

A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA REALIZADA PELO ADVOGADO E A TEORIA DOS JOGOS NO PROCESSO PENAL¹

THE DEFENSIVE INVESTIGATION PERFORMED BY THE LAWYER AND THE THEORY OF GAMES IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Tamires Kock de Souza²

Camila Leonardo Nandi de Albuquerque³

RESUMO:

A partir do provimento 188 de 2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, foi instituído no ordenamento jurídico pátrio a regulamentação da investigação defensiva, a qual é realizada pelo advogado (a). A finalidade do instrumento é de dar às partes paridades de armas às partes, visto que prevê a Constituição da República Federativa do Brasil o princípio da igualdade, do devido processo legal, tal como do contraditório e ampla defesa no processo penal. Sendo assim, o presente artigo possui como tema central a investigação defensiva realizada pelo advogado (a) à luz da teoria dos jogos. Como objetivos específicos, o presente estudo visa demonstrar a regulamentação da investigação defensiva pelo Conselho Federal da OAB através do provimento 188 de 2018, bem como, analisar a legalidade da investigação defensiva conforme o disposto na Constituição Federal e identificar o vínculo e relação da investigação defensiva com a teoria dos jogos. O método empregado é dedutivo, visto que se parte de uma perspectiva geral para uma particularizada. A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica, a qual se dá a partir de fontes primárias e secundárias,

¹ Artigo submetido em 18-10-2020 e aprovado em 19-12-2020.

² Acadêmica de Bacharelado em Direito pela Univinte - FUCAP. Experiência acadêmica na área do Direito, com ênfase em Direito Penal e Processual Penal. Pós-Graduada *Latu Sensu* em Direito Penal pelo Instituto Damásio De Direito com certificação pela Faculdade Ibemec de São Paulo - SP. E-mail: tamires.kock@gmail.com

³ Mestre em Desenvolvimento Regional - UnC (2019). Especialista em Direito Empresarial. Graduada em Direito - Universidade do Sul de Santa Catarina (2013). Mestranda em Direito - PPGD/Unesc. Advogada licenciada (OAB/SC 39.114). Participante do grupo de pesquisa Pensamento Jurídico Crítico Latino-Americano - Unesc e do Grupo de Estudos sobre Giorgio Agamben - www.agambenbrasil.com.br. Professora titular da disciplina de Direito Processual Penal I no Curso de Direito da Faculdade Capivari (Fucap/Univinte). E-mail: camilanandi_@hotmail.com.



valendo-se do disposto na Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como, em normas esparsas do ordenamento jurídico brasileiro, assim como da literatura disponível em relação ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Legalidade; Investigação Defensiva; Advogado (a); Constituição Federal; Teoria dos Jogos.

ABSTRACT:

From the provision 188 of 2018 of the Federal Council of the Order of Lawyers of Brazil, the regulation of defensive investigation was instituted in the national legal system, which is carried out by the lawyer. The purpose of the instrument is to give the parties parity of arms to the parties, since the Constitution of the Federative Republic of Brazil provides for the principle of equality, due legal process, as well as the contradictory and broad defense in criminal proceedings. Thus, this article has as a central theme the defensive investigation carried out by the lawyer in the light of game theory. As specific objectives, the present study aims to demonstrate the regulation of defensive investigation by the Federal Council of OAB through provision 188 of 2018, as well as to analyze the legality of defensive investigation according to the provisions of the Federal Constitution and to identify the link and relationship of defensive investigation with game theory. The method used is deductive, since it starts from a general perspective to a particular one. The research technique used is bibliographic, which takes place from primary and secondary sources, making use of the provisions of the Brazilian Federal Constitution of 1988, as well as, in sparse norms of the Brazilian legal system, as well as the literature available in regarding the theme.

KEYWORDS: Legality; Defensive Investigation; Lawyer; Federal Constitution; Game Theory.



1. INTRODUÇÃO

A investigação defensiva foi regulamentada pelo provimento 188 de 11 de dezembro de 2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o qual estabelece que trata-se de investigação defensiva o conjunto de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado (a), este possuindo ou não assistência de um consultor técnico ou outro profissional habilitado, podendo a investigação ocorrer em qualquer fase da persecução criminal. A finalidade da investigação defensiva é a identificação de elementos probatórios lícitos, a fim de salvaguardar os direitos de seu constituinte. Nesse sentido, Gabriel Bulhões (2018), estabelece que consiste a investigação defensiva em um conjunto de diligências e técnicas para que se apure a verdade dos fatos, e assim se evidencie provas sobre o caso concreto, bem como para que seja resguardado os interesses do cidadão, sendo esse acusado ou vítima de uma infração penal.

Assim sendo, ressalta-se que conforme ensinam Bulhões (2018) e Rosa (2017a), a investigação defensiva possui o condão de dar paridade de armas às partes no processo penal, em consonância com os preceitos democráticos que determinam a observância dos direitos e garantias fundamentais. Isso porque a Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu no ordenamento pátrio um sistema processual penal acusatório, pois delimitou de forma expressa a separação entre os papéis de acusador e julgador, bem como salvaguardou os princípios da igualdade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa em seu artigo 5º, artigo inaugural do título que trata dos direitos e garantias fundamentais.

Por conseguinte, ressalta Bulhões (2018), que deve o advogado (a) na investigação defensiva sempre agir de forma ética, técnica, honesta, com discrição, zelo, e estima pela verdade, sendo vedado a aceitação de causas cuja, diligências e medidas tomadas possam contribuir para a prática de uma infração ética ou penal ⁴.

⁴ Estabelece o Código de Ética e disciplina da OAB que são deveres do advogado (a): Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce. Parágrafo único. São deveres do advogado:



À vista disso, nota-se que a investigação defensiva realizada pela defesa vincula-se a teoria dos jogos no processo penal, dado que, possui a investigação defensiva a finalidade de dar a defesa a paridade de armas, igualdade no processo penal, bem como contraditório e ampla defesa conforme supramencionado, de modo que, sendo ela realizada sob a ótica da teoria dos jogos, faz com que o defensor possa realizar diligências em consonância com o raciocínio dos seus outros jogadores, a fim de buscar elementos probatórios que auxiliem a defesa na comprovação dos fatos alegados.

Sendo assim, faz-se necessário o estudo da regulamentação da investigação defensiva realizada pelo advogado (a), tal como sua legalidade perante a Constituição Federal e a sua ligação com a teoria dos jogos no processo penal. Diante disso, tem a presente pesquisa como objetivos específicos a demonstração da regulamentação da investigação defensiva pelo Conselho Federal da OAB através do provimento 188 de 2018, bem como, analisar a legalidade da investigação defensiva conforme o disposto na Constituição Federal e identificar o vínculo e relação da investigação defensiva com a teoria dos jogos.

Em face ao exposto, o presente estudo justifica-se em virtude da necessidade da utilização do instrumento da investigação defensiva no ordenamento jurídico pátrio, para que se tenha uma paridade de armas entre a defesa e a acusação, para que sejam assegurados os direitos e garantias fundamentais previstos na carta magna brasileira, e, ainda, para que se consiga chegar de forma justa a ao mais próximo possível dos fatos no caso concreto, resguardando-se os direitos dos cidadãos, sejam eles acusados ou

I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade; II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé; III – velar por sua reputação pessoal e profissional; IV – empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional; V – contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis; VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios; VII – aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial; VIII – abster-se de:

a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente; b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue; c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso; d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana; e) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste. IX – pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade. (BRASIL, 2015).



vítimas.

Isto posto, rege-se a presente pesquisa na elucidação do provimento 188 de 2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil o qual regulamentou a investigação defensiva realizada pelo advogado (a) no ordenamento pátrio, seguindo-se da análise do disposto na carta magna e a investigação defensiva, bem como na identificação da legalidade da investigação defensiva no processo penal e por fim na constatação do vínculo da investigação defensiva com a teoria dos jogos no processo penal.

2. O PROVIMENTO N. 188 DE 2018 DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E A REGULAMENTAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

A regulamentação da investigação defensiva foi instituída no ordenamento jurídico pátrio através do provimento n. 188 de 11 de dezembro de 2018, o qual estabelece em seu artigo 1º que trata-se de investigação defensiva o conjunto de atividades de natureza investigatória desenvolvidos pelo advogado (a), sendo estes com ou se assistência de um consultor técnico ou outro profissional habilitado em área específica. Diante disso, ressalta o dispositivo legal que tal instrumento pode ser utilizado pela defesa em qualquer fase da persecução criminal. Ainda, no que diz respeito a sua finalidade, referido dispositivo apregoa que a investigação defensiva consiste na busca de elementos de prova destinados a tutela de direitos do acusado no processo penal (BRASIL,2018).

Cabe, preliminarmente, o esforço de definição de investigação defensiva. Conforme Édson Luís Baldan (2007, p. 269):

Investigação defensiva é o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial.



Por ser elemento substancial para o pleno exercício da ampla defesa, é tão importante para o sistema processual que se pretenda acusatório. É por isso que o jurista Baldan (2007, p. 261) aponta as vantagens e os benefícios sociais que decorrem da investigação defensiva:

- a) aprimoramento da investigação policial como contraponto eficaz às provas produzidas pelo defensor, obrigando a Polícia Judiciária e o MP a buscarem contínuo aperfeiçoamento técnico-científico; b) criação (ou hipertrofia) de uma categoria profissional: os investigadores privados; c) estímulo ao culto das ciências afins ao Direito Penal, como Criminalística, Criminologia, Medicina Legal, com a conseqüente necessidade de adequação do ensino técnico e superior; d) redimensionamento da estatura jurídica do advogado (dentro e fora do processo), transmudando-o da condição de mero espectador inerte e inerte para a posição de ativo protagonista na formação da prova criminal; e) obrigação da motivação judicial na admissão da acusação, criando-se verdadeiro juízo de prelibação que arredaria a instauração da instância judicial quando insuficientes os elementos indiciários e de prova; f) maior proximidade do processo penal com a verdade "real" atingível pelo fortalecimento da prova criminal, com a conseqüente serenidade maior do Magistrado ao proferir seu decisum com ouvidos às razões produzidas por acusação e defesa em perfeita égalité des armes.

À vista disso, o jurista Guilherme Madeira Dezem (2018), define a investigação defensiva como investigação privada desenvolvida pelo advogado (a). Do mesmo modo, André Augusto Machado (2009), também conceitua a investigação defensiva como sendo ela um procedimento investigatório realizado pelo defensor do acusado da infração penal, podendo ela ocorrer em consonância ao supramencionado em qualquer momento da persecução penal de forma separada da investigação pública, a qual possui o condão de constatar elementos favoráveis ao réu.

Por conseguinte, conforme supradito, no que tange ao momento em que poderá ser realizada a investigação defensiva, determina o artigo 2º do provimento n. 188 que conforme aludido anteriormente, pode a investigação defensiva ser realizada tanto na fase pré-processual, durante a investigação preliminar, durante a instrução do processo em juízo, tal como, na fase recursal ou até mesmo durante a execução penal, podendo ser utilizada para base de propositura de revisão criminal ou ainda ser empregada em seu decorrer (BRASIL, 2018).

Ademais, no que concerne a finalidade da investigação defensiva, estabelece o artigo 3º do provimento n. 188 que a investigação defensiva possui como objetivo principal a produção de provas para pedido de instauração ou trancamento de inquérito,



para fundamento de rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa, assim como para base de resposta a acusação, pedido de medidas cautelares, defesa na ação penal, sendo ela pública ou privada. Do mesmo modo serve também a investigação defensiva para razões de recurso, fundamento de revisão criminal, *habeas corpus*, proposta de acordo de colaboração premiada ou leniência, e ainda para outras medidas que visem assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal (BRASIL,2018).

Na sequência, os artigos 4º a 8º delimitam como deverá ser realizada a investigação defensiva pelo advogado(a) e quais os seus deveres e direitos em relação a ela. Sendo assim, dispõem os referidos dispositivos que poderá o advogado (a) ao realizar a investigação defensiva conduzir de forma direta todas as diligências necessárias para o esclarecimento do fato, sendo elas a colheita de depoimentos, bem como, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, do mesmo modo, compete ao defensor responsável pela investigação determinar a elaboração de laudos e exames periciais e realizar reconstituições salvo em casos de reserva de jurisdição. Além disso, estabelece o dispositivo supra no parágrafo único que na investigação defensiva conforme supracitado o advogado (a) poderá utilizar detetives particulares, assim como, peritos, técnicos e outros auxiliares para o desenvolvimento do trabalho de campo (BRASIL,2018).

O artigo 5º da referida norma regulamenta que no decorrer da investigação o advogado (a) deve conservar o sigilo das informações colhidas, tal como, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias das pessoas envolvidas. No artigo 6º, estabelece o dispositivo que o advogado(a) e demais condutores da investigação defensiva não possuem o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados, e caso ocorra tal comunicação e publicidade do resultado, para que esta ocorra é necessário autorização de forma expressa do constituinte (BRASIL,2018).

Por fim, o provimento n. 188 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil designa que as atividades aludidas no provimento são privativas da advocacia e não podem receber nenhum tipo de censura ou impedimento das autoridades. Do mesmo modo, determina o provimento que tal norma entre em vigor na data de sua publicação (BRASIL,2018).



2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê em seu artigo 5º, inciso LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, assim como, estabelece no inciso LV da referida norma que será assegurado aos litigantes em processo judicial a ampla defesa e o contraditório, tal como os recursos necessários para que estes sejam resguardados aos litigantes em processo judicial (BRASIL,1988). Nesse sentido, os juristas Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa (2019), bem como Flanklyn Roger Silva (2019), apontam que repousa no referido dispositivo a base para a investigação defensiva no que tange à carta magna, uma vez que a investigação defensiva é um instrumento para que seja resguardos aos litigantes em processo judicial o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Perante o exposto salienta-se que a investigação defensiva possui amparo legal também nos tratados e compromissos firmados pelo Brasil em âmbito internacional, principalmente nos que dizem respeito aos direitos humanos. A Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece em seu artigo 8º, itens 1 e 2, “b”, “c”, “d”, “e” e “f”, as garantias judiciais mínimas para o acusado, com por exemplo o direito a atividade probatória, umas das principais finalidades da investigação defensiva, a qual visa buscar elementos probatórios favoráveis ao réu (SILVA, 2019).

À vista disso, faz-se necessário pontuar também o exercício do instrumento da investigação defensiva em razão do princípio da paridade de armas, previsto no ordenamento jurídico na carta magna brasileira em seu artigo 5º “*caput*”. Referido dispositivo estabelece que todos são iguais perante a lei sem que haja alguma distinção. Já o inciso XLI do artigo suprarreferido, apregoa que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988). O princípio da paridade de armas também encontra respaldo no Pacto de San José da Costa Rica em seu artigo 8º, item 2 (BRASIL,1992), que garante a plena igualdade de garantias a toda pessoa, estando esse em consonância com o previsto no artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), evidenciando deste modo que para



que tenha-se a concretização do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa conforme previsto na Constituição Federal brasileira é necessário que as partes tenham paridades de armas e sejam tratadas de forma equânime.

Cabe ainda destacar, quanto à Constituição Federal e a investigação defensiva, que, conforme o seu artigo 22, compete privativamente à União legislar sobre material penal e matéria processual. A partir desse mandamento constitucional, cabe pontuar acerca da legalidade do Procedimento Investigatório criminal conduzido pelo Ministério Público. Referido procedimento tem como fundamento Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, a Resolução CNMP nº 181/2017, em flagrante violação de competência privativa da União, pois extrapola seu poder regulamentar.

A despeito de sua contestação na corte constitucional, cabe mencionar que, pelo princípio da paridade de armas, frente à possibilidade de um procedimento investigatório criminal, de natureza administrativa e investigatória, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, é mister a possibilidade de um procedimento investigatório conduzido pela defesa. Nesse sentido, Diogo Malan (2012, p. 296) argumenta que

[...] de fato, durante essa fase investigativa podem ser produzidas provas cautelares, não reproduzíveis ou antecipadas, todas elas passíveis de valoração pelo juiz criminal na sentença (art. 155 do CPP). Nesse sentido, o acusado (na acepção ampla, abrangente do investigado, indiciado etc.) tem legítimo interesse em amearhar, já na fase de investigação preliminar do delito, elementos informativos que lhe sejam favoráveis – seja por ensejarem juízo de admissibilidade da acusação seja por influenciarem favoravelmente o convencimento do juiz na sentença.

