



## AS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA NA FASE INVESTIGATIVA CRIMINAL COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE EMPODERAMENTO E PARIDADE FRENTE AO MINISTÉRIO PÚBLICO

THIAGO DA SILVA VIANA  
Mestrando em Sociologia e Direito  
advogadothiagoviana@gmail.com  
Universidade Federal Fluminense

CÁSSIO ESTEVES JAQUES VIDAL  
Mestrando em Sociologia e Direito  
cassiovidal.adv@gmail.com  
Universidade Federal Fluminense

ANNA LUÍZA SOARES DINIZ DOS SANTOS  
Mestranda em Sociologia e Direito  
annaluiza@lemosadvocacia.adv.br  
Universidade Federal Fluminense

TEREZINHA AZEVEDO DE OLIVEIRA  
Mestranda em Sociologia e Direito  
terezinhaazevedo354@gmail.com  
Universidade Federal Fluminense

**RESUMO:** presente artigo é fruto de pesquisa a respeito da inobservância no campo extrajudicial do processo penal a despeito da desigualdade material de prerrogativas entre o Ministério Público (acusação) e Advocacia (defesa), a qual demanda a aplicação do contraditório e ampla defesa no inquérito policial como forma de *efetivar* implementação do sistema acusatório, bem ainda a viabilização da investigação criminal defensiva, como instrumentos que empoderam e fomentam a paridade de armas dos referidos atores processuais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prerrogativas da advocacia - Inquérito policial – Empoderamento - Investigação criminal defensiva – Paridade de armas.

### 1 INTRODUÇÃO

Desde à Constituição Federal de 1988, dentre as várias carreiras profissionais existentes, 4 (quatro) foram especialmente contempladas como funções essenciais à justiça: o Ministério Público, as Advocacias Pública e Privada, e a Defensoria Pública.

Essa disposição magna estabeleceu, respeitando cada qual com sua finalidade, a proteção para o desempenho de seu mister e a harmonia de uma para com a outra, pois, em primeira e única análise: o somatório dessas razões de existir institucionais é que colabora essencialmente para se concretizar a justiça.



Por óbvio, essa previsão Constitucional não foi capaz de empenhar a compreensão aos cidadãos de que não se trata de privilégio a uma carreira em detrimento de outras tantas, a exemplo da medicina, engenharia ou mesmo contabilidade. É, ou deveria ser, o indicativo de que tais carreiras jurídicas são responsáveis para cooperar com a precípua função do Poder Judiciário - entregar a justiça àqueles que lhe buscam -, e de garantir aos cidadãos que tenham meios de recebê-la.

Com efeito, essa compreensão a respeito da magnitude e importância, não da carreira, mas da *função*, também não foi percebida pelo próprio Poder Legislativo, e muito menos pelos cidadãos. Da simples leitura do capítulo constitucional que prevê às funções essenciais à justiça, já se nota a *disparidade* existente entre esses atores, tendo em vista que, apesar de não haver hierarquia entre eles, a Advocacia Privada é a única carreira que não recebeu proteção estatal tal qual seus pares, tendo somente lhe sido dispensado um único artigo no texto constitucional: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Em se tratando dos embates que normalmente há entre acusação e defesa no âmbito do processo penal, seja na fase investigativa, seja na judicial, por motivos que irá se abordar nesse apanhado, fato é que a paridade de armas entre as partes está muito distante do ideal.

Daí surgiu a necessidade de se *empoderar* a advocacia por meio de prerrogativas inerentes e necessárias ao seu exercício pleno, sobremaneira para resguardar o direito de defesa, uma de suas basilares funções, em especial na esfera do processo penal, seja na fase de inquérito, seja na fase judicial.

## **2 A TRADICIONAL DOUTRINA QUE NORTEIA A NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO POLICIAL COMO PROCEDIMENTO EXCLUSIVAMENTE INQUISITÓRIO E A SUA ATUAL RELEITURA**

Por muito tempo o inquérito policial tem sido conceituado como um procedimento escrito, *inquisitivo*, *discricionário*, sigiloso, *indisponível* e *dispensável*.

De conotação plenamente reducionista, na medida em que, na maioria dos casos, a mera repetição em juízo daquilo que foi produzido no inquérito, tem sido o suficiente para desaguar em condenações penais.



