

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INTEGRADOR DA VERDADE EXPRESSADA PELO IMPUTADO

*DEFENSIVE RESEARCH AND FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS: THE
PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE AS INTEGRATOR OF THE TRUTH
EXPRESSED BY THE IMPUTEOUS*

Gilson Miguel Gomes da Silva¹

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
(TJSP, São Paulo/SP, Brasil)

Paulo Cesar Correa Borges²

Professor da Universidade Estadual Paulista
(UNESP, Franca/SP, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional; direito
processual penal.

RESUMO: O artigo propõe-se à análise
de constitucionalidade da denominada

¹ Aluno do Curso de Doutorado em Direito na Universidade Estadual Paulista – *Campus* de Franca/SP. Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Aluno do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* de Direito Anticorrupção na Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM/DF). Especialização em Pós-Graduação *Lato Sensu* – Especialização em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Curso de Bacharelado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública, pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco/SP (APMBB/SP). Professor de Direito Processual Penal, Graduação em Direito, na Universidade de Araraquara/SP (UNIARA). Professor Auxiliar no Curso de Pós-Graduação, Direito Processual Civil, na Escola Paulista da Magistratura – São Paulo (EPM). *E-mail:* gilson.gomes@unesp.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6637838761389313>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6364-5875>.

² Pós-Doutoramento pela Universidad de Sevilla (Espanha). Estágio Pós-Doutoramento na Universidad de Granada, com bolsa AUIP. Doutorado e Mestrado pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Professor de Direito Penal do Departamento de Direito Público (UNESP). Promotor de Justiça do MPSP. Membro da Red Iberoamericana de Investigación sobre Formas Contemporâneas de Trabalho Escravo e Direitos Humanos (UGr). Pesquisador do Grupo Unesp, no Consórcio Latino-americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos (F. FORD/UFGA). *E-mail:* paulo.cc.borges@unesp.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2719410547680064>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5170-7271>.

“investigação defensiva”, inserida no texto do Projeto de Lei nº 8.045/2010, que trata do novo Código de Processo Penal, em trâmite pela Câmara Federal, extraída do Provimento nº 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Pretende-se evidenciar a ausência de amparo legal do mecanismo defensivo, por meio da aferição do texto constitucional que atribuiu às policiais judiciárias e, por interpretação do Supremo Tribunal Federal, ao Ministério Público como sendo os únicos responsáveis à apuração de infrações criminais, sem que haja lacuna a permitir outra forma de investigação diversa da pública. A demonstração da hipótese contemplará uma síntese da evolução do direito penal e do processo penal, suas respectivas funções de garantia, e contextualizará a investigação de natureza privada aos previsíveis atos de violação dos direitos humanos fundamentais dos envolvidos na persecução criminal. Ao final, seguirá reflexão acerca da participação e colaboração do Ministério Público nos anseios defensivos, como forma alternativa e segura de integração da prova, no interesse público e do imputado.

ABSTRACT: *The article proposes the analysis of the constitutionality of the so-called “defensive investigation”, inserted in the text of Bill 8045/2010, which deals with the new Code of Criminal Procedure, pending by the Federal Chamber, extracted from Provision 188/2018, of the Federal Council of the Brazilian Bar Association. It is intended to evidence the lack of legal support of the defensive mechanism, through the verification of the constitutional text that attributed to the judicial police officers and – by interpretation of the Federal Supreme Court – to the Public Ministry, as being solely responsible for the investigation of criminal offenses, without there is a gap to allow for another form of investigation other than the public one. The demonstration of the hypothesis will include a synthesis of the evolution of criminal law and criminal procedure, their respective guarantee functions, and will contextualize the investigation of a private nature to the foreseeable acts of violation of the fundamental human rights of those involved in the criminal prosecution. At the end, there will be a reflection on the participation and collaboration of the Public Prosecutor’s Office in defensive concerns, as an alternative and safe way of integrating the evidence, in the public interest and the accused.*

PALAVRAS-CHAVE: investigação defensiva; inconstitucionalidade; violação de direitos humanos; PL 8.845/2010.

KEYWORDS: *defensive investigation; unconstitutionality; violation of human rights; PL 8845/2010.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Sistema processual penal vigente; 2 Investigação defensiva e princípios constitucionais; 3 Produção probatória pela defesa; 4 Ministério Público e integração da prova; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Current penal procedural system; 2 Defensive investigation*

and constitutional principles; 3 Evidence production for the defense; 4 Public Prosecution Service and integration of evidence; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

O homem, ser gregário, precisa viver em sociedade devido à sua própria natureza. Era o pensamento político de Aristóteles contra o qual se voltou Thomas Hobbes (MASCARO, 2016, p. 164). Trouxe compreensão diversa, qual seja, a associação do homem com outros não se denota natural, nem decanta da boa vontade das pessoas, mas provém de engenho artificial, desenhado à satisfação de seus interesses particulares.

Na sua visão, Hobbes, em afronta à compreensão aristotélica, aduz que o homem se verga ao medo oriundo da vida solitária, das preocupações com sua fragilidade, e, na ânsia de buscar proteção, refugia-se numa espécie interesseira de associação inclinado à sua defesa. Daí resulta a ideia de início do direito natural, pois fato é a existência de mais fortes e fracos; mas, noutra olhar, os segundos, pela astúcia, podem derrotar os primeiros, razão de ser de a busca pela preservação anteceder o espírito associativo. Exsurge a reflexão de que o estado de natureza se exhibe bélico, isto é, previamente à vida ordenada em sociedade, diz Hobbes, havia “guerra de todos contra todos”.

Essa percepção de cunho hobbesiano se mostra suficiente para os objetivos do presente estudo. Em outras palavras, ao se notar a exigência de se viver em sociedade para sobreviver, e mais, constatada a existência de regras de convivência, chega-se à evidência de que o vínculo comunitário do homem não parece mesmo natural.

A visão do filósofo vem corroborada pela exposição de Francesco Carnelutti (2009, p. 9), para quem o bem maior que o homem procura alcançar é a paz. Além da sensação serena, a paz – porque suprema enquanto bem – implica a fruição de tantos outros bens desprovidos de disputa. Entrementes, o autor italiano aponta o Direito como instrumento apto à conquista da paz e, em consequência dessa pretensão, aponta a cessação da guerra como fase inaugural ou originária onde o direito reside, eis que seus males despontam o desejo e lecionam mecanismos para a obtenção da vida pacífica.

O sucesso da convivência harmoniosa dos indivíduos socialmente integrados depende de convenções livremente pactuadas nessa sociedade,

firmadas sob preceito de obediência que pressupõe, ao menos, a previsão de cláusulas punitivas pelo descumprimento e um poder superior eleito pelo grupo social para impor as respectivas sanções, a fim de se obstar a vingança privada, o Estado. Desnecessária, mesmo que sintética, a narrativa a respeito da evolução do Direito e do poder estatal responsável pela imposição de sua observância.

