

O PROVIMENTO N. 188/2018 DO CONSELHO FEDERAL DA OAB E A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO À INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

João Pedro Minguete Goulart

Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Estagiário de Pós-Graduação da 2ª Promotoria de Justiça de Cambé/PR. jpdrogoulart@hotmail.com.

Daniela Braga Paiano

Professora da graduação e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). E-mail: danielapaiano@hotmail.com.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o Provimento n. 188, editado em 11 de dezembro de 2018 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que regulamentou o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. A metodologia utilizada se pautou em revisão bibliográfica narrativa, em que a abordagem apresentada é meramente descritiva e consubstanciada em estudos revisados da literatura, da análise de normas do ordenamento jurídico brasileiro e de tratados do direito internacional. Diante da discussão que se pretende levantar neste estudo, primeiramente se examina a constitucionalidade da referida normativa ético-disciplinar, tanto do ponto de vista formal quanto material. Em sequência, busca-se discorrer sobre as disposições do Provimento, abordando seus limites e as formas de instrumentalização da prerrogativa que causídicos detém de instaurar investigação criminal autônoma. Diante das considerações apresentadas ao longo do trabalho, pretensamente se chega à conclusão pela adequação constitucional da normativa infralegal, bem como se constata que há vasto arcabouço normativo que ampara juridicamente a prerrogativa de condução, por parte do advogado de defesa, de caderno investigatório próprio e independente.

Palavras-chave: Investigação defensiva; advocacia criminal; prerrogativas.

PROVISION NO. 188/2018 OF THE FEDERAL COUNCIL OF THE ORDER OF ATTORNEYS OF BRAZIL AND THE REGULATION OF THE RIGHT TO DEFENSIVE CRIMINAL INVESTIGATION

ABSTRACT

This paper aims to analyze the Provision No. 188, edited on December 11, 2018, by the Federal Council of the Order of Attorneys of Brazil, which has regulated the exercise of the attorney's professional prerogative of conducting investigative diligences for instruction in legal and administrative procedures. The methodology used was based on a narrative bibliographical review, in which the approach is merely descriptive and embodied in reviewed literary studies, in the analysis of norms of the Brazilian legal order and of international law treaties. Given the discussion this study aims to arouse, the constitutionality of the referred ethical-

disciplinary norm is examined firstly, from both the formal and the material points of view. Afterwards, the study focuses on discussing the characteristics of the Provision, approaching its limits and ways of instrumentalisation of the prerogatives that lawyers hold of conducting an autonomous criminal investigation. The considerations presented throughout this paper lead to a penchant for the constitutional adequacy of the infralegal norms, as well as verify the existence of a vast normative basis that legally supports the prerogative of conduction of an independent investigative journal by the defense attorney.

Keywords: Defensive investigation; criminal law; prerogatives.

INTRODUÇÃO

Há muito se discute se no rol de prerogativas de advogados constaria o direito de conduzir investigações criminais autônomas e independentes de outros cadernos eventualmente instaurados, tais como inquéritos policiais e procedimentos de investigação criminal (PIC), estes conduzidos pelo *Parquet*.

Os debates se intensificaram após a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em sede do Recurso Extraordinário nº 593.727 – MG, em que se reconheceu que o Ministério Público dispõe de competência para promover investigações próprias. Desde então, sustenta-se a existência de desequilíbrio no postulado da paridade de armas no processo penal, eis que se passou a conceder amplo arsenal probatório ao órgão de acusação, sem que fossem dispensados aos acusados instrumentos semelhantes.

Recentemente, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) editou o Provimento n. 188, de 11 de dezembro 2018, que regulamentou o exercício da prerogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Assim, as discussões já existentes acerca da adequação jurídica desta modalidade de investigação foram aprofundadas no Brasil.

Alguns críticos argumentam que o referido Provimento é eivado de inconstitucionalidade, tanto material quanto formal, fundamentando-se na ausência de dispositivo específico na Carta Magna que autorizasse a adoção deste tipo de procedimento, bem como nas carências de legitimidade e de competência do Conselho Federal da OAB para a edição de normas jurídicas.

Por outro lado, os autores que defendem a sua estrita legalidade sustentam que não há novo direito sendo criado, uma vez que existe vasto arcabouço normativo que fundamenta a investigação criminal defensiva. Nesse sentido, argumentam que o órgão supremo da OAB meramente regulamentou a matéria, estabelecendo parâmetros para o exercício desta prerrogativa.

Destarte, na direção do que se pretende tratar neste estudo, busca-se analisar a adequação constitucional do Provimento n. 188/2018, tanto do ponto de vista material quanto formal. Na sequência, passa-se a examinar as disposições da normativa ético-disciplinar que instrumentalizam a investigação criminal defensiva no Brasil.

1 DA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROVIMENTO N. 188/2018 DO CONSELHO FEDERAL DA OAB

Luís Roberto Barroso (2015, p. 108) ensina que vige no Direito Constitucional contemporâneo o princípio da *supremacia da Constituição*, que aponta que a Carta Magna “[...] é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível” (BARROSO, 2015, p. 109).

Diante disso, o fenômeno da inconstitucionalidade pode ser definido como a desconformidade entre uma norma constitucional e outra hierarquicamente inferior. Nestes termos, havendo o choque entre os dois atos normativos, considerar-se-á válido o dispositivo constitucional, em respeito ao postulado da supremacia da Constituição (GOULART, 2016, p. 416).

Nesse sentido, Barroso (2001) aponta que a inconstitucionalidade formal resulta do desrespeito ao procedimento estabelecido na Constituição para a criação da espécie normativa. Já a inconstitucionalidade material “resulta de um conflito entre o conteúdo de uma norma infraconstitucional e a Constituição. Logo, trata-se de um conflito de matéria, de substância” (BARROSO, 2001, p. 236).

Destarte, conforme mencionado nas notas introdutórias, alguns críticos do Provimento n. 188/2018-CFOAB argumentam que esta normativa infralegal foi editada à margem da Constituição Federal. Isso porque ela seria eivada de vícios materiais e formais, uma vez que

estariam ausentes dispositivos específicos na Carta Magna que autorizassem a adoção desta modalidade de procedimento investigatório, bem como que careceria de competência o Conselho Federal da OAB para a edição de normas jurídicas (SILVA, 2019).

Diante destas considerações, passa-se à análise da compatibilidade do Provimento n. 188/2018 com as disposições constitucionais, primeiramente em seu aspecto formal e, em sequência, em relação ao seu conteúdo.

1.1 DA CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA NORMATIVA ÉTICO-DISCIPLINAR

Como dito, alguns doutrinadores, como Silva (2019) e Hoffmann e Fontes (2019), entendem que o ato emanado do Conselho Federal da OAB é eivado de inconstitucionalidade formal, sob o seguinte argumento:

A Ordem dos Advogados do Brasil é uma autarquia que regula a atividade profissional e cuida dos interesses dos advogados, podendo, em algumas hipóteses específicas, postular judicialmente, mas não lhe cabe criar norma jurídica com força vinculante para autoridades públicas. Não é fonte material de direito, não possuindo autorização constitucional para a criação de normas legais, notadamente processuais, que demandam lei federal em sentido estrito, como deixa claro o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal. Mesmo que se entenda não se tratar de matéria processual, mas atinente a procedimento em matéria processual, ainda assim se encontra sob reserva legal, mas de competência comum concorrente entre União, Estado e Distrito Federal, nos termos do artigo 23, inciso XI, da Carta Magna.

