

3- A ADVOCACIA INVESTIGATIVA COMO INSTRUMENTO DE PARIDADE NA PERSECUÇÃO PENAL

José Vitor de Melo Rabelo⁴³

Silvano de Oliveira Cota⁴⁴

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade o interesse pela advocacia investigativa cresce no Brasil, impulsionado pelas séries investigativas transmitidas pelos serviços de streaming, como a Netflix, Globoplay, Amazon Prime Video e muitos outros. Séries como: *Suits*, *How to Get Away with Murder*, *Better Call Saul*, *Law & Order*, *The Good Wife*, instigam o público e principalmente os advogados criminalistas que sempre buscam a melhor defesa para seus clientes.

Diante da necessidade pela busca de melhores condições, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no interesse em apoiar os advogados editou o provimento de número 188/2018 buscando uma regulação para a prática da investigação criminal defensiva. Possibilitando ao advogado produzir provas através de elementos de natureza objetiva e subjetiva, formando documentos a serem apresentados no processo.

A Constituição Federal de 1988 possui princípios pelos quais se justificam a utilização da investigação defensiva, buscando uma maior paridade no processo penal. Como por exemplo, o princípio do contraditório e da ampla defesa que são essenciais para a defesa durante o processo. Os princípios buscam a garantia de um equilíbrio entre a defesa e a acusação, garantindo a ocorrência real do exercício de defesa como garantia fundamental.

O tema pesquisado possui grande relevância na atuação do advogado criminalista, mas principalmente na aplicação da justiça através do Direito Penal. O presente artigo através de pesquisa bibliográfica pautada na doutrina

⁴³ Profissional de Educação Física, especialista em Comunicação e Marketing, e graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Contagem – FDCON/MG.

⁴⁴ Bacharel em Administração de Empresas – Newton Paiva / MG e graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Contagem – FDCON /MG.

e de legislação vigente buscará apresentar os reflexos e possibilidades da advocacia investigativa no Brasil.

Como a investigação criminal defensiva já é utilizada em outros países, requer um maior estudo e evolução no sistema penal brasileiro. Tal instituto possibilitará maior isonomia na persecução penal, já que o sistema brasileiro tende a ser acusatório. Uma investigação particular possibilitaria mais oportunidade ao acusado em se defender, facilitando o trabalho da Polícia Judiciária e do Ministério Público na aplicação da justiça.

2 ADVOCACIA INVESTIGATIVA

A persecução penal demonstra uma disparidade entre a acusação e a defesa, evidenciando grande dificuldade para o que princípio da ampla defesa seja concreto no âmbito do processo criminal.

No Brasil a investigação defensiva vem se desenvolvendo e ganhando força na persecução penal, com o defensor realizando diligências investigativas com o intuito de produzir provas garantindo o direito à ampla defesa do seu patrocinado. O imputado no processo penal sempre se encontra em posição de vulnerabilidade frente à máquina estatal que tem o monopólio de executar a persecução penal.

Diante disso, se faz necessário uma postura mais ativa do defensor com o objetivo de fazer valer o respeito à igualdade de direitos entre a acusação e a defesa.

2.1 – A persecução penal no Direito Brasileiro

Para iniciar os estudos sobre a Advocacia Investigativa é indispensável entender o que é a persecução penal, ou *persecutio criminis*, é quando se persegue o agente que praticou algo que viola a norma penal incriminadora, um suposto delito, que após ser indiciado o agente será considerado réu ou acusado. A persecução penal possui dois momentos distintos: a investigação e a ação penal.

A investigação é a busca por vestígios e indícios que podem esclarecer ou direcionar no sentido de confirmar o suposto delito. A investigação é um procedimento jurídico que busca elucidar o delito, que até o momento ainda é

obscuro. Quando a investigação é sobre uma prática delituosa será chamada de investigação criminal.

A persecução penal é dever do Estado, ocorrido a infração penal, ele a princípio fará a apuração dos fatos, circunstâncias e fará a justiça como a sociedade espera. Porém a função investigativa é privativa ao Estado, conforme previsto na Lei nº 12.830 de 20 de junho de 2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, conforme prevê o “Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.”

Renato Brasileiro de Lima (2020) distingue as fases do Processo Penal que se inicia com a persecução penal, que mesmo dividido representa um sistema acusatório respaldado pela Constituição Federal:

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Porém, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório. É bem verdade que não se trata de um sistema acusatório puro. De fato, há de se ter em mente que o Código de Processo Penal tem nítida inspiração no modelo fascista italiano. Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional. (LIMA, 2020, p.45)

A persecução penal tem um papel importante, pois através das diligências investigatórias realizadas possuem embasamento necessário para justificar uma ação penal ou arquivamento do inquérito por falta de elementos probatórios contra o acusado da prática delitiva.

