

LIMITE PENAL

# Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania

1 de fevereiro de 2019, 10h43

Por Aury Lopes Jr., Alexandre Moraes da Rosa e Gabriel Bulhões

O tema da investigação defensiva, por mais oportuno que seja o seu debate, permanece sendo um ilustre desconhecido no Brasil, em especial nas nossas agências de controle, e de seus respectivos quadros. E é chegada a hora disso mudar, até porque a incompreendida distinção entre "atos de investigação" e "atos de prova" fez com que — no Brasil — os atos do inquérito ingressassem no processo e lá pudessem ser valorados.



É um reducionismo ingênuo ou mal-intencionado dizer que a investigação preliminar não merece maior preocupação porque é apenas um procedimento administrativo, pré-processual e inquisitório, ou ainda que não existem nulidades no inquérito policial (então é uma zona franca para ilegalidades?). Ora, basta considerar que com base nos atos da investigação se pode retirar todos os bens de uma pessoa (medidas assecuratórias, por exemplo); mas também se pode retirar a liberdade dela (prisão temporária e prisão preventiva); então — parafraseando Ortega y Gasset — se pode retirar o "eu" e "minhas circunstâncias" é porque se pode retirar tudo! Sem falar nas sentenças condenatórias baseadas exclusivamente no inquérito (como pode ocorrer no tribunal do júri) ou com base no falacioso "cotejando", como forma de burla ao impedimento — ilusório — do artigo 155 ("não podendo fundamentar sua decisão *exclusivamente* nos elementos informativos colhidos na investigação"). Dessarte, é sempre importante debater a investigação preliminar brasileira, até porque se trata de um modelo arcaico e superado, mas que produz nefastos efeitos diários.

Recentemente, houve a aprovação do projeto de regulamentação administrativa da matéria, pelo Conselho Federal da OAB. Em razão disso, surgiram várias manifestações acerca da atividade da advocacia no exercício da função investigativa. Isso já trouxe significativos

olhares ao tema, bem como a produção de quantidade considerável de artigos com os quais pretendemos estabelecer um diálogo profícuo e respeitoso, sem qualquer pretensão de esgotamento temático.

Uma preocupação presente em todo o texto do Provimento 188/2018-CFOAB foi o rígido controle para que não houvesse qualquer inovação do ponto de vista legal. Esse é um ponto nodal. Mas, sem dúvida, outros passos importantes precisam ser dados, a exemplo: i) da criação de manuais deontológicos e de boas práticas profissionais; ii) de certificação específica para formação da advocacia investigativa; e, principalmente, iii) da edição de uma lei que sedimente e amplie as prerrogativas da advocacia a partir da visão da investigação defensiva. E mesmo assim não se impede o avanço do tema, pois com as reflexões acerca destes e muitos outros pontos é que virá a maturidade da classe e da sociedade.

Todavia, a investigação defensiva conquistou algum avanço, ainda que embrionariamente. Exemplos disso são os eventos realizados em 2018 nas cidades de Natal, Porto Alegre e São Paulo, assim como o primeiro curso promovido no Brasil na área, no segundo semestre de 2018, pelo IBCCrim.

Apesar de não haver consenso sobre muitos pontos, a exemplo de "se" e "como" deve se dar a regulamentação do chamado inquérito defensivo. Tal divergência é sadia, pois essa dialética permite a catalização das reflexões.

Outras perguntas, porém, já podem ser respondidas com relativa segurança, a exemplo: i) Pode a advocacia exercer atos investigativos em favor de seus clientes?; ii) Tem o advogado o dever de reportar e entregar para as autoridades os resultados de suas diligências?; iii) Existe amparo normativo para admitir, ainda que implicitamente, a advocacia investigativa no Brasil?; e, em especial iv) A regulamentação estabelecida pelo Conselho Federal da OAB extrapolou os poderes regulamentares conferidos pelo Estatuto da Advocacia e da OAB?

Com relação ao primeiro questionamento, houve manifestações recentes no sentido de que a atividade investigativa é exclusiva do Estado, notadamente por meio da polícia judiciária, conforme previsão do artigo 144, parágrafos 1º e 2º, CF e da Lei Federal 12.830/2013. Para escorar tal conclusão para além de uma interpretação fria e gramatical de um dispositivo constitucional, autores afirmam que, em outros países, a investigação defensiva faria sentido para evitar prejuízo à paridade de armas, e que essa necessidade não existiria no Brasil, já que a polícia judiciária seria “imparcial”.

As reações e comentários adversos foram quase que instantâneos, pois quem labuta diariamente junto ao sistema de Justiça criminal, em especial partindo da ótica da Teoria dos Jogos aplicada ao processo penal, sabe que a Polícia Civil e a Federal atuam em perspectivas inquisitoriais e dedicadas à acusação, sendo raro se observar qualquer movimento tendente ao reforço de teses defendidas por suspeitos/indiciados.

E a exceção, por óbvio, vem para reforçar a regra geral. Qualquer divergência somente poderia se escorar em uma análise contrafactual, sendo de uma inocência angelical o entendimento de que a polícia judiciária, braço operacional e de controle do Estado, se veste da imparcialidade pura que permite uma igualdade de possibilidades às teses acusatórias e defensivas. Até porque, imparcialidade é uma construção técnica artificial do processo, como atributo exclusivo do "juiz", não da polícia e tampouco do MP no processo penal (outra confusão ou distorção bastante comum). Portanto, falar em imparcialidade da polícia ou do MP no processo penal é um grave equívoco conceitual.

É inegável a disparidade de armas entre acusação e defesa, não só pela estrutura e cultura inquisitória do processo penal brasileiro, mas também porque, além da polícia, pode o MP investigar diretamente (STF). Sem esquecer que na matriz inquisitória brasileira até o juiz pode determinar a prática de produção antecipada de provas no inquérito (artigo 156, I do CPP)! Então, não existe disparidade de armas? Não há necessidade de fortalecimento da defesa nesta fase?

Outro ponto que merece atenção é o sugestionamento explícito de que o advogado tem o dever de reportar e entregar para as autoridades os resultados de suas diligências. Nada mais equivocado, diante da nossa ordem constitucional e legal, no tratamento dispensado à advocacia. É desconsiderar que a investigação defensiva serve à defesa e que o advogado possui prerrogativas funcionais previstas em lei.

Alguns argumentam que o advogado teria um "dever de informar" à autoridade policial as fontes de prova localizadas. Tal afirmativa é de todo problemática, tendo em vista que estabelece uma confusão tanto no que toca ao regramento normativo dispensado à advocacia brasileira quanto confunde a própria natureza da atividade advocatícia e o resguardo da parcialidade constitucional. É preciso lembrar que a advocacia, embora exerça um múnus público (artigo 133, CF), é um ministério privado (artigo 5º, II, CF — “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), tutelado pelo princípio constitucional do livre exercício das profissões (artigo 5, XII, CF — “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”). Não é um órgão público ou função pública em sentido estrito.

Nos limites legais, a advocacia é livre para diligenciar ou operar conforme seja melhor para a defesa do acusado. Tanto é verdade que desde sempre advogados diligenciam e produzem a sua própria prova, contraprovas, novas provas, enfim. Essa prática opera, ainda que intuitivamente, sem metodologia bem delineada ou qualquer segurança jurídica, a partir da generalidade da "ampla defesa" e do "contraditório". É esse panorama que passa a se alterar e é benéfico para todos.

O Conselho Federal da OAB não criou qualquer prerrogativa legal para a advocacia por meio de provimento nem inovou sob qualquer aspecto a ordem jurídica. O que se fez, aclare-se, foi estabelecer conceitos, balizas e parâmetros para a advocacia exercer a sua função investigativa, vez que esta não se encontra proibida em qualquer norma brasileira (como dito, decorre da ampla defesa e contraditório previstos no artigo 5º, LV da CF). Disciplinar o que se pode fazer, a partir das ferramentas legais e previsões constitucionais já postas, é exercício do poder regulamentador conferido no artigo 54, V, do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei Federal 8.906/1994).

O que provavelmente não se compreendeu foi o papel que a investigação defensiva pode vir a desempenhar, como mais uma ferramenta de garantia dos direitos do cidadão e do próprio advogado. Não se quer com isso retirar a competência natural da polícia judiciária para proceder as devidas investigações em geral; mas, no particular, não se pode negar o direito daquele que quer se defender provando, ou até mesmo daquele que busca responsabilizar o seu algoz, sob a ilusão de que “o Estado proverá”.

Noutra dimensão, é uma garantia da advocacia, principalmente em tempos de furor persecutório estatal, em que (alguns) pretendem criminalizar o exercício do direito de defesa. Basta ver o errado entendimento de alguns, por exemplo, no sentido de que o advogado não poderia ter contato ou entrevistar testemunhas antes da audiência. Ora, que absurdo! Existe uma distância milenar entre procurar saber qual o conhecimento que determinada pessoa tem acerca de um caso penal, para decidir se vai arrolar ou não, se vai questionar ou não etc., e constranger, ameaçar ou induzir a prestar falsas declarações (isso, sim, é crime e conduta antiética). Também existe — por parte de alguns "*Torquemada's*" — a tentativa de dar um alcance interpretativo do artigo 2º, parágrafo 1º da Lei 12.850/2013 que beira o descalabro. É algo muito preocupante confundir o exercício do direito de defesa (seja ele pessoal ou técnico, positivo ou negativo) com "embaraçar a investigação", numa clara criminalização, depreciação e humilhação da advocacia criminal. Para debruçar um pouco de luz nessa escuridão, a regulamentação da investigação defensiva é crucial.

Quanto ao arcabouço normativo que permite essas conclusões, podemos passar por diversos planos. No Direito Internacional, há vasto e antigo tratamento dispensado à

efetivação da ampla defesa, sob a ótica da garantia dos “meios e recursos a ela inerentes”. Tal matéria veio disciplinada em diversos diplomas, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)[1], a Convenção Americana de Direitos Humanos, o conhecido Pacto de São José da Costa Rica (1969)[2], ou ainda o Estatuto de Roma (1998)[3], o qual instituiu do Tribunal Penal Internacional, jurisdição internacional à qual o Brasil está submetido desde 2002.

Sob outra ótica, existe um arsenal de argumentos funcionando como elementos constitucionais fundantes da investigação defensiva, pois temos a salvaguarda dos princípios da igualdade (artigo 5º, *caput*, CF[4]), do devido processo legal (artigo 5º, LIV, CF[5]), do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, CF[6]). Ainda, é possível se alegar que a segurança pública é direito e responsabilidade de todos (artigo 144, CF[7]), inclusive do advogado no exercício das suas funções[8].

No plano legislativo, temos que o próprio Código de Processo Penal de 1941, com suas inúmeras alterações e minirreformas, assegura a dinâmica da investigação defensiva em dispositivos como a *notitia criminis* (artigo 5º, parágrafo 3º, CPP) e a assistência à acusação (artigo 268, CPP), ou o pedido de busca e apreensão (artigo 242, CPP) pelo acusado/ofendido etc. Mas também estamos a tratar de diversos outros diplomas, como a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal 12.527/2011), a Lei de Registros Públicos (Lei Federal 6.015/1973), ou ainda a novel Lei de Regulamentação da Profissão de Detetive Particular (Lei Federal 13.432/2017). Sem esquecer do Projeto de Lei 8.045 (novo CPP), que consagra expressamente a investigação defensiva no seu artigo 13[9].

Por fim, o processo penal brasileiro precisa atenuar (o ideal seria eliminar) esse ranço inquisitório que o caracteriza. Existe não só uma imensa "disparidade" de armas, mas também pontuais tentativas de criminalização da advocacia criminal que exigem a regulamentação da investigação defensiva, que não só está inequivocamente autorizada, como é uma exigência do processo penal democrático e constitucional do século XXI.

---

[1] Internalizado no Direito pátrio por meio do Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992.

[2] Internalizado no Direito pátrio por meio do Decreto n.º 678, 6 de novembro de 1992.

[3] Internalizado no Direito pátrio por meio do Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002.

[4] “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: (...)”

[5] “Art. 5º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (...)”

[6] “Art. 5º (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...)”

[7] “Art. 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: (...)”

[8] DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 304, p. , abr. 2018.

[9] Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

§ 1º As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas.

§ 2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento.

§ 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista.

§ 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial.

§ 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.

§ 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.

Aury Lopes Jr. é advogado, doutor em Direito Processual Penal e professor titular da PUCRS.

Alexandre Moraes da Rosa é juiz em Santa Catarina, doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e professor de Processo Penal na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e na Universidade do Vale do Itajaí (Univali).

Gabriel Bulhões é advogado criminalista, professor da pós-graduação em Direito e Processo Penal da UnP (Natal e Mossoró) e da Faculdade Diocesana (Mossoró), membro consultor da Comissão Especial de Estudo do Direito Penal do Conselho Federal da OAB, coordenador adjunto do Departamento de Direito Penal Econômico e Compliance do IBCCrim, coordenador estadual do IBCCrim no RN e ex-presidente da Comissão dos Advogados Criminalistas da OAB-RN.

## Revista **Consultor Jurídico**, 1 de fevereiro de 2019, 10h43