[...] Flagrante, assim, a inconstitucionalidade formal do aludido provimento, que é oriundo de uma autarquia que não tem autorização constitucional para editar normas processuais ou procedimentais (SILVA, 2019)

Faz referência o jurista, portanto, à norma estabelecida no art. 22, inc. I, da Constituição Federal⁶⁴, que estabelece como competência privativa da União legislar sobre direito processual e, alternativamente, ao dispositivo constante no art. 24, inc. XI da Lei Fundamental⁶⁵, que aponta a União, os Estados e o Distrito Federal como concorrentemente competentes para legislar sobre procedimentos em matéria processual (BRASIL, 1988).

Em entendimento semelhante, Hoffmann e Fontes (2019) apontam que não constaria dentro das competências da OAB a possibilidade de editar normas sobre investigações criminais, na medida em que:

De acordo com a lei fundamental, a Polícia Federal e a Polícia Civil são os órgãos vocacionados

⁶⁴ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, especial e do trabalho;

⁶⁵ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XI – procedimentos em matéria processual;

para realizar a investigação criminal (artigo 144, parágrafos 1º e 4º). Visão referendada na esfera infraconstitucional pela Lei 12.830/13, que deixa claro que a tarefa é, além de jurídica, essencial e exclusiva de Estado, devendo ser conduzidas por delegados de polícia.

Nesse sentido, na linha dos argumentos apontados, as investigações criminais deveriam ser conduzidas exclusivamente pelas Polícias, conforme previsão legal expressa. Assim, a regulamentação de quaisquer outras modalidades de investigação demandaria a edição de lei própria e, tendo em vista as regras de competência acima elencadas, não caberia à Ordem dos Advogados do Brasil trazer qualquer inovação jurídica nesse sentido.

Todavia, não obstante as pertinentes considerações apresentadas e com a devida vênia, importa destacar que o Conselho Federal da OAB não buscou editar normas processuais nem procedimentais sobre a investigação criminal defensiva, mas meramente tratou de regulamentar atividade institucional intrínseca ao exercício da advocacia (GOULART, 2020, p. 19). Diante desta perspectiva, Bulhões sustenta que:

[...] ao longo de 08 (oito) artigos, a minuta do Provimento n.º 188/2018-CFOAB pretendeu trazer balizas, sem engessar a atividade da investigação defensiva. Almejou-se fixar parâmetros, valores, métodos e técnicas, sem, por outro lado, ditar pormenorizadamente como deve ser ou não a atuação profissional da advocacia investigativa (BULHÕES, 2019, p. 73).

Em idêntico entendimento, Baldan (2019, p. 8) complementa que:

[...] uma análise desarmada e criteriosa do Provimento CFOAB 188/2018, pioneira norma disciplinadora da investigação defensiva no Brasil, revelará que tal diploma administrativo de natureza meramente regulamentar não inova a ordem jurídica e tampouco veicula qualquer dispositivo que tenha potencial de restringir ou privar o exercício de quaisquer dos direitos individuais consagrados em sede constitucional, mesmo aqueles não sujeitos à reserva de jurisdição. Também não obstrui ou embaraça a atuação de quaisquer agentes ou agências estatais envolvidas na persecução criminal. Fala-se, simplesmente, na sistematização do salutar direito de o advogado defender-se provando, essência do mister defensivo, imprescindível à prestação da “Justiça” (em sua mais elevada pureza semântica).

Conclusão semelhante é apontada por Pedrosa (2019, p. 64), ao aduzir que “o que faz o Provimento n.º 188 é tão somente regulamentar uma matéria, de modo a fornecer aos profissionais da advocacia, primeiramente, mais um fundamento para o exercício da prerrogativa e, em segundo, fornecer-lhes orientações de como conduzir o procedimento”.

Vale dizer que as previsões constitucionais referenciadas por Hoffmann e Fontes (2019), quais sejam, os §§ 1º e 4º do art. 144 da Lei Fundamental⁶⁶, meramente elencam dentro das

⁶⁶ Art. 144. [...] § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

atribuições das polícias federal e civil a apuração de infrações penais. Não há qualquer menção à exclusividade desses órgãos para a condução de investigações criminais, mesmo porque, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal (STF), o Ministério Público também pode instaurar procedimento autônomo para apuração de crimes⁶⁷, conforme será tratado em momento oportuno.

Ademais, em referência ao art. 2º da Lei n. 12.830/2013⁶⁸, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia, acrescenta Pedroso que:

[...] o *caput* do art. 2º da lei em comento menciona a apuração de infrações penais dentre as atribuições do Delegado de Polícia. Ocorre, porém, que a referida autoridade exerce essa função por meio da condução de um inquérito policial que é, na verdade, uma espécie de investigação preliminar. Isso fica nítido a partir da leitura do § 1º do art. 2º da Lei n. 12.830/13. Nesse sentido, o que a referida lei veda é que o Promotor de Justiça ou o Advogado conduzam um inquérito policial. Nada impede, porém, que eles realizem a investigação por meio de expedientes próprios, ou seja, PIC e investigação defensiva, respectivamente.

Com efeito, por meio da investigação defensiva não se questiona a legitimidade das Polícias para as investigações nem se quer obstá-las. O Provimento n. 188/2018-CFOAB meramente regulamenta uma das modalidades possíveis de instrumentos para colheita de indícios probatórios e, nesse sentido, as investigações policiais, ministeriais e defensivas podem coexistir pacificamente e independentes entre si.

Nesse ponto, ainda que se tenha ressalvas com o argumento, pode-se sustentar, como fazem Bulhões (2018, p. 5) e Rocha (2019, p. 54), que a advocacia, como atividade privada – ainda que essencial à Justiça e detentora de função pública –, rege-se pelo princípio de que é legítimo fazer tudo aquilo que não lhe é vedado por lei. Diante disso, inexistindo dispositivo específico que vede a regulamentação da atividade investigatória do advogado, a edição de provimento

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; [...]

§ 4º às policiais civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvadas a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

⁶⁷ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.727-MG. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 14 de maio de 2015. Data de Publicação: 08/09/2015.

⁶⁸ Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas do Estado.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

[...]

nesse sentido estaria acobertada pelo direito fundamental ao livre exercício das profissões, nos termos do art. 5º, inc. XIII, da Constituição Federal.⁶⁹

Ademais, quanto à competência do órgão supremo da Ordem dos Advogados do Brasil para a edição de normativas atinentes ao exercício da advocacia, Bulhões (2019, p. 63) rememora que:

A Lei n. 8.906/1994 prevê o poder regulamentador da classe advocatícia ao CFOAB, através da prescrição legal inserida no artigo 54, V, do referido diploma. Sendo assim, possui competência para editar o Regulamento da própria Lei (Estatuto), o Código de Ética e Disciplina e os Provimentos que julgar necessário.

Ao editar o Provimento n. 188/2018, portanto, entende-se que o Conselho Federal da OAB meramente exerceu o poder regulamentador que detém, dentro dos estritos termos que a lei autoriza. Diante disso, Lopes Jr., Moraes da Rosa e Bulhões apontam que:

O Conselho Federal da OAB não criou qualquer prerrogativa legal para a advocacia por meio de provimento nem inovou sob qualquer aspecto a ordem jurídica. O que se fez, esclarece-se, foi estabelecer conceitos, balizas e parâmetros para a advocacia exercer a sua função investigativa, vez que esta não se encontra proibida em qualquer norma brasileira (como dito, decorre da ampla defesa e contraditório previstos no art. 5º, LV, da CF). Disciplinar o que se pode fazer, a partir das ferramentas legais e previsões constitucionais já postas, é exercício do poder regulamentador conferido no artigo 54, V, do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei Federal 8.906/1994) (LOPES JR; MORAIS DA ROSA; BULHÕES, 2019).