Na percepção de Jorge Miranda (1997, p. 33), “o Direito está acima e para além da lei”, no sentido de que a positivação da *lex* procura retratar conceitos científicos referentes aos fenômenos jurídicos abstratos para se relacionarem às experiências humanas concretas; todavia, afirma que o refinamento das normas não se esgota, pois a descrição lógica delas dispõe apenas mecanismos viabilizadores do exercício de se raciocinar para a decisão e não voltados à pronta solução. Essa conexão entre fatos e normas não resulta, por si, numa modelação consequencial destas por aqueles. A relação deles traz um prisma de reciprocidade à compreensão do fenômeno que os liga; deve-se levar em conta a identificação da norma ao contexto a que foi gerada e as consequências decorrentes de sua aplicação; daí se notar a modelação dos fatos pelas normas.

Despontam da positivação do Direito por Kelsen³ distorções que promoveram barbáries nas guerras, de tal grandeza que valores éticos tornaram à ponderação pelas ciências jurídicas. Partiu-se para novas discussões e estudos sobre a quem servia o Direito e sua função social.

No período pós-guerra e ao longo da segunda metade do século XX, em especial na Itália e na Alemanha, encontra-se a origem do novo direito constitucional, permeado de princípios e valores axiológicos fundamentais ao ser humano.

Em solo brasileiro, a Carta Política de 1988 (BRASIL, 1988), desde o seu Preâmbulo e art. 1º, proclamou e constituiu, ao menos formalmente, o Estado Democrático de Direito, de modo a fixar premissas fundamentais e indissociáveis à sua sustentação, entre estes, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana (2012, p. 40), e fincou pilar no povo, fonte donde

³ BONAVIDES, P. *Teoria geral do Estado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 156. Segundo o autor, Kelsen, em sua filosofia, a representação do Estado está na ordem jurídica positiva, eis que entende o jusnaturalista como pura idealidade, utópico, sem capacidade de impor coação e permissivo da ordem anárquica. Para ele, a ordem do direito natural deveria compor positivação apta à sua aplicação à concretude da vida em sociedade.

provém todo poder. Outrossim, a Constituição Federal espalhou, ao longo de seu texto, direitos e garantias essenciais às pessoas humanas⁴, derivados de um contínuo amadurecimento da sociedade organizada para a vida em comunidade.

José Afonso da Silva (2012, p. 40), além de observar a qualidade de fundamento constitucional, enobrece a dignidade da pessoa humana ao registrar que não se perfaz criação da Norma Maior, porquanto ela se revela uma concepção *a priori*, que preexiste à especulação experimental, igualmente à pessoa humana em si.

Desse modo, o povo assume papel preponderante nas diretrizes da Nação, uma vez que a soberania popular nada mais significa, segundo Paulo Bonavides (2015, p. 63), do que “soberania constitucional”. Saiu do cenário abstrato e metafísico de mero símbolo e encarnou, material e concretamente, o patamar elevado das decisões coletivas, na dimensão soberana do poder voltado à proteção da grandeza ética e sedimentado na democracia participativa. Assim, a Constituição, por sua legitimidade e qualidade soberana, como mencionado, alberga princípios e valores, de sorte a permitirem dose flexível ao bom hermeneuta para que, no exercício da ponderação das normas valoradas, extraíam a concretude, a eficácia e a estabilidade da Constituição.

A supremacia constitucional vincula o legislador a observar os procedimentos prefixados na construção de leis, e o princípio da conformidade dos atos do Estado com a Constituição impõe aos poderes públicos a sujeição aos seus preceitos normativos. Deriva, pois, dos princípios da constitucionalidade e legalidade a obrigação de a Administração Pública rever e revogar atos considerados ilegais porventura praticados⁵.

No contexto das infrações das normas sociais, malgrado deva ser chamado a intervir excepcionalmente – quando os demais ramos do Direito não logram mais a estabilização da paz social –, na condição de *ultima ratio*, o direito penal moderno possui índole constitucional, de modo a refletir os

⁴ Jorge Miranda explica que os direitos significam certos bens em si mesmos, enquanto as garantias se prestam a assegurar o uso e gozo deles, sendo aqueles principais e essas acessórias. MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. Direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, t. IV, 2000. p. 95.

⁵ CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 246. O autor anota que pode constituir, tanto a ação como a omissão, violação constitucional, pela ausência de fidelidade aos deveres jurídicos nela previstos.

comandos imperativos da Norma Suprema. Sua função, conforme se infere do exposto, primordialmente, presta-se ao controle social, à minguada de outros instrumentos hábeis à referida tarefa, visto que todos falharam nesse mister⁶.

De maneira similar, o direito processual penal, na qualidade instrumental do direito penal, também se submete aos parâmetros constitucionais.

Singularmente, Francesco Carnelutti (2004, p. 21) bem explicita que o direito material visa ao delito (seu objeto), ao passo que o direito penal processual mira a pena, e o conjunto deles compõe o direito penal. Interessante a ilustração de que “compara o direito penal material à patologia e o direito penal processual à farmacologia”.

A par disso, a Constituição Federal estabeleceu, ao Ministério Público, dentre várias funções, a promoção da ação penal pública, de forma privativa, e de exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, I e VII, da CF).

Tecidas essas considerações iniciais e necessárias à compreensão da discussão que seguirá, o ponto central do trabalho repousa nos exames de constitucionalidade da inserção da denominada “investigação defensiva” no Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, do Senado Federal, que trata do novo “Código de Processo Penal” – atualmente em trâmite pela Câmara Federal – e do Provimento nº 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que regulamentou “o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais” (BRASIL, 2018).

Isto porque, sob aparente viés altruísta de se proporcionar efetiva garantia ao princípio constitucional da ampla defesa do imputado, com prisma de se estabelecer suposta “paridade de armas” entre a acusação e a defesa, parece evidente a afronta a outros princípios constitucionais, os quais, submetidos ao critério de ponderação de valores, por meio do princípio da proporcionalidade,

⁶ “O direito penal é considerado a *ultima ratio*, isto é, a última carta do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não haver senão a criação da lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator. [...] Caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se renunciar à opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a, por vezes, ineficaz, porque não cumprida pelos destinatários da norma e não aplicada pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública.” (NUCCI, G. de S. *Código Penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 53)

expõem a inconstitucionalidade do novel mecanismo, numa perspectiva nociva ao sistema processual penal, com repercussão nefasta ao direito material.