Para ilustrar, se extrai de Araújo (2016) “que o inquérito policial possui como finalidade precípua arrecadar elementos informativos para subsidiar o oferecimento da ação penal”, pois, para ele, “na fase inquisitiva, como regra, fala-se apenas em elementos de informação, e não provas”. Conclui, inclusive que “isso ocorre pelo simples motivo de que não há a presença de ampla defesa e contraditório nessa fase”.

O saudoso, mas eterno doutrinador, Mirabete (2005, p. 82) por décadas assentou:

Inquérito Policial é todo **procedimento policial** a reunir elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de prisão em flagrante, exames periciais etc. Seu destinatário imediato é o Ministério Público ou o ofendido, que com ele formam sua *opinio delicti* para a propositura da denúncia ou queixa. O destinatário mediato é o Juiz que nele também pode encontrar elemento para julgar, sendo entretanto dispensável” (destaque do original).

Não diferente, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2009, p. 413-422) possuía entendimento que ia ao encontro ao referido doutrinador:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES. EXCESSO DE PRAZO. INQUÉRITO POLICIAL. CARÁTER MERAMENTE INFORMATIVO. DENÚNCIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. DENEGAÇÃO DA ORDEM. (...).

6. A jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que "o inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório, e sua eventual irregularidade não é motivo para decretação da nulidade da ação penal" (...). (STF - HC: 99936 CE, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-232 DIVULG 10-12-2009 PUBLIC 11-12-2009 EMENT VOL-02386-03 PP-00493).

Ainda que a imensa parcela da doutrina e da jurisprudência indicasse pela dispensabilidade do inquérito policial, e por isso, pela ausência de nulidade acaso algum trâmite deixasse de ser observado pela autoridade policial, tem-se por necessária a revisitação de tais conceitos e harmonizá-los com ideal de paridade de oportunidades dos atores das funções essenciais à justiça na construção da efetiva prestação jurisdicional.

Castro (2016) relembra que por muito tempo se entendia que não se aplicaria o contraditório e a ampla defesa no inquérito policial por conta de uma interpretação



literal da Constituição Federal, mais precisamente de seu art. 5º, inc. LV, que garantiria o contraditório e a ampla defesa aos *litigantes em processo judicial ou administrativo* e aos *acusados em geral*, não incluídos os investigados em inquérito policial, seja porque nessa sede não haveria se falar em *litigantes* ou *acusados*, seja por não constituir o procedimento policial um *processo*.

Como se percebe, muito embora a Norma Constitucional sempre prestigiasse o amplo direito de defesa e estabelecesse funções essenciais à justiça, a interpretação dada às normas infraconstitucionais não era entregue de forma a harmonizá-los com espírito garantista da Carta Magna, e o prestígio dado à advocacia – única função essencial à justiça de matiz privada -, tendenciosamente, era desprestigiada no que tange à paridade de armas com as demais carreiras.

Nada obstante, já é possível encontrar posições mais sóbrias. Para Gonçalves (2013):

(...) o contraditório em amplitude máxima somente deverá ser assegurado na fase judicial da ação penal, entretanto, faz-se necessário já no inquérito assegurar um mínimo e necessário contraditório, por vezes, até mesmo diferido. Somente desse modo, estar-se-ia dando ao direito consignado do art. 5º, inciso LV, sua máxima eficácia, aplicando-se efetivamente a todos os acusados e investigados em geral, com os meios e recursos a ele inerentes.

Já sobre o viés mais garantista, nos dizeres de Pêcego (2016), “o inquérito policial não tem mais essa natureza puramente inquisitiva de outrora, mas, sim, mista, reclamando-se a sua revisitação para a sua sobrevivência num Estado de Direito”.

A compreensão dessa disparidade é fator preponderante para que a nova doutrina se desenhasse no cenário jurídico nacional.

Mas não é só. Antes, é necessário compreender que esse pensamento a ser superado, decerto, foi construído em base doutrinária cujos representantes, em sua maioria, advindos da magistratura, polícias, ou ministério público.

De fato, havia (e ainda há) grande poder de influência dessas posições sobre as gerações de juristas que, por anos, estudam, trabalham e multiplicam uma posição majoritária ao ponto de também irradiar para os órgãos julgadores. Alguns pontos divergentes nunca chegariam a desestabilizar a posição consolidada.