Diante destas considerações e tendo em vista as disposições do Provimento n. 188/2018-CFOAB, constata-se que o órgão supremo da OAB não trouxe qualquer inovação legislativa. Isso porque a normativa infralegal editada se limitou a trazer conceitos, estabelecer parâmetros e apontar formas de instrumentalização da investigação defensiva. No entanto, o fez de forma superficial e extremamente cautelosa, justamente para que não houvesse qualquer irregularidade formal nem usurpação de competência legislativa.

Como dito, o CFOAB meramente exerceu o seu poder regulamentar para dispor sobre prerrogativa inerente à própria atividade da advocacia e o fez com amparo legal, nos termos do art. 54, inc. V, da Lei n. 8.906/1994.⁷⁰

Ademais, quanto à suposta carência de competência do órgão máximo da OAB para a regulamentação desta temática, é importante trazer à discussão que, no âmbito do Recurso

⁶⁹ Art. 5º. XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

⁷⁰ Art. 54. Compete ao Conselho Federal: [...] V – editar e alterar o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina e os Provimentos que julgar necessários.

Extraordinário nº 593.727 – MG, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu que o Ministério Público dispõe de competência para promover investigações autônomas. Na ocasião, a ministra Rosa Weber consignou em seu voto expressamente que:

[...] Embora fosse até desejável, não é absolutamente necessário um diploma legal específico para regular o tema, já que incidem, nas investigações realizadas pelo Ministério Público, as normas mais gerais do Código de Processo Penal, sem olvidar os direitos e garantias fundamentais do investigado contemplados na Constituição.

Anoto, por oportuno, que, com base nas normas legais citadas, o Conselho Nacional do Ministério Público editou Resolução, a disciplinar, no âmbito do Ministério Público, a instalação e tramitação do procedimento investigatório criminal.

Então, a título de conclusão, reconheço legitimidade constitucional à prática de atos investigatórios pelo Ministério Público.⁷¹

Ora, no caso em tela, ainda que não houvesse norma específica que regulamentasse os poderes investigatórios do *Parquet*, reconheceu-se que o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) detinha competência para editar Resolução específica sobre o tema. Diante disso, evidentemente se aplicam analogicamente as mesmas prerrogativas ao Conselho Federal da OAB, entidade representativa de mesma ordem que o CNMP (GOULART, 2020, p. 20). Nesse sentido, Baldan (2019, p. 8) acrescenta que:

[...] a mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, ao entender pela constitucionalidade do exercício da investigação criminal direta pelo órgão do Ministério Público, deve, em única hermenêutica constitucional possível, ser interpretada no sentido de estarem implicitamente conferidas análogas e simétricas atribuições investigatórias em favor da advocacia criminal.

No entanto, ainda que aqui se parta da premissa da inexistência de irregularidades formais da normativa infralegal editada pelo órgão máximo da OAB, concorda-se com a necessidade de sua complementação por meio de lei específica, para delimitar de maneira inequívoca os limites dos poderes de advogados no âmbito da investigação defensiva.

Com efeito, Alves Silva (2020, p. 63), embora também conclua pela possibilidade jurídica desta modalidade de investigação, faz importante ressalva ao apontar que é papel do Poder Legislativo a complementação do Provimento n. 188/2018, definindo de maneira mais evidente as limitações desta prerrogativa de advogados, a fim de coibir eventuais abusos e extrapolações em sua utilização.

Em entendimento semelhante, Castro e Vieira (2019, p. 221) sustentam que:

[...] a regulamentação da Ordem dos Advogados do Brasil é insuficiente para garantir segurança

⁷¹ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.727-MG. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 14 de maio de 2015. Data de Publicação: 08/09/2015.

jurídica aos procedimentos de investigação defensiva. Há que se considerar a necessidade desse instrumento ser regulamentado por Lei Ordinária, com regras claras e de obrigatoriedade *erga omnes*, com evidentes funções simbólicas perante a comunidade jurídica.

Nesse sentido, Gabriel Bulhões, que foi o proponente da discussão da matéria no âmbito da OAB, concorda com a necessidade de edição de um marco legal que forneça maior segurança jurídica para a prática da investigação defensiva (BULHÕES, 2019, p. 73).

Destarte, entendendo pela constitucionalidade formal do Provimento em debate, ainda que com as ressalvas apontadas, impende salientar que a prerrogativa de advogados conduzirem instrumentos investigatórios próprios não é inovação legislativa. Isso porque ela é extraída do cotejo de diversos elementos presentes no ordenamento jurídico pátrio, bem como no direito internacional.

Diante disso, para a análise material da constitucionalidade do Provimento n. 188/2018-CFOAB, cumpre apresentar os elementos jurídicos capazes de fundamentar a investigação criminal defensiva.

1.2 DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL: OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Como dito anteriormente, existe inconstitucionalidade material entre normas, quando há “conflito entre o conteúdo de uma norma infraconstitucional e a Constituição. Logo, trata-se de um conflito de matéria, de substância” (BARROSO, 2001, p. 236).

Diante dessa definição, para a análise da adequação constitucional - em seu aspecto material - das disposições do Provimento n. 188/2018-CFOAB, cumpre apresentar quais são os preceitos presentes na Constituição Federal capazes de fornecer supedâneo ao conteúdo da normativa infralegal.

Flávia Piovesan (1994, p. 26) argumenta que, a partir do século XIX, inaugura-se uma nova fase no desenvolvimento dos sistemas de proteção de direitos humanos. Nesta etapa, as garantias constantes nas declarações e tratados internacionais “passam a ser inseridas nas Constituições dos Estados. A partir do séc. XIX, os Estados passam a acolher as declarações em suas Constituições e, deste modo, as Declarações de direitos se incorporam à história do constitucionalismo” (PIOVESAN, 1994, p. 26).

Sobre este fenômeno, Barroso (2015, p. 390) elucida que a ideia de constitucionalização do Direito está associada “a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. E, diante disso, “os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional” (BARROSO, 2015, p. 391).

Destarte, diante das considerações apresentadas por Flávia Piovesan e por Luís Roberto Barroso, preliminarmente ao exame das normas constitucionais positivadas na Carta Magna de 1988, tratar-se-á brevemente das disposições do direito internacional atinentes ao direito de defesa.

1.2.1 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DIREITO INTERNACIONAL

Em relação aos elementos de Direito Internacional, Bulhões (2019, p. 39) sustenta que há escorrido tratamento dispensado em diplomas normativas internacionais à efetivação do direito à ampla defesa e a todos os recursos a ela inerentes, *in verbis*:

Tal material veio disciplinado em diversos diplomas, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos, o conhecido Pacto de São José da Costa Rica (1969), ou ainda o Estatuto de Roma (1988), o qual instituiu o Tribunal Penal Internacional, jurisdição à qual o Brasil está submetido desde 2002 (BULHÕES, 2019, p. 39).

Dentre as normas internacionais elencadas, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme a lição de Alvarenga (2018, p. 18):

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, elaborada pela Organização das Nações Unidas (ONU), representa a Constituição Universal dos Direitos Humanos no mundo. Trata-se da norma jurídica internacional mais importante na história da humanidade, por agregar e por traduzir as ideias e as regras basilares de respeito, de convivência e de existência digna entre todos os seres humanos do planeta.

Ao consagrar princípios e valores universais e fundamentais da ordem jurídica internacional, que devem caracterizar a civilização contemporânea, a Declaração Universal de 1948 é considerada a fonte máxima da hierarquia no mundo do Direito e de toda a humanidade. É o mais importante e mais completo documento concebido em favor da humanidade, pelo qual se reconhece, solenemente, a dignidade da pessoa humana como base da liberdade, da igualdade, da justiça, da paz, além de outros ideais.