1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL VIGENTE

A partir da consecução de um fato previamente considerado delituoso, surge ao Estado o exclusivo direito de punir, *jus puniendi*, traduzido por José Frederico Marques (1997, p. 23), consistente na aplicação da pena cominada ao tipo penal em seu preceito secundário, contra o agente que teria violado, mediante ação ou omissão, a norma incriminadora contida no preceito primário, ocasionando dano ou lesão jurídica a bem jurídico tutelado passível de afetar as condições da vida em sociedade.

No âmbito do Estado Democrático de Direito, a pretensão punitiva não se perfaz concreta; não há coação direta de sujeição do imputado à sanção penal, tornando-se imperativa a realização da prática de atos “nos quais as partes interessadas têm ocasião de demonstrar a prevalência de seu direito, o que constitui o processo” (NORONHA, 1998, p. 4-6). A importância do direito processual penal, reconhece Noronha, reside no fato de que as leis processuais, acima de outras, não só protegem como também tutelam o “direito de defesa de todos os direitos de que o homem goza na vida em sociedade”. É de se salientar: proteção a todos os envolvidos no processo; socorre o imputado de abusos, garante a segurança da vítima, das testemunhas e de demais colaboradores.

Na introdução, restou mencionada a qualidade de o direito processual brasileiro estar submetido ao escopo constitucional no que diz respeito aos direitos humanos fundamentais, mas de nada serviria a declaração de direitos ao homem se não houvesse instrumentos de garantia. Neste sentido:

Em suma, estabelecidos os *direitos* fundamentais do indivíduo, devem ser, igualmente, estatuídas as *garantias* a eles correspondentes, a fim de preservá-los e tutelá-los mediante atuações judiciais, tanto quanto possível rápidas, prontas e eficazes [...] assegurados por órgãos estatais detentores de legítimos poderes para precaução, determinação ou efetivação (TUCCI, 2004, p. 54).

Nesse passo, a *persecutio criminis* normalmente se inicia com a notícia de um crime – observadas algumas condições gerais ou especiais de procedibilidade – para que o Estado possa retomar ou manter a ordem social.

Fundado nos princípios informadores do processo penal, Fernando da Costa Tourinho Filho (2018, p. 82) assinala três diferentes tipos de processo: acusatório, inquisitivo e misto⁷.

Em resumo, no processo acusatório, destacam-se: a) a divisão das funções de acusar, defender e julgar atribuídas a pessoas distintas; b) a existência do direito ao contraditório e, em decorrência, a igualdade entre as partes no tocante a direitos e obrigações; c) a publicidade dos atos processuais para a fiscalização do povo (excepcionalmente, restrita em casos de interesse público); d) a incumbência da acusação iniciar o processo.

No inquisitivo, as características peculiares estão na inexistência do contraditório, o que suprime regras relacionadas ao direito igualitário de liberdade no processo. Acrescenta-se que as atividades de acusar, defender e julgar se concentram na pessoa única do juiz, quem tem poder para iniciar o processo, coletar as provas que entender necessárias e, depois, proceder a decisão. Marca fundamental ainda está na possibilidade da obtenção da confissão, conhecida como a “rainha das provas”, por meio de tortura do imputado. Este não se afigura sujeito de direitos, mas mero objeto do processo, desprovido de garantias, num procedimento secreto e escrito.

Por sua vez, o processo misto desenrola-se em três fases: “a) preliminar, a cargo da Polícia Judiciária, sob a orientação do Ministério Público; b) instrução preparatória, a cargo do juiz instrutor; e c) fase do julgamento. Das duas primeiras não participa Defesa. Na fase do julgamento, o processo se desenvolve *contradictoirement*” (TOURINHO FILHO, 2018, p. 83).

Acrescenta o autor que, no Direito brasileiro, o sistema é o acusatório, mas não puro, ou seja, ao juiz são conferidos poderes processuais inexistentes no acusatório ortodoxo. Pode o julgador determinar provas complementares às partes e mesmo antecipadas, quando perceber que poderão perecer.

⁷ TOURINHO FILHO, F. da C. *Manual de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 82. O autor foca o contraditório como expressão da garantia político-jurídica do cidadão. Identifica, no processo acusatório, a vedação de o juiz iniciar o processo sem que seja instado pela parte interessada.

A Lei nº 13.694, de 24 de dezembro de 2019 (BRASIL, 2019), denominada Lei Anticrime, inseriu o art. 3º-A no Código de Processo Penal – CPP (BRASIL, 1941) e previu ao processo penal a “estrutura acusatória”; vedou a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atividade de construção de provas pelo órgão acusatório.

De qualquer forma, percebe-se que, no sistema processual pátrio, há divisão das funções, com a incumbência do exercício da acusação ao Ministério Público, nas ações penais públicas (art. 129, I, da CF), e, ao ofendido ou seu representante legal, nas ações penais privadas, inclusive na chamada subsidiária da pública (art. 5º, LIX, da CF, arts. 29 – 31, 33 e 37 do CPP). O imputado será defendido por advogado de sua confiança ou, se inviabilizado economicamente, por meio de Defensor Público ou dativo (art. 5º, LXXIV, da CF e arts. 32, 185, *caput*, 396-A, § 2º, e 552, parágrafo único, da CPP). Quanto ao juiz, o CPP é pródigo em mencionar suas funções e se preocupou com a manutenção de sua imparcialidade para o julgamento do pedido contido na acusação, à mercê da análise da tese defensiva, dentro da formação de sua livre convicção pelas provas contidas nos autos, à luz do ordenamento jurídico (arts. 155, 251 e ss.).

Inexiste ação penal quando não há base mínima de elementos integrantes do núcleo da norma incriminadora, *in tese*, que retrata a violação de um bem relevante à sociedade e protegido juridicamente. Daí resulta a necessidade de uma fase prévia de pesquisas, coleta de dados aptos ao pedido de imposição de pena ao agente violador na norma de convivência, a ser refletido na peça acusatória perante o órgão julgador do Estado. Ressaltam-se, assim, duas diferentes etapas da *persecutio criminis*: a da investigação e a da ação penal.

Em que pese sua dispensabilidade – quando a acusação já dispõe de elementos probatórios suficientes à provocação judicial ao caso concreto –, o inquérito policial aperfeiçoa-se instrumento de investigação, este de cunho preparatório e de informação para, se o caso, servir subsídios ao titular da ação, a fim de que deduza a pretensão punitiva judicialmente; logo, precede ao ajuizamento da ação penal. Esclareceu Frederico Marques (1997, p. 139):

A investigação não se confunde com a instrução. Objeto da primeira é a obtenção de dados informativos para que o órgão de acusação verifique se deve ou não propor ação penal. Objeto do procedimento instrutório,

ou é a colheita de provas para demonstração da legitimidade da pretensão punitiva, ou do direito de defesa, ou então é a formação da culpa quando se trata de processo da competência do tribunal do júri. [...] Não se confundindo investigação com instrução, claro está que não se aplica àquela o que dispõe o artigo 141, § 25, da Constituição Federal, ao consagrar o princípio da “instrução contraditória”.