2.2 – Considerações sobre a investigação penal

A investigação, a princípio realizada pela polícia judiciária, tem natureza administrativa porque é anterior ao processo, buscando um esclarecimento do

caso penal, com caráter preparatório e informativo. Direcionará o órgão encarregado pela ação penal os elementos necessários para a ação penal.

Eugênio Pacelli (2020) relata sobre a possibilidade da “investigação defensiva”, conforme legislação recente, Lei nº 13.432/17, sempre esteve à disposição das vítimas e réus, mesmo sem previsão expressa, porque a legislação atual não impede que ocorra. A Lei nº 13.432/17 dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular, que é contratado para buscar dados e informações de interesse do contratante, podendo colaborar com a investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo Delegado de Polícia.

José Frederico Marques (1997) define a investigação criminal como atividade estatal de persecução criminal destinada a preparar a ação penal, que apresenta caráter preparatório e informativo, pois o seu objetivo é levar ao órgão encarregado da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo. Destaca o caráter informativo da investigação, sendo uma das principais diferenças em relação à instrução existente na ação penal: a primeira teria por escopo obter dados informativos para saber se é viável a propositura da ação penal, enquanto na instrução seria colher provas para demonstrar a legitimidade da pretensão punitiva ou do direito de defesa.

Considera-se que a investigação criminal é um procedimento administrativo ou judicial, variando de acordo com o órgão responsável por sua condução, sendo de toda forma pré-processual, porque acontece antes do processo criminal, buscando reunir elementos de possibilitem a definição sobre a possível infração penal.

2.3 – Instrumentalidade e autonomia da investigação criminal

A persecução prévia apresenta duas características que merecem destaque, que é a instrumentalidade e a autonomia.

A instrumentalidade é um procedimento da ação penal que se destina a esclarecer os fatos presentes da notícia de crime, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou o arquivamento da persecução penal. A doutrina considera que a instrumentalidade possui dupla função, sendo preservadora e preparatória. Preservadora, porque inibe a instauração de ação penal

infundada, resguardando a liberdade do inocente, evitando custos desnecessários ao Estado e principalmente precavendo de mover a máquina estatal por motivos pessoais que não sejam de interesse público. Preparatória porque acautela meios de prova que poderiam desaparecer com o passar do tempo.

A autonomia prevê que apesar de servir ao processo, sua existência não depende do próprio processo. Pode acontecer de a imputação ser descabida, mas se o órgão acusatório possuir dados suficientes da autoria e materialidade delitiva para apresentar, podendo assim ocorrer sem a prévia instrução preliminar.

2.3.1 - Objeto da investigação criminal

A investigação criminal tem por finalidade verificar as circunstâncias relatadas na notícia de crime, conferir se os elementos apresentados estão relacionados à prática delitiva que foi alegada. A instrução preliminar estrutura-se de forma a possibilitar não somente a comprovação de culpabilidade do imputado, mas principalmente realizar a verdadeira justiça social que é não culpar o inocente.

Na prática brasileira a investigação criminal busca fornecer elementos mínimos de autoria e materialidade do delito para o Ministério Público, nascendo aí a ação penal e o embasamento para o recebimento da denúncia e concessão de medidas cautelares do juiz. Servindo para o embasamento da queixa-crime da vítima nos crimes de ação penal privada ou ação penal subsidiária. A atribuição para a realização de investigação criminal é das polícias, especialmente a Polícia Federal, as Polícias Cíveis e as Polícias Militares, por crimes federais, estaduais e militares, respectivamente.

O maior problema do acesso à justiça na área criminal está relacionado com a investigação, a burocracia e a demora estatal influenciam o tradicional trabalho da polícia que possui o “monopólio” natural da investigação. A investigação criminal em sentido amplo pode ser pública ou privada. Pública quando elaborada pelos entes estatais, e privada, quando por iniciativa da vítima, pelo cidadão ou por entes privados. Normalmente é desempenhada pelos entes públicos, basicamente pela polícia, mas não é descartado ser realizada por particulares.