Nesse sentido, dentre as disposições constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (1948), o artigo 11, item 1, assegura que “todo acusado de crime tem o direito de ter a sua inocência presumida até que seja provada a sua culpa por meio de processo judicial público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias

à sua defesa”.⁷² Diante da importância do referido documento, é simbólico que em seu bojo constem as garantias da presunção de inocência e do direito de defesa, uma vez que tais dispositivos buscam salvaguardar os acusados de crime de ingerências e abusos estatais (GOULART, 2020, p. 8).

Nesta perspectiva, Piovesan (1994, p. 28) sustenta que “após a Declaração de 1948 inúmeras outras Declarações e Convenções Internacionais foram elaboradas, no intuito de responder ao processo de ‘multiplicação de direitos’”. Além disso, a autora esclarece que diversos instrumentos de proteção de internacional de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil a partir da Constituição de 1988, citando como exemplo o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIOVESAN, 1994, p. 31).

Com efeito, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 – que foi promulgado pelo Brasil por meio do Decreto nº 562/1992 -, corroborando com as disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos, indica em seu artigo 14, item 3, alínea “b”, que toda pessoa acusada de um delito terá direito “de dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa [...]” (BRASIL, 1992a).

No mesmo viés, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, - promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 678/1992 -, em seu artigo 8 contempla as garantias judiciais, dentre as quais constam a concessão “do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa” (artigo 8, 2, “c”) e o direito da defesa de “[...] obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de pessoas que possam lançar luz sobre os fatos” (BRASIL, 1992b).

Por sua vez, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998 – promulgado pelo Brasil pelo Decreto nº 4.388/2002 – estabelece em seu artigo 67 o rol dos direitos do acusado, no qual constam os direitos de “dispor de tempo e de meios adequados para a preparação de sua defesa [...]” (art. 67, 1, “b”) e os de “apresentar defesa e oferecer qualquer outra prova admissível [...]” (art. 67, 1, “e”) (BRASIL, 2002).

⁷² Tradução destes autores. Texto original: “Article 11. 1. Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defense”.

Na linha do que foi tratado, importante consagrar a lição de Flávia Piovesan (1994, p. 31):

Os tratados internacionais de direitos humanos, menos que estabelecer o equilíbrio de interesses entre os Estados (como ocorre com os tratados internacionais tradicionais), buscam garantir o exercício de direitos e liberdades fundamentais. A partir desta perspectiva, não apenas o Estado, mas também o indivíduo passa a ser sujeito de direito internacional. Consolida-se, assim, a capacidade processual internacional dos indivíduos.

Evidencia-se, portanto, que, nos termos dos diplomas internacionais referenciados, todos os acusados têm o direito de ser submetidos à processo judicial justo, no qual lhes sejam assegurados todos os direitos, garantias e faculdades inerentes ao seu direito de defesa. Dentre eles, certamente se inclui a possibilidade de conduzir caderno investigativo próprio e autônomo, instaurado com a finalidade de que sejam colhidos elementos de prova que possam ser utilizados em sua defesa.

Diante destas breves constatações, passa-se a tratar das disposições constitucionais capazes de fundamentar a investigação defensiva.

1.2.2 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DIREITO CONSTITUCIONAL

No âmbito das normas constitucionais, constata-se a existência de diversos princípios que apontam para a possibilidade de instauração de autos de investigação defensiva, conduzidos pelo advogado de defesa.

Dentre eles, pode-se elencar os princípios expressos da igualdade (art. 5º, *caput*, CF), do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF) e o do livre exercício das profissões (art. 5º, XIII, CF). Há, ainda, princípios que, apesar de não constarem expressamente no rol constitucional exemplificativo, são extraídos como decorrência lógica do nosso sistema jurídico, tal qual o da paridade de armas (BULHÕES, 2019, p. 44).

Em consonância com o que foi tratado em tópico anterior, é possível concluir que todos estes postulados podem ser extraídos do cotejo dos elementos internacionais que tratam do direito de defesa. A Constituição Federal de 1988, portanto, positivou disposições já vigentes no âmbito internacional, a fim de adequar o ordenamento jurídico brasileiro aos parâmetros estabelecidos pela comunidade internacional.

Nesse sentido, Miguel Reale (2001, p. 286) esclarece que:

Princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atuação prática.

Por sua vez, Barroso (2015, p. 238) acrescenta que:

Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e a aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito.

Destarte, tomando por base as explanações de Miguel Reale e de Luís Roberto Barroso, vários são os princípios constitucionais, feita uma interpretação lógico-sistemática do Direito (REALE, 2001, p. 262), que apontam para a possibilidade jurídica da investigação criminal defensiva.

No que se refere ao postulado constitucional da paridade de armas, saliente-se novamente que nos autos do Recurso Extraordinário nº 593.727 – MG, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o Ministério Público dispõe de competência para promover investigações autônomas.⁷³

Alguns autores, como César Roberto Bitencourt, foram críticos à ampliação extensiva dos poderes concedidos ao *Parquet* para a investigação de infrações penais. Com efeito, Bitencourt (2007, p. 3) argumenta que, pela leitura do art. 129, da Constituição Federal, conclui-se que esta prerrogativa não consta dentre as atribuições conferidas ao Ministério Público.

De outra sorte, houve quem defendesse a ampliação da competência investigativa do *Parquet*. Lemos Jr (2002, p. 12) sustenta que “além de poder acompanhar o trabalho da Polícia Judiciária, o Ministério Público pode colher provas de fatos eleitos como importantes, coleccionar depoimentos em seus gabinetes, arrecadar documentos [...]”.

Independentemente da posição que se filie, não é possível olvidar que o E. Supremo Tribunal Federal subscreveu e ratificou os poderes investigativos ministeriais, sendo estes plenamente difundidos e amplamente utilizados pelo Ministério Público hodiernamente. Nesse sentido, criou-se verdadeiro desbalanceamento do sistema acusatório brasileiro, na medida em que

⁷³ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.727-MG. Relator: Min. César Peluso. Brasília, 14 de maio de 2015. Data de Publicação: 08/09/2015).

apenas a uma das partes do processo tem sido concedida ampla liberdade de produção probatória (GOULART, 2020, p. 14).

Camelo (2017, p. 212) rememora que:

O modelo acusatório caracteriza-se pela distribuição entre sujeitos processuais distintos das funções de acusar, defender e julgar. Ao sujeito legitimado para a acusação, cumpre deduzir a pretensão em juízo, imputando a alguém a prática de uma conduta criminosa; ao acusado toca o direito de, pessoalmente ou por meio de um terceiro habilitado, defender-se dessa acusação; ao Juiz cumpre a tarefa de julgar o caso, avaliando, em posição equidistante dos demais sujeitos, os argumentos e as provas apresentadas pelas partes. Disso decorre que cabe ao órgão de acusação tanto a gestão da prova quanto o ônus da sua produção.

E, nesse sentido, evidencia-se que:

A igualdade de armas, essencial ao processo equitativo, pode ser concebida como uma consequência da incorporação da divisão de funções do modelo acusatório e significa que sempre deverá ser alcançado um equilíbrio (*balance*) entre as partes. É dizer, o *direito a um tratamento igualitário pela jurisdição* significa, em primeiro lugar, que tanto a defesa, quanto a acusação devem ter *oportunidades iguais* para *preparar e apresentar* a acusação e a defesa durante o processo (CORRÊA, 2017, p. 11).

Na medida em que o órgão de acusação detém o poder de conduzir investigações próprias, independentes de outros cadernos eventualmente instaurados, tais como inquéritos policiais, seria juridicamente incoerente vedar que o réu também dispusesse de instrumentos semelhantes, sob pena de ofensa incorrigível aos postulados da paridade de armas e da igualdade no âmbito do processo penal (GOULART, 2020, p. 14).

Destarte, Baldan faz necessária ponderação:

Entregar ao Ministério Público atribuições investigatórias totais sem, em contrapartida, conferir similares poderes à defesa, sob o pueril argumento do fortalecimento de um pretense sistema acusatório, implica, em verdade, sedimentação de um explícito modelo inquisitorial pior que qualquer outro porque sob gestão, agora, não de um Magistrado, imparcial por vocação, mas sim de uma única parte do processo – o Ministério Público – que, doravante, administraria a ‘inquisição ministerial’, com sua inexorável e notória vinculação psicológica com o desate condenatório (BALDAN, 2014, p. 156).

Com efeito, como órgão acusatório, o Ministério Público se consubstancia em uma das *partes* do processo penal, o que implica, por seu próprio mister e correndo o risco de se dizer o óbvio, *parcialidade* na condução de eventual caderno investigatório por ele instaurado. Diante disso, em um sistema acusatório, conferir apenas à parte que acusa extenso arsenal persecutório e não permitir à defesa dispor de instrumentos similares, evidencia a latente desigualdade do arsenal probatório no processo penal (GOULART, 2020, p. 15).

Acrescenta Baldan (2019, p. 8) que:

[...] a mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, ao entender pela constitucionalidade do exercício da investigação criminal direta pelo órgão do Ministério Público, deve, em única hermenêutica constitucional possível, ser interpretada no sentido de estarem implicitamente conferidas análogas e simétricas atribuições investigatórias em favor da advocacia criminal.

Diante desta perspectiva, Machado (2009, p. 78) aponta que “no âmbito do processo penal, o princípio da igualdade garante, de um lado, o tratamento paritário aos que se encontram em posição idêntica no processo e, de outro, as mesmas oportunidades para as partes comprovarem os seus argumentos”. No mesmo sentido, Baldan (2019, p. 9) complementa que “a cláusula constitucional regente do devido processo legal restaria violada caso conferidos poderes à parte acusatória em situação não isonômica com aqueles direitos confiados à parte defensiva”.

Igualmente, Alves Silva (2020, p. 57) sustenta que:

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.

Com efeito, das lições apontadas se extrai que eventual vedação da investigação defensiva configuraria evidente violação aos princípios da paridade de armas, da igualdade e, em última análise, do devido processo legal.

Nesse viés, Corrêa (2017, p. 13) levanta pertinentes questionamentos:

[...] recorrendo ao exemplo privilegiado da Defensoria Pública [...] é de causar perplexidade que se venha a reconhecer o direito de o Estado-acusação conduzir uma investigação para subsidiar a imputação penal, e ao Estado-defesa não seja, em igualdade de condições, permitida semelhante conduta.

Como seria possível sustentar, sem giros retóricos e desvios semânticos, que o órgão de acusação pública aparelhado pelo Estado pode, em seus escritórios reservados, preparar elementos para subsidiar uma acusação, e o órgão de defesa pública aparelhado pelo mesmo Estado, em seus escritórios próprios, não pode preparar elementos para subsidiar uma defesa?

De fato, causa estranheza que, por defenderem interesses diametralmente opostos na condução do processo penal, à Defensoria Pública (Estado-defesa) não sejam concedidos os mesmos poderes investigativos dos quais dispõe o Ministério Público (Estado-acusação). Outrossim, Corrêa (2017, p. 13) conclui que:

[...] os indivíduos são titulares de um direito a um processo equitativo, com igualdade de armas, em um procedimento adversarial, o que implica o direito em *resistência* a uma ação estatal tendencialmente restritiva de sua liberdade, produzirem investigação capaz de garantir o seu *status libertatis*.

Assim sendo, como forma de garantir o direito de resistir a uma ação penal estatal e de salvaguardar o seu *status libertatis* (CORRÊA, 2017, p. 13), a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, assegura aos acusados “em processo judicial ou administrativo, [...] o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

Nestes termos, Alves Silva (2020, p. 59) indica que “a perspectiva do contraditório representa a possibilidade de a defesa exercer a influência em torno da interpretação fática que lhe seja mais favorável, realizando atividade probatória com essa finalidade”. E, diante disso:

O papel da defesa técnica é arrecadar informações e elementos que possam direcionar o exercício da resistência à pretensão acusatória e a sugerir a proposição das provas na relação processual, permitindo que ambas as partes tenham o controle e a previsibilidade de suas ações no processo (ALVES SILVA, 2020, p. 59).

Conforme bem apontado por Barroso:

[...] os princípios funcionam como uma *instância reflexiva*, permitindo que os diferentes argumentos e pontos de vista existentes na sociedade, acerca dos valores básicos subjacentes à Constituição, ingressem na ordem jurídica e sejam processados segundo a lógica do Direito (BARROSO, 2015, p. 241).

Diante disso, ainda que não se possa extrair apenas da leitura do texto constitucional quais seriam as implicações da utilização de “todos os meios e recursos” inerentes ao princípio da ampla defesa, feita uma interpretação lógico-sistemática do direito – entendida como aquela que permite a compreensão das leis “segundo seus valores linguísticos, mas sempre situando-as no conjunto do sistema” (REALE, 2001, p. 262) –, é possível concluir que a condução de investigação criminal pelo advogado de defesa é plenamente compatível com os anseios das disposições constitucionais (GOULART, 2020, p. 16). Isso porque, conforme a lição de Baldan (2007, p. 253), a investigação defensiva surge como o próprio “direito de defender-se provando”.

Acrescenta Baldan (2019, p. 8) que “[...] confinar o advogado à inércia, sem qualquer protagonismo relevante na fase investigatória, privando-o do direito de se defender provando, implica ferimento irreversível à cláusula constitucional do devido processo legal e à ampla defesa”.

Outrossim, Lima (2007, p. 171) aponta que os princípios do contraditório e da ampla defesa podem ser entendidos como corolários do postulado do devido processo legal, que se relaciona intimamente com o próprio conceito de justiça. E, neste viés, Machado (2009, p. 79) sustenta

que “[...] um processo justo depende de simetria na idoneidade técnica das funções da acusação e da defesa”.

Diante de todos estes apontamentos, pretensamente se conclui que a investigação criminal defensiva encontra amparo em diversos postulados constitucionais. Indo além, é possível afirmar que cercear esta prerrogativa de advogados configuraria violação aos princípios constitucionais da ampla defesa, da igualdade, da paridade de armas e do devido processo legal.

Por certo que as considerações adrede apontadas não esgotam o tema da constitucionalidade do Provimento n. 188/2018, e certamente haverá questionamentos acerca de eventuais vícios perante os Tribunais pátrios que, finalmente, poderão pacificar a questão. Todavia, *prima facie* e salvo melhor juízo, não se constata irregularidades materiais e/ou formais na medida editada e, portanto, passa-se à análise de seus dispositivos.

2 DAS DISPOSIÇÕES DO PROVIMENTO N. 188/2018 DO CONSELHO FEDERAL DA OAB: LIMITES E FORMAS DE INSTRUMENTALIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

O art. 1º do Provimento n. 188/2018 editado pelo Conselho Federal da OAB (2018) aponta que se compreende 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.

A normativa ético-disciplinar, em seu art. 2º, ainda indica que a investigação defensiva pode ser desenvolvida em qualquer etapa processual: seja durante as investigações preliminares, no decorrer da instrução processual, na fase recursal, durante a execução penal ou mesmo como medida preparatória para a propositura de revisão criminal (CONSELHO FEDERAL DA OAB, 2018).