Delineados, em apertada síntese, a razão de ser da convivência em sociedade; do Direito Penal na condição de última ferramenta de controle social; da sua obrigatória modelação aos parâmetros constitucionais do Estado Democrático de Direito; o formato estrutural para a dedução da pretensão punitiva estatal ao violador da norma de convivência pacífica, subdividido, ao menos, em fases de investigação e ajuizamento da acusação; passa-se a externalizar a análise efetiva da “investigação defensiva”.

2 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Na ausência de previsão legal, no que concerne à investigação defensiva, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil editou o Provimento nº 188/2018, que “regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais” (BRASIL, 2018). Infere-se dessa conduta que o referido Conselho se pôs a substituir o constituinte originário e o legislador ordinário.

É bem verdade que a Constituição Federal dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II); por outro giro, não menos verdade que se ultrapassou, há tempos, a interpretação de que tudo aquilo que não está vedado pela lei está permitido.

Para não se ter uma visão turva do ordenamento jurídico, sua interpretação tende a ser congregatória de normas naquilo que lhe for coerente e compatível. Não há dúvidas da máxima de que o legislador não possui condições de prever e conceber todas as regras de convivência social, de maneira a se cogitar a existência de lacunas na lei a serem preenchidas mediante o concurso

de técnicas jurídicas para a completude do vazio. Porém, aqui o problema não habita propriamente a existência de lacuna a ser preenchida pelo dito Provimento.

A confusão derivada da ideia de que o espaço jurídico vazio autoriza a liberdade plena sucumbe ao se levar em conta que, por vezes, o legislador regula a matéria por exclusão, e a aplicação da interpretação sistemática permite essa visualização. Essas concepções relativas ao preenchimento do vácuo jurídico, quer na modalidade exclusiva, quer na inclusiva, são tratadas por Norberto Bobbio (2017, p. 130), o qual salienta que, “diante de uma lacuna, se aplicarmos a norma geral exclusiva, o caso não regulado será resolvido de modo oposto ao regulado; se aplicarmos a norma geral inclusiva, o caso não regulado será resolvido de modo idêntico ao regulado”.

Nessa linha, a pretensão de se incorporar a investigação defensiva, sob argumento de que não há empecilho legal, falece ante a inexistência de lacuna legislativa, uma vez que o constituinte atribuiu a função investigativa às polícias judiciárias, conforme art. 144 da Constituição Federal (Polícia Federal, no âmbito da União; Polícia Civil, na esfera de apuração das infrações penais em geral, ressalvada a competência da União e exceto, ainda, as Militares; Polícia Militar, quanto à aferição dos crimes militares). Não se pode olvidar que a investigação pode ser levada a cabo por outros órgãos públicos constituídos para tanto, a se exemplificar pela Comissão Parlamentar de Inquérito etc.

Dessa leitura, decanta a compreensão de que o constituinte estipulou aos órgãos públicos a apuração das infrações penais, dotando-os de poderes coercitivos para fielmente cumprirem suas atividades, sem descurar de os sujeitar a formas de fiscalização de suas tarefas, especialmente no tocante ao desvio ou abuso de poder, de sorte que excluiu todas as outras entidades, pessoas físicas ou jurídicas, de realizarem aludidas incumbências. Não houve lacuna na lei, e sim atribuições legais gerais de exclusão.

A compreensão ganha corpo ao se constatar que o Provimento regulador da “investigação defensiva” foi apresentado ao relator do Projeto de Lei nº 8.045/2010, para sua inserção no texto do novo Código de Processo Penal, e, atualmente, encontra-se disposto a partir do seu art. 44. Essa postura, por si mesma, espelhará o entendimento de que o Provimento não comporta abrigo constitucional, pois pretende guarida da lei, por intermédio do direito

processual penal. Mas se poderia argumentar que pretende valer-se de lacuna a ser preenchida na modalidade inclusiva.

Noutra esteira de debate, então, o fato de o Supremo Tribunal Federal (RE 593.727) ter reconhecido poderes do Ministério Público para instauração de procedimento de investigação criminal não implica semelhante direito aos advogados e defensores públicos. O *Parquet* ou o ofendido (ou seu representante legal), na qualidade de detentor do ônus da prova de que o agente praticou um crime, precisa da investigação para ajuizamento ou não da peça acusatória. A acusação desconhece a realidade, precisa apurar os fatos e concluir se há *jus puniendi*. Diferente é a posição da defesa na seara penal. O defensor, ao indagar seu cliente, saberá tudo o que ocorreu. Caso seja inocente e possua provas, basta apresentá-las ao órgão de acusação, para desestimular o ajuizamento da ação, ou judicialmente voltadas à rejeição da peça acusatória ou à absolvição. Se precisar buscá-las, deve-se valer dos órgãos apuradores dos fatos ou por requerimento judicial. Na hipótese de ser culpado, a inocuidade da investigação defensiva é tamanha a ponto de se imaginar seu desenvolvimento ilegal. Simples assim, pois a fase de dosimetria penalógica e a fixação de regime inicial de cumprimento de pena não justificam, por si, tal investigação.

A garantia da pessoa envolvida na persecução criminal, seja na qualidade em que estiver, sempre foi a razão do princípio da oficialidade, há tanto reconhecido pela doutrina e jurisprudência pátria, e significa que os atos praticados na instrução criminal os são por meio de autoridades oficiais, públicas.

Com efeito, a recente Lei nº 13.432/2017 (BRASIL, 2017), ao dispor sobre o exercício da profissão de detetive particular ou detetive profissional e outras designações do gênero, vedou-lhes a atuação na seara de natureza criminal, bem como a participação direta em diligências policiais, e, para além disso, submeteu a possibilidade de colaboração com a investigação policial em curso, a expressa autorização de seu contratante, também, ao aceite do delegado de polícia (art. 2º, *caput*, art. 5º, *caput* e parágrafo único, art. 10, IV).

Deriva disso, então, que a Constituição Federal previu aos órgãos públicos a investigação criminal e inexistente sua subdivisão no formato particular, quer decorrente das regras gerais de exclusão inclusão, quer no que se refere à interpretação da suposta lacuna. A lei de regência da atividade de detetive particular ou profissional, em respeito ao princípio da oficialidade próprio das

autoridades públicas na condução da investigação de crimes, proibiu aqueles técnicos da coleta de informações e dados na seara criminal.

Ecoa forte a ausência de espaço destinado ao advogado ou defensor público para se valerem da atuação de detetives na arena da investigação criminal, e provém a dedução lógica de que a própria atuação do representante do imputado e o emprego de outros profissionais no campo investigativo penal encontram óbice constitucional e legal.