A prevenção destina-se a evitar a ocorrência de crimes, a repressão é a pronta providência para a prisão do infrator, a investigação é para fornecer elementos de prova para o desencadeamento da pretensão punitiva estatal, a polícia de fronteiras é para controlar o ingresso e saída de pessoas e mercadorias no país, a polícia judiciária é para auxiliar e cooperar com as atividades do Judiciário e do Ministério Público, no cumprimento de mandados e diligências.

Marcellus Polastri de Lima (1997) entende que a polícia judiciária não detém a exclusividade na apuração de infrações penais e que “nada obsta que o Ministério Público promova diretamente investigações próprias para elucidação de delitos”, porque exerce “parcela de autoridade” e “pode proceder às investigações penais diretas na forma da legislação em vigor”.

Todas as polícias têm a obrigação constitucional de prestar serviços de segurança pública, para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, a investigação está presente na segurança pública, importante ressaltar que é uma responsabilidade de todos como menciona a Constituição Federal de 1988 no artigo 144⁴⁵.

A possibilidade de participação da vítima e do cidadão decorre da Constituição Federal, ao prever a ação penal pública subsidiária no art. 5º, LIX, CF88⁴⁶, ao considerar a segurança direito social no art. 6º, CF88⁴⁷, prever a função policial de apuração de crimes no art. 144, § 1º e § 4º, CF88⁴⁸, fixar a segurança

⁴⁵Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

⁴⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

⁴⁷ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁴⁸ § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e

pública como obrigação estatal, mas direito e responsabilidade de todos (art. 144, caput). A vítima, por exemplo, pode auxiliar a polícia ou colher informações sobre os fatos delituosos. Neste trabalho auxiliar pode oferecer à autoridade policial ou ao Ministério Público documentos, informações ou elementos para a construção do inquérito policial. Assim essa atividade complementarará o trabalho de investigação policial.

O Código de Processo Penal (CPP) fortalece a participação de “qualquer pessoa do povo”, produzindo documentos particulares e elementos de prova para corroborar com a notícia-crime, da forma como se faz a vítima, de acordo com previsão do artigo 27 do CPP⁴⁹.

O cidadão tem papel importante na melhoria da Justiça Criminal. O Estado terá ao seu lado o povo no difícil trabalho investigatório e persecutório, com maiores chances de eficiência no combate ao crime e punição aos infratores. Nesta possibilidade a advocacia investigativa se depara com a possibilidade de auxiliar clientes, principalmente na busca por justiça. O advogado mesmo possuidor de prerrogativas atuará na condição de particular a obter a colaboração de terceiros na colheita de dados e documentos, sem direito ao exercício de coerção, respeitando as garantias constitucionais do investigado.

2.4 – A investigação criminal defensiva

A defesa deve buscar instrumentos de ação para uma melhor defesa de seu cliente, baseado nos preceitos constitucionais garantindo o devido processo legal, como Baldan define:

Investigação defensiva é o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na arte judicial, pelo defensor, com ou sem

o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

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

⁴⁹ Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção

assistência de consultor técnico, tendente a 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 o pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial. (BALDAN, 2007, p.269)

A investigação defensiva é caracterizada por um procedimento de agir na tutela dos interesses do ofendido ou investigado, buscando a apresentação de argumentos e provas. O advogado de defesa trabalhará com a finalidade de identificar elementos que o fortaleça na relação processual, o que não significa dizer que o defensor participará da investigação pública.

O advogado que atua na investigação defensiva criminal tem liberdade para criar a sua estratégia de investigação, não dependendo dos comandos da autoridade policial por não ser subordinado à regra, procedimentos ou profissionais. Produzindo provas assertivas que beneficiem de forma precisa o seu cliente. Franklyn Roger Alves Silva explora as possibilidades do advogado na investigação:

Se presta a permitir a coleta de elementos que forneçam a construção de teses defensivas baseadas em certos fatos; favorecer a aceitação dessas teses defensivas; permitir a formação de um percurso defensivo no processo quando o agente tenha parcela de responsabilidade pelo fato praticado, desanuviar a percepção da defesa quanto a oportunidade e conveniência na aceitação de institutos despenalizadores; antecipar a visualização de futuras colidentes de defesa entre acusadores; refutar a validade de provas produzidas pela acusação; ou até mesmo na própria elucidação da conduta criminosa, nesse caso, situação mais comum quando a vítima quiser participar da apuração por meio de investigação própria. (SILVA, 2020, p. 425).