Alguns autores, como França, Furlaneto Neto e Lourenço dos Santos (2018, p. 165), ainda que concluam pela possibilidade de adoção da investigação criminal defensiva no Brasil, discorrem sobre ela apenas na fase pré-processual. Contudo, não obstante as necessárias considerações por eles apresentadas, o instituto da investigação defensiva não se restringe apenas à atuação

do causídico junto ao inquérito policial, mesmo porque as duas modalidades de investigação são autônomas e independentes entre si (GOULART, 2020, p. 21).

Além disso, conforme disposição expressa constante no art. 2º do Provimento, esta modalidade investigatória pode ser levada a efeito independentemente da fase processual em que se encontre. Ela é válida, inclusive, quando sequer houver inquérito policial instaurado, valendo-se como forma preventiva de colheita de indícios probatórios, visando salvaguardar o interessado de eventuais medidas judiciais que possam ser tomadas em seu desfavor.

Vale dizer que este instituto pode ser usado não só em benefício de investigados e/ou acusados, como também em favor da vítima que, devidamente representada por seu procurador, atue como assistente de acusação (ALVES SILVA, 2020, p. 64).

Indo além, Canestraro e Januário (2020, p. 303) sustentam que também se enquadram no âmbito das investigações defensivas “as investigações internas promovidas por pessoas jurídicas com a finalidade de constituição de seu acervo probatório em eventual procedimento criminal” e acrescentam que não se observam “maiores objeções à concessão do status de investigação defensiva também para as investigações internas promovidas antes da instauração do inquérito, desde que visando apurar fatos que supostamente possam dar ensejo a um procedimento sancionador” (CANESTRARO; JANUÁRIO, 2020, p. 309).

Por sua vez, Antonietto e Silva (2019, p. 6) também advogam pela realização de investigações internas em empresas como forma de atuação preventiva de seus gestores, que podem auxiliá-los no conhecimento “[...] sobre possíveis ilícitos praticados por pessoas físicas internas à pessoa jurídica e em favor desta, ou seja, de práticas irregulares que tiveram por objetivo trazer resultados a empresa”. Diante disso:

Podem ser identificados como finalidades das investigações internas o esclarecimento, a interrupção e a sanção de comportamentos irregulares, como também a obtenção de informações sobre deficiências dos sistemas de controle da empresa, prevenção ao cometimento de novas irregularidades e, principalmente, evitação de responsabilidade, já que, ao não instaurar uma investigação diante de indícios de irregularidades cometidas em benefício da empresa, a direção pode incorrer em infração do seu dever de vigilância (ANTONIETTO; SILVA, 2019, p. 7).

Nesse sentido, Cardoso Neto, Cordeiro e Paes (2019, p. 92), ainda que façam pertinentes ressalvas sobre a necessidade de estabelecimento de limites e critérios para tanto, sustentam a

possibilidade de entidades privadas adotarem programas de *criminal compliance*, como forma de prevenção contra a prática de infrações penais no seio de sociedades empresárias.

Assim sendo, por meio do instituto da investigação criminal defensiva, o procurador jurídico da empresa detém a prerrogativa de conduzir procedimento interno cautelar dentro da estrutura da pessoa jurídica, desde que lhe sejam concedidos poderes específicos pelos gestores e que haja indícios de irregularidades que recomendem a sua instauração.

Noutro giro, Ferreira da Silva (2020, p. 6), ainda que faça suas considerações no âmbito dos direitos civil e do trabalho, leciona sobre contribuição importante da investigação defensiva regulamentada pelo Provimento n. 188/2018-CFOAB. Aponta o autor que, quando esta modalidade de investigação é utilizada em fase pré-processual, pode contribuir com a produção de indícios de prova e impedir a propositura de demandas desnecessárias.

Tal linha de raciocínio, *mutatis mutandis*, pode ser transportada ao processo penal. Com efeito, para a propositura de uma ação penal por meio de uma denúncia, demanda-se a existência de provas da materialidade delitiva e de indícios suficientes de autoria. Nesse sentido, por meio da investigação defensiva, tendo em vista a maior proximidade do advogado com o investigado, permite-se a colheita elementos até então possivelmente desconhecidos das linhas investigativas da autoridade policial ou do Ministério Público e, diante disso, poder-se-ia evitar a propositura de ações penais desnecessárias, que tratassem de fatos atípicos ou acusassem inocentes, por exemplo.

Diante disso, permitir que a defesa atue de forma ativa nas investigações pré-processuais pode contribuir não só com a atuação dos próprios advogados na condução de seus misteres, mas também de promotores e juízes, que passam a atuar com maior respaldo e embasados em maior quantidade de indícios de prova. Aumenta-se, portanto, o nível de certeza da propositura de uma ação penal por parte do *Parquet* e do recebimento da denúncia pelo Poder Judiciário.

Em idêntico sentido, Caponi (2019, p. 97) aponta que as principais causas de erros judiciários e de prisões indevidas se originam na fase pré-processual, nos seguintes termos:

É visível que as principais causas de erro judiciário [...] se externam, quase que exclusivamente em fase pré-processual – em sendo, na lavratura do flagrante, ou mesmo durante o curso das investigações, consubstanciadas no inquérito policial. O que não se surpreende: trata-se de fase, afinal, em que se dispensa o exercício do contraditório e da ampla defesa, o que também resulta em

insignificante fiscalização e controle sobre os atos de investigação, assim como dos agentes por eles responsáveis.

Diante desse entendimento, aponta a autora que a investigação defensiva pode auxiliar na minoração da ocorrência de erros judiciários e, portanto, atende de forma inequívoca ao interesse público (CAPONI, 2019, p. 97). Com efeito, a Administração Pública, além de se reger pelo princípio da eficiência, “que só se verifica em decisões judiciais corretas e fundamentadas, embasadas em provas concretas, cuja convicção de certeza atinja tamanho grau que sequer se cogite futura cassação” (CAPONI, 2019, p. 97), também pode se sujeitar à reparação de eventuais danos causados pela ocorrência de erros judiciários, na forma do art. 5º, inc. LXXV, da Constituição Federal.⁷⁴

Ressalte-se, como já dito, que as investigações defensivas não surgem com o intuito de suprir ou obstar aquelas conduzidas pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, uma vez que todas essas modalidades de investigação podem coexistir pacificamente e de forma autônoma.

Outrossim, a condução de caderno investigatório defensivo pode ser utilizada para embasar eventual acordo de colaboração premiada a ser firmado entre o infrator confesso e o Ministério Público ou o Delegado de Polícia. Nesse sentido, Bottino (2016, p. 6) estabelece que:

A colaboração premiada instituída Pela Lei 12.850/2013 vai além da delação premiada naquilo que exige do suspeito ou acusado colaborador, mas, sobretudo naquilo que oferece em troca de sua cooperação.

Para poder usufruir do benefício, a lei estabelece as seguintes condições ao acusado que coopera (art. 4º, da Lei 12.850/2013): (1) que a colaboração seja voluntária; (2) que a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso recomendem a celebração de acordo; e, (3) que a colaboração seja efetiva [...]

Assim sendo, tendo em vista que a utilização deste instituto demanda a efetividade da colaboração, condicionada a determinados resultados, como a identificação de coautores, a revelação de estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, a prevenção de infrações penais e a recuperação dos produtos dos crimes (BOTTINO, 2016, p. 7), os autos da investigação criminal defensiva podem servir como forma de apresentar elementos sólidos às autoridades policial ou ministerial, contribuindo para a celebração de acordo mais vantajoso ao colaborador.