Nesse trilha, parece translúcida a cautela do Relator Ministro Gilmar Mendes, adotada na sua decisão proferida na Décima Primeira Extensão da Reclamação nº 36.542, Paraná, ao acolher o pedido postulado pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná – e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a favor de advogado que teve incriminado seu trabalho profissional por ocasião do cumprimento de mandado de busca e apreensão de documentos e equipamentos, em razão de investigações de uma das fases de operação policial. Após narrar que o advogado prejudicado atua numa área de análise de dados jurídicos regulamentada pelo Provimento nº 188/2018 do CFOAB, o ministro explica que se trata de uma prestação de serviços efetuada por empresa jurídica a outros advogados – apesar de mencionar doutrina que assinala a investigação defensiva uma garantia essencial do imputado dentro do processo de partes, e instrumento de concretude aos direitos constitucionais de igualdade e defesa –, e o relator não traz a definição sequer doutrinária daquele instituto, nem o convalida para o alcance pretendido naquele indigitado Provimento.

A fundamentação do *decisum* se restringe a comentar que a atuação do advogado – naquele caso e conforme o contrato de prestação de serviços jurídicos por ele firmado – figurou tão só como assessor na extração de análise de dados oriundos de interceptação telefônica e telemática, consolidados em procedimentos investigatórios, acessados pela empresa contratante, de origem lícita. Tal aferição refutou a suspeita da polícia de que o investigado teria encetado acordo de acesso diretamente com empresas de telefonia para acesso aos dados.

A órbita da decisão do STF, sobre a dita investigação defensiva – em outras palavras, depois de lhe irrogar atributos e declinar parcial escopo, sem entrar, todavia, na sua extensão e profundidade aqui estudada –, limitou-se a identificá-la nos moldes permissivos pela legislação vigente. Inexistiu qualquer

chancela para que advogado pratique investigação em moldes invasivos e ilegais, tipicamente afeitos aos trabalhos das polícias e do Ministério Público.

A inadmissão da conclusão ventilada profana a regra de coerência do ordenamento processual penal, visto que o modelo de investigação defensiva cria e aceita antinomias jurídicas que devem ser refutadas pelo legislador ou outras técnicas de expurgação do sistema legal.

Da leitura do art. 133 da Constituição Federal, em que dispõe que “o advogado é indispensável à administração da justiça”, não implica considerá-lo autorizado a verter investigação defensiva em favor de seu cliente submetido a investigação criminal. Basta atentar à parte final do dispositivo: “nos limites da lei”.

2.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Ater-se aos princípios em epígrafe significa materializar a oportunidade de o imputado poder conhecer da acusação e exercitar sua oposição aos elementos trazidos pela parte acusadora (contraditório), de jeito a praticar cumular todos os atos lícitos inclinados a convencer o juiz da causa (CAPEZ, 2017, p. 61).

Disponer de momento próprio para o exercício de sua defesa direta, entrevistar-se com o juiz e, se for o caso, requerer meios de demonstrar sua versão dos fatos (autodefesa), e, ainda, ser-lhe viabilizada a defesa técnica, são questões plenamente previstas na lei processual, mesmo as diligências complementares, a previsão de recursos processuais, tudo a cristalizar a ampla defesa e, no júri, a plenitude dela.

Aspirar por atividades investigatórias defensivas promovida pelo advogado, defensor, às vezes, ou na maioria destas, por intermédio de outros profissionais, detetives, consultores técnicos, além de se infringir a vedação constitucional e legal, é enveredar pelo perigoso terreno da imprecisão, agora sim eivado de lacunas, notáveis pela profunda ausência de regras de exercício processual e procedimental.

A crítica da ineficiência da Administração Pública destoa em muito da empresarial, em que o lucro estabelece os critérios de máxima e mínima eficiência; a disputa de mercado fixa parâmetros de investimentos, mesmo com a inobservância de padrões legais, descambando a concorrência desleal e outras infrações umbilicalmente ligadas à gestão de empresa. Não por menos nunca se

falou tanto em *compliance* numa tentativa de conformidade das empresas com normas legais e regulamentares.

Envolver o mercado no âmbito da investigação criminal, além de prontamente macular o devido processo legal, perante a carência de regramentos processuais, atinge de morte o princípio da isonomia, uma vez que atende os interesses dos mais abastados financeiramente, capazes de arcar com as presumíveis elevadas despesas e honorários advocatícios.

Nem mesmo se justifica propugnar pela incorporação da investigação defensiva, sob justificativa de que as autoridades públicas estariam a ferir os princípios constitucionais vocacionados às liberdades e inocência das pessoas investigadas, acusadas ou condenadas. Lembra-se de que, para essa hipótese, há remédios constitucionais e legais para curar a enfermidade: *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, Lei de Abuso de Autoridade etc.

Ilustra-se a preocupação com a inclusão desregrada da investigação defensiva no processo penal pela simples mostra da evolução da pretensão: a) num primeiro momento, ao menos se extrai da obra de Renato Brasileiro de Lima, ao citar que “o investigado, por meio de seu advogado [...] poderá tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive, entrevistar pessoas” (2020, p. 270); b) o Provimento nº 188/2018 avança para prever, à investigação defensiva, o escopo de obter elementos de prova; c) no Projeto de Lei nº 8.045/2010, atualmente, o texto diz que aquela atividade investigativa particular visa à “produção de elementos informativos lícitos destinados exclusivamente à tutela defensiva” (BRASIL, 2010). Nítida a progressão do movimento em desenvolver o “poder” do advogado ou defensor para lograr coleta de material a ser empregado na defesa do cliente.

O afastamento das regras destinadas ao controle das autoridades na persecução criminal propicia vasto campo ao cometimento de infrações variadas, quer na esfera cível, na penal, até na ética, conquanto esta, por si, não implica punição.

Tormentosa a disposição trazida no art. 47 do projeto de lei, a qual licencia o advogado ou defensor público a coletar depoimentos durante a condução da investigação defensiva em sede criminal. Afora a vedação exteriorizada anteriormente, impende crescer, neste instante, outra visão adequada, demonstrando a dose fatal do engenho ora combatido.

Podem-se antecipar cenários e prognósticos factíveis à visualização da implementação da investigação defensiva: a) qual não será o desespero de a vítima receber convite do advogado do imputado para que compareça em seu escritório, a fim de tratar de assuntos relacionados ao suposto crime; b) se o convite for endereçado às testemunhas arroladas ou que serão arroladas pela acusação; c) pior seria o convite à pessoa menor de idade, para comparecimento acompanhado de seu representante legal; d) testemunha ouvida em segredo (fase policial ou judicial); e) representante legal de pessoa jurídica.

Em seguida, a cada pessoa mencionada anteriormente, por hipótese, associa-se aos variados tipos penais, desde homicídio, feminicídio, aborto, estupro, estupro de vulnerável, lesões corporais, ameaças, extorsão mediante sequestro, cárcere privado, redução análoga de escravos, tráfico de pessoas para exploração sexual, retirada de órgãos, trabalho escravo, roubo, latrocínio, formação de quadrilha, organização criminosa, tráfico de drogas, exploração sexual de criança ou adolescente, corrupção, concussão, lavagem de capitais, evasão de divisas etc. Depois, acresça-se que o advogado emissor do convite represente alguém imputado em algum ou vários tipos penais ora descritos. Após, permita-se que tal advogado promova o reconhecimento de pessoas, coisas e realize acareações (entre testemunhas, testemunhas e vítima, e estas com o imputado). Antes de dispensá-las, possibilite ao advogado conduzir a reconstituição de crime ou a reprodução simulada dos fatos. Enfim, o cenário hipotético numa sociedade que defenda o mínimo de eticidade e a primazia das leis não coaduna com a projeção passível de ser extraída dessas combinações.

Piora muito, em escala geométrica e hábil a sepultar a ideia de “investigação defensiva”, a previsão de que o advogado, o defensor público e os outros profissionais que prestarem assistência na investigação não possuam o dever de informar à autoridade judicial ou policial sobre os fatos investigados.

Ressalvadas as diligências ou investigações em andamento, ao advogado é dado o direito de conhecer todos os elementos de prova produzidos pelos órgãos públicos de investigação ou acusação, garantia assegurada pelo Enunciado Sumular Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal e, também, por força do inciso XIV do art. 7º da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil).

O ângulo pretendido pela investigação defensiva, independente da disposição do advogado ou do defensor, mais que a busca da verdade, se corromperá na sua frustração. O princípio da proporcionalidade, manejado como critério de ponderação do concurso de princípios a determinado caso ou situação, patenteia, cristalinamente, a prevalência do direito da vítima, da testemunha, do perito judicial e de outros colaboradores do processo não prestarem declarações na presença do imputado ou em local sujeito aos “olhares dele”, e sua efetividade depende da presença da autoridade pública.

Não se entrevê ofensa ao princípio de “paridade de armas” o fato de o órgão acusatório iniciar a apuração criminal. Em revisão, por primeiro, anota-se que eventual pensamento de que, por meio da investigação, a acusação sai na frente deixa de contabilizar a carga do ônus probatório e desenha uma espécie de jogo desportivo, quando, na realidade, o Estado-administração desenvolve seu trabalho para aferir, inicialmente, se há o exercício do seu regular direito de punir. Acaso identifique a inocência ou a ausência de elementos probatórios mínimos, não haverá ajuizamento de ação penal, ou será esta rejeitada pelo Estado-juiz. Segundo, as informações e dados coletados estão à disposição do imputado e de seu advogado ou defensor para apreciação a qualquer momento, salvas as hipóteses de sigilo concernentes às investigações em curso.

Diferentemente acontece na investigação defensiva. Límpido o desrespeito, o rompimento que tal instrumento ocasiona ao direito do contraditório, representado pela negação à parte acusadora de tomar ciência das informações e dados coletados a qualquer instante ou mesmo em nenhum momento.

Quanto à introdução dos elementos obtidos na investigação defensiva, Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 271) vincula ao critério exclusivo da estratégia da defesa:

Se o objetivo é o arquivamento do feito, a juntada deve ocorrer ainda na fase preliminar; se o escopo é a absolvição sumária do acusado, devem ser juntados no momento da resposta à acusação (CPP, art. 396-A); se se pretende absolvição em sentença de mérito ao final do processo, devem ser introduzidos no curso do feito.

A investigação defensiva, reforça-se, apruma sua diretriz não com a verdade possível e com a justiça aproximada do justo, mas se erige ao interesse

egoístico do imputado representado pelo seu advogado ou defensor, que presidirá a investigação.

No âmbito dos direitos fundamentais, nunca é demais salientar que, para além dos efeitos vinculativos irradiantes de seus comandos imperativos aos poderes públicos – eficácia vertical, numa dimensão subjetiva, de controle e proteção das pessoas dos atos do Estado, por impor a conformação da emanção do poder aos ditames constitucionais –, eles exercem a chamada eficácia horizontal, de mesma simetria de respeito aos direitos essenciais, no que tange às relações jurídicas entre particulares, dentro da chamada dimensão jurídico-objetiva. Na perspectiva de Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 396), os direitos fundamentais “exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais”.

O viés que importa refere-se ao negócio jurídico particular de natureza privada que será firmado entre o imputado e o advogado, deste outro funcionário seu de campo, com empresa ou profissional técnico para atuar na investigação defensiva, onde o campo reinante é de direito público, que deve ser regido por normas e regras especiais relacionadas à sua natureza pública. Nessa mescla concorrencial, sempre prevalecerá o interesse público, concernente à proteção dos direitos fundamentais.

O tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não obstante o interesse do imputado, obriga a ele e a seus contratados respeitarem a esfera de direitos de pessoas em situação de fragilidade ou vulnerabilizadas, devendo o Estado tutelar tais indivíduos ou grupos dos malefícios previsíveis e já exemplificados quanto à atividade investigativa defensiva particular, sempre fundamentado na balança da proporcionalidade. Pautado no mister protetivo de terceiros envolvidos no processo, exclui-se a suposta vantagem que traria a investigação defensiva particular.

3 PRODUÇÃO PROBATÓRIA PELA DEFESA

3.1 VERDADE REAL, FORMAL E JUSTIÇA

Discorrer em linhas sobre verdade real, formal e justiça é desafio aceito, eis que o universo ontológico da filosofia não encontrou, por ora, solução

efetiva, e nem se cogitará aventurar-se a seguir o percurso daquela ciência, salva a noção incontrovertida na seara dos intérpretes do Direito.

Seja qual for a verdade dos fatos levados ao conhecimento do juiz, nada mais consiste que uma representação inacabada deles. Releva dizer que os acontecimentos ficaram no passado e a sua reconstrução histórica exhibe-se tarefa impossível, pois a captação do cenário completo não encontra respaldo nas ciências atuais; estão limitadas ao conhecer de imagens, sons, a deduzir exames técnicos e versões de pessoas, sem nunca conseguir preencher não só o cenário delitivo, mas, também, sua dinâmica, porque esmaecidas no tempo, distorcidas pelas falsas sensações ou corrompidas pela má-fé. Ademais, há evidências que não podem ser apreendidas: o cheiro, o sentimento interno dos envolvidos de confusão, ódio ou rancor etc.

Do vale das sombras, a instrução criminal busca a luz para aclarar os fatos com a nitidez suficiente à tomada de decisão. Tanto mais escuridão, menos possibilidade de reluzir certeza dedutiva no trabalho de formação de convicção do juiz. A depender da fase da persecução e esgotamento das atividades investigativas, a intensidade da claridade determinará o desfecho prévio do procedimento apuratório ainda na etapa administrativa. A razoável iluminação permite o ajuizamento da ação, mas não garante seu seguimento. Nesse caminhar, a clareza solar é almejada, embora pontos de sombras possam permanecer sem que acoberte peça essencial ao julgamento, seja a prolação de sentença absolutória, seja a condenatória. Na última hipótese, a depender da acuidade, a decisão se completa pela adequada individualização da pena.

Cada parte trará seus holofotes ávida a guiar o juiz nesse percurso assombroso de visualização histórica e, quanto mais puder notar e registrar, maior será a proximidade de se alcançar a justiça. Invocada a justiça, a pergunta grita se ela pode coexistir com o julgamento lastreado na imperfeição da restauração do passado.

A resposta deve ser única. Independentemente do possível, tanto para se desvendar a história quanto a sacramentar a justiça, o único trilho a se seguir é a aproximação delas. Palavras outras, ninguém jamais disse e dirá que facilmente se chega à paz social, e, por essa mesma razão, não cabe desistência na sua busca. Isto repercute na atuação contínua para se buscar a verdade possível (material), sem descambo a devaneios para donde a luz não alcança, a dispensar elementos de provas inúteis e impertinentes, com implicação na decisão mais justa possível.

Define e bem delimita a verdade real da formal a posição de Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 20-21):

Material ou real é a verdade que mais se aproxima da realidade. Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próximo da realidade e outro menos. Entretanto, como vimos, o próprio conceito de verdade é relativo, de forma que é impossível falar em verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes. Ainda assim, falar em verdade real implica em provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, em conformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade. Afinal, estando em jogo direitos fundamentais do homem tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu.⁸

A verdade formal regra o processo civil, em que não se exige do juiz a busca externa às provas carreadas nos autos pelas partes, pondo-se a julgar, conforme a instrução probatória exclusiva dos contendores. É que o procedimento cuida de direitos disponíveis e na exceção, quando não o são, há comando imperativo para que o juiz busque a verdade real possível.

Deveras, a instrução criminal na fase administrativa norteará, normalmente, os passos seguintes da persecução criminal. As partes concorrem para tal desiderato. A defesa pode se valer da autoridade policial ou do titular da ação penal para angariar elementos probatórios capazes de exteriorizar o insucesso do prosseguimento da *persecutio*. Frustradas essas opções, há autorização

⁸ Idem, p. 2. O autor aponta a tendência de se utilizar a estrutura da verdade material pela busca, de ofício, pelo juiz na instrução processual, a fim de garantir a efetivação da justiça e a paz social.

processual para se juntar provas durante todo o trâmite do processo ou requerê-las, a fim de suscitar a rejeição da peça acusatória ou a absolvição do imputado.

O Ministério Público, no exercício regular de suas funções, deve perfilar interesse na análise prévia das questões trazidas pelo imputado, primordialmente, no que se refere à tese defensiva e à gestão da prova, no salutar diálogo benéfico de evitar o ajuizamento de ações fadadas ao insucesso e que se prestam somente a uma obscura injustiça de acusação do inocente ou daquele contra qual não há provas seguras para justificar a submissão de alguém as agruras do processo criminal, com prejuízo ao Erário público, aos preceitos do justo e da paz social, em benefício do real criminoso impune e fermento ao aumento da criminalidade, ante o descrédito do sistema.

3.2 DA PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL

O progresso das ciências, naturalmente, poderá substituir ou amenizar a produção de provas baseadas na oitiva de testemunhas. Cada vez mais o exame de corpo de delito efetivado nos vestígios deixados pelo crime se afigura dotado de força persuasória a respeito da dinâmica dos fatos. Imagens provenientes de gravações em vídeo, fotografias, mensagens de texto, áudios, comprovantes bancários, fiscais etc. colorem a paisagem da reconstrução histórica dos acontecimentos sob análise.

Excetuada a montagem fraudulenta para beneficiar ou prejudicar o imputado, parece haver certo consenso de que o retrato técnico e tecnológico inspira maior confiança da representação da verdade em detrimento daquela oriunda dos depoimentos de pessoas, no tocante aos fatos. É cediço que a memória humana, em regra, não exprime todas as sensações captadas num cenário criminoso, pois pode ser levada à confusão e perecer ao longo do tempo.

Inúmeros fatores poderiam contribuir para a persistência ilustrativa quanto à deturpação da realidade dos fatos ou sua representação, em decorrência dos aspectos de tempo de captação sensorial da testemunha até a exposição transposta em suas declarações, seja na fase pré ou processual. Porém, a discussão do tema fundamental dispensa maiores exemplificações ou inferências.

Certo que, se a testemunha será inquirida pela autoridade policial ou ministerial para apuração do *jus puniendi*, não menos é a garantia de acesso, pela defesa, dos termos em que restou deduzida a narrativa. Ciente do seu teor e colocada em cotejo com a versão do imputado, a qual, invariavelmente, tão só a

defesa a conhece, estará em plenas condições do exercício ao contraditório, pois, se a testemunha narrou a verdade que pensa dos fatos, não há motivos para se cogitar a submissão dela à investigação defensiva.

Na hipótese de ter faltado com a verdade ou se confundido – caso a autoridade policial se recuse a atender o pedido da defesa, ou sem prejuízo –, a testemunha poderá ser indagada, judicialmente, sobre pontos divergentes diante da versão do imputado ou confrontada com outras provas, a tal ponto que sua credibilidade probatória se reforça ou será inócua. O reparo do testemunho depende da postura do advogado ou do defensor de estarem, previamente, preparados para os questionamentos irrogados à testemunha.

Assegurado constitucionalmente está, ao imputado, o direito ao silêncio, a inércia. Noutro canto, descabe após a inação, à luz das provas carreadas, isolar sua versão num último interrogatório e desejar que seja crível só porque se autoproclamou inocente. Lembremos que essa proclamação não reclama interrogatório, pois decorre de princípio fundamental e constitucional. À vista de provas bastantes de culpa, antes poderia apontar aquelas inverídicas ou outras convincentes de sua inculpabilidade. Ao não criar versão e indicar prova minimamente sustentável, a lógica impõe ao juiz considerar desvalida a autodefesa, principalmente depois de o arguido se valer de defesa técnica. Daí resulta a convicção do julgador em encerrar a instrução criminal, bem como a incompreensão de sua postura pelo observador não atento ao fenômeno do ônus da prova.

A investigação particular não resolve essa questão, salvo se o imputado narrar sua versão e pugnar por provas. Porém, nesse caso, também já seria resolvido no âmbito público.

O sofrimento inerente ao transcurso do processo pode ser ceifado dentro de uma variada gama de alternativas. A mais importante nos parece ser a identificação da inocência do imputado, e, para tanto, regularmente, precisa ele colaborar com as investigações, justamente para afastar de si a suspeita de ser o autor do crime. Repise-se: ao se valer do direito ao silêncio, nem a investigação defensiva poderia garantir maior eficiência apuratória que o próprio Estado.

Reservar-se ao direito de não produzir prova contra si, diga-se, muito se diferencia na prestação de informações e dados para demonstrar sua inocência. Esse desalinho na nascente aflora na correnteza do rio que deságua

no gigantismo do oceano. A imobilidade do imputado por sua ignorância conceitual causa atraso nas investigações, beneficia o verdadeiro culpado, prejudica a justiça, reflete na paz social, ao mesmo tempo em que lhe prejudica.

Em síntese: se o imputado inocente pretende narrar sua versão ao advogado responsável pela investigação defensiva para colher elementos de prova e lograr o arquivamento do inquérito, bastava ele discorrer sobre os fatos à autoridade policial. A inércia da autoridade pode ser prontamente corrigida pelos meios jurídicos existentes, desde a representação ao superior hierárquico, ao Ministério Público para intervir e requisitar o pedido de diligências, ou judicialmente.

Nessa quadra, a tomada de depoimento da testemunha no escritório do advogado ou em outra localidade por força da investigação defensiva passa a ressoar tom de constrangimento ou atemorizador em desfavor dela, em benefício do imputado, e não propriamente com o justo. E mais: implica dizer que, em regra, as autoridades públicas são incapacitadas profissionalmente ou agem providas de má-fé contra os imputados, conjuntura a exigir a extinção total da fase administrativa, mas não de piorar o cenário do universo de persecução penal pela tentativa de inserção desse deficiente mecanismo defensivo.

Não ganha solidez suficiente à justificação da investigação defensiva a cogitação de que intérpretes do Direito inclinaram-se a reconhecer, na palavra da vítima de estupro ou de violência doméstica, maior força probante. Essa concepção existe, mas remanesce aos atos segregados da visão pública, seja pelo local ermo ou isolado, seja pela natureza do bem jurídico violado e *modus operandi* frequentemente utilizados, a impor maior sensibilidade na apreciação das circunstâncias e do conjunto probatório harmonioso. Entretanto, igualmente, não se identifica espaço saudável à atuação da investigação defensiva.

Empresta-se o raciocínio desenvolvido neste subitem para fortalecer e acentuar a noção de ser inservível aos ditames de justiça o envolvimento da investigação defensiva na arena criminal política, mormente nos crimes eleitorais. É sabido que os interesses partidários e de interligações de cunho eleitoreiro fomentam discursos e comportamentos imprevisíveis, em especial na coalizão de forças que, sistematicamente, perenizam-se na invisibilidade, palco propício para desmando investigativo, mormente movido por “contratos de negócios”.

Perigo à justiça e merecedor de realce, assim externaliza a investigação defensiva, se efetivada junto aos instrumentos de busca de elementos de provas conhecidos por “delação ou colaboração premiada” e “infiltração policial”. Sem os controles adequados de entrevista dos colaboradores ou dos infiltrados, a atividade investigativa à revelia do Estado não só poderia prejudicar as apurações, mas, sobretudo, colocar em risco a vida dessas pessoas e de seus familiares, uma vez que o emprego deles ocorre, frequentemente, no calor das profundezas investigativas envolvendo organizações criminosas dos mais variados seguimentos do crime.

O descredenciamento de autoridades públicas constituídas legalmente para a investigação criminal, sob o escólio de que praticam infrações em seus misteres – em reforço à anteriormente anunciada forma de correção de atitudes –, pende raciocinar que se a fiscalização hierárquica, os regramentos, os preceitos legais não foram eficazes à evitação do mal, porque aquelas deliberaram em transgredir, por outro giro, a triste notícia de tais mazelas não credencia os advogados e defensores públicos, seus eventuais assessores de campo, técnicos, detetives, porquanto são dotados da mesma natureza humana daquelas, podendo igualmente deliberarem pelo cometimento de infrações em maior medida e intensidade, tendo em vista que diametralmente inferior são os freios inibidores a eles previstos para dissuadi-los de causarem o mal, senão do mesmo, de semelhante ou de grau mais exacerbado.

Não fosse aquele o entendimento gravado no penúltimo parágrafo *supra* – presentes que estão os grandiosos índices criminais que assolam o País –, teríamos expressivo número correspondente de testemunhas prontas a se apresentarem às autoridades públicas, a fim de colaborar com as apurações dos delitos. Essa omissão social nem de longe significa condescendência com os criminosos, mas medo. Temor por si e seus familiares.

Será, verdadeiramente, um desserviço social a introdução da investigação defensiva no processo penal. Testemunhas, vítimas, honestas, ficarão assombradas, desaparecerão.

Há coisas que nem no estudo científico precisam ser provadas, sequer visualizadas por números ou dados palpáveis. São percebidas na vida social, como o ar que se respira com odor da putrefação.

A estancar este tópico, respeitante à perícia produzida pelos órgãos oficiais, nada há de se acrescentar em relação ao emprego inservível da

investigação defensiva. Óbice algum existe para que o imputado requeira a produção de outra perícia, arcando com as despesas parelhas àquelas que suportaria com a contratação da investigação particular, desde que apresente justificativa permeada pela plausibilidade ao juiz destinatário das provas, quem, possivelmente, determinará que o exame seja realizado por perito credenciado e de sua confiança.

3.3 PROVA ILÍCITA

A Constituição Federal primou pela inadmissibilidade do emprego processual de provas obtidas ilicitamente (art. 5º, LVI, da CF), sem conceituar a expressão provas ilícitas, e tampouco previu procedimento específico acerca dos efeitos quando inseridas nos autos do processo.

A definição doutrinária concebe prova ilícita, sendo aquela proveniente da violação de direito material ou substancial, de assento constitucional ou legal, tal como a conquista de confissão por meio de tortura, a ilegal interceptação de conversas telefônicas ou de correspondências. Noutra vértice, constitui prova ilegítima a oriunda da inobservância de normas processuais, a que é exemplo a juntada de provas no prazo inferior aos três dias que antecedem a realização do plenário do júri, em desatenção ao disposto no art. 479 do CPP (BADARÓ, 2020, p. 451). Provém dessa doutrina a acepção de que as provas ilícitas e ilegítimas são espécies do gênero provas ilegais.

No entanto, o art. 157 do CPP formatou o entendimento de que provas ilícitas consistem naquelas angariadas com a violação a normas constitucionais ