

O CABIMENTO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

BONORA, Daniel Keller¹
VIEIRA, Tiago, Vidal²

RESUMO:

A realização de investigação defensiva tem ganhado espaço no cotidiano brasileiro. Embora o tema não possua previsão legal expressa, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil publicou o provimento 188/2018 regulamentando-o minimamente. Com esse provimento, as discussões entre críticos e defensores do tema se acaloraram, resultando no grande avanço teórico. Evidencia-se que a discussão deva persistir a fim de buscar a compreensão da existência de espaço para a investigação defensiva no processo penal, em havendo espaço, mister é delimitá-lo. Para tal finalidade, em ato contínuo, apresenta-se o conceito de investigação defensiva, analisando seu cabimento, com amparo na legislação vigente e nos princípios do direito, com especial ênfase nos princípios do contraditório, da paridade de armas e do direito à prova. Por fim, pondera-se a possibilidade de efetiva implantação e realização da investigação defensiva com a legislação em vigor, e diante disso, considera-se os parâmetros e limites desse modelo investigativo, com olhos, ao alcance da publicidade das informações colhidas e a responsabilização dos advogados condutores do ato

PALAVRAS-CHAVE: investigação defensiva, processo penal, direito penal, prova.

THE APPROPRIATENES OF DEFENSIVE CRIMINAL INVESTIGATION IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

ABSTRACT:

Defensive investigation proceedings are becoming more frequent and common in the daily activities of Brazilian people. Although the theme does not have an express legal provision, the Federal Council of the Order of Lawyers of Brazil published the provision 188/2018 regulating it minimally. With such provision, the discussions, between critics and defenders of the theme increased, resulting in a great theoretical advance. It is evident that the discussion must persist in order to search the understanding of the existence of the space for defensive investigation in the criminal process, if there is space, it will be necessary to delimit it. To this end, in a continuous act, the concept of defensive investigation is presented, analyzing its appropriateness, supported by the current legislation and the principles of law, with special emphasis on the principles of contradictory, parity of arms and the right to proof. Concluding, it is considered the possibility of an effective regulation and implementation of defensive investigation, within the current legislation, which results in considering this investigative model boundaries and parameters, with eyes on the possible advertisement of the collected information as well as the accountability of the lawyers conducting the act.

KEYWORDS: defensive investigation, criminal process, criminal law, evidence.

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: dbonora@outlook.com

² Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: tiago.vidal.vieira@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A realização da investigação defensiva em favor daqueles que são, ou podem vir a ser, réus ou investigados no inquérito policial e na ação penal, ou mesmo condenados com trânsito em julgado por sentença penal, tem ganhado espaço no cotidiano forense brasileiro.

Esse tema vem sendo objeto de estudo no campo jurídico, mormente, quando se fala em direito comparado, isso pois, países com sólidas sistemáticas jurídicas regulamentam o exercício profissional. A título de exemplo, na Itália e nos Estados Unidos da América (EUA), os advogados que atuam em resistência ao Jus Puniendi possuem parâmetros legais que balizam o exercício de atos investigatórios. O ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, manteve-se silente sobre qualquer aspecto da investigação defensiva, restando aos estudiosos teorizar a respeito dos termos e condições em que se permitiria ou não sua realização.

Acerca da problematização, neste trabalho, questiona-se: a investigação criminal defensiva encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro? E, quais as balizas e os limites da condução desses atos investigatórios?

Diante da ausência de lei expressa, muitas foram as discussões relacionadas ao tema, resultando, naturalmente, no desencontro de ideias entre aqueles que entendem que a investigação criminal defensiva ampara-se nos princípios basilares do direito e do processo penal, bem como, nos direitos e garantias fundamentais, não havendo vedação à prática pela lei e, entre aqueles que entendem a inconstitucionalidade desses atos investigativos por não haver amparo de qualquer espécie normativa.

Sem permissão ou sem proibição legal, em 11 de novembro de 2018, o Conselho Federal da Ordem dos advogados do Brasil aprovou e publicou o Provimento n. 188/2018 que regulamenta minimamente o exercício dos atos de investigação defensiva como atividade privativa dos advogados.

Trata-se de ato administrativo, redigido e aprovado pelo conselho da classe, devendo estar consonante em todos os aspectos com o ordenamento jurídico vigente, devendo, ainda, para sua validade, obediência a essa consonância. Ainda assim, com a vinda do provimento, pode-se dizer que houve o acaloramento das discussões. Os membros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e das Defensorias Públicas figuram como principais defensores, ao passo que os membros do Parquet e das forças policiais se apresentam como os principais críticos, havendo de se considerar que esse debate acadêmico é um ganho social, visto que, o confronto de ideias promove a maturação do tema.

E é justamente nesse impasse que este trabalho encontra legitimação. Diante da ausência de normas regulamentadoras permissivas ou repressivas, e do fato de que essa atividade vem

sendo largamente desenvolvida pela advocacia no processo penal, evidencia-se que a discussão deva persistir a fim de buscar a compreensão da existência de espaço para a investigação defensiva no processo penal, em havendo espaço, mister será delimitá-lo. A delimitação carece de previsão legislativa, entretanto é cabível uma discussão acerca de quais atos são passíveis de realização baseados na atual regulamentação (in)existente e quais se vinculam à existência de lei.

Assim, o estudo da consonância entre o ordenamento jurídico brasileiro e a investigação defensiva fixa sua relevância, não apenas por incentivar a compreensão de uma questão polêmica, com pouca discussão jurídica, mas, sobretudo, porque busca os pontos legitimadores de sua atuação. Nesse sentido, procura na Lei, na doutrina e na jurisprudência pontos convergentes que permitem, ou não, a atuação da advocacia criminal, por meio de investigação defensiva e na defesa dos interesses daqueles que a patrocinam. Uma vez estabelecida essa discussão, far-se-á a busca da reflexão sobre os atos passíveis, ou não, de serem realizados, o seu valor probatório e a responsabilidade dos advogados por eventuais excessos no exercício desse mister.

Com base nessa abordagem, objetiva-se fomentar a discussão acerca da constitucionalidade da realização de investigação criminal defensiva, bem como, sua atual viabilidade e os seus limites ante a ausência de normas regulamentadoras. Destarte, busca-se promover o entendimento sobre o tema, para que os advogados que atuem na defesa criminal possam se valer dessa atividade profissional sem, contudo, cometerem excessos passíveis de responsabilização civil, administrativa e/ou criminal.

Sendo assim, o presente trabalho empreendeu esforços, especificamente, no sentido de entender a relevância das provas no processo penal, para, em sequência, analisar os tipos de investigações cabíveis no ordenamento jurídico brasileiro. Em ato contínuo, apresenta-se o conceito de investigação defensiva, analisando seu cabimento, com amparo na legislação vigente e nos princípios do direito, com especial ênfase nos princípios do contraditório, da paridade de armas e do direito à prova. Por fim, pondera-se a possibilidade de efetiva implantação e realização da investigação defensiva com a legislação em vigor, e diante disso, considera-se os parâmetros e limites desse modelo investigativo, com olhos, ao alcance da publicidade das informações colhidas e a responsabilização dos advogados condutores do ato.

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: dbonora@outlook.com

² Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: tiago.vidal.vieira@gmail.com

2 O CONVENCIMENTO DO JULGADOR E A IMPORTÂNCIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Conforme ensina o Juiz de Direito, Alexandre Moraes da Rosa (2019), no jogo processual penal as estratégias se voltam para determinado objetivo principal. As informações disponíveis moldarão o jogo, isso porque, quanto maior o panorama que se possui de todo o contexto em que se deu o processo, os fatos que ensejaram a lide e até mesmo o conhecimento da quantidade de informação que cada parte dispõe, maior será a vantagem capaz de levar ou não ao objetivo principal. Desse modo, autor e réu comungam da mesma ânsia: ambos buscam, pelos meios legais, formar o convencimento do julgador e assim alcançar a decisão mais favorável possível.

Diante da busca das partes pelo convencimento, é conveniente destacar que verdade e certeza são conceitos relativos, o entendimento de que a verdade real é alcançável, há muito encontra-se superado, de tal forma que o julgador deve entender a busca da verdade como a busca por um elevadíssimo grau de probabilidade e tão somente (BADARÓ, 2019).

O autor continua e afirma que para os fins processuais, a verdade será entendida como verdade quando, por meio do arcabouço probatório produzido, for possível decidir pelo acolhimento de determinada hipótese em desfavor das demais de forma racional, ou seja, o juiz fixa sua certeza quando, ao analisar as provas, consegue chegar a uma conclusão que acredita ser a verdadeira (BADARÓ, 2019). Nessa continuidade, Aury Lopes Júnior (2019) defende a ideia de que, inevitavelmente, o julgador se posicionará no processo penal como um ignorante, como aquele que ignora, vez que não possui contato direto com os fatos, dependendo única e exclusivamente dos elementos probatórios para a formação de seu conhecimento.

Eis a grande importância das provas visto que são a base da sentença penal. Quando devidamente produzidas, são capazes de fixar o convencimento acerca da conduta criminosa imputada ao acusado, fundamentando a sentença condenatória ou absolutória. Por outro lado, quando ausentes ou contraditórias entre si, não sendo suficientemente robustas a fim de gerar o alto grau de probabilidade, necessário para a condenação, entendido aqui como verdade, desaguar-se-á na sentença absolutória por ausência de provas, em observância ao princípio do *in dubio pro reo*.

A apreciação das provas pelo julgador deve se dar de acordo com as regras estabelecidas para essa finalidade (AVENA, 2017). O Código de Processo Penal (CPP) trouxe para si o sistema do livre convencimento motivado, permitindo a valoração com liberdade dos elementos formadores do convencimento, entretanto, fica o magistrado vinculado às provas produzidas sob o crivo do devido processo legal, tendo o dever de fundamentação, onde se traz à baila os motivos pelos quais convenceu-se, acolhendo determinada hipótese à revelia das demais (BRASIL, 1940).

O artigo 155, do diploma legal supracitado, vincula a apreciação da prova ao livre convencimento motivado, fixando-o como regra. Todavia, subsiste no código processual penal resquícios de outros sistemas de valoração da prova, a exemplo do artigo 158 do CPP que fixa a necessidade de exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, vedando, de forma expressa, que a confissão do acusado o substitua, adotando, nesse caso, o sistema da prova tarifada (BRASIL, 1940).

Ao se tratar de provas, verifica-se que o Código Penal traz em seu bojo diversas espécies, dentre elas: provas periciais, interrogatório do acusado, confissão, depoimento do ofendido, prova testemunhal, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação e prova documental, previstas entre os artigos 158 e 250 do CPP (BRASIL 1940). Todavia, o diploma legal não é considerado um empecilho em termos probatórios, posto que, não se interpreta tal rol de forma taxativa. E, desde que não haja violação constitucional ou principiológica, admite-se meios de provas inominados, isso é, sem previsão legal (AVENA, 2017).

Sabendo disso, faz-se necessário a conceituação técnica do que (não) é prova. Uma das mais caras garantias a que se faz referência é a da jurisdição, garantia da qual se desdobra o julgamento alicerçado nas provas produzidas dentro do contraditório e da ampla defesa, inerentes ao processo. Assim, deve o convencimento do magistrado sustentar-se nos elementos com força probatória, não se admitindo, para tanto, os que apresentam mero caráter informativo (LOPES JR, 2019).

O autor em foco, com o intento de apresentar o conceito do que (não) é prova, assegura que não se deve atribuir valor probatório aos atos realizados mormente de forma administrativa, muitas vezes escondidos pelo segredo e sem possibilidade de defesa, sendo um imperativo necessário à garantia da jurisdição e à presença das regras processuais penais, quando da produção probatória (LOPES JR, 2019).

Badaró (2019) bem afirma que no sistema pátrio não se adota o modelo inquisitório para o processo penal, estando vedado ao juiz que busque por fontes de provas. A vedação se dá a fim de evitar o comprometimento psicológico de seu julgamento com imparcialidade. Nessa perspectiva, Avena (2017) ensina que a prova tem o Juiz como destinatário, embora a busca pelas provas seja ônus das partes, produzida para aquele que julgará, como já citado, a formação de seu convencimento. Diante da visão desses autores, pode-se concluir que somente aqueles elementos produzidos pelas partes sob o crivo dos princípios e garantias constitucionais, fazendo-se presentes às regras processuais penais em sua produção, é que devem possuir força probatória.

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: dbonora@outlook.com

² Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: tiago.vidal.vieira@gmail.com

O Delegado de Polícia Ericke Sallum (2019, p. 4) assevera: “Assistimos, pasmos, um embate entre o Judiciário e o MP. Isso mesmo. Judiciário e Ministério Público buscam fixar, ‘na base da cotovelada’, as suas atribuições”. A crítica é apresentada ao citar a instauração de investigação criminal pelo presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) para apuração de ato criminoso cometido em desfavor de seus integrantes. Ademais, a crítica se dá pelo avanço de competência de determinados órgãos em detrimento da atribuição de outros, mais especificamente, da realização de investigação criminal pelos próprios julgadores e possíveis vítimas do caso, com clara referência ao processo penal inquisitório.

Alexandre de Moraes da Rosa, sobre a necessidade de observância das normas processuais penais para que se obtenha uma sentença justa, declara:

Embora toda decisão se sujeite às suas contingências, o jogo processual penal tem regras (normatividade), às quais nem aos jogadores e nem ao julgador é dado trapacear. O jogo a ser jogado que aqui se fala é o jogo democrático. O devido processo legal substancial, como diretriz, nada mais é do que a exigência da observância das regras do jogo, isto é, atribuir sentidos autênticos dentro de uma tradição na qual tanto os jogadores quanto o julgador estão inseridos. Cada tática ou estratégia deve analisar a estrutura subjacente (2019, p. 88).

Há de se compreender que para a manutenção do *fair play*, aquele que exerce o julgamento sobre o caso, não o conhece diretamente e não deve assumir postura ativa na busca pelos elementos que corroborem com uma ou outra hipótese, competindo às partes a produção probatória apta à formação do convencimento. Além disso, é dever de todos a observância, com boa-fé, da normatividade jurídica que permeia a relação processual.

3 ESPÉCIES DE INVESTIGAÇÃO

Renato Brasileiro de Lima (2018), ao conceituar o Inquérito Policial (IP), trata-o como um conjunto de atos voltados à colheita de elementos de informação, possuindo natureza administrativa e com a finalidade de fundamentar o ingresso da ação penal com a prova da materialidade e de indícios de autoria delitiva ou dar escopo ao arquivamento da *notícia crimines*. Reforça, ainda, que a partir da prática do ato criminoso nasce ao Estado o direito de punir. Assim sendo, para alcançar o agente com o *jus puniendi* passa-se primeiro pelo princípio da jurisdição, para tanto, no ingresso da ação penal é essencial que haja presente um arcabouço mínimo de elementos que justifiquem a propositura, consoante a isso, as forças do inquérito policial serão direcionadas para a busca desses elementos.

Nesse sentido, destaca-se a inteligência do artigo 155 do CPP que veda a atribuição de valor probatório aos elementos colhidos em sede de IP, possuindo somente caráter informativo, ressaltando-se as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 1940). Conforme entende

Eugênio Pacelli (2018), o magistrado não pode levar em consideração, para a formação de seu convencimento, os elementos de informação colhidos em sede de Inquérito Policial, sendo obrigação da acusação reproduzir todos os elementos aos quais deseja embasar-se para sustentar o pleito pela condenação.

Renato Brasileiro de Lima, ao discorrer sobre o IP, afirma que:

Esses elementos de informação colhidos no inquérito policial são decisivos para a formação da convicção do titular da ação penal sobre a viabilidade da acusação, mas também exercem papel fundamental sobre a decretação de medidas cautelares, patrimoniais ou probatórias no curso da investigação policial (2018, p. 110).

Conclui-se que o IP não se destina em regra, e primordialmente, à formação do convencimento do Juiz, mas sim a convencer o titular da ação penal: o *Parquet*. Podendo, ou não, haver propositura com base nos elementos colhidos em sede administrativa, que em um primeiro momento poderão fundamentar o juízo de admissibilidade da denúncia, sem a possibilidade de sua valoração probatória em sede de cognição definitiva caso não sejam reproduzidos dentro da garantia de jurisdição.

Há também a possibilidade de instauração de Procedimento Investigatório Criminal a ser conduzido pelo Ministério Público, como forma de investigação estatal da prática de delitos, regulamentado na resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Embora persista grande discussão, o STF posicionou-se no Recurso Especial 593727/MG, julgado em 15/05/2015, com repercussão geral, pela competência do *Parquet* para condução por sua autoridade própria de investigações de natureza penal. Não há, contudo, previsão constitucional expressa que atribua tais poderes ao Órgão Ministerial.

O entendimento dos tribunais superiores adota a teoria dos poderes implícitos. Logo, quando a Carta Magna incumba determinada tarefa a determinados agentes, por consequência, concede-lhes os meios necessários para realização dessa tarefa, aplicando-se ao caso. Ao conferir ao Ministério Público a função de titular da ação penal no artigo 129, inciso I, CF, são fornecidas, também, ferramentas necessárias para a denúncia e a possibilidade de produção probatória que embasa a acusação (ORTEGA, 2017).

Além da condução de atos investigatórios criminais pela autoridade policial e pelo titular da ação penal, é possível sua realização pelo próprio Magistrado, podendo haver determinação oficiosa de provas antecipadas com expressa previsão legal no artigo 156 do CPP, desde que

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: dbonora@outlook.com

² Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: tiago.vidal.vieira@gmail.com

consideradas de caráter urgente e relevante, atentando-se a sua necessidade, adequação e relevância. Nas palavras de Avena:

A regra do art. 156, I e II, do CPP (alterado pela Lei 11.690/2008) assegura ao Juiz o poder de determinar, antes mesmo de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas urgentes e relevantes, observando critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade, bem como de ordenar, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, a produção de provas para dirimir dúvida relevante (2018, p. 345)

Muitos doutrinadores, sobretudo os garantistas, apresentam críticas, tratando o artigo 156 como inconstitucional e como verdadeiro violador do processo penal acusatório, isso porque, quando se passa a inquirir testemunhas e réus, ou mesmo a determinar de ofício a realização de diligências probatórias, perde-se a imparcialidade, tomando para si uma hipótese e buscando elementos que a justifiquem (LOPES JR, 2019). De tal sorte, quando o julgador passa a buscar meios que corroborem suas ideias, já fixadas, não se pode mais falar em *fair play*, ou seja, no jogo limpo, estando o processo viciado (DA ROSA, 2019).

O Sistema Processual Penal adotado no ordenamento jurídico brasileiro é o presidencialista, que essencialmente afasta o julgador do protagonismo probatório, sendo ele o destinatário da prova, mas não lhe competindo empreender buscas para alcança-las (LOPES JR, 2019). Apesar da crítica doutrinária, o CPP (BRASIL, 1940) é bastante claro ao prever a possibilidade de iniciativa probatória pelo juiz, o atual entendimento dos Tribunais Superiores não se fixa na inconstitucionalidade do artigo 156. Salienta-se o julgamento do HC 221.231/PR de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca pela 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça, em 29/03/2017, no qual decidiu-se pela possibilidade de produção probatória *ex officio* pelo próprio juiz, desde que de forma complementar, com fundamentação de tal entendimento no princípio da verdade real.

Isso posto, diante da possibilidade da Polícia Judiciária, Ministério Público e dos Magistrados, conduzirem e/ou determinarem a realização de atos investigatórios buscando a produção probatória, surge o natural questionamento em relação à defesa, há possibilidade da condução de atos investigatórios?

4 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELA DEFESA

A investigação direta realizada pela defesa pode ser conceituada como uma série de atos praticados antes, durante ou após a instauração da persecução criminal pelo Estado, com o objetivo de obtenção de informações pertinentes e aptas à produção probatória de forma lícita, conduzida por advogado ou membro da defensoria pública (SILVA F, 2019). A participação da defesa

na busca probatória é saudável, o olhar defensivo pode se atentar a situações que passariam despercebidas aos dos demais jogadores (SILVA F, 2019).

Essa participação pode ocorrer mediante o maior envolvimento nos inquéritos policiais ou a condução de procedimento próprio que, evidentemente, não é produzido com imparcialidade, mas o resultado final a ser alcançado, isso é, a prova, é imutável. Em outras palavras, significa dizer que a obtenção do elemento probatório válido independe da total imparcialidade daquele que o busca para a defesa, vez que, o empenho figura-se no sentido de localizar o meio de prova, e não em fabricá-lo.

No entanto, o Delegado de Polícia, Luiz Santos Cabette, (2019) aduz que não há possibilidade de realização de investigação quando se fala em persecução penal por qualquer forma que não seja aquela instituída por Lei Federal, apontamento válido tanto para os atos realizados pelo Ministério Público quanto por advogados ou defensores públicos. Cabette declara que os possíveis condutores dos atos de investigação defensiva não se adequam ao conceito de autoridade para fins de incidência no crime de abuso de autoridade, previsto na Lei 4898/65. Questiona, ainda, quanto à punição de eventuais excessos, destacando que a polícia judiciária sujeita o controle de seus atos ao *Parquet* e à Corregedoria da Polícia Judiciária. Indaga, em relação à atividade investigatória, defensiva, quem exercerá o controle? E, por fim, conclui que o cancelamento desses atos resulta em violação à legalidade e à constitucionalidade (CABETTE, 2019).

Diante da divergência de opiniões, analisa-se a possibilidade do amoldamento e da admissão da investigação defensiva aos princípios e às normas vigentes no Direito, no atual ordenamento jurídico, buscando a consonância ou a dissonância do tema. Ademais, averigua-se a existência de mecanismos de controle e aplicação de eventuais sanções em caso de excessos realizados em sede de investigação defensiva.

5 OS PRINCÍPIOS PENAI-CONSTITUCIONAIS E A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Ao tratar da Segurança Pública, a atribuição da atividade investigatória foi designada às forças policiais pela Constituição Federal em seu artigo 144 (BRASIL, 1988). No mesmo sentido, o Inquérito Policial encontra expressa previsão legal em Lei Federal, a partir do artigo 4º do Código de Processo Penal, que delimita e define a condução do procedimento (BRASIL, 1941).

Quando se versa sobre investigação defensiva, há grande contraste fixado com o Princípio da Legalidade. Os críticos do tema, como é o caso de Cabette (2019), apontam que não há

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: dbonora@outlook.com

² Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: tiago.vidal.vieira@gmail.com

qualquer base legal para realização desse tipo de inquérito. A defesa, que outrora criticava a instauração dos Procedimentos Investigatórios Criminais pelo Ministério Público, ao invés de lutar contra tal violação legal, passa a justificar um erro com outro, redigindo o provimento 188/2018 da OAB com caráter vago e genérico em seu conteúdo e sem qualquer base legal, por meio do qual prevê a realização de investigação defensiva pelos membros da Ordem (CABETTE, 2019).

Conforme entendimento de Hoffmann e Fontes (2019), em que pese, os defensores do tema recorram aos Princípios Penais-Constitucionais para justificá-lo, tais normas não possuem competência para criar novos órgãos de investigação criminal. Isso significa dizer que, a investigação defensiva não tem amparo no ordenamento jurídico brasileiro, constituindo a atividade investigatória ato privativo da polícia judiciária, havendo assim, clara violação do Princípio da Legalidade.

Em contrapartida, os defensores invocam em seu favor o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal *in verbis*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Extrai-se, da interpretação do texto, que não havendo em lei um comando de caráter proibitivo, pode o particular exercer de forma livre qualquer atividade. E, por conclusão de caráter lógico, verifica-se que embora a Constituição Federal e o Código de Processo Penal regulamentem os atos de investigação preliminar realizados pela polícia judiciária, não trazem em seu bojo um comando proibitivo com relação à atividade de investigação criminal realizada por particulares (BRASIL, 1988).

Franklyn Rogers Alves Silva fundamenta:

(...) a investigação realizada pelo Estado não representa uma atividade exclusiva, afigura-se possível que a defesa possa buscar fontes de prova no interesse do imputado. Basta recordar que a Polícia Judiciária realiza a apuração do fato criminoso com vistas à aplicação da responsabilidade estatal. Mas essa previsão normativa não representa uma proibição ao particular que dentro de suas limitações, procurar pessoas e informações que forneçam elementos a respeito de determinado fato que seja do seu interesse no contexto da imputação penal (2019, p. 414).

O autor continua e destaca que embora o Ministério Público, na qualidade de parte, realiza investigação criminal de forma direta, mesmo pouco alicerçado, de tal sorte que vedar a iniciativa investigativa à defesa, enfraquece sua isonomia.

Ainda, verifica-se no inciso LV, do artigo 5º, da Carta Magna, que o legislador constituinte fixou o direito às partes e acusados, seja em sede judicial ou administrativa, à ampla defesa e contraditório, bem como, os meios e recursos a eles inerentes. Ora, além de não subsistir qualquer vedação legal à realização de investigação criminal direta pela defesa, o direito a investigar de forma defensiva encontra arrimo quando o legislador constituinte expressou em cláusula pétrea o

direito do réu em usufruir dos meios e recursos necessários à efetivação do contraditório e da ampla defesa (BRASIL, 1988).

O Princípio do Contraditório era, e ainda é, entendido como a garantia de participação, o que significa dizer, é assegurado a qualquer das partes a ciência e a manifestação em todos os atos praticados, evitando-se assim, a surpresa. O direito tem caminhado no sentido de incorporar como ato de desdobramento do contraditório o Princípio da *Par Condicio* como forma de efetivar a possibilidade de resposta das partes.

A ampla defesa por sua vez não se mostra apenas como uma outra face do contraditório, mas, de forma autônoma e complementar, apresenta distinta relevância. Mesmo que o contraditório tenha a intenção de garantir que ambas as partes saberão o caminho a percorrer e contra quais provas devem lutar, a ampla defesa reconhece um dos lados como sendo o mais vulnerável e lhe amplia as possibilidades, a fim de efetivar a administração da justiça, equivale dizer, tratar-se-á os desiguais na medida de suas desigualdades (PACELLI, 2018).

Fundamentado no entendimento de ampla defesa, notabiliza-se o direito à defesa técnica, indispensável e necessária, bem como, o direito de auto-defesa, ou seja, o direito do acusado em ser ouvido, entendendo-se o interrogatório do réu como ato essencialmente defensivo, de tal sorte que o silêncio não lhe implica prejuízo, podendo, nesse caso calar-se, em outras palavras: dispensável se em benefício do réu e a seu critério. Eis a substancial distinção, o contraditório é garantidor do acesso à informação, mas a ampla defesa é que garante os meios pelos quais a informação será conhecida e impugnada, em havendo a falta da defesa técnica, sendo o imputado prejudicado pela decisão de não responder ao interrogatório, ou ainda que reste prejudicada a efetiva participação do acusado, os atos serão passíveis de nulidade (PACELLI, 2018).

A realização das atividades probatórias pela defesa mostra-se como parte da garantia de *Par Condicio*, levando o contraditório à efetivação quando permite que o imputado possua influência e autonomia em torno da busca probatória que lhe seja mais favorável, e a ampla defesa, fundamentalmente, traz junto de si tal premissa. Dela, decorre a possibilidade lícita do acusado de proceder a arrecadação de elementos informativos aptos a direcionar a produção probatória em seu favor (SILVA F, 2019, p. 416).

Alexandre Morais da Rosa (2019), ao discorrer sobre a teoria dos jogos, aponta como grande desafio do processo a busca por informações qualificadas, aquelas informações que verdadeiramente possuem força para influenciar na decisão do Magistrado. Explica, o resultado do processo depende das informações coletadas e levadas à baila e o sucesso de uma ou outra parte

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: dbonora@outlook.com

² Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: tiago.vidal.vieira@gmail.com

vincula-se diretamente aos argumentos deduzidos e embasados por tais elementos. Dessa forma, permitir a busca probatória por uma parte das partes do processo penal, o Ministério Público, e vedar a outra, o advogado ou defensor público, é ferir a *Par Condicio*, e, conseqüentemente, o Princípio do Contraditório.

6 O SIGILO DAS INFORMAÇÕES COLETADAS EM SEDE DE INQUÉRITO DEFENSIVO

A investigação defensiva é realizada a mando do particular, seja pelo próprio acusado ou por sua família. Podendo ser conduzida por particular, quando se realiza por meio de advogados contratados ou conduzida por órgão público, quando se estabelece por meio de defensor público. Vale esclarecer que as informações coletadas não de possuir natureza sigilosa, não subsistindo o dever daquele que a obteve de compartilhá-las com os demais integrantes do processo penal.

Entenda-se que:

O direito à preservação do sigilo do inquérito defensivo é, talvez, o aspecto mais importante a ser pensado em nossa sociedade atual. Vivemos uma realidade de intensa troca de informações e reduzido espaço de privacidade, o que nos leva a ressignificar os limites da intimidade do indivíduo diante de seus comportamentos perante a coletividade (...) o indiciado teria total liberdade para definir o nível de publicidade do resultado do inquérito defensivo, contanto que bem definido o escopo da investigação (...) todo imputado deve ter certeza de que as informações compartilhadas com seu defensor estão acobertadas pelo sigilo profissional tornando-se confidenciais os dados revelados de modo que sua publicidade é sempre restrita, como um desdobramento da atividade defensiva (SILVA F, 2019, p. 514-515)

Lopes Jr. e Da Rosa (2019) reforçam o equívoco cometido em se presumir que é dever do defensor apresentar às autoridades as descobertas advindas de seus atos investigativos. Embora a advocacia exerça um múnus público, trata-se de um ministério privado e se tutela pelo princípio do livre exercício da profissão (LOPES JR. E DA ROSA, 2019). O livre exercício da profissão do advogado encontra expressa previsão constitucional no artigo 5, inciso XIII, que prevê a liberdade no exercício de qualquer profissão e, para tanto, devem ser observadas as qualificações profissionais que a lei estabelece. Em complementação, o artigo 133, do mesmo diploma, prevê a inviolabilidade dos atos e manifestações do advogado quando no exercício da profissão (BRASIL, 1998).

Nesse viés, o Estatuto da Advocacia (1994) fez constar em diversos artigos a previsão do sigilo entre advogado e cliente, cite-se o artigo 7, em seu inciso XIX, que prevê como direito do advogado recusar-se a depor como testemunha, mesmo quando possui expressa autorização, sob fatos relacionado a seus clientes; ou o artigo 34, inciso VII, que imputa infração disciplinar ao advogado que violar o sigilo profissional.

Ademais, por ser ato unilateral, conduzido por advogado representante do acusado, vigora nessa seara o Princípio do *Nemo Tenetur se Detegere*, ou, Princípio da Não Auto Incriminação,

que encontra previsão no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Cidadã, que, ao prever o direito ao acusado de permanecer calado, impede a possibilidade compeli-lo a produzir ou ajudar na produção probatória que de alguma forma lhe cause prejuízo, tal direito não pertence apenas àquele que se encontre preso, mas a qualquer pessoa que possa ser acusada da prática de determinado delito (PACELLI, 2018).

Dessa forma:

A publicidade na investigação defensiva está intimamente ligada à perspectiva da cooperação, da lealdade processual e do direito à não autoincriminação. Pensamos que a defesa possui total discricionariedade na divulgação do resultado de sua investigação, considerando que a garantia da não autoincriminação assegura ao acusado o direito de não produzir provas contra si mesmo (SILVA F, 2019, p. 477).

É forçoso o entendimento de que o sigilo e a ausência do dever de compartilhar as informações coletadas em sede de inquérito defensivo são direitos inerentes à condição do acusado bem como do defensor por este constituído.

7 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO

Não existe no Brasil qualquer dispositivo legal ou supralegal que comine punições cíveis, administrativas ou criminais, de forma específica, para os possíveis desvios na condução de inquérito defensivo, entretanto, não significa dizer que o sistema jurídico atual não permita a punição dos excessos praticados.

Os atos de investigação defensiva não tratam de falsificação ou de criação de meios probatórios a fim de obstruir, atrasar ou induzir a erro o julgamento do processo criminal. O ato de buscar elementos que passem despercebidos aos olhos do *Parquet* ou da Polícia Judiciária não pode ser desvirtuado, sob pena de sanção a quem o fizer (SILVA F, 2019).

O já citado princípio do *nemo tenetur se detegere* figura como uma garantia ao acusado, mas não lhe permite a violação de outros princípios igualmente fundamentais, como é o caso da boa-fé e da lealdade processual, não há figuração de direito absoluto e desmedido. A exemplo disso, pode-se apresentar o suposto direito de fuga do acusado, entendido erroneamente por alguns. Ora, sendo a fuga um direito inerente ao acusado, não poderia haver por parte do Estado resistência a ela, o que se pode falar é em possível inexigibilidade de conduta diversa, mas jamais em direito (PACELLI, 2018).

No mesmo sentido, não pode o acusado, invocando tal princípio alegar que possui o direito a imputar fato criminoso a inocente, a fim de eximir-se da responsabilidade criminal. De tal

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: dbonora@outlook.com

² Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: tiago.vidal.vieira@gmail.com

sorte, quando, valendo-se das informações coletadas em sede de investigação defensiva, o acusado que imputar fato criminoso à pessoa inocente, ainda que alegada a autodefesa, incorrerá no delito de denúncia caluniosa, previsto no artigo 339 do Código Penal (BRASIL, 1940).

O Juiz de Direito, Fernando Augusto Chacha Rezende (2017), apresenta entendimento no mesmo sentido. Ainda que não se admita na legislação brasileira o delito de perjúrio, isso é, o ato do réu mentir sob julgamento, a imputação falsa de delito a determinado agente, com a ciência de sua inocência, configura tipo penal autônomo e devidamente previsto na legislação pátria.

Há, sem prejuízo da devida apuração criminal, possibilidade de responsabilização administrativa do profissional condutor do inquérito defensivo que vier a cometer excessos, causando prejuízo ao processo ou a terceiro. Apesar da regulamentação existente ser pouco abrangente, a Ordem dos Advogados do Brasil já deu os primeiros passos no sentido de regulamentar a prática em foco, por meio do já mencionado provimento 188/2018 (SILVA, F, 2019).

Assim como o acusado, o seu defensor também pode ser criminalmente responsabilizado pelo ato de agir de forma a violar os princípios da lealdade e boa-fé processual, como é o caso do tipo penal previsto do artigo 347 do Código Penal. Quando se deixa de analisar objetos, documentos e informações colhidos em sede defensiva e se passa a alterar sua natureza, configura-se como conduta de fraude processual, culminando na aplicação das penas a ela cominadas (BRASIL, 1940).

Apesar de haver grande proximidade entre defensor e acusado, o condutor da investigação deve acautelar-se, suas condutas são essencialmente distintas. Significa dizer, embora exerça sua defesa técnica, não pode o advogado acobertar aquele que lhe constituiu, sob pena estar incurso no tipo penal de favorecimento processual, fixado no artigo 348 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Quando da realização das diligências defensivas, em especial a oitiva de testemunhas, em caso de emprego de violência ou grave ameaça para obtenção de determinado resultado, poderá haver o enquadramento no artigo 344 do Código Penal (BRASIL, 1940) que dispõe sobre a coação no curso do processo.

Quando há violação do dever profissional pela prática de atos que impliquem em prejuízo ao constituinte, o advogado se submete à prática prevista no artigo 355 do Código Penal (BRASIL, 2019) denominada de patrocínio infiel. Verifica-se, portanto, a possibilidade de punição daqueles que no curso da investigação defensiva praticarem, de forma abusiva, atos que possam causar determinadas formas de prejuízo.

8 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E A LEI DO DETETIVE PARTICULAR (LEI 13.432/2017).

O ordenamento jurídico brasileiro admite que, para além do tema discutido e das atividades investigativas realizadas pelo próprio poder estatal, possa-se obter elementos de informação por intermédio de detetive particular. A atividade encontra amparo normativo na Lei Federal 13.432 de 2017, que fixa parâmetros profissionais, estabelecendo prerrogativas e deveres, observados pela classe de investigadores.

Ainda que, o artigo 2º do referido ato normativo, exclua das atividades de detetive particular as investigações de natureza criminal, o artigo 5º prevê a possibilidade de colaboração com as investigações policiais em curso, desde que haja expressa autorização do contratante e aceite do delegado de polícia. Autoridade que possui o poder discricionário para a rejeição do profissional, a qualquer tempo (BRASIL, 2017).

Conclui-se que, o artigo 2º fixa regra geral à atividade investigativa do detetive particular, ao passo que, o artigo 5º trata de estado de exceção, condicionando a realização de atividade investigativa de natureza criminal ao poder discricionário de aceite ou rejeição do delegado de polícia. Em contrapartida, a investigação conduzida por advogado não possui regulamentação legal, sendo o único ato regulamentar, atualmente vigente, o provimento 188/2018 da OAB.

É certo que a investigação conduzida por advogado em muito se diferencia dos trabalhos conduzidos por detetive particular, sobretudo quando fixam-se os parâmetros investigativos. Nessa perspectiva, o artigo 2º do referido provimento, estabelece a possibilidade de condução da investigação defensiva durante investigação preliminar, na instrução em juízo, na fase recursal de qualquer grau de jurisdição, fase de execução ou mesmo como fator preliminar para propositura de revisão criminal ou em seu curso (OAB, 2018). Não há, portanto, vedação à realização de investigação no âmbito criminal, ao contrário, justamente nesse campo a investigação defensiva encontra terreno fértil, conferindo paridade de armas às partes *ex adversus*. Nesse sentido, fixa-se o entendimento de Franlyn Roger Alves da Silva:

Em certo ponto, há um receio de que a investigação criminal defensiva não tenha espaço no Brasil por conta da ausência de regras que disciplinem o seu modo de realização. Pensar dessa forma seria negligenciar o conteúdo do princípio do devido processo legal e efetuar uma errônea leitura da ampla defesa, do contraditório, do direito à atividade probatória e da própria isonomia (2019, p. 414).

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: dbonora@outlook.com

² Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: tiago.vidal.vieira@gmail.com

Além da efetiva possibilidade de atuação do advogado em investigações a qualquer momento, anterior ou posterior, da persecução penal, pondera-se outra grande diferença para com o detetive particular, a saber, a capacidade de atuação, aliada ao sigilo das informações.

Nos termos do artigo 4º, do Provimento 188/2018, pode o advogado realizar, de forma direta, ou com o auxílio de colaboradores, todas as diligências necessárias ao esclarecimento dos fatos. Em outras palavras, é desnecessário que haja autorização de qualquer órgão estatal para deflagração dos atos investigatórios do advogado, e nos termos do artigo 6º, sequer há necessidade de informar às autoridades os fatos objetos de investigação (OAB, 2018).

Embora, ambas atividades sejam de natureza investigativa, não comungam de similaridade nos demais aspectos. A advocacia, com os direitos e prerrogativas a ela inerentes, dedica-se a opor resistência à persecução penal do acusado, enquanto, o detetive particular, nos termos da legislação vigente, deve trabalhar em conjunto com o poder público, dando-lhe ciência e requerendo-lhe autorização para atuação em tal seara.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em observância aos Princípios Constitucionais norteadores do Processo Penal, dentre eles, os Princípios da Paridade de Armas (*Par Conditio*), da Ampla Defesa e do Contraditório que concedem ao réu o direito de defender-se de forma efetivamente ativa, podendo não somente figurar e manifestar-se no processo, mas, de fato, buscar elementos que contribuam para a formação da convicção do juiz, estabelece-se a relação com os atos praticados pelo agente, a fim de buscar elementos probatórios ou informativos que lhe sejam favoráveis na ação penal.

Considerando a atual conjuntura normativa presente no ordenamento jurídico brasileiro, com a escassa ou nula existência de normas reguladoras, proibitivas ou permissivas, pode-se concluir que a investigação defensiva conduzida por advogado em favor de seu cliente não é defesa no direito pátrio. Entretanto, devido à ausência de amparo legal, não se pode estabelecer, de forma prática, seus meios de condução, como se dá, por exemplo, no inquérito policial, ou fixar com clareza seus limites, sendo certo que possíveis excessos são passíveis de punição nas mais diversas esferas.

Apesar disso, pode o causídico solicitar documentos públicos e particulares, convidar e ouvir possíveis testemunhas, tanto da defesa como da acusação, requerer a elaboração de laudos técnicos, bem como, realizar demais diligências que entender necessárias e que, apesar de não reguladas, não encontrem vedação legal, não possuindo, porém, o convite para oitiva ou a solicitação de documentos particulares, poder coercitivo. Os elementos colhidos em sede de inquérito defensivo, naturalmente tendenciosos e unilaterais, não possuem força probatória, mas somente caráter informativo, sendo necessária sua reprodução em juízo para configuração de seu caráter probatório.

Não obstante a falta de regulamentação e os diversos percalços enfrentados, é notória a importância dessa ferramenta defensiva para a existência de um processo penal justo e democrático, conferindo ao cidadão o direito de resistir à pretensão estatal contrária a sua liberdade e, a partir disso, buscar promover o convencimento daqueles que serão seus julgadores.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em 18 jun 2020.

BRASIL. **Código Penal**, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> acesso em 18 jun 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> acesso em 18 jun 2020.

BRASIL. **Lei do Detetive Particular**, 2017. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm> acesso em 18 jun 2020.

CABETTE, E. L.S. **A Polêmica Sobre a Investigação Defensiva**, 2019. Disponível em <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/671168109/a-polemica-sobre-a-investigacao-defensiva>> acesso em: 18 jun 2020.

HOFFMAN, Henrique; FONTES, Eduardo. **Advogado não pode fazer investigação criminal defensiva**, 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/academia-policia-advogado-nao-realizar-investigacao-criminal>> acesso em: 18 jun 2020.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 7.ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: dbonora@outlook.com

² Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: tiago.vidal.vieira@gmail.com

OAB. **Provimento 188/2018**, 2018. Disponível em <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018> > acesso em 18 jun 2020.

ORTEGA, F.T. **O Ministério Público pode realizar diretamente investigação de crimes?**, 2017. Disponível em <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/323413859/o-ministerio-publico-pode-realizar-diretamente-a-investigacao-de-crimes>> acesso em: 18 jun 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ROSA, Alexandre morais da. **Teoria dos Jogos e o Processo Penal: a short introduction**. 3.ed. São Paulo: Emais, 2019.

REZENDE, F. A. C. **Réu não tem direito à mentira durante interrogatório**, 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-set-20/fernando-chacha-reu-nao-direito-mentira-interrogatorio#sdfootnote11anc>> acesso em: 18 jun 2020.

SALLUM, E.R.S. **Investigar acusar e julgar: por um necessário reequilíbrio de forças**, 2019. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/72769/investigar-acusar-e-julgar-por-um-necessario-reequilibrio-de-forcas>> acesso em: 18 jun 2020.

SILVA F, Roger Alves da Silva, **Investigação criminal direta pela defesa**. 1.ed. Salvador: JusPodivm, 2019.