Naturalmente a investigação criminal defensiva é dirigida à Polícia Judiciária. Porém a possibilidade adversa vem sendo discutida na doutrina. Conforme apresentado por Antônio Scarance Fernandes (2002):

A prática evidenciou que o Ministério Público, quando encarregado de dirigir ou supervisionar a investigação, foca sua atenção na obtenção de elementos que possam sustentar a sua futura acusação o que acaba prejudicando a pessoa suspeita, tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para a sua defesa e demonstração de sua inocência. Decorre, daí a preocupação em abrir para o investigado a possibilidade de investigação privada, como já sucede nos Estados Unidos. Trata-se de assunto que, com o avanço do Ministério Público para a investigação também entre

nós, provavelmente, passará a ser objeto de maior atenção. (FERNANDES, 2002, p.13)

Buscando assegurar a isonomia entre as partes na persecução penal e o direito de defesa do imputado, pois, como a investigação preliminar é realizada pela Polícia Judiciária acaba sendo tendencialmente acusatória, restringindo assim a participação da defesa. O Ministério Público investiga para acusar, assim não ocorrendo o mínimo comprometimento com os interesses da defesa.

2.5 – Paridade de armas: pela busca de equilíbrio entre defesa e acusação

A vítima é sujeito de interesse específico que é resguardado pelo direito penal, interesse esse que foi violado pela prática da suposta conduta delitiva do acusado. O artigo 14 do Código de Processo Penal (CPP) dá à vítima e ao acusado a possibilidade para uma participação ativa na persecução penal, esta colaboração das partes na fase de instrução preliminar mostra-se de grande importância para a elucidação da prática delitiva e por conseguinte o seu autor.

O artigo 14 do CPP⁵⁰ deixa claro que a autoridade policial tem a discricionariedade em atender ou não um pedido de diligência das partes, porém se ficar demonstrada ser pertinente e relevante o pedido para elucidar a prática delitiva, fica a autoridade policial obrigada a investigar sobre pena de ferir a igualdade das partes. O imputado deve ser tratado como sujeito de direitos e não como objeto, sendo seus direitos consagrados no texto constitucional que garante que todos são inocentes até o trânsito em julgado de condenação penal.

Na ação penal seja ela pública incondicionada, pública condicionada à representação do ofendido, ou ação privada à vítima sempre terá o poder público ao seu lado representado pelo Ministério Público, na busca pela autoria e materialidade da prática ilícita, a legislação pátria garante à todos tratamento igualitário com paridade de armas na busca pela verdade, porém o acusado não terá a priori a mesma condição, pois terá que constituir advogado para atuar em sua defesa ou se for hipossuficiente pedir auxílio defensivo a Defensoria Pública.

⁵⁰Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

Temos visto a cultura de defesa passiva nos processos penais, com a mentalidade errônea que o ônus da prova é do acusador, o que pode deixar a defesa em desvantagem.

2.6 – Dos Princípios relacionados ao tema

A investigação deve ser pautada por princípios que de uma forma geral servem de inspiração ou orientação no ordenamento jurídico, dando base a criação de preceitos legais, fundamentando as normas jurídicas e servindo de suporte para a aplicação das leis.

Aplica-se o princípio da universalização da investigação, buscando uma democracia participativa e transparência nos atos, a ampliação dos órgãos que podem realizar a investigação facilita e amplia o acesso à justiça. Não há exclusividade absoluta no exercício de poder à soberania do Estado.

O princípio da presunção de inocência, aos olhos da sociedade fica geralmente sendo meio de dar ao acusado subsídios para protelar a aplicação da lei, porém, não podemos perder de vista que todas as garantias de direitos que hoje estão consagrados na legislação são fruto de anos de luta para se chegar à um processo justo com possibilidades de ampla defesa ao acusado, evitando assim que inocentes sejam punidos somente por mera acusação e pelo fato da sociedade clamar por justiça no senso comum.

Muitas das vezes pessoas acusadas de cometer um ilícito penal sem que haja o devido processo legal e trânsito em julgado da sentença, já ficam estigmatizado como um criminoso, o direito à defesa precisa ter especial atenção, tanto a defesa técnica exercida por profissional habilitado, zeloso e comprometido com a causa a ele confiada, como também a autodefesa, esta exercida pelo próprio acusado.

O princípio da igualdade preceitua o respeito a todos os envolvidos no processo e tratamento igualitário para que as partes possam demonstrar os seus argumentos, somente assim a verdade dos fatos poderá ser alcançada e como consequência a aplicação da justiça ao caso concreto. Considera-se o princípio da igualdade como basilar na investigação defensiva, não se referindo apenas à igualdade formal que preceitua a igualdade entre todos os cidadãos

perante a lei, vendando a acepção entre os sujeitos iguais, dando privilégios para alguns em detrimento a outros.

Em se tratando de processo penal vale lembrar o que foi descrito pelo grande pensador inglês Thomas Hobbes em sua obra *Leviatã*, que classifica o Estado como sendo capaz de sanar todas as desordens existentes nas relações humanas, tendo todo poder concentrado em suas mãos.

Como ter igualdade na persecução penal, onde o órgão acusador está amparado pelo poder estatal, tendo um aparato poderoso ao seu lado e o imputado em condições de mera sujeição. Assim, o Estado utiliza recursos financeiros e organizacionais na direção de punir o acusado com o argumento de estar em defesa da sociedade, por outro lado o imputado, caso tenha interesse deverá usar recursos próprios para se defender, praticamente sozinho contra todo o aparato estatal.

Para que o princípio da igualdade no processo penal seja uma realidade, o legislador precisa olhar para o sistema atual de investigação e criar mecanismos de equilíbrio para que assim a igualdade seja real no processo penal brasileiro.

O princípio do contraditório é uma garantia processual e elemento vital para o processo, pois a violação desse princípio trará vício a todo procedimento que por ventura estiver constituído no processo, o contraditório tem como condão legitimar qualquer decisão que for tomada durante o processo.

O princípio da ampla defesa deixa claro o direito da parte em utilizar de todos os meios lícitos que tem a disposição para alcançar o seu direito, a ampla defesa poderá ser exercida pelo próprio imputado, na autodefesa, sendo a resistência pessoal do acusado contra a acusação que lhe é atribuída, podendo esta ser renunciada pelo acusado, porém o magistrado precisa e deve comunicar esse direito ao acusado. Já a defesa técnica que será exercida por profissional habilitado para exercê-la, sendo esta irrenunciável, pois é direito fundamental garantido na Constituição a assistência jurídica ao acusado.

Dos princípios do contraditório e da ampla defesa surge o direito à prova, que nada mais é a possibilidade de as partes envolvidas no processo produzirem

meios de comprovarem a veracidade das suas alegações, com o intuito de convencer o magistrado na tomada de decisão.

2.7 – Do processo penal acusatório

O processo penal acusatório deve sempre estar alicerçado pelos direitos fundamentais de igualdade e de defesa, assim como toda a persecução penal. A investigação defensiva está intimamente atrelada a estes direitos, garantindo a efetiva aplicação da lei.

Tem se entendido que a investigação defensiva é uma garantia fundamental do acusado, pois constitui esteio a direitos constitucionais de igualdade e defesa, encontrando amparo legal no princípio da isonomia que garante às partes os mesmos direitos, ônus e deveres.

A investigação defensiva se faz mais necessária ainda na persecução penal quando a investigação pública está nas mãos do Ministério Público, que na maior parte das vezes age de forma parcial sem importar com os interesses do imputado, como o direito à defesa se desdobra em prova e investigação o defensor pode e deve reagir aos atos da parte contrária através de todos os meios de prova admitidos pela lei. Não adianta garantir ao imputado o direito à prova, sem que o mesmo não tenha como buscar as fontes de prova, o que poderá ocorrer por meio investigatório.

Como em nosso ordenamento jurídico o procedimento investigatório é público de cunho acusatório, é de suma importância que se admita a investigação autônoma pela defesa. Para uma melhor compreensão da investigação defensiva é preciso entender que o defensor patrocina interesse privado, ou seja, aquele que garanta o direito do seu cliente, por isso tem interesse em apurar e investigar fatos que sejam favoráveis ao imputado, no caso seu cliente, diferente acontece ou deveria acontecer na investigação pública que busca a elucidação dos fatos constantes da notícia de crime, procurando circunstâncias que tenham relação com a prática delitiva, inclusive as que possam favorecer o imputado.

A investigação defensiva como é realizada por particular, não possui poder de polícia, sendo atribuído este poder apenas à investigação pública através dos

representantes legais do Estado. No Brasil, a investigação criminal fica a cargo da Polícia Judiciária, sendo fiscalizada pelo Ministério Público e o juiz. Por vezes, problemas aparecem nas investigações realizadas pela Polícia Judiciária, devido ao fato de o acervo probatório ser mais voltado à acusação do que para a defesa, essa discrepância acontece devido ao desequilíbrio de poder entre o Ministério Público, Polícia Judiciária em relação ao imputado, ocorrendo entendimento errôneo tanto do Ministério Público e Polícia Judiciária de que o sucesso da investigação está ligado a comprovar o delito e não o de esclarecer a verdade dos fatos.

