

Advogado não pode fazer investigação criminal defensiva



Henrique Hoffmann
delegado da Polícia Civil do PR

A investigação criminal é uma das atividades mais apaixonantes, e por isso

mesmo extremamente cobiçada. Em que pese a clareza da Constituição Federal ao repartir as funções públicas, outorgando exclusivamente à polícia judiciária a missão de realizar a apuração das infrações penais comuns, é frequente o movimento de órgãos públicos e privados para se apropriarem dessa tão nobre tarefa. Fechando os olhos à divisão constitucional de atribuições e ao princípio da legalidade, muitos simplesmente ignoram a conformidade funcional e passam a editar normas infralegais e se autointitular órgãos de investigação criminal.

De acordo com a lei fundamental, a Polícia Federal e a Polícia Civil são os órgãos vocacionados para realizar a investigação criminal (artigo 144, parágrafos 1º e 4º). Visão referendada na esfera infraconstitucional pela Lei 12.830/13, que deixa claro que a tarefa é, além de jurídica, essencial e exclusiva de Estado, devendo ser conduzida por delegado de polícia.

A separação das funções dentro da persecução penal, conferindo a investigação criminal a um órgão imparcial desvinculado da acusação e da defesa, é algo natural considerando a evolução histórica do sistema processual penal, que passou a almejar mais isenção na busca da verdade. Não se trata de distribuição aleatória de poderes, mas de especialização de atividades e contenção do arbítrio estatal. Mais do que mera disputa de poder entre agentes públicos e privados de igual relevância, a devida investigação criminal conduzida pelo delegado natural^[1] qualifica-se como direito fundamental do cidadão.

Não se desconhece a existência de investigações levadas a efeito por órgãos distintos da polícia judiciária; contudo, dizem respeito a infrações *não penais*. Podem ser mencionados como órgãos investigativos em sentido amplo (não criminais): a) MP (ilícitos civis – Lei 7.347/85); b) OAB (ilícitos ético-disciplinares – Lei 8.960/94); c) detetive profissional (ilícito não criminal – Lei 13.432/17); d) CPI (ilícitos ético-parlamentares – Lei 1.579/52); e) Coaf (ilícitos financeiros – Lei 9.613/98); f) Cade (ilícitos econômicos – Lei 12.529/11); g) Ibama (ilícitos ambientais – Lei 9.605/98); h) Receita Federal



(ilícitos fiscais – Decreto 70.235/72).

Quanto ao particular, seja vítima, suspeito, detetive profissional ou mesmo o advogado, não pode realizar a chamada investigação criminal defensiva. Se localizar fontes de prova, deve informar à polícia judiciária, para que tais elementos sejam colhidos mediante chancela oficial. Isto é, para ter idoneidade, a informação deve ser submetida à supervisão estatal. É o entendimento da jurisprudência e da legislação. Segundo o STF, como o particular não possui fé pública, o Estado-investigação precisa confirmar o dado obtido para que se revista de confiabilidade[2]. E de acordo com a Lei do Detetive Profissional, o particular só pode executar “coleta de dados e informações de natureza *não criminal*” (artigo 2º da Lei 13.432/17).

Nesse sentido, é correto afirmar que vários órgãos desenvolvem investigação (em sentido amplo), mas errado dizer que todas elas fazem investigação criminal. O fato de provas de crimes poderem casualmente ser colhidas nas apurações não criminais não altera essa conclusão. É óbvio que quando surgir, no curso da investigação não criminal, indícios da prática de crime, tais elementos não precisam ser jogados no lixo, podendo ser emprestados a uma persecução penal. A suprema corte já teve oportunidade de referendar essa linha de raciocínio, quando afirmou que a CPI, diferentemente do que muitos doutrinadores sustentam, não realiza investigação criminal[3].

Contudo, o STF, em relação ao Ministério Público[4], surpreendentemente acabou não chegando à mesma conclusão, de maneira que a atual posição (sujeita a revisão) é de que o *parquet* pode realizar apuração criminal excepcional e subsidiária[5], por meio do malfadado PIC. Esse procedimento investigatório criminal não tem previsão legal e foi instituído por ato infralegal, a Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, gerando críticas de autores oriundos do próprio MP[6]. Essa conclusão utilitarista do Supremo Tribunal Federal, na linha de que *quanto mais gente fazendo melhor*, evitou, sim, anulações de inúmeros processos penais baseados em investigações ministeriais, mas não chegou perto de resolver o problema da falta de recursos humanos e materiais da polícia judiciária. E, pior, criou uma disparidade injustificável entre acusação e defesa.