⁷⁴ Art. 5º. LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

Nesse sentido, Pedroso (2019, p. 65) sustenta que, além da colaboração premiada, a investigação defensiva pode fornecer supedâneo à elaboração de acordos de leniência:

Pode a investigação defensiva servir como elemento para a negociação dos termos do acordo de leniência ou colaboração premiada. Em relação ao primeiro, às empresas é de extrema relevância a realização das investigações defensivas – mais conhecidas como investigações internas no âmbito econômico – na medida em que permite à pessoa jurídica reunir elementos de identificação dos ilícitos cometidos por seus prepostos, bem como identificar quem foram os responsáveis pelos atos e, com essas informações já apuradas, negociar de modo menos desgastantes os termos do acordo. Além disso, essa conduta no ambiente empresarial demonstra postura diligente por parte da empresa, o que pode minimizar os danos decorrentes dos atos ilícitos praticados.

Estas possibilidades, inclusive, constam expressamente no rol de finalidades da investigação defensiva, *in verbis*:

Art. 3º. A investigação defensiva, sem prejuízo de outras finalidades, orienta-se, especialmente, para a produção de prova para emprego em:

[...]

IX – proposta de acordo de colaboração premiada;

X – proposta de acordo de leniência; (CONSELHO FEDERAL DA OAB, 2018).

No entanto, Canestraro e Januário (2020, p. 312) fazem importante ressalva quanto a utilização dos termos “produção de prova” e “elementos de prova” no Provimento n. 188/2018. Isso porque deve ser feita “uma distinção entre os atos de investigação – ainda que defensiva – e os atos de prova propriamente ditos, que são aqueles produzidos perante o juiz, em contraditório, no âmbito do processo penal” (CANESTRARO; JANUÁRIO, 2020, p. 313).

Com efeito, para que seja atribuído valor probatório aos elementos colhidos por ocasião de investigações pré-processuais, estes devem ser ratificados em juízo sob o signo do contraditório, tal qual ocorre com os indícios obtidos em sede de inquérito policial.

No que se refere às diligências que o advogado detém na condução da investigação defensiva, o art. 4º delimita que se poderá:

[...] 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 e privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição (CONSELHO FEDERAL DA OAB, 2018).

Não obstante a referida disposição, por ausência de previsão legal, entende-se que não poderá o causídico contar com medidas coercitivas para a obtenção das provas. Destarte, para a oitiva de testemunhas, por exemplo, o advogado responsável pela investigação deverá contar com a boa vontade dos depoentes, sendo que a recusa de prestar esclarecimentos no bojo das

investigações criminais defensivas não poderá vir acompanhada de sanções, sejam elas cíveis ou criminais (GOULART, 2020, p. 22).

Nesse sentido, ainda que o advogado preste serviço público e exerça função social (cf. o art. 2º, §1º, da Lei n. 8.906/1994), não há que se falar que incorre em crime de desobediência (art. 330, do Código Penal) aquele que se recusa a depor em sede das investigações conduzidas por causídico. Isso porque o advogado não detém a prerrogativa de convocar os depoentes, mas meramente convidá-los a prestar os esclarecimentos necessários.

Aliás, por cautela, no próprio convite para a oitiva, sugere-se consignar, de maneira expressa, o seu caráter voluntário, a fim de se afastar qualquer suspeita de coerção de testemunhas, de vítimas e/ou de outros investigados.

Indo além, Bulhões (2018, p. 5) delimita que:

Nesse ponto, chama-se atenção ao cuidado que se deve ter com os direitos e garantias fundamentais de qualquer pessoa, física ou jurídica, que seja diligenciada dentro de uma investigação defensiva. Não é preciso dizer que a conduta a qual intente violar, sem autorização judicial, o sigilo de outrem – fiscal, bancário, telefônico, telemático, de correspondência, entre outros – comete crime e está sujeito às sanções criminais, cíveis e administrativas cabíveis.

Além disso, o próprio Provimento n. 188/2018-CFOAB estabelece alguns limites para o exercício das investigações defensivas. Isso porque o seu art. 5º determina que “o advogado deve preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas”. Ademais, eventuais comunicação e publicidade do resultado da investigação só poderão ser publicizadas com autorização expressa do constituinte (CONSELHO FEDERAL DA OAB, 2018).⁷⁵

Diante destas constatações, torna-se evidente que o próprio poder investigatório que detém o causídico é limitado, o que corrobora a tese de que não deveria haver óbice para a sua efetivação. Com efeito, a ampliação dos poderes investigativos das partes que compõem a relação processual contribui sensivelmente com a efetiva busca da verdade real e auxilia no mister de todos os sujeitos do processo, minorando a ocorrência de equívocos e ampliando as noções de certeza das decisões judiciais.

⁷⁵ Art. 6º do Provimento n. 188/2018-CFOAB. 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 dos resultados da investigação exigirão expressa autorização do constituinte.

Nesse sentido, Carneiro Lima (2010, p. 19) defende que a investigação criminal, como um todo, “deverá ser a mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias do crime”.

Ante todo o exposto, denota-se que “[...] a investigação criminal defensiva não pode ser vista como faculdade, a ser exercida ou não de forma discricionária, segundo as conveniências pessoais de cada defensor técnico. Pelo contrário, a investigação criminal defensiva se consubstancia em verdadeiro poder-dever” (MALAN, 2012, p. 293).

Diante disso, conclui Baldan (2019, p. 9) que:

A investigação criminal direta pelo advogado restaura a cláusula do devido processo legal ao restabelecer formalmente a paridade de armas entre a acusação e defesa, aperfeiçoa a qualidade e quantidade da prova servível a múltiplos fins, extra e endoprocessuais, assim reduzindo a probabilidade de erro judiciário. Enriquece o culto às ciências afins ao Direito Penal, em especial Criminalística, Criminologia e Medicina Legal. Não tumultua, embaraça ou obstrui eventual investigação estatal ou instrução judicial pois, repita-se, desta independe e porque segue sempre um curso paralelo, sem tangenciá-las ou interceptá-las. Trata-se de modelo com sua eficiência comprovada após ampla e duradoura aplicação em países dotados de sistemas de justiça criminal bastante complexos, inexistindo razões para supor que diverso será seu desfecho no Brasil.

Tomando estas conclusões como base, parece coerente afirmar que a investigação defensiva se encontra devidamente respaldada pelo ordenamento jurídico brasileiro e, diante disso, cabe aos operadores do direito auxiliarem na construção gradual e no aprimoramento deste instituto jurídico, difundindo a sua implementação em processos judiciais e nas pesquisas acadêmicas.

Além disso, torna-se evidente a existência de limites para o exercício da prerrogativa de condução de investigação defensiva, que devem ser respeitados para que as diligências investigatórias sejam efetivas e utilizadas de maneira coerente com o seu propósito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todas as considerações apresentadas ao longo deste trabalho, pretensamente se chega à conclusão de que o Provimento n. 188/2018, editado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, encontra adequação constitucional, tanto em seu aspecto formal quando material.

Em relação à constitucionalidade formal, denota-se que o Conselho Federal, órgão supremo da OAB, é competente para editar provimentos atinentes ao exercício da advocacia. Nesse sentido,

entende-se que, ao editar a normativa ético-disciplinar concernente à investigação defensiva, o referido órgão meramente se utilizou do poder regulamentador que detém.

No âmbito material, evidencia-se que a investigação criminal defensiva encontra amparo jurídico nas disposições constitucionais. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro, ao positivar dispositivos vigentes no direito internacional, garantiu o direito de acusados à processo judicial justo, no qual lhes sejam assegurados todos os direitos, garantias e faculdades inerentes ao seu direito de defesa.