Fato é que não é mais possível lançar mão na norma constante no Código de Processo Penal sem perceber e adequá-lo à evolução do direito e da sociedade. Não se pode mais aceitar que se trabalhe com a lei infraconstitucional sem um olhar constitucional antecedente sobre o sistema processual vigente.



Nesse ponto, conforme adiantado, se tem que a Constituição Federal, de fato, estabelece em seu art. 5º, inc. LV, 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”.

Arrimado nas lições de Lopes Júnior (2014, p. 254), Lauria Tucci e Cruz e Tucci (1993, p. 25) e Moraes (2010, p. 492), Castro (2016) esclarece que “dentre os *acusados em geral* estão contidos os suspeitos e indiciados, contra os quais o Estado já pode adotar medidas restritivas (como busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica e até mesmo a prisão)”.

Adiante, conclui que o termo *acusação em geral* abrange não apenas a imputação formal (veiculada por ação penal), mas também a imputação informal (caracterizada pelo inquérito policial), e que o termo *processo* abarca o *procedimento* (incluído o próprio inquérito).

Em complementação, Lopes Júnior ensina que:

(...) o sujeito passivo não deve mais ser considerado um mero *objeto* da investigação, pois, em um Estado de Direito como o nosso, existe toda uma série de garantias e princípios de valorização do indivíduo que exigem uma *leitura constitucional* do CPP, no sentido de adaptá-lo à realidade (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 145).

Como se vê, a doutrina ainda minoritária, composta por membros das mais variadas carreiras profissionais e acadêmicas, também tem exercido papel fundamental para compreensão desse outro prisma, principalmente os provenientes da *advocacia*.

Ao iniciar estudos que desaguam nessa mudança, Castro (2016) já alertava que, “não obstante ser o mais importante mecanismo investigativo criminal do Estado, o inquérito policial ainda é tratado com certo desdém por parte da doutrina e jurisprudência”.

Sua crítica justamente reside na no pensamento limitado de que o inquérito policial não atinge direitos fundamentais do investigado e que gere *importantes* repercussões na persecução penal. Pelo contrário, o referido doutrinador assenta que o investigado potencialmente poderá ter a liberdade, intimidade e/ou patrimônio atingidos pela investigação policial. Em outras palavras: o inquérito policial



naturalmente invade e devassa direitos e liberdades, motivo pelo qual não pode ser mais visto como algo dispensável.

Para Duarte (2013) o inquérito policial é “um procedimento administrativo preliminar, de caráter inquisitivo, presidido pela autoridade policial, que visa reunir elementos informativos *com objetivo de contribuir para a formação da ‘opinio delicti’ do titular da ação penal*”.

Complementando esse entendimento, e trazendo viés voltado ao princípio do Contraditório e Ampla Defesa, Lopes Júnior (2005, p. 245) assenta que:

É inegável que *o indiciamento representa uma acusação em sentido amplo*, pois decorre de uma imputação determinada. Por isso o legislador empregou acusados em geral, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal e com o intuito de proteger também ao indiciado. (grifo nosso)

Daí se conclui que o inquérito não é um mecanismo para descobrir culpados, mas para buscar a verdade real, seja a que desagua na indicação de eventual responsável, ou, por outro lado, concluir que não foi possível encontrar tais elementos.

Em outras: inaugura-se o entendimento acerca da possibilidade de a defesa *juntamente* influenciar numa das posições a serem tomadas pelo titular de eventual ação penal, qual seja o Ministério Público.

### **3. O CONTRADITÓRIO PRELIMINAR NO INQUÉRITO POLICIAL COMO PRERROGATIVA DA ADVOCACIA**

Uma vez previstas na Constituição Federal, as carreiras pertencentes ao capítulo das funções essenciais à justiça tiveram, obviamente, que ser contempladas com leis orgânicas que esmiuçassem seus direitos, deveres e prerrogativas. O Ministério Público é regido pela Lei Federal n. 8.625/1993, a Advocacia Geral da União pela Lei Complementar n. 73/1993, a Defensoria Pública da União pela Lei Complementar n. 80/1994.

Para dar viabilidade ao único artigo constitucional que estabelece a paridade que há (ou deveria haver) entre as funções essenciais à justiça, a Advocacia Privada foi contemplada com a Lei Federal n. 8.609/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.



Na parte que importa ao presente estudo, em matéria de inquérito policial, a referida norma assim estabeleceu como prerrogativas da advocacia:

Art. 7º São direitos do advogado:

[...];

III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, *quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares*, ainda que considerados incomunicáveis;

[...];

VI - ingressar livremente:

[...];

b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de justiça, serviços notariais e de registro, e, *no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares*;

[...];

XI - *reclamar*, verbalmente ou por escrito, *perante* qualquer juízo, tribunal ou autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento;

[...];

XIV - *examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação*, mesmo sem procuração, *autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza*, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (Redação dada pela Lei nº 13.245, de 2016)

XV - *ter vista dos processos* judiciais ou *administrativos* de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais;

[...];

XXI - *assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações*, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

a) apresentar razões e quesitos; (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

[...]; (grifo nosso)

Desde a redação original do Estatuto da Advocacia se vê a opção do legislador em complementar o estatuído no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal<sup>1</sup>, na medida em que o mínimo para se estabelecer o direito de defesa em matéria criminal é ter acesso aos elementos que compõem a investigação ou mesmo futura acusação – entenda-se: acesso à processos e documentos -, bem como contato pessoal e reservado ao cliente, objeto dessas ações estatais.

Com efeito, apesar da intenção legislativa, até mesmo por resquícios da ditadura militar que antecedeu ao novel constitucional e legal em comento, apesar de

---

<sup>1</sup> Art. 5º, inc. LV - 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.



o advogado ser indispensável à administração da justiça, na prática, os membros da advocacia são vistos como aqueles que *criam obstáculos* a tal desiderato, motivo pelo qual, não raras vezes tem seu mister frustrado peremptoriamente pela Autoridade Policial e seus subordinados.

Esses fatos e percentuais são facilmente constatados em consultas à Procuradoria Nacional de Defesa das Prerrogativas, integrado ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL).

A bem da verdade, essa leitura restrita da norma constitucional – punitivista - demonstra que a única justiça que interessaria é aquela que prende e condena alguém, e não a que solta e absolve, em ambos os casos, culpados e inocentes.

Fato é que o inquérito policial é conduzido por órgão estatal não para subsidiar somente uma acusação, mas também para *influenciar* na possível decisão do Ministério Público em não ofertar denúncia contra quem – diante dos elementos investigativos -, possa não ter responsabilidade alguma ante a ocorrência de um delito. Por isso, o inquérito policial não deve ser desenvolvido somente a serviço da acusação, mas também da defesa.

Pertinente o que sustenta Ferrajoli (2002. p. 490) ao dizer que

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

Em um sentido mais amplo e com base na doutrina alemã, afirmam Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 592) que:

*A garantia consagrada no art. 5º, LV da Constituição contém os seguintes direitos:*

- *direito de informação (Recht auf Information)*, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- *direito de manifestação (Recht auf Äusserung)* que assegura ao defendente a possibilidade de manifesta-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo.
- *direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung)* que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas. (grifo nosso)



Nessa linha, se a investigação criminal, por meio do inquérito policial é (ou deveria ser) conduzida por autoridade estatal e *imparcial*, e o seu produto pode ser usado pelo órgão que lançará mão de sua *prerrogativa constitucional*<sup>2</sup> de realizar a acusação (Ministério Público), também deveria ser instrumento de prerrogativa dos atores que se empenharão pela defesa (Defensoria Pública e Advocacia Privada). Isso demonstra paridade. Essa leitura é a constitucional cabível.

Assim, as prerrogativas da advocacia privada devem ser usadas como fator ensejador de equilíbrio, para lembrar que a leitura constitucional deve alinhar ao garantismo, não ao punitivismo.

#### **4. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO PRERROGATIVA DA ADVOCACIA**

Sem embargo daquilo que até aqui foi dito, também é importante consignar que, ainda que não se entenda ser possível que o inquérito policial esteja de forma equânime à serviço da acusação e da defesa, também há possibilidade de os advogados responsáveis pela defesa empenharem seus esforços na investigação criminal defensiva (particular).

Como bem pontuam Maurício e Henrique (2013) “não há expressa previsão legal que impeça o advogado brasileiro de realizar sua própria investigação, assim como não há para que o Ministério Público proceda paralelamente à sua investigação”.

Adiante problematizam a questão indicando que “se o advogado realizar sua própria investigação, não contará em hipótese alguma com o auxílio da polícia judiciária e, tanto o promotor de justiça quanto o magistrado, poderão desconsiderar a investigação trazida pelo defensor”.

Com efeito, entendem que, conquanto, em tese, o objetivo do inquérito policial seja a prova da responsabilidade criminal de alguém, e que a busca pela prova da inocência seja o objetivo de uma investigação criminal defensiva, ainda assim se

---

<sup>2</sup> Cf.: Art. 129, inc. I, da Constituição Federal – “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;”.



confronta com certos obstáculos, como é o caso da inobservância ao princípio da Paridade das Armas.

Inclusive, se mostraria inconstitucional o destaque *a juízo da autoridade* contido no art. 14 do Código de Processo Penal [(“O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, *a juízo da autoridade.*” (grifo nosso)], na medida em que, à luz da Constituição Federal de 1988, *esse juízo não deveria ser de valor, mas de legalidade* (licitude e legitimidade) a respeito daquilo que é postulado pela defesa, devendo, por seu turno ser deferido no caso de legalidade, e o revés, no caso de ilegalidade, ou mesmo quando formulados com nítido objetivo protelar a conclusão do inquérito.

Com efeito, ante a inexistência de leis que o albergassem, e a necessidade de parear a atividade investigativa, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, editou Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018 (2018), em que regulamentou o exercício da *prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias* para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.

Seguindo a linha da necessidade de prestigiar a paridade de armas no processo investigativo, a referida normativa, conceitua:

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.

Seu teor elenca que tal investigação tem por finalidade a produção de prova para emprego em:

- I - pedido de instauração ou trancamento de inquérito;
- II - rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa;
- III - resposta a acusação;
- IV - pedido de medidas cautelares;
- V - defesa em ação penal pública ou privada;
- VI - razões de recurso;
- VII - revisão criminal;
- VIII - habeas corpus;
- IX - proposta de acordo de colaboração premiada;
- X - proposta de acordo de leniência;
- XI - outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.



Inclusive, é de se lembrar que, dada a antiga omissão em se, muito embora permitir tais ações penais subsidiárias por parte da vítima, não se possuía previsão legal de como instruir tal denúncia. Com efeito, o parágrafo único do art. 3º do provimento em comento estabelece que “a atividade de investigação defensiva do advogado inclui a realização de diligências investigatórias visando à obtenção de elementos destinados à produção de prova para o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária”.

Prossegue, o provimento, atribuindo ao advogado a condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato (Cf. art. 4º). Sugere, inclusive, envidar esforços para colher de depoimentos, pesquisar e obter dados e informações constantes em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, bem como realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição.

Ao final, o ato da OAB expressa a intenção em fazer letras vivas as suas prerrogativas, ao estabelecer, em seu art. 7º, que as atividades descritas no “Provimento são privativas da advocacia, compreendendo-se como ato legítimo de exercício profissional, não podendo receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades”.

Fato é que, conforme já dito em linhas pretéritas, a advocacia ainda é vista como *empecilho à administração da justiça*.

Não tardou e o referido provimento foi alvo de críticas. Apresentando tom de inconstitucionalidade da referida medida, o Promotor de Justiça César Dario Mariano da Silva (2019), ao comentar publicação em site de notícias jurídicas (BOMFIM, 2019), argumenta pela inconstitucionalidade do provimento em comento por permitir ao advogado se imiscuir em uma investigação criminal em que, como exaustivamente doutrinado, não há contraditório e ampla defesa. Criticou, também, a Ordem dos advogados do Brasil, que, por ser entidade de classe, não possui autoridade constitucional para criar norma processual, típica de lei em sentido estrito.

A questão posta na referida matéria alvo da referida censura, noticiou o “entendimento do juiz da 1ª Auditoria da Justiça Militar Paulista (SÃO PAULO, 2019), Ronaldo João Roth, em ação ajuizada por escritório para que o 22º Batalhão da Polícia Militar entregasse documentos”. A decisão teve por fundamento o Provimento n. 188/2018 da OAB. A insurgência do Promotor César Dário (2019) decorre no



entendimento de que o magistrado poderia ter deferido o pleito em outras normas, não naquela emanada pela OAB.

De forma mais comedida e igualitária, atentando para a competência legislativa, o Delegado de Polícia Castro (2019) entendeu que a OAB incorreu no mesmo equívoco que o Conselho Nacional do Ministério Público, que por meio da Resolução 181/2017, instituiu procedimento investigatório criminal também por meio de norma infralegal. Diz que, assim como o poder regulamentar do CNMP, previsto no art. 130-A, § 2º, inc. I, da CF, não o autoriza a usurpar a competência legislativa da União para *innovar* no mundo jurídico, o mesmo vale para a OAB editar provimentos. Em primeira análise, esse entendimento denota igualdade.

Mas há quem entenda que o provimento que regulamenta a investigação criminal defensiva veio em boa hora e não criou nada de novo. Pelo contrário. Para Lopes Júnior, Rosa e Dias (2019), “o texto do Provimento 188/2018-CFOAB foi o rígido controle para que não houvesse qualquer inovação do ponto de vista legal”.

A propósito, reforçam 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, aclare-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 artigo 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 JÚNIOR; ROSA; DIAS, 2019).

Interessante o ponto de vista, quando alertam que “o que provavelmente não se compreendeu foi o papel que a investigação defensiva pode vir a desempenhar, como mais uma ferramenta de garantia dos direitos do cidadão e do próprio advogado”.

De forma paritária argumentam que o provimento não retira a competência natural da polícia judiciária para proceder as devidas investigações em geral (por razões óbvias), mas que nem por isso se poderia negar o *direito de se defender provando* (BALDAN; AZEVEDO, 2006), ou até mesmo daquele que busca responsabilizar criminalmente aquele que o vitimizou.

Fato é que se tem desenhado no cenário jurídico atual o necessário levante para igualar os mecanismos para melhor desempenho das atividades desenvolvidas



pelo Ministério Público (acusação) e pela Advocacia Privada (defesa), lançado mão, como se mostrará adiante, das prerrogativas profissionais.

## 5. AS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA NA FASE INVESTIGATIVA CRIMINAL COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE EMPODERAMENTO E PARIDADE FRENTE AO MINISTÉRIO PÚBLICO

Ao descortinar este tópico, se relembra a longa caminhada que desagua na compreensão do papel da acusação e da defesa no processo penal, em especial na fase extrajudicial.

Para Dias (2018) “a paridade de armas no processo penal é uma necessidade democrática, a qual visa o aprimoramento das instituições que compõem o sistema de justiça e a observância concreta de direitos e garantias fundamentais”.

Prossegue afirmando que “a Constituição Federal instituiu o sistema processual penal acusatório, com a delimitação de papéis bem definidos e que permitem um equilíbrio pela equidistância da acusação e da defesa ao órgão julgador”.

Se é verdade que o *Ministério Público* ora se traveste de *órgão de acusação*, ora de *custos legis*<sup>3</sup>, em ambos, em nome do *povo* (o todo), também é verdade que na outra ponta da relação há a *Advocacia Privada* (ou ainda a Defensoria Pública), que se traveste de organismo de *defesa*, em favor do *cidadão* (o indivíduo), sobre o qual recai uma investigação ou uma ação penal. Seus papéis institucionais são bem delineados e, de certa forma, há paridade no processo penal judicializado.

Nada obstante, apesar da Constituição Federal ser conhecida como Carta Cidadã e garantista, em matéria de prerrogativas, como já dito, a Advocacia não recebeu de seu Estatuto as mesmas prerrogativas que o Ministério Público detém por força de sua Lei Orgânica.

Como se sabe, é quilométrica a disparidade das armas a que cada qual possui no âmbito extrajudicial. Basta apontar que o *Ministério Público* para bem desempenhar o seu papel de *acusação* conta com o aparato estatal (assessores, peritos, estrutura física e material), aí incluída a Polícia Civil Investigativa, também estatal, e o famoso

---

<sup>3</sup> C.f.: Código de Processo Penal - Art. 257. Ao Ministério Público cabe: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e II - fiscalizar a execução da lei.



poder requisitório, ao passo que a *Advocacia*, para *bem* desempenhar seu papel de *defesa*, somente conta com o advogado.

Não é diferente no âmbito judicial. Anote-se que as disposições contidas no Código de Processo Penal, em seu art. 265, prevê que “o defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis”, mas se omite ao fato de membros do Ministério Público não estarem presentes na audiência de instrução, que, se não realizada mesmo com *revelia da acusação*, normalmente são redesignadas.

Fato é que em se tratando de processo penal extrajudicial, a lei em sentido estrito não vislumbrou os mesmos *poderes* para um e outro. Isso decorre da construção política e social de que o Estado detém o Poder (Público) e, em nome do povo, deve usá-lo em detrimento de quem quer que seja. Para garantir isso, aumenta-se o poder de um (Ministério Público), e limita-se (ou omite-se) quanto ao outro (advocacia).

Daí o porquê pouco se avança em reformas do Código de Processo Penal, que por tender ser mais garantista, e, via de consequência, limita o *poder* da acusação, gera receio dos parlamentares, pois, a toda evidência irá dividir opiniões, que repercutem nas urnas, ainda mais em um Brasil pós Bolsonaro.

A alternativa encontrada para *empoderar* a advocacia ruma à modificação legislativa no campo das prerrogativas profissionais, como já anunciado, visando a implementação efetiva do sistema acusatório no lugar do inquisitório, em especial para garantir o contraditório também no inquérito policial como forma de influenciar a opinião do titular da ação penal.

Aliado a isso, no campo das inovações, outra possibilidade seria o estabelecimento de balizas para proporcionar a investigação criminal defensiva, como, de fato, já o fez o Conselho Federal da OAB. Nesse ponto, obviamente que a só previsão de tal procedimento não é o suficiente para que o mesmo seja efetivo, pois, conforme leciona Dias (2018), há limitações legais, como aquelas que violem direitos de outrem e estão sujeitas a reserva jurisdicional, e outras de ordem material, como os altos custos para realizar as investigações, seja por peritos, seja por detetives particulares.



Diante de tudo que aqui foi dito, ainda que somente no campo extrajudicial do processual penal, por questão de prerrogativa profissional, a possibilidade desse impor o caráter acusatório no inquérito policial, proporcionando a ampla defesa do investigado, bem como a implementação da investigação criminal defensiva, denota o necessário empoderamento e paridade das armas dos atores processuais (acusação e defesa), observadas as vedações retro mencionadas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o que se pesquisou, se tem que os atores das funções essenciais à justiça estão em mesmo patamar hierárquico e detém funções delimitadas, devendo, para tanto, ter mecanismos para o fiel desempenho de seu mister, quais sejam as suas prerrogativas profissionais.

Em especial, no campo do processo penal extrajudicial, em que se buscam subsídios que serão usados em eventual ação penal, a Acusação, representado pelo Ministério Público, em nome do povo, e a defesa, nesse particular, representada pela Advocacia, em defesa do cidadão, devem possuir paridade.

A implementação doutrinária e judicial no sentido de efetivar o sistema acusatório, que detém o contraditório e ampla defesa desse o inquérito policial, bem como a criação de mecanismos que possibilitem a investigação criminal defensiva, são formas de empoderar a advocacia frente a disparidade que há em relação ao Ministério público.

Nisso, a perpetuação dessa paridade demanda que tais mecanismos sejam elevados ao *status* de prerrogativas da advocacia, para, assim, serem respeitadas, principalmente pelos agentes públicos.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Jáder Melquíades de. A natureza jurídica do inquérito policial frente às alterações promovidas pela lei 13.245/16 e sua repercussão no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 153, out 2016. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17988&revista\\_caderno=22](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17988&revista_caderno=22) >. Acesso em abr 2019.



BALDAN, Edson Luis; AZEVEDO, André Boiani e. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva. (ou do direito de defender-se provando). **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 11, n. 1013, 10 abr. 2006. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/8220> >. Acesso em: 5 maio 2019.

BOMFIM, Ricardo. Prerrogativa dos advogados: Tribunal Militar reconhece direito de investigação defensiva a escritório. 2019. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-mar-02/tribunal-militar-reconhece-direito-investigacao-defensiva#author> >. Acesso em: 05 maio 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3,689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. D. O. U.. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm) >. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. D. O. U. . Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp73.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm) >. Acesso em: 28 abr. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. D. O. U. . Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp80.htm) >. Acesso em: 28 abr. 2019.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.609, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). D. O. U.. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8906.htm) >. Acesso em: 28 abr. 2019.

BRASIL. *Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. D. O. U. . Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8625.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm) >. Acesso em: 28 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 99936 / CE** - CEARÁ, Segunda Turma. Relator: Min. ELLEN GRACIE. Brasília, DF, 24 de novembro de 2009. v. 32, n. 373, p. 413-422. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESC LA%2E+E+99936%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+99936%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybscdxat> >. Acesso em: 27 abr. 2019.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial. **Revista Consultor Jurídico**, nov.2016. Disponível em: <



<http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policial-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial> >. Acesso em 27.abr.2019.

\_\_\_\_\_. Advogado não pode fazer investigação criminal defensiva. **Revista Consultor Jurídico**, jan.2019. Disponível em: < [https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/academia-policial-advogado-nao-realizar-investigacao-criminal#\\_ftn7](https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/academia-policial-advogado-nao-realizar-investigacao-criminal#_ftn7) >. Acesso em 05 maio.2019.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento nº 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 n. 1, p. 4-6. Disponível em: < <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018?dateinitial=01%2F01%2F2018&datefinal=31%2F12%2F2018&provimentos=Tr> ue >. Acesso em: 05 maio 2019.

\_\_\_\_\_. **Canal Prerrogativas**. Disponível em: < <http://www.prerrogativas.org.br/> >. Acesso em: 28 abr. 2019.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. **Boletim do IBCCRIM** - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 305, p.7-9, abr. 2018. Mensal. Disponível em: < [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/6136-Investigacao-defensiva-e-a-busca-da-paridade-de-armas-no-processo-penal-brasileiro](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6136-Investigacao-defensiva-e-a-busca-da-paridade-de-armas-no-processo-penal-brasileiro) >. Acesso em: 11 maio 2019.

DUARTE, Leonardo Lopes de Almeida. Uma breve análise sobre o inquérito policial brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 03 jun. 2013. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43692&seo=1> >. Acesso em: 27 abr. 2019.

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

GONÇALVES, Eduardo Rodrigues. Direito fundamental ao contraditório no inquérito policial: nova perspectiva à luz da jurisprudência do STF. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 109, fev 2013. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12789](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12789) >. Acesso em 05 maio 2019.

LAURIA TUCCI, Rogério; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**. São Paulo, RT, 1993.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.



MAURÍCIO, Bruno; HENRIQUE, Diego. A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro. 2013. **Revista Liberdades** n. 12 - jan/abril de 2013 - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Disponível em: < [http://www.revistaliberdades.org.br/upload/pdf/15/IBCC\\_RevistaLiberdades\\_n12\\_ref\\_lexao.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/upload/pdf/15/IBCC_RevistaLiberdades_n12_ref_lexao.pdf) >. Acesso em: 05 maio 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORE: **Mecanismo online para referências**, versão 2.0. Florianópolis: UFSC Rexlab, 2013. Disponível em: < <http://www.more.ufsc.br/> >. Acesso em: 27 abr. 2019.

PÊCEGO, Antônio José Franco de Souza. Inquérito policial em um processo penal constitucional, garantista e democrático. 2016. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Porto Alegre**, ano 12, n. 71, abr./maio 2016. Disponível em: < [http://www.lexmagister.com.br/doutrina\\_27185101\\_INQUERITO\\_POLICIAL\\_EM\\_UM\\_PROCESSO\\_PENAL\\_CONSTITUCIONAL\\_GARANTISTA\\_E\\_DEMOCRATICO.aspx](http://www.lexmagister.com.br/doutrina_27185101_INQUERITO_POLICIAL_EM_UM_PROCESSO_PENAL_CONSTITUCIONAL_GARANTISTA_E_DEMOCRATICO.aspx) >. Acesso em: 27 abr.

ROSA, Alexandre Morais da; LOPES JÚNIOR, Aury; DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. 2019. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania> >. Acesso em: 05 maio 2019.

SÃO PAULO. Justiça Militar do Estado de São Paulo. **Decisão Interlocutória em Pedido de Prisão Preventiva nº 0006752-47.2018.9.26.0010**. Relator: Juiz de Direito Ronaldo João Toth. São Paulo, SP, 28 de fevereiro de 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/tribunal-militar-reconhece-direito.pdf> >. Acesso em: 05 maio 2019.

SILVA, César Dario Mariano da. **A flagrante inconstitucionalidade da investigação defensiva**. 2019. Estadão. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-flagrante-inconstitucionalidade-da-investigacao-defensiva/> >. Acesso em: 05 maio 2019.