O embate que se tem acerca da legalidade da investigação defensiva, está na falta de uma regulamentação normativa para dar suporte ao defensor no desempenho do trabalho investigativo, pois o artigo 144 da Constituição Federal confere o trabalho investigativo a cargo da Polícia Judiciária representada pela Polícia Civil e Federal, e também a Polícia Militar no caso de crime militar.

2.8 – Da contribuição da Ordem dos Advogados do Brasil

A temática ainda tem muito a evoluir no Brasil, o provimento da OAB nº 188/2018 busca dar respaldo para este trabalho tão importante do advogado que atua na defesa do Direito Penal, porque como todos sabem, as provas fazem toda diferença na aplicação da justiça. A OAB regulamentou como sendo prerrogativa do advogado a realização de diligências investigatórias para a instrução em procedimentos administrativos e judiciais.

Apesar de discreto em alguns aspectos, representa um passo importante para as investigações em todos os aspectos, regulamentando algumas atividades que já faziam parte dos procedimentos, mas que necessitavam de diretrizes mais concretas quanto aos seus limites.

O provimento que “regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado na realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais” é a uma legislação que em sua totalidade é indispensável na aplicação da temática, mas destacaremos o artigo 1º e 4º da referida legislação, que define a investigação defensiva e

orienta a atuação do advogado⁵¹. No artigo 3º do provimento da OAB nº 188/2018 está elencado as finalidades da investigação defensiva⁵².

Observa-se nos primeiros artigos do provimento que a atuação do advogado poderá ocorrer em qualquer fase da persecução penal, podendo colher elementos de prova, desde que lícitos para futuramente instruir o processo, utilizado durante todo o procedimento pré-processual e também na fase processual.

A inicial se caracteriza pela entrevista pessoal e sigilosa, traçando os aspectos do fato e a linha investigativa. A segunda fase se mostra pela coleta de provas, realizando diligências para arrecadação de informações pertinentes, tendo o investigado total liberdade para se opor, e suspender/encerrar os trabalhos. A última é a conclusão, que se formaliza com a elaboração de relatório com tudo que foi realizado e coletado.

A advocacia investigativa busca a coleta de informações que não foram apuradas pela autoridade policial, buscando uma estratégia de êxito para a defesa. Para a vítima seria uma melhor forma de acusar, em prol de uma

⁵¹Art. 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.

Art. 4º Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição.

Parágrafo único. Na realização da investigação defensiva, o advogado poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo. (BRASIL, 2018)

⁵² Art. 3º A investigação defensiva, sem prejuízo de outras finalidades, orienta-se, especialmente, para 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.

Parágrafo único. 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. (BRASIL, 2018)

melhor definição dos fatos. Não se pretende agir sozinho, mas em conjunto com o Ministério Público. As obrigações constitucionais, legais, administrativas e éticas que orientam a advocacia, são de caráter extremamente valioso em se tratando da investigação defensiva. Gabriel Bulhões expõe como deveres da defesa:

I - Preservar o sigilo das fontes de informação; II - Respeitar o direito a intimidade, a privacidade, a honra, e a imagem das pessoas; III - exercer a atividade com zelo e probidade; IV - Defender, com isenção, os direitos e as prerrogativas profissionais, zelando pela própria reputação e da sua classe; V - Zelar pela conservação e proteção de documentos, objetos, dados ou informações que lhe forem confiados pelo constituinte, findo o contrato ou a pedido documento ou objeto que lhe tenha sido confiado (BULHÕES, 2018, p. 163).

Quando termina o procedimento, fica de acordo com o interesse do cliente, independente de ser a vítima ou o indiciado, autorizar ou não o uso do inquirido defensivo, já que não há obrigação legal de viabilizar conclusão da investigação aos órgãos estatais de persecução. Como diligências passíveis de realização, em consonância com o Provimento da OAB, temos a colheita e registro de depoimentos, requisição de documentos e informações, e determinar a elaboração de laudos e exames periciais.

Pode ocorrer durante um depoimento na sede policial, alguns pontos importantes para a defesa estarem omissos, como por exemplo, declarações relativas ao comportamento e a personalidade do imputado. Assim, as declarações que a defesa levanta podem fazer a diferença para a sentença do acusado. Por isto o advogado de defesa poderá convidar uma determinada pessoa para prestar sua declaração, que poderá dar o seu testemunho ou não, porque não é obrigado a isso, já que não é possível a sua condução. Mas, quando aceita o convite, o advogado investigativo deve praticar a coleta formal do depoimento, que pode ser na sede do escritório ou no local da Defensoria Pública, neste caso não contando com a participação do seu cliente, para não realizar qualquer interferência.

Como determinadas informações são sigilosas deve-se haver um controle rigoroso por parte do advogado. Assim, a necessidade da investigação se submeter ao controle externo, pois pode ocorrer de atos praticados interferirem

negativamente na investigação feita pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público.

Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), advindo com o Pacote Anticrime que se refere a um conjunto de alterações na legislação brasileira que visa a aumentar a eficácia no combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção, além de reduzir pontos de estrangulamento do sistema de justiça criminal. O ANPP possibilita que, cumpridos os requisitos do artigo 28-A do CPP⁵³, realize-se acordo, com posterior extinção de punibilidade. Nota-se que a presença de um advogado ou defensor é de suma importância, pois fica a cargo da defesa expor as vantagens de desvantagens de se submeter a tal acordo.

O grande debate se concentra sobre a constitucionalidade deste provimento, pois o artigo 22, I, CF/88 deixa claro ser competência da União legislar sobre norma penal e processual. Outro embate sobre o provimento está sendo se o mesmo está criando investigação diversa da legalizada na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, o escopo principal do provimento é colocar no mesmo nível o órgão acusador e o defensor, pautado no princípio da isonomia.

O provimento tem sido alvo de contestação por parte do Conselho Nacional do Ministério Público e alguns juristas com argumentos de usurpação legislativa, pois cabe ao poder legislativo a criação de leis, o que não é permitido em relação à autarquia, como a OAB, criar leis que possam vincular o poder público.

⁵³Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

2.9 – Abordagem legislativa

Diante do exposto fica claro a necessidade de uma abordagem legislativa para a regulamentação da investigação defensiva, pois sendo o processo criminal no Brasil de cunho acusatório com princípios balizadores como igualdade e ampla defesa que preceitua paridade entre as partes, não se pode admitir que o órgão acusador tenha poder investigativo e a defesa técnica fique inerte apenas contestando o que for apresentado pela outra parte nos autos.

Num Estado democrático a investigação defensiva tem papel importante no fortalecimento da democracia, pois tem cunho de proteção a direitos fundamentais consagrados na Constituição, como isonomia entre as partes em qualquer processo. Quando vislumbramos essa paridade no processo penal temos uma visão real da diferença de forças entre o acusado e a máquina investigativa estatal que está à disposição do órgão acusador.

O Ministério Público é órgão titular e responsável das ações penais em nosso país, passou a presidir investigações através de normas internas, tenho reconhecimento constitucional pelo STF. Conforme recurso extraordinário RE593.727, portanto em consonância ao princípio da isonomia o provimento da OAB precisa ter o mesmo reconhecimento constitucional por parte da corte maior de nosso país. Conforme assim sumulada:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015)

Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes na página 100 do RE593.727:

Reafirmo que é legítimo o exercício do poder de investigar por parte do Ministério Público, porém essa atuação não pode ser exercida de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015)

Todo órgão estatal está vinculado a fazer somente o que a lei autoriza, como não há regulamentação na legislação pátria sobre o Ministério Público presidir investigação, valendo-se este somente da norma interna temos neste caso violação ao artigo 37 da Constituição Federal, ferindo o princípio da legalidade⁵⁴.

Em se tratando da investigação defensiva, sendo esta de cunho privado, ao defensor fica permitido fazer o que a lei não proíbe. Princípios constitucionais como isonomia, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, dentre outros servem como garantia em qualquer processo, portanto não há volta, a investigação defensiva é caminho a ser trilhado para garantir os direitos a toda sociedade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação defensiva constitui importante garantia fundamental do imputado, sendo um instrumento de materialização dos direitos constitucionais fundamentais de igualdade e defesa. Sobre o tema, vejamos o pensamento de André Mendes (2010, p. 119): “Garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa. ”

O principal obstáculo do acesso à justiça na esfera criminal relaciona-se à investigação criminal, que pode ser minimizado pela ampliação dos entes legitimados a investigar. A investigação criminal não é monopólio estatal nem das polícias federal, civil e militar, em consonância com o princípio da universalização da investigação criminal e da prestação integral e eficiente de segurança pública. O Ministério Público pode proceder aos atos de investigação criminal, com a utilização de procedimento administrativo autônomo ou do próprio inquérito policial. A vítima, o indiciado e a defesa têm possibilidades de elaboração de atos de investigação criminal e de participação dos atos não sigilosos promovidos pelos órgãos estatais. O contraditório e a

⁵⁴Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, [...] (BRASIL, 1988)

ampla defesa não são obrigatórios no procedimento de investigação, mas podem ser permitidos quando não prejudicarem o andamento das investigações ou não seja necessário o sigilo. A investigação criminal deve ser desburocratizada e instrumentalizada de forma simples e célere, para permitir a imediata análise do Ministério Público e a formação do convencimento sobre o desencadeamento da ação penal ou o arquivamento do caso.

Na busca pela paridade entre a defesa e a acusação, se faz necessário um maior debate do tema. O que se espera é permitir que a defesa possa atuar na investigação da mesma forma que o Ministério Público, possibilitando ao juiz ser de fato imparcial e permitindo ao júri ser soberano em sua decisão. A evolução do direito penal passa por uma maior transparência, isonomia e publicidade para que a verdadeira justiça social seja alcançada em nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: RT, 1973.

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

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

_____. **Código Penal**. Decreto lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

_____. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do. Brasília. **Provimento nº188/2018**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

_____. **Projeto de Lei 8.045/10**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018.

_____. **Projeto de Lei do Senado 156/09**. Brasília: Senado, 2018.

BULHÕES, Gabriel. **Manual Prático de Investigação Defensiva**. Florianópolis: EMais, 2019.

CABRAL, Thiago. Compreendendo a investigação criminal defensiva. **Canal Ciências Criminais**, [s. l.], 2 maio 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/compreendendo-a-investigacao-criminal-defensiva/>. Acesso em: 5 jan. 2020.

COLARES, Barbara Rodrigues; VIEIRA, Artur Alves Pinho. A investigação criminal defensiva e seus reflexos no processo penal. **Vianna Sapiens**, [s. l.], v. 11, ed. 2, 31 ago. 2020.

FERREIRA, Jeferson Luís. Você é um advogado "porta de cadeia"?. **Canal Ciências Criminais**, [s. l.], 28 abr. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/733060267/voce-e-um-advogado-porta-de-cadeia>. Acesso em: 29 jan. 2020.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GAMELEIRA, Francisco Rafael Bezerra. Investigação criminal defensiva. **Canal Jus**, [s. l.], 1 jun. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58734/investigacao-criminal-defensiva>. Acesso em: 5 jan. 2020.

HOBBS, T. **Leviatã**. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003

KUHN, Guilherme Espíndola Kuhn. Investigação criminal defensiva. **Canal Ciências Criminais**, [s. l.], 25 abr. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/570744125/investigacao-criminal-defensiva>. Acesso em: 5 jan. 2020.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997, vol.I p.139

LIMA, Marcellus Polastri de. **Ministério Público e persecução criminal**. Rio: Lumen Juris, 1997.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. d. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. 1.952 p.**

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A Defesa e a Investigação do Crime**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2020. 1370 p.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 37.

ROSA, Emanuel Motta da. Princípios constitucionais em investigação criminal. **Canal Jusbrasil**, [s. l.], 7 set. 2013. Disponível em: <https://emanuelmotta.jusbrasil.com.br/artigos/121943608/principios-constitucionais-em-investigacao-criminal#:~:text=De%20igual%20maneira%2C%20enquanto%20procedimento,clara%20e%20precisa%20os%20fundamentos>. Acesso em: 25 jan. 2020.

SILVA FILHO, Antônio Ivan Olímpio da Silva Filho. Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa na investigação criminal. **Canal Conteúdo Jurídico**, [s. l.], 18 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55565/os-principios-constitucionais-do-contraditrio-e-da-ampla-defesa-na-investigao-criminal>. Acesso em: 12 jan. 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*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 41-80, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.308>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 593.727, de 21 de maio de 2012**. “PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA – ACUSAÇÃO DE DELITO DE DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL – DENUNCIADO PREFEITO MUNICIPAL – DENÚNCIA – PLAUSIBILIDADE – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – RECEBIMENTO. [S. l.], 8 set. 2015.

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. Regulamentação da investigação defensiva: um primeiro passo relevante. **Canal Migalhas**, [s. l.], 11 out. 2019. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/294348/regulamentacao-da-investigacao-defensiva--um-primeiro-passo-relevante>. Acesso em: 7 jan. 2020.