Diante disso, constata-se a existência de diversos princípios que apontam para a possibilidade de instauração de autos de investigação conduzidos pelo advogado de defesa. Dentre eles, os princípios expressos da igualdade (art. 5º, *caput*, CF), do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), bem como aqueles implícitos, como o da paridade de armas.

Quanto às disposições do Provimento n. 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, verifica-se que a normativa infralegal se limitou a conceituar e estabelecer balizas para a instrumentalização do instituto da investigação defensiva. Não houve, portanto, qualquer inovação legislativa. Assim sendo, pela leitura da normativa ético-disciplinar, entende-se que o próprio exercício desta prerrogativa por advogados é restrito e encontra limites.

No entanto, ainda que restrita, a instrumentalização da investigação defensiva pode servir como forma de se buscar maior equilíbrio entre as partes no processo penal. E, mesmo na seara pré-processual, este instituto pode ser utilizado de forma efetiva para fornecer supedâneo a eventuais acordos de colaboração premiada, de leniência ou para a condução de investigações internas no âmbito empresarial, por exemplo.

Assim, tendo em vista o extenso arcabouço normativo que fundamenta a prática da investigação criminal defensiva, cabe aos sujeitos do processo atuarem de forma a permitir o seu aprimoramento e cada vez maior difusão.

Certamente se verá em curto prazo, tal como foi feito quando o Supremo Tribunal Federal ratificou e estabeleceu limites aos poderes investigatórios do Ministério Público, a análise por

parte do Poder Judiciário sobre o tema, o que permitirá a pacificação de pontos controversos e a delimitação definitiva do alcance desta prerrogativa.

Seria desejável ainda, a fim de se sepultar definitivamente maiores ilações sobre a ausência deste poder dentre as atribuições da advocacia, a edição de diploma legal específico para regular a temática, complementando as disposições normativas já existentes.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Proteção internacional aos Direitos Humanos do ser humano: Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. *Revista de Direito do Trabalho*. v. 190, p. 211-237. jun./2018.

ALVES SILVA, Franklyn Roger. A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v.6, n. 1, p. 41-80. jan./abr. 2020.

ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro. SILVA, Douglas Rodrigues da. Aproveitamento de investigações internas como prova do processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 156. p. 61-90. jun./2019.

BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR, Salah Hassan (Org.) *Sistema penal e poder punitivo, estudos em homenagem ao Professor Aury Lopes Jr.* 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, v. 1, 2014.

_____. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 64, p. 253-273. jan./fev. 2007.

_____. Lineamentos da investigação criminal defensiva no provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 7-9. set. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel. *O Controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 233-268, 2001.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 66, p. 237-270. mai./jun. 2007.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no Processo Penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 122, p. 359-390. set./out. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 5 de outubro de 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03/07/2020.

_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial da União*. Seção 1, de 07/07/1992, p. 8716 (Publicação Original). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 21/03/2020.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*. 09/11/1992, p. 15562, col. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 21/03/2020.

_____. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Diário Oficial da União*. Seção 1, de 26/09/2002, p. 3 (Publicação Original). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 21/03/2020.

_____. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). *Diário Oficial da União*. 05/07/1994, p. 10093. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm. Acesso em: 29/06/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.727-MG. Relator: Min. Cézár Peluso. Brasília, 14 de maio de 2015. Data de Publicação: 08/09/2015.

BULHÕES, Gabriel. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 150, p. 145-187. dez. 2018.

_____. *Manual prático da investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira*. 1 ed. Florianópolis: EMais, 2019.

CAMELO, Thiago Freitas. O Ministério Público na Investigação Criminal. *Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará*. a. 1, n. 1, v. 2. 2017.

CANESTRARO, Anna Carolina. JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento n. 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. v. 6, n. 1, p. 283-328. Porto Alegre, jan./abr. 2020.

CAPONI, Graziela Paro. Justiça cega, faca amolada: a Defensoria Pública como protagonista na investigação criminal defensiva. In: XIV CONGRESSO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS. *Livro de teses e práticas exitosas*. Tema: Defensoria Pública: memória, cenários e desafios. p. 96-104. Rio de Janeiro, 2019.

CARDOSO NETO, Lauro Pinto. CORDERIO, Nefi. PAES, José Eduardo Sabo. Criminal compliance antilavagem: prevenção penal por agentes privados e o direito ao silêncio. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. v. 64, n. 2, p. 89-110. mai./ago. 2019.

CARNEIRO LIMA, Marcos. A investigação criminal como meio de prova no crime de homicídio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 82, p. 221-255. jan./fev. 2010.

CASTRO, Matheus Felipe. VIEIRA, Roberta Christina. Investigação defensiva: ampliando horizontes do direito fundamental à paridade de armas no processo penal. *Revista Culturas Jurídicas*. v. 6, n. 14, p. 205-224. mai./ago. 2019

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. DEOAB, a. 1, n. 1, 31.12.2018, p. 4-6. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 27/06/2020.

CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 127, 2017.

FERREIRA DA SILVA, Marcio Evangelista. A prova constituída pelas partes e pelos advogados na fase pré-processual. *Revista do Direito do Trabalho*. v. 209, p. 201-224. jan. 2020.

FRANÇA, Pablo Rodrigo. FURLANETO NETO, Mário; LOURENÇO DOS SANTOS, José Eduardo. Análise crítica da investigação criminal e defensiva no Brasil. *Revista Justiça e Sistema Criminal*. V. 10, n. 18, p. 163-182, jan./jun. 2018.

GOULART, João Pedro Minguete. A investigação criminal defensiva e seus elementos jurídicos de fundamentação. 2020. Artigo de Conclusão de Curso (Pós-Graduação em Direito e Processo Penal). Universidade Estadual de Londrina (UEL), Londrina, 2020.

_____. O controle de constitucionalidade no Brasil: espécies de inconstitucionalidade e modalidades de controle: In: Anais do VI Encontro Científico da 54ª Semana Jurídica da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Londrina, p. 409-421, 2016.

HOFFMANN, Henrique. FONTES, Eduardo. Advogado não pode fazer investigação criminal defensiva. *Consultor Jurídico*. 29 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/academia-policia-advogado-nao-realizar-investigacao>. Acesso em: 17/07/2020.

LEMOS JR, Arthur Pinto de. A investigação criminal diante das organizações criminosas e o posicionamento do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*. v. 795, p. 411-451. jan./2002.

LIMA, Iara Menezes. O devido processo legal e seus principais corolários: contraditório e ampla defesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. v. 96. Belo Horizonte, 2007.

LOPES, JR. Aury. MORAIS DA ROSA, Alexandre. BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. *Consultor Jurídico*. 1 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em: 27/06/2020.

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

MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 96, p. 279-309. mai./jun. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Universal Declaration of Human Rights* (1948). Resolução 217A da Assembleia Geral da ONU. Paris, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>. Acesso em: 19/03/2020.

PEDROSA, Simon Francisco. Investigação defensiva. *Revista do CAAP*. n. 2, v. XXIV. p. 47-72, 2019.

PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos Direitos Humanos e o direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 9, p. 26-34. out./dez. 1994.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROCHA, Luísa Padula. *A investigação defensiva nos limites principiológicos: uma análise dos direitos e garantias do investigado*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2019.

SILVA, César Dario Mariano da. A inconstitucionalidade da investigação defensiva instituída pela OAB. Consultor Jurídico. 28 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/cesar-dario-inconstitucionalidade-investigacao-defensiva>. Acesso em: 27/06/2020.