo o resgate e valorização das normas constituintes como elementos fundamentais para limitar os abusos estatais rotineiros na demanda penal. Logo, as bases teóricas do garantismo constituem instrumentos estratégicos para mitigar os abusos que o Estado Penal comete contra os excluídos sociais, mais especificamente para defender e bem equacionar o constitucional Estado Democrático de Direito.

Ferrajoli, traz em sua obra o garantismo como base da democracia

o Estado de direito equivale à democracia, no sentido que reflete, além da vontade da maioria, os interesses e necessidades vitais de todos. Neste sentido, o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação (não formal mas) estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às majorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto.



A seletividade das garantias é evidente quando se trata das garantias, haja vista a desproporcionalidade entre os vulneráveis, delinquentes e pobres no que tange ao acesso à uma boa defesa técnica e até mesmo na capacidade de compreensão das fases processuais e procedimentais a que se sujeita, e de outro lado a sofisticação. (FREITAS; MANDARINO; ROSA, 2017)

O teórico italiano Ferrajoli, (2002, p. 752) traz ainda uma análise do garantismo e a transformação social, fazendo uma crítica ao que chama de falácia política

Neste livro desenvolvi predominantemente uma crítica daquilo que chamarei de falácia politicalha: isto é, da idéia de que basta a força de um poder bom para satisfazer as funções de tutela atribuídas ao direito, e mesmo antes que possa existir um poder bom, isto é, capaz de desempenhar tais funções sem a mediação dos complexos sistemas normativos de garantias em grau de limitá-lo, vinculá-lo, funcionalizá-lo, e na hipótese de deslegitimá-lo e neutralizá-lo. À parte a falácia política, pode cultivar-se, todavia, ainda uma falácia garantista: isto é, a idéia de que bastem as razões de um direito bom, dotado de sistemas avançados e realizáveis de garantias constitucionais, para conter os poderes e para pôr os direitos fundamentais a salvo de suas distorções. Se a primeira falácia é um vício ideológico induzido habitualmente pelos sistemas políticos autoritários, baseados na valoração a priori do poder político na desvalorização das garantias, a segunda falácia representa uma tentação recorrentemente induzida pela mesma estrutura garantista do Estado de direito.

Neste sentido, o autor supracitado acredita que o garantismo tem a finalidade de garantir que os direitos e garantias sejam efetivados, e não tão somente cumprindo o texto legal, mas fazendo com que, na prática, sejam adequados ao caso concreto. O estado deve agir como garantidor da aplicação destes direitos, enfatizando o estado mínimo, mas a necessidade atuação quando se encontrar diante de um desequilíbrio entre as partes sujeitas de direitos, buscando paridade de armas e igualdade. (Ferrajoli, 2002).

## 2.7. Entendimento dos tribunais sobre a atuação investigativa defensiva

Passamos agora a entender qual tem sido os entendimentos dos Tribunais brasileiros acerca da aplicação e atuação defensiva na fase investigatória, efetivamente.

A Suprema Corte Brasileira (STF) em decisão proferida pelo ministro Gilmar Mendes, afirmou, no bojo da décima primeiro Extensão na Reclamação 36.542 Paraná, a legalidade da investigação defensiva, acatando o pedido da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Estado do Paraná e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e sustentou o seguinte

DECISÃO: Trata-se de pedido de extensão, dentre outros requerimentos, formulado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Estado do Paraná, e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, em favor do advogado Antônio dos Santos Junior (eDOC 318). Objetiva-se, de plano, o seguinte: “a. O reconhecimento expresso de que o pleito (concedido) do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (evento 209) contempla também a pessoa do advogado ANTONIO DOS SANTOS JUNIOR e sua empresa, pois expressamente ‘referenciados na medida de busca e apreensão de n. 5035691-26.2019.4.04.7000’, como acima demonstrado, concedendo a extensão dos efeitos para o fim de trancar os procedimentos criminais no 5031366-13.2016.4.047000 (IPL 898/2016) e no 5050808-62.2016.4.04.7000 (13ª Vara Criminal Federal); ou b. A extensão dos efeitos de pleitos semelhantes concedidos nestes autos em favor de outros advogados (especialmente os Drs. PEDRO ESTEVAM SERRANO investigado nos mesmos autos do RECLAMANTE - e JOSÉ ROBERTO BATOCHIO) que também tiveram criminalizado o exercício do seu ofício no bojo da Lava Jato, todos em idêntico contexto ao do RECLAMANTE, para o fim de trancar os procedimentos criminais já referidos, ante a sua flagrante ilegalidade, seja pela indiscriminada, genérica e atemporal devassa na atuação profissional lícita do Requerente (fishingexpedition), seja pela absoluta ausência de elementos indiciários mínimos que pudessem lastreá-los desde o seu nascedouro; e c. Por fim, seja o caso, a concessão da ordem de habeas corpus, mesmo de ofício, em favor do RECLAMANTE para vedar, por esses fatos, a instauração, em seu desfavor, qualquer forma de persecução, de forma direta ou indireta, inclusive por intermédio de outrem a ele relacionado, bem como que não se proceda a qualquer investigação indireta contra terceiro sem eventuais procedimentos instaurados em face de outrem que eventualmente investigado ou processado no bojo da denominada Operação Lava Jato. Por consequência, de forma liminar, não seja compelido a prestar as informações requisitadas pela autoridade policial, em 05/04/2021 (Ofício nº 975/2021 SR/PF/PR)” (p. 19-21).

(...)

**No caso concreto, o Advogado Antônio dos Santos Junior atua em uma área de análise de dados jurídicos que hoje resta regulamentada pelo Provimento 188/2018 do CFOAB como**

**investigação defensiva. Trata-se de uma prática mediante a qual, muitas vezes, uma empresa jurídica presta serviços para outros advogados – este foi o caso do investigado com relação ao departamento jurídico da empresa Odebrecht e advogados que atuavam em favor da empresa na Operação Lava Jato. Nas palavras de André Augusto Mendes Machado, a investigação defensiva traduz uma “garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa.” (Machado, *Investigação criminal defensiva*, 2008, p. 58). (Grifo nosso). (MENDES, Gilmar, 2021, p. 8).**

Em recente decisão proferida em Ação Constitucional de Mandado de Segurança, o Superior Tribunal de Justiça, entre demais apreciações, analisou a legitimidade da pretensão do impetrante, que deseja realizar investigação defensiva para angariar provas ao seu caso, entendendo o Egrégio Tribunal que

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETO 3.810/2001. PRETENSÃO DE ACESSO A INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS CONCERNENTES A ATOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL ENTRE O BRASIL E OS ESTADOS UNIDOS NO ÂMBITO DA OPERAÇÃO CRIMINAL LAVA JATO. PRELIMINARES LEVANTADAS PELA UNIÃO E PELO PARQUET FEDERAL. REJEIÇÃO DE TODAS ELAS. **INTERESSE DA PARTE IMPETRANTE EM INSTRUIR INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA PREVISTA NO PROVIMENTO 188/2018 DO CONSELHO FEDERAL DA OAB. POSTULADOS DO ACESSO À INFORMAÇÃO E DA AMPLA DEFESA. ART. 5º, INCISOS XXXIII E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** PRINCÍPIO DO ARQUIVO ABERTO. AUTORIDADE CENTRAL BRASILEIRA QUE SE LIMITA A INTERMEDIAR PEDIDOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS E DE INFORMAÇÕES DE NATUREZA PENAL. MATERIAL PROBATÓRIO EVENTUALMENTE ARRECADADO QUE NÃO PERMANECE EM PODER DA AUTORIDADE CENTRAL. CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA. 1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado em face de afirmado ato ilegal atribuído ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, consistente na alegada negativa de acesso do impetrante a informações e documentos relativos a atos de cooperação jurídica eventualmente realizados entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos da América, com lastro em acordo bilateral de assistência penal chancelado pelo Decreto n. 3.810/2001, no âmbito da denominada "Operação Lava Jato". 2. Não procedem as preliminares levantadas pelo Ministério Público Federal (incompetência desta Primeira Seção e perda de objeto do writ) e pela União (tempestividade das informações prestadas pela autoridade impetrada; ausência de esgotamento da via recursal administrativa; incidência do óbice da Súmula 177/STJ; indevido emprego do mandamus como sucedâneo de ação de controle concentrado de constitucionalidade; decadência do prazo para impetração; necessidade de dilação probatória e, por fim, ausência de interesse de agir do impetrante). 3. Nos termos do acordo bilateral acima referido, a

Autoridade Central brasileira se limita a intermediar e otimizar os meios necessários para a interlocução e concretização de atos de cooperação internacional, não se qualificando, pois, como detentora definitiva do material probatório porventura arrecadado, cujo acervo, ao invés, terá por destinatária e guardiã final a autoridade judicial ou investigante que tenha postulado a intermediação daquela mesma Autoridade Central. 4. Por outro viés, não se descortina entrave a que a Autoridade Central brasileira disponibilize à parte impetrante, ÚNICA E TÃO SOMENTE, informações que revelem a existência, OU NÃO, de eventuais pedidos de cooperação internacional formulados, isolada ou reciprocamente, pelas Autoridades Centrais brasileira e norte-americana, relativos às ações penais especificadas na petição inicial destes autos. Positivada que resulte a existência de pedidos de cooperação em relação a qualquer delas, a autoridade impetrada, então, deverá se restringir a informar apenas aqueles dados objetivamente relacionados nas letras a, b, c e d, do item 2 do artigo IV do mencionado Acordo Bilateral. 5. **Legítima se revela a pretensão do impetrante de "conduzir Investigação Defensiva, objetivando a constituição de acervo probatório lícito, cujo direito lhe é assegurado em qualquer procedimento ou fase da persecução penal, nos termos do Provimento nº 188/2018 do Conselho Federal da OAB", devendo-se, no ponto, levar em estima a cláusula constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV), no que esta busca garantir a paridade de armas entre os interesses probatórios do órgão acusatório e da defesa técnica da parte ré, ambos almejando certificar a veracidade de suas versões.** 6. Não merece acolhida a tese deduzida pela União, no sentido de que "não existe direito líquido e certo em favor de particulares para ofertarem ao DRCI (ou a qualquer autoridade central) pleito de disponibilização de informações sobre eventuais elementos colhidos, a pedido de autoridades públicas, no seio do procedimento de cooperação jurídica internacional". De fato, conquanto mereçam proteção os dados concernentes a ações de cooperação internacional, máxime na esfera penal, certo é que a absoluta vedação de acesso a informações solicitadas pelo particular diretamente envolvido nas respectivas apurações (caso dos autos) resultaria, inescapavelmente, em esvaziar o conteúdo e o propósito da garantia constitucional esculpida no art. 5º, XXXIII, da CF, cujo cânone assinala que "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado". Ressalte-se, aliás, que a União não chegou a aduzir, no caso em exame, a necessidade de imprescindível sigilo, relativamente às informações postuladas pelo impetrante. 7. Nesse rumo é que a Lei de Acesso a Informação (Lei 12.527/2011), notadamente por seu art. 3º, I, sinaliza no sentido da observância da publicidade como preceito geral, e do sigilo como exceção. 8. Consoante ensinamento do notável jurista português JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, "Num Estado de direito com administração aberta é lógico que se exija o cumprimento do princípio do arquivo aberto e o direito de obter informações sobre os procedimentos em que estamos interessados" (Estado de direito. Cadernos democráticos 7. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 71). 9. Segurança parcialmente concedida, restando prejudicado o agravo interno de fls. 1.429/1.443. (STJ - MS: 26627 DF 2020/0177090-7, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 09/03/2022, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 27/04/2022). **(Grifo nosso).**

Em outra situação fática, julgada recentemente, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reconheceu a legalidade e legitimidade da atuação defensiva realizada pela defesa do réu em um procedimento do Tribunal do Juri, julgando

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO - REU ABSOLVIDO - LEGÍTIMA DEFESA - RECURSO AVIADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE - IMPROCEDÊNCIA - APRESENTAÇÃO TARDIA DAS RAZÕES DO RECURSO - MERA IRREGULARIDADE - ARGUIÇÃO DE NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA - **JUNTADA DE FOTOGRAFIAS DE RECONSTITUIÇÃO DOS FATOS ELABORADA PELA PRÓPRIA DEFESA - INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA - AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO POR PARTE DO PARQUET - DEFERIMENTO PELO MAGISTRADO - OBSERVÂNCIA DA REGRA DO ARTIGO 479 DO CPP - CONTRADITÓRIO EXERCIDO - VÍCIO INEXISTENTE - PRETENSÃO DE CASSAÇÃO DO VEREDICTO - IMPROCEDÊNCIA - ACOLHIMENTO PELOS JURADOS DE VERSÃO PLAUSÍVEL EXISTENTE NOS AUTOS - SOBERANIA DOS VEREDICTOS - DECISÃO MANTIDA.**

- Na dicção da jurisprudência do STJ, a apresentação tardia das razões do recurso de apelação do Ministério Público constitui mera irregularidade, não configurando sua intempestividade - **A juntada aos de registro fotográficos de reconstituição dos fatos levada a efeito pela própria defesa, em diligência de "investigação defensiva" autorizada pelo Juízo, observada a antecedência prevista no artigo 479 do CPP e assegurado o contraditório, não constitui vício capaz de anular o processo** - Optando os jurados por uma das versões factíveis apresentadas em Plenário, impõe-se a manutenção do quanto assentado pelo Conselho de Sentença. Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Apelação Criminal: APR 0006169-58.2019.8.13.0629 São João Nepomuceno. Data de Publicação: 04/02/2022. **(Grifo nosso)**.

Na presente, o Relator, Desembargador Cássio Salomé, proferiu voto no seguinte sentido

Recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual contra decisão do Tribunal do Júri da Comarca de São João Nepomuceno/MG, que absolveu Onofre Teixeira da imputação relativa à prática do delito previsto no artigo 121, §2º, II e IV, do Código Penal.

A denúncia narra, em síntese, que no dia 04/04/2019, por volta das 17h25, na Rua Dezesesseis de Maio, nº 15, Centro, em São João Nepomuceno/MG, Onofre Teixeira desferiu um disparo de arma de fogo contra N.P.S.P., causando-lhe lesões que o levaram à morte.

Segundo a inicial, na data indicada o ofendido se encontrava em companhia de sua namorada A.O.S., a qual teria feito um "programa" sexual com o acusado, tendo ambos (a vítima e a namorada) se dirigido até a residência de Onofre para cobrar o valor de R\$30,00, referente ao "programa". A namorada da vítima chamou pelo réu, que chegou à porta

de sua casa, mantendo o portão fechado. Questionado por ela acerca da dívida decorrente do programa, o autor se recusou a saldá-la. Interpelado pelo ofendido, Onofre começou a debochar dele, chamando-o de "merdinha" e dizendo "vem cá para a gente resolver isso", não admitindo ser confrontado pela vítima em ato de cobrança, demonstrando a futilidade do crime de homicídio, movido por orgulho e prepotência.

Ato contínuo - prossegue a denúncia -, no momento em que a vítima caminhava em direção ao réu, depois de ser atraído para esta situação por este último, dissimulando que haveria uma briga sem armas, o autor sacou um revólver e efetuou um disparo contra ela, a qual, após se deslocar alguns metros, não resistiu aos ferimentos e caiu ao solo, em rua próxima.

Pronunciado nos termos da denúncia, o réu foi submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, sustentando a tese da legítima defesa própria, que veio a ser acolhida pelos jurados, decretando-se a sua absolvição. Inconformado, aviou o Ministério Público o presente recurso de apelação (razões às fls. 949/953 v.).

Argui o apelante preliminar de nulidade posterior à pronúncia, aduzindo que antes do julgamento foi apresentada pela defesa prova nova, consistente em registros fotográficos de uma reconstituição do fato descrito na denúncia, por ela própria elaborada, acostados às fls. 733/756, não sendo oportunizado ao Parquet o contraditório.

Sustenta o recorrente que a exibição dos referidos documentos em Plenário causou inegável prejuízo à acusação, que não teve tempo hábil para examiná-los e sobre eles apresentar argumentação segura, durante os debates, vindo o acusado a ser absolvido pelo Júri.

Bate-se, ainda, o apelante, pela cassação do veredicto absolutório, que reputa manifestamente contrário à prova dos autos. Sustenta que ainda que se admitisse uma injusta agressão ao réu por parte da vítima, ao efetuar um disparo contra o pescoço desta última o autor se excedeu, valendo-se de meio desproporcional e impróprio para a defesa, o que descaracterizaria a excludente. Destaca que o acusado, no momento do fato, debochava da vítima e a chamou para o confronto, vindo a atirar contra ela de forma repentina, impossibilitando a sua defesa.

Contrarrazões às fls. 958/967.

Argui o apelado, preliminarmente, a intempestividade da apelação, batendo-se, quanto ao mérito do recurso, pela rejeição da nulidade suscitada e pela manutenção da decisão do Júri.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo provimento do apelo do Ministério Público, com a consequente cassação da decisão do Tribunal do Júri.

É o relatório.

A preliminar de intempestividade da apelação não procede.

O recurso foi interposto através de petição protocolizada no dia 28/06/2021, segunda-feira (f. 946), dentro, portanto, do quinquídio, que se iniciara no dia 23/06/2021, quarta-feira, dia seguinte ao do julgamento em Plenário, ocasião em que as partes foram intimadas da decisão dos jurados e da sentença do MM. Juiz Presidente.

As razões recursais, de fato, foram apresentadas depois do prazo de oito dias assinado em lei (CPP, artigo 600). Contudo, consoante firme entendimento da doutrina e da jurisprudência, constitui mera irregularidade a apresentação extemporânea das razões recursais, desde que a interposição do apelo ocorra tempestivamente.

Na dicção da jurisprudência do STJ, "A apresentação tardia das razões do recurso de apelação do Ministério Público constitui mera irregularidade, não configurando sua intempestividade. Súmula 83/STJ." (AgRg no AREsp 743.421/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 07/10/2015). CONHEÇO, pois, DO RECURSO, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

**Quanto à preliminar de nulidade posterior à pronúncia, suscitada pelo apelante, não merece acolhimento.**

**Ao que se vê dos autos foi previamente deferida pelo MM. Juiz, após a oitiva do Ministério Público - que contra ela não se opôs -, providência requerida pela defesa de realização de diligências de "Investigação Defensiva", (instituto previsto no Provimento n.º 188/2018 do Conselho Federal da OAB), consistente na reconstituição dos fatos, com a presença do réu - que foi igualmente autorizada judicialmente -, com registros fotográficos.**

**É o que se vê dos documentos acostados aos autos às fls. 443/450, 527, 532, 533, 654/656, 658, 673/674 e 733 e seguintes, dos autos.**

**Os registros fotográficos foram juntados aos autos no dia 16 de junho de 2021, seis dias antes do julgamento, com a antecedência prevista no artigo 479 do CPP, tendo sido o Ministério Público devidamente intimado do ato, sobre ele se manifestando às fls. 757/758, ainda que para manifestar-se contrariamente à exibição em Plenário das fotografias.**

**Aliás, ao se manifestar contrariamente à exibição dos aludidos registros, o Ministério Público também requereu a juntada de documentos para discussão em Plenário, com a intimação da defesa.**

**A defesa insistiu na manutenção nos autos dos mencionados elementos (fls. 860/863), e o MM. Juiz, na véspera da sessão do Júri, manteve a juntada, conforme pronunciamento exarado às fls. 914/915.**

**No início da sessão o Ministério Público insistiu pela retirada das fotografias, por se tratar de prova subjetiva, produzida unilateralmente, sem participação de perito. Entretanto, requereu que caso fossem mantidos os registros fotográficos lhe fosse autorizada a apresentação em Plenário de algumas pedras, invocando o princípio da paridade de armas.**

**O Magistrado, uma vez mais, ratificou o deferimento da juntada das fotografias anexadas pela defesa, relativas à reconstituição do fato, e deferiu também - agora sob o protesto da defesa, que alegou violação ao prazo do artigo 479 do CPP - a providência requerida pelo Ministério Público.**

**Como se vê, no contexto em que apresentadas as fotografias, observada a regra da antecedência prevista no Código de Processo Penal e oportunamente cientificado o Órgão do Ministério Público, não há falar em nulidade.**

**Rejeito, pois, a preliminar.**

Quanto ao mérito da decisão dos jurados, o pleito de cassação do veredicto não procede.

De fato, como assinala o apelante, o Código de Processo Penal prevê a possibilidade de cassação da decisão dos jurados pela instância superior, caso contrarie de forma manifesta a prova dos autos (artigo 593, III, "d", do CPP). A soberania dos veredictos não foi erigida a nível

absoluto, a ponto de suprimir princípios que norteiam o direito processual penal, como o duplo grau de jurisdição, do contraditório e, também, da plenitude de defesa - considerando-se que a admissibilidade da decisão de foro íntimo pode importar tanto na absolvição quanto na condenação.

Em outras palavras, nosso ordenamento processual não chegou a consagrar a soberania da decisão condenatória ou absolutória do Júri sem amparo nas provas. Em tese, portanto, mostra-se possível a aferição da plausibilidade da decisão absolutória dos jurados calcada na afirmação do quesito genérico, se contestada pela acusação, com base na análise da prova.

Entretanto, no caso em apreço a decisão dos jurados, que absolveu o apelado, não contraria de forma manifesta a prova coligida.

O réu confessou a autoria do disparo que ceifou a vida da vítima (mídias audiovisuais de f. 225 e 939), e a prova testemunhal a corrobora, sem discrepância.

Sustentou o acusado, porém, durante todo o processo, ter atuado sob a égide da legítima defesa própria.

Segundo o réu, Nestor, vítima nestes autos, era uma espécie de cafetão de Alice, residente na cidade, prostituta e usuária de drogas, e ambos tentaram lhe extorquir dinheiro, tendo o ofendido feito menção de agredi-lo, o que provocou a sua reação.

Na versão apresentada pelo apelado, na data apontada na denúncia ele estava em sua casa quando foi procurado por Alice, que lhe pediu um copo d'água. Ele a atendeu, da varanda de casa, mas ela passou a cobrar-lhe uma quantia em dinheiro (R\$200,00), alegando que eles haviam feito um "programa" sexual e que ele não lhe pagara. O tal relacionamento não teria ocorrido, razão pela qual ele se recusou a entregar-lhe a quantia exigida. Diante da negativa, Alice disse que quebraria sua casa e chamaria a Polícia. Nesse momento surgiu a vítima, que estava escondida, e também passou a interpelá-lo sobre o fato e a cobrar-lhe o pagamento, vindo a apossar-se de uma pedra, agindo como se fosse atirá-la contra ele. Dirigiu-se, então, até a sala de casa e pegou seu revólver, voltando para a varanda. Alice disse que ele não era homem e não cumprira o combinado, chamando Nestor para tomar-lhe a importância reivindicada. A vítima caminhou em sua direção, empunhando a pedra, para atacá-lo. Em face da iminente agressão, lançou mão da arma de fogo que trazia consigo e efetuou contra o ofendido um único disparo. Atingida, a vítima se afastou, caminhou alguns metros e caiu logo adiante, falecendo em virtude do ferimento sofrido.

Alice, ouvida nos autos, admitiu que mantinha relação afetiva com a vítima, bem como sua condição de "garota de programa". Asseverou que na data apontada na denúncia ela e Nestor foram cobrar da vítima a quantia de trinta reais, referente a um programa sexual que fizeram, mas Onofre se recusou a pagar. Nestor entrevistou em seu favor e passou a discutir com Onofre, que, por sua vez, debochou de Nestor, desafiando-o para um confronto. Nestor foi em direção a Onofre, com uma pedra nas mãos, momento em que o réu sacou um revólver e desferiu um tiro contra o oponente, matando-o.

Diversas testemunhas, inclusive policiais, foram ouvidas nos autos, e informaram não só a condição de usuários de drogas da vítima e de sua amásia, mas também a condição desta última de "garota de programa", esclarecendo ainda que eram frequentes as denúncias de extorsão por parte do casal, contra diferentes pessoas na cidade. De acordo com as testemunhas, os dois agiam com *modus operandi* semelhante ao que foi descrito pelo réu, alegando às vítimas dos golpes que elas lhes deviam



dinheiro em razão de um programa sexual com Alice, passando a constrangê-las e ameaçá-las caso não cumprissem as exigências que lhes faziam.

Neste cenário, vê-se que a prova delineou em relação ao fato uma situação de legítima defesa, em que estaria o réu, de fato, diante de uma agressão iminente por parte do ofendido, revestida de seriedade. Tal cenário, aliado aos antecedentes da vítima e de sua amásia, que costumavam extorquir pessoas da cidade mediante estratégia envolvendo hipotéticas dívidas decorrentes de supostos encontros sexuais, certamente conduziu os jurados, diante de um quadro de incerteza acerca da culpabilidade do acusado, a reconhecerem a excludente, decretando a absolvição.

Não se mostra desarrazoada a percepção de que, empregando o réu o recurso que estava ao seu alcance, não seria, por si só, a natureza do instrumento de defesa ou as consequências da reação que desvirtuariam a excludente de criminalidade prevista no artigo 25 do Código Penal (neste sentido, TJSP - RT 434/328).

Como é cediço, "optando os jurados por uma das versões factíveis apresentadas em plenário, impõe-se a manutenção do quanto assentado pelo Conselho de Sentença" (HC 232.885/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 28/05/2015).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, confirmando a decisão absolutória do Tribunal do Júri.

Custas pelo Estado. **(Grifo nosso).**

Neste íterim, visualiza-se que a investigação defensiva realizada vem cada vez mais ganhando força e legitimidade no judiciário brasileiro, com o provimento 188/2018 da OAB sendo respeitado e as demais prerrogativas inerentes à classe dos Advogados mantidas.

### 3. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Observa-se ao final deste trabalho, que o sistema acusatório brasileiro está falido e precisa de mudanças imediatas, a fim de que medidas garantistas sejam adotadas em prol da justiça mediante implemento de uma persecução penal com equidade.

A investigação criminal defensiva é precária de regulamentação e de aplicabilidade, o que acarreta diversas situações prejudiciais à defesa técnica e ao melhor interesse do investigado, que se vê diante de várias violações e abusos pelas autoridades estatais.

O Estado, na persecução penal representado pela Autoridade Policial e pelo Ministério Público, tem um viés tão somente acusatório e dispõe de todo um aparato para que realizar diligências que julgarem necessárias para a elucidação dos fatos. Na maioria das vezes, o trabalho a bem da mais cristalina verdade não é plenamente realizado, acarretando prejuízos, abusos, arbitrariedades e ilegalidades, pois está em seu poder, e tão somente seu, decidir pelas diligências a serem realizadas para conseguir lastro probatório dos fatos.

Uma investigação norteada pelo sistema que visa acusar, somente por um lado, eivado de vícios. Ora, não pode o acusado se dispor de meios para provar sua versão dos fatos? Não pode o acusado ajudar com a elucidação dos fatos, uma vez que é o maior interessado na causa?

São questionamentos como esse que a investigação criminal defensiva busca responder, lacunas como esta que busca preencher e arbitrariedades como estas que visa impedir.

A investigação defensiva deve ser defendida e efetivamente praticada para diminuir e dirimir a desigualdade entre defesa e acusação, bem como as ilegalidades cometidas pelos agentes acusadores durante a fase preliminar de investigações.

O seu implemento é de suma importância para o processo penal, pois o investigado passará a ser acusado a partir de provas decorrentes das investigações que antecedem a ação penal. E é justo, moral ou legal que alguém

seja submetido a uma acusação judicial mediante provas colhidas tão somente por quem tem o interesse de condenar? Claramente não.

A falta de efetiva participação da defesa na fase da investigação acarreta vários reflexos negativos, principalmente sociais. A desigualdade e a injustiça se tornam cada vez mais presentes e as consequências são danosas e até irreversíveis.

A persecução penal deve ser encarada com seriedade, suas consequências devem ser debatidas, para que abusos sejam evitados e vidas sejam ceifadas injustamente por um instrumento que deveria ser pautado na justiça e que

#### 4. CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho de pesquisa foi analisado o a investigação criminal realizada pela defesa, como forma de buscar paridade de armas no processo penal e a efetivação do contraditório e ampla defesa, como direito e garantia que deve ser observado e resguardado em todas as fases da instrução criminal.

A investigação criminal prevista a partir do art.4º do CPP, o tema é tratado sobre o nome Inquérito Policial. Na concepção doutrinaria o tema é tratado com uma conceituação mais abrangente, como investigação criminal, portanto. Isto porque o inquérito policial não é a única forma de se fazer uma investigação em nosso país, ainda que a principal.

O inquérito compreende em um procedimento preliminar, de natureza administrativa, e visa apurar determinada conduta, de modo a saber ser ela um fato típico ou não, o autor do fato, coautores, partícipes.

O inquérito compreende em um procedimento preliminar, pois antecede a todas outras fases da persecução penal, onde se tem a ação penal, de natureza administrativa, e busca apurar determinada conduta supostamente criminosa, de modo a saber se trata, de fato, de uma conduta típica, bem como seu ator, coautores e possíveis partícipes, de modo a munir o titular da ação penal com elementos suficientes para que possa deflagrar a ação penal.

Uma das características mais marcantes deste sistema investigatório adotado pelo Brasil é o fato de não haver ampla defesa, contraditório e o investigado não é sujeito de direitos, no sentido de postular no procedimento, mas sim o objeto de investigação.

Trata-se de uma característica inquisitorial no modelo investigatório do sistema brasileiro, haja vista ser conduzido unilateralmente pelo titular e pelo responsável das investigações, e o sujeito é objeto e não parte postulante, característica que afirma a natureza jurídica de procedimento da investigação, pois o processo é submetido ao crivo da ampla defesa e do contraditório.

Diante disso, tal procedimento é de suma importância na persecução penal, pois busca colher todos os elementos para o oferecimento e recebimento da peça acusatória, sujeitando alguém a um julgamento.

Salienta-se que tal modelo é considerado ultrapassado e está em crise, dado a forma de condução das investigações, sem contraditório e ampla defesa, tendo o imputado que esperar a ação penal para que possa se defender das acusações.

Quanto a investigação criminal defensiva, é procedimento utilizado pela defesa para coletar elementos probatórios a ser utilizados para desenvolver e amparar as teses defensivas destinadas ao melhor interesse do imputado.

O procedimento é realizado pelo representante do imputado, alheia ao inquérito policial realizado pela polícia judiciária ou pelo procedimento investigatório realizado pelo Ministério Público, podendo se valer de assistência técnica de profissionais de outras áreas, a fim de tutelar direitos de seu constituinte, amparado pelo provimento 188/2018 da OAB.

Tem como principal objetivo a reunião de elementos de prova para refutar a acusação, por meio do pleno exercício de direitos e garantias fundamentais, participando ativamente dos procedimentos visando a paridade de armas.

Se valida através de princípios e normas constitucionais, penais e processuais penais, sendo os principais: a Igualdade, o contraditório e ampla defesa, a dignidade da pessoa humana, liberdade, presunção de inocência. Bem como a súmula vinculante 14 do STF, que ressalta o papel da defesa técnica e o acesso amplo aos elementos de provas.

No CPP, os artigos 158 e seguintes, que dispõem sob a cadeia de custódia, assegurando a incolumidade das provas. E o Estatuto da Ordem dos Advogados que assegura aos Advogados prerrogativas essenciais a sua atuação.

Um destaque maior para os princípios do contraditório e ampla defesa previstos no art.5º, LV da CRFB/88. Compreende-se por contraditório, o direito de reação a todas as provas e elementos suscitados durante a investigação ou processo, permitindo que a defesa exerça influência sobre os fatos, através de sua ótica, a interesse de sua tese e do imputado.

Por ampla defesa, entende ser a forma efetiva e ativa de participação do procedimento, podendo a defesa se valer de todos os meios legalmente disponíveis para embasar suas teses e garantir seus direitos.

Desta forma, a investigação defensiva é instrumento de paridade de armas, uma vez que Polícia Judiciária e Ministério Público têm a seu dispor o inquérito policial e o procedimento investigatório, como meio para um fim acusatório, a investigação realizada pela defesa só colocaria em pé de igualdade as partes presentes no procedimento e a quem interessam a prova dos fatos.

A investigação criminal defensiva necessita de respaldo normativo maior e regulamentação devida, haja vista que, atualmente, tem previsão expressa tão somente no provimento 188/2018 editado pela OAB, que dispõe sobre a investigação defensiva pelos Advogados e suas prerrogativas frente a esta atuação.

Diante de uma análise da investigação criminal defensiva frente ao garantismo penal, conclui-se que, o garantismo é poder dever do Estado em garantir aos cidadãos que a norma seja aplicada e efetiva, de modo a mitigar os abusos cometidos pelo ente estatal, agindo em interesse dos fracos e pela tutela das minorias.

Dessarte, o garantismo tem um condão de democrático social, buscando o equilíbrio entre os vulneráveis e os dotados de poderes, sendo a investigação defensiva um meio a fornecer a paridade armas necessária nas relações jurisdicionais.

Os tribunais brasileiros, inclusive a Suprema Corte, já entendeu pelo viés legítimo da investigação defensiva, suscitando o provimento 188/2018 e aduzindo princípios que respaldam a atuação, de modo a concretizar a ampla defesa pelo bem do equilíbrio processual.

Porém, há muito que se avançar e ser inserido no direito brasileiro sobre a ótica defensiva, principalmente no que diz respeito à sua efetividade. Não basta tão somente a regulamentação sem a devida e eficaz aplicação ao caso concreto. Ainda que alguns tribunais respeitem e reconheçam a legitimidade da atuação, na contramão ainda vemos vários abusos serem cometidos, diariamente, tolhendo a

democracia, a isonomia e a ampla defesa, rasgando a Carta Magna com a mitigação de direitos e favorecendo à uma das partes.

Investigação presume ação, e ação efetiva, que resulta em elementos probatórios contundentes e de procedência ilibada.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em:

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 18/06/2021.

\_\_\_\_\_. Lei 8.906, de 4 de julho de 1994. **Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil**. Capítulo III: Dos Direitos do Advogado. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm). Acesso em: 18/06/2021.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça, STJ. 2020. *In JusBrasil*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1477572721/mandado-de-seguranca-ms-26627-df-2020-0177090-7>. Acesso em: 04/05/2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, STF. 2021. *In OABPR*. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2021/08/protocolo.pdf.pdf>. Acesso em: 04/05/2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, STF. **Súmula Vinculante 14**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 18/06/2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FONTES, Irene Mendes; GOMES, Rickardo Léo Ramos. **“Investigação defensiva – equilíbrio processual penal”**. Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (Vol 1, Nº 4 abril 2021, pp. 58-72). Disponível em: <https://www.eumed.net/uploads/articulos/dfa02ac791ebbe6eef09619c5a94b340.pdf>. Acesso em: 04/05/2022.



LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador, BA. Editora JusPODIVM, 2020. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/42873/6054-Manual-de-Processo-Penal-Renato-Brasileiro-2020.pdf>. Acesso em: 04/05/2022.

LIMA, S. de S. O. Investigação defensiva: em busca do equilíbrio processual. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, ano MMXIX, N°. 000162, 26/04/2019. Disponível em: <https://semanaacademica.com.br/artigo/investigacao-defensiva-em-busca-do-equilibrio-processual>. Acesso em: 18/06/2021.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. Biblioteca Digital USP. São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/pt-br.php>. Acesso em: 04/05/2022.

MINAS GERAIS. Tribunal De Justiça De Minas Gerais, TJMG. 2019. *In JusBrasil*. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1370175247/apelacao-criminal-apr-10629190006169002-sao-joao-nepomuceno>. Acesso em: 04/05/2022.

OAB, Conselho Federal. **Provimento n°.188**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018, p.1. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 04/05/2022.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. IBRASPP. Porto Alegre, 2020. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/308>. Acesso em: 04/05/2022.

\_\_\_\_\_. **Investigação criminal direta pela defesa**. 2. ed. Editora JusPODIVM. 2020. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/4bc826bc11e71de09a7ad2663c0f6fb3.pdf>. Acesso em: 04/05/2022.

TALON, E. **Investigação criminal defensiva**. 1. ed. Gramado, RS. ICCS, 2020.

ZANARDI, Tatiane Imai. **Investigação Criminal Defensiva: uma prática a ser difundida**. Revista Justiça e Sistema Criminal. Editora FAE Centro Universitário, 2016. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/71>. Acesso em: 04/05/2022.