Em meio a essa anarquia funcional, em que cada agente público ou privado se arvora no direito de realizar a função que bem entender, em vez de a OAB exigir o cumprimento da ordem jurídica, optou por incorrer no mesmo equívoco do CNMP. Editou o Provimento 188/2018 por meio do seu Conselho Federal, com a pretensão de regulamentar a investigação criminal defensiva, à míngua de lei.

Assim como o poder regulamentar do CNMP (artigo 130-A, parágrafo 2º, I da CF) não o autoriza a usurpar a competência legislativa da União (artigo 22, I da CF) para inovar no mundo jurídico, o mesmo se diga sobre o poder de a OAB editar provimentos (artigo 54, V, da Lei 8.906/94).

Uma coisa é defender, *de lege ferenda*, a instituição da investigação defensiva ou ministerial. Outra bem diferente é, do dia pra noite, afirmar que ela existe no Brasil à revelia da Constituição. Até mesmo a doutrina que se posiciona a favor da investigação criminal defensiva reconhece que ela não foi instituída pelo nosso ordenamento jurídico:

Não obstante os importantes aspectos relacionados à investigação defensiva, tal matéria é estranha à legislação nacional, que não prevê procedimento investigatório conduzido pelo defensor do imputado, mas tão-somente a possibilidade de se requerer diligência nos autos do inquérito policial. Tais situações



não se confundem. Na investigação defensiva, o defensor dita os rumos do trabalho investigativo, com total autonomia em relação aos entes públicos[7].

Sem poderes para legislar em matéria de processo penal, a nova resolução tem abrangência muito limitada (o que não retira seu mérito). Quando muito, estabelece diretrizes disciplinares da atuação do advogado no âmbito interno do próprio órgão de classe (no exercício da sua atribuição fiscalizatória da profissão). Desse modo, está longe de estabelecer uma prerrogativa legal do advogado investigar. (...) Também por consistir em simples resolução, não se estabelece efetivos poderes de investigação ao advogado. A luta pela paridade de armas deve necessariamente avançar para alterações legislativas consistentes[8].

Há quem diga[9] que a investigação criminal defensiva, embora sem previsão legal, possa ser extraída de garantias constitucionais (ampla defesa e devido processo legal) e tratados internacionais. Entretanto, os princípios mencionados, imprescindíveis para assegurar isonomia no processo, não tem o condão de criar novos órgãos de investigação criminal sem amparo expresso no ordenamento constitucional e legal. Ademais, os diplomas internacionais em momento algum asseguram expressamente ao defensor a atividade probatória durante a investigação preliminar, mas sim durante a fase processual, deixando claro a Convenção Americana de Direitos Humanos que se tratam de *garantias judiciais* (artigo 8º).

É o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos quando discorre sobre o dever estatal de investigar:

Além disso, é preciso reiterar que esta investigação deve ser realizada por todos os *meios legais disponíveis* e estar orientada à determinação da verdade e à persecução, captura, julgamento e castigo de todos os responsáveis intelectuais e materiais pelos fatos, especialmente quando estão ou possam estar envolvidos agentes estatais. Durante a investigação e o trâmite judicial, as vítimas ou seus familiares devem ter amplas oportunidades para *participar e serem ouvidos*, tanto no esclarecimento dos fatos e na punição dos responsáveis, quanto na busca de uma justa compensação, de acordo com a lei interna e a Convenção Americana. Não obstante isso, a *investigação* e o processo devem ter um propósito e ser *assumidos pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas ou de seus familiares ou da apresentação de elementos probatórios por parte de particulares*[10].

O dever de investigar é (...) obrigação deve ser assumida pelo Estado (...) o que não se contrapõe ao direito de que gozam as vítimas de violações dos direitos humanos ou seus familiares de serem ouvidos durante o processo de investigação e tramitação judicial, bem como de participar amplamente dessas etapas.

À luz desse dever, uma vez que as *autoridades estatais* tenham conhecimento do fato, devem *iniciar ex officio e sem demora uma investigação séria, imparcial e efetiva*[11].



A Corte IDH é clara ao afirmar que a investigação criminal, enquanto dever do Estado, deve ser imparcial (o que exclui acusação e defesa) e feita com os meios legais disponíveis (ou seja, respeitando-se o ordenamento jurídico de cada país). Demais disso, o direito de o cidadão ser ouvido durante a apuração de crimes e participar amplamente dessa etapa não se confunde com conduzir a própria investigação criminal.

Se em outros países que adotam o modelo de investigação pelo Ministério Público (como nos Estados Unidos e na Itália) a implementação da investigação defensiva faz sentido para evitar prejuízo à paridade de armas, esse não é o caso do Brasil, cujo sistema prevê um órgão imparcial próprio para tal mister (polícia judiciária). E os estudiosos do tema reconhecem que a apuração defensiva, assim como a investigação ministerial, não possui qualquer pretensão de imparcialidade[12], mas foco exclusivo na produção de elementos de convicção que amparem as próprias teses (defensiva ou acusatória).

Com efeito, chama a atenção a iniciativa adotada pelas partes acusadora e defensiva. Enquanto o CNMP cria procedimento investigatório e institui o acordo de não persecução, a OAB não fica para trás e confere a seus filiados o poder de polícia para requisitar dados e perícias (inclusive com uso de detetives particulares), dispensando a publicidade sobre suas atividades.

É perfeitamente compreensível a inquietação dos advogados, num cenário em que a suprema corte permitiu que a acusação possa investigar, fulminando o princípio da paridade de armas e criando uma *superparte*. Ao relegar a defesa a um obscuro lugar na persecução criminal, olvidou o STF que deve ser dotada das mesmas capacidades e poderes da acusação[13]. Soa no mínimo estranho que o imputado figure invariavelmente em posição inferiorizada. Mas isso não deveria levar a OAB a incorrer no mesmo equívoco de legislar em causa própria.

Destarte, o modelo brasileiro de persecução penal permanece inalterado. Inexiste investigação criminal defensiva no Brasil, o que não significa que o defensor fique de mãos atadas. Continua podendo atuar de forma relevante para requerer diligências, busca e apreensão e exame de corpo de delito, além de indicar assistentes técnicos (artigos 14, 242, 184 e 159, parágrafo 5º do CPP), e acessar os elementos documentados no inquérito e participar da oitiva de seu cliente (artigo 7º, XIV e XXI do Estatuto da OAB)[14].

Vale mencionar que o Projeto de Lei 156/2009 (Novo Código de Processo Penal) prevê a possibilidade do investigado, por meio de seu defensor, identificar fontes de prova, podendo inclusive entrevistar pessoas.

Como se nota, atos normativos infraconstitucionais têm se multiplicado e, ao inovarem no mundo do Direito, não resolvem os problemas que se propõem a curar e ainda incentivam um estado de coisas inconstitucional na segurança pública. Como se o desempenho de importantes funções que relativizam direitos fundamentais dos cidadãos fosse questão de menor importância, a dispensar deliberação do legislador constituinte e merecer simples deliberação *interna corporis* da acusação ou defesa.

[1] ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. Salvador:



JusPodivum, 2016, p. 148-149; NUCCI, Guilherme de Souza. *Prática forense penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 32.

[2] STF, AP 912, Rel. Min. Luiz Fuz, DJ 07/03/2017.

[3] STF, MS 34.864 MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 09/08/2007.

[4] STF, RE 593.727, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 14/05/2015.

[5] HOFFMANN, Henrique; NICOLITT, André. *Investigação criminal pelo Ministério Público possui limites*. Revista Consultor Jurídico, jul. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-30/opinioao-investigacao-criminal-mp-possui-limites>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

[6] MOREIRA, Rômulo de Andrade. *No país das resoluções e dos enunciados, quem precisa de lei?* Revista da Faculdade de Direito da Unifacs, n. 209, nov. 2017, p. 01-04. Disponível em: <

<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5136/3257>>. Acesso em: 12 jan. 2019;

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 37, 2017, p. 240-261. Disponível em: <

<http://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77401>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

[7] MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação criminal defensiva*. Dissertação (Mestrado em Direito) –Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

[8] EL HIRECHE, Gamil Foppel. *Regulamentação da investigação defensiva: nem tudo que reluz é ouro*. Revista Consultor Jurídico, jan. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-16/gamil-foppel-regulamentacao-investigacao-defensiva>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

[9] MACHADO, Leonardo Marcondes. *Delação premiada e investigação defensiva: levando o devido processo legal a sério*. Revista Consultor Jurídico, fev. 2018. Disponível em: <

<https://www.conjur.com.br/2018-fev-13/academia-policial-delacao-investigacao-defensiva-levando-processo-legal-serio>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

[10] Corte IDH, Caso Goiburú e outros Vs. Paraguai, Sentença de 22/09/2006.

[11] Corte IDH, Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru, Sentença de 25/09/2006.

[12] MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação criminal defensiva*. Dissertação (Mestrado em Direito) –Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009; BALDAN, Édson Luís. *Investigação defensiva: o direito de defender-se provando*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007.

[13] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.490.

[14] HOFFMANN, Henrique; COSTA, Adriano Sousa. *Atuação do advogado no inquérito policial*. In: FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique (Org.). *Temas Avançados de Polícia Judiciária*. 2. ed. Salvador: Juspodivum, 2018.

Date Created

29/01/2019