No modelo acusatório, espera-se igualdade entre os jogadores, de modo que o juiz seja um árbitro sem iniciativa probatória. Isso porque a produção das informações relevantes, para fins de decisão, é função dos jogadores, e deve ser constituído de forma constitucionalizada.

Sendo a ampla defesa e o contraditório princípios norteadores do processo penal, devem ser aplicados também à investigação. Conforme Marta Saad (2004, p. 215) “a garantia da ampla defesa envolve, modernamente, tríplice enfoque: ‘o direito à informação, a bilateralidade da audiência e o direito à prova, legitimamente obtida ou produzida.’”



É por isso que, conforme Franklyn Roger Silva (2020, p. 58), para que haja um processo justo é necessário, em grande medida

[...] da disposição de meios necessários para que a pessoa submetida a uma imputação penal possa participar do processo pessoalmente (autodefesa) e ao mesmo tempo ter ao seu lado um profissional encarregado de manusear os instrumentos previstos no ordenamento jurídico (defesa técnica), garantindo-se a desejada paridade de armas na relação processual penal e um resultado que melhor atenda aos interesses do imputado.

O mote disso é o equilíbrio entre as partes no processo penal. Para Moraes (2017, p. 118) o “processo precisa ser entendido como um mecanismo apto à inserção da informação no campo da decisão judicial”. Assim, sustenta o jurista que a informação adentra no capó do processo penal por meio da prova, e a acusação possuiu uma estrutura administrativa de investigação desequilibra o sistema processual, pendendo contra o acusado.

Isso porque o interesse da defesa em provar determinados fatos “pode se inserir em contexto de estratégia probatória, com vistas à extinção prematura de uma ação penal, seja pelo juízo de rejeição da denúncia ou da absolvição sumária.” (SILVA, 2020, p. 75)

É por isso que a investigação defensiva possibilita uma maior perspectiva de defesa do acusado, fazendo com que se tenha uma maior paridade de armas entre as partes, visto que a investigação defensiva oportuniza ao acusado a produção e a gestão de elementos probatórios que possam ser aproveitados em seu favor na fase jurisdicional do devido processo legal, o que aumenta deste modo a oportunidade de contraditório.

3. A LEGALIDADE DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal brasileiro não possui previsão expressa em relação a investigação criminal realizada pela defesa, no entanto ressalta-se que o artigo 396-A da referida norma, dispõe que em sua resposta, o acusado poderá inquirir preliminares, bem como alegar tudo o que for de interesse à sua defesa, podendo oferecer documentos



e justificações ou ainda especificando as provas pretendidas e arrolando suas testemunhas. Desta forma, em consonância com o dispositivo supra tem-se o instrumento da investigação realizada pela defesa, dado que essa possui como objeto principal a busca de elementos e provas que favoreçam a defesa do réu (MAURICIO; HENRIQUE, 2013).

Diante disso, é necessário que se ampare a legalidade da investigação defensiva no disposto na carta magna em relação aos princípios do contraditório e ampla defesa, tal como, da paridade de armas e do devido processo legal conforme mencionado anteriormente. Ainda, cabe relacionar a legalidade da investigação defensiva nas legislações esparsas, como por exemplo o provimento n. 188 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e ainda relacioná-la em cotejo com os entendimentos doutrinários, como por exemplo a doutrina da teoria dos jogos do professor Alexandre Morais da Rosa, que é o objeto por excelência do presente artigo.

À vista disso, destaca Vilela (2018), que como exemplo de legalidade e necessidade da implementação da investigação defensiva no ordenamento jurídico pátrio, tem-se a Lei n. 13.432 de 2017, a qual dispõe sobre a regulamentação da profissão dos detetives particulares. Também se tem a Lei n. 13.245 de 2016, a qual estabelece a prerrogativa dos (as) advogados (as) de garantia de atuação no inquérito policial, trazendo, deste modo, à luz a aplicação do sistema processual acusatório previsto na carta magna brasileira e essência para à investigação defensiva.

Vilela (2018), aponta que a investigação defensiva é necessária e possui legalidade, conforme anteriormente mencionado, também em virtude do princípio da paridade de armas que se deve ter no processo penal, uma vez que, tal princípio busca equilibrar a balança do Direito, fornecendo à ambas as partes no processo mecanismos que visam reduzir a desproporcionalidade de prejuízo do réu em relação as demais partes envolvidas, fazendo com que assim se tenha igualdade de tratamento entre as partes, facultando para a acusação e defesa as mesmas chances e oportunidades.

Ante o exposto, no que tange a legalidade da investigação defensiva no processo penal, dispõe o Código de Processo Penal em seu artigo 14 que pode o ofendido, ou seu representante legal, assim como o indiciado, requerer qualquer



diligência, que será ou não realizada, conforme decisão da autoridade. Ainda, estabelece de forma clara a possibilidade de realização da investigação defensiva pelo advogado, para que assim, se tenha uma efetiva paridade de armas, legalidade e controle da garantia dos direitos fundamentais para todas as partes envolvidas, uma vez que é direito do advogado (a) ter acesso as provas e elementos já documentados (SALLUM, 2018).

Nesse sentido, sublinha Alexandre Morais da Rosa (2017a), que em razão do princípio da paridade de armas anteriormente mencionado, bem como em consonância com o disposto no artigo 14 do Código de Processo Penal, conforme supracitado, a investigação preliminar realizada pela defesa pode também auxiliar no requerimento de diligências que podem ser formuladas pelas partes para a autoridade que possui a atribuição inquisitória de investigação, e, por esta razão, justifica-se a sua legalidade em relação ao processo penal.

4. O VÍNCULO DA TEORIA DOS JOGOS COM A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

A teoria dos jogos visa identificar como se comporta um jogador racional em determinado contexto em relação as ações de dominantes e dominados. Deste modo, a ideia da teoria dos jogos é que o jogador constata a partir de seu lugar o que outro jogador pensa, para que assim possa agir dentro do processo penal para atingir os resultados desejados, de modo que possa evitar surpresas em relação ao resultado do jogo processual (ROSA, 2017b).

À vista disso, segundo Rosa (2017a), os resultados obtidos na atuação do órgão investigador na maioria dos casos são utilizados pela acusação como conjunto probatório para pautar a peça acusatória. Dessa forma, destaca-se que em regra tais elementos produzidos podem ser determinantes na apuração das provas para a verificação da conduta imputada. Sendo assim, enfatiza Rosa (2017a), que se joga muito na fase preliminar, a qual denomina o eminente professor como pré-jogo.



Leciona Rosa (2017a), que o dever de comprovação da existência dos fatos imputados é de quem acusa e não do acusado, e em face ao exposto, ressalta o jurista que: “Não é o acusado quem deve comprovar que seus direitos e garantias não foram efetivados, mas o Estado promover meios [...] sob pena de ‘perda de uma chance’” (ROSA, 2017a). Do mesmo modo, salienta o professor Rosa que a atuação do condutor da investigação tem o condão de modificar os rumos do processo penal, dado que, a atitude investigatória da autoridade condutora das investigações pode ser fundamental ou não em uma condenação (ROSA, 2017a).

Diante disso, e por força do princípio da paridade de armas, elucida o professor Rosa (2017a), que o egrégio Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 83.255 entendeu que a defesa está liberada a inventariar e a investigar os elementos materiais e testemunhais relevantes para o exercício pleno da ampla defesa. Desta forma ressalta ainda que o levantamento preliminar defensivo realizado pela defesa pode auxiliá-la no requerimento de diligências a serem solicitadas para a autoridade investigadora conforme o disposto no artigo 14 do CPP (ROSA, 2017a).

Deste modo, salienta-se que a investigação defensiva na ótica da teoria dos jogos coloca o imputado em igualdade de condições com a acusação, permitindo assim que o defensor possa jogar de forma que favoreça a defesa ao recolher os elementos de provas em sua investigação, visto que na investigação defensiva o defensor ostenta um papel de protagonista, pois a conduz no intuito de que se consiga produzir elementos que favoreçam a defesa do réu (ROSA, 2017a).

Isso porque “os jogos processuais são mundos artificiais em que as informações reais são selecionadas para compor a realidade da interação processual, com regras de produção e valoração” (ROSA, 2017b, p. 146). A armadilha cognitiva básica, argumenta Rosa (2017b), é acreditar que a descrição dos procedimentos previstos em lei se confunde com o jogo real.

Por conseguinte, sobreleva-se que através da investigação defensiva realizada pelo advogado se tem um aumento do campo cognitivo do juiz, uma vez que, ao tomar uma decisão no processo, o magistrado poderá valer-se de elementos resultantes da investigação realizada pela autoridade policial, bem como da investigação realizada pela



defesa, fazendo com que assim se tenha igualdade entre as partes participantes do processo penal (ROSA, 2017a).

Com a investigação defensiva se tem uma nova porta de informação. À luz da teoria dos jogos, essa informação deve ser explorada pelo jogador, que deve a ela dar um lugar e uma função no contexto da linha argumentativa aventada. “A pergunta diante de um elemento de informação não deve ser: o que é isso? Deve ser pelos efeitos ou impacto: o que ele pode implicar na cognição dos jogadores e do julgador, especialmente”. (ROSA, 2017b, p. 147)

Ademais, Rosa (2017b) aponta para o fato de que a finalidade da teoria dos jogos é de auxiliar na interação entre os agentes, de modo que um agente se coloque no lugar do outro e assim consiga tomar a melhor decisão pensando como a outra parte do jogo reagiria a esta. E assim acontece com a investigação defensiva, pois na investigação defensiva, o advogado (a) coloca-se no papel de investigador a fim de buscar solucionar a verdade dos fatos de forma positiva ao réu.

Desta forma, leciona Rosa (2017b), que o conhecimento do adversário, o mapeamento de suas expectativas de comportamento bem como a possibilidade do modo de decisão do órgão julgador são elementos necessários em um jogo processual, o que pode ser utilizado também na investigação defensiva, pois essa oportuniza a defesa a utilizar-se de mecanismos para apurar a verdade dos fatos, assim como para analisar e se colocar no lugar da autoridade que possui a atribuição de investigar. E a defesa, ao se colocar no lugar de tal autoridade, pode constatar as ações que tal autoridade poderia valer-se em suas apurações, de modo que dessa forma a defesa, por meio da investigação defensiva, utilizar-se-ia de tais elementos em sua atuação na defesa do acusado, fazendo com que assim se concretize o princípio da paridade de armas.

Nesse contexto, salienta Silva (2019), que o objetivo da investigação defensiva, conforme mencionando anteriormente, é de colher elementos não somente para favorecer o réu e formar teses defensivas, mas de também identificar a validade das provas e elementos produzidos pela acusação para que assim se consiga chegar a o mais próximo possível dos fatos no caso concreto. Ou seja, conforme supracitado a investigação defensiva busca dar paridade de armas para as partes na persecução penal,



visto que conforme elucidam Lopes Jr. e Rosa (2019), estabelece a Constituição Federal a preservação dos princípios da igualdade previsto no *caput* do artigo 5º, tal como o do devido processo legal no inciso LV da referida norma, e do contraditório e ampla defesa previstos no artigo 5º, inciso LV da carta magna.

Logo, sob a ótica da teoria dos jogos aplicada no processo penal, o defensor utiliza-se da investigação defensiva para que, conhecendo o pensamento e forma de atuação de todos os jogadores, possa buscar elementos que favoreçam a sua atuação e desenvolvimento da defesa na persecução penal, e, ainda, para que possa ampliar os elementos de cognição para o convencimento do magistrado.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi identificado na pesquisa é de suma importância a presença da defesa em todas as fases da persecução criminal, seja ela na fase pré-processual, denominada pelo professor Alexandre Morais da Rosa como pré-jogo, assim como na fase da ação penal, ou seja, na fase processual. Sendo assim, constatou-se no presente estudo que para que haja paridade de armas nas fases da persecução supramencionadas é necessário fornecer as partes paridade de armas, o que é possível por meio da utilização da investigação defensiva.

A investigação defensiva, em consonância com o que se demonstrou na pesquisa por meio de conceitos fornecidos por juristas brasileiros, consiste no conjunto de atividades de cunho investigatório realizadas pelo advogado (a) a fim de buscar elementos que auxiliem na defesa do réu. Diante disso, no que diz respeito a sua regulamentação no ordenamento jurídico pátrio, constatou-se que a mesma se dá pelo provimento n. 188 de 11 de dezembro de 2018 do Conselho Federal da OAB, o qual estabelece as diretrizes de como deve ocorrer a investigação defensiva realizada pela defesa.

No que concerne a análise da legalidade da investigação defensiva conforme o estabelecido pela Carta Magna, identificou-se que a investigação defensiva possui amparo e regulamentação pela Constituição Federal em virtude do disposto em seu



artigo 5º, incisos LIV e LV, os quais estabelecem os princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa.

Por fim, em relação ao vínculo da investigação defensiva com a teoria dos jogos destaca-se que a investigação defensiva se vincula com a teoria dos jogos em virtude de esta colocar o imputado em igualdade de condições com a acusação, fazendo assim com que se tenha a devida paridade de armas na persecução penal. Do mesmo modo que, relaciona-se com a teoria dos jogos pelo fato do defensor utilizar-se da investigação defensiva para conhecer o pensamento e forma de atuação de todos os jogadores, para que assim possa buscar elementos que favoreçam a defesa do réu durante a fase inquisitorial e processual, assim como para ampliar os elementos de cognição para o convencimento do magistrado.

Ante o exposto, através do presente estudo, foi possível identificar a importância da investigação defensiva na persecução criminal para que se tenha efetivamente o cumprimento das garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal Brasileira, visto que somente é possível que haja paridade de armas entre as partes em uma persecução penal quando se fornece os mesmos recursos para ambas as partes.

REFERÊNCIAS

BALDAN, Édson Luís. **Investigação defensiva: o direito de defender-se provando.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007. p. 269

BULHÕES, Gabriel. **Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal.** Revista Consultor Jurídico – Conjur, 10 de abril de 2018, 13:43 horas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/gabriel-bulhoes-investigacao-defensiva-paridade-armas>. Acesso em: 07 de jun. de 2020.

BRASIL. **Código de Ética e Disciplina Da OAB.** Aprovado pela resolução n. 2, de 19 de outubro de 2015, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/pdf/legislacaooab/codigodeetica.pdf>. Acesso em: 07 de jun. 2020.



BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 14 jun. 2020.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. Decreto n. 678 de 06 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL. Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018. **Regulamenta a investigação defensiva conduzida por advogado**. Disponível em: <https://deob.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 13 jun. 2020.

CASTRO, Matheus Felipe; VIEIRA, Roberta Christina. **Investigação Defensiva: Ampliando horizonte do direito fundamental à paridade de armas no processo penal**. Revista Culturas Jurídicas, Vol. 6, Núm. 14, mai./ago., 2019. Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/794>. Acesso em: 14 jun. 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. – 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Mastersaf, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania**. Revista Consultor Jurídico – Conjur, 01 de fevereiro de 2019, 10:43 horas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em: 07 de jun. 2020.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação Criminal Defensiva**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2009. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde27082009114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 13 jun. 2020.

MALAN, Diogo. **Investigação defensiva no processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 96, p. 279-309. São Paulo: RT, maio/jun., 2012.



MAURICIO, Bruno; HENRIQUE, Diego. **A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro**. Revista das Liberdades. nº 12 - janeiro/abril de 2013. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/15/IBCC_RevistaLiberdades_n12_reflexao.pdf. Acesso em: 14 jun. 2020.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. – 4 ed. rev. atual. e ampl. – Florianópolis: Empório do Direito, 2017a.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Teoria dos Jogos e o processo penal: A short introduction**. – 1ª edição. – Florianópolis: Empório do Direito, 2017b.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 9).

SALLUM, Camila. **A Busca pela Adequação aos Preceitos do Sistema Acusatório: o Controle da Legalidade no Curso da Investigação Criminal pelo Juízo das Garantias**. Virtua Jus – Revista de Graduação da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas. v. 3. n. 4. 2018. Direitos e liberdades, publicado em 18 de agosto de 2018. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/18017>. Acesso em: 13 jul. 2020.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico**. Revista Consultor Jurídico – Conjur, 19 de fevereiro de 2019, 08:00 horas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico>. Acesso em: 14 jun. 2020.

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

VILELA, Lorrany Ritter. **Investigação defensiva no novo Código de Processo Penal: Paridade de armas e suas implicações práticas**. 2018. 85 f. Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharel em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Natal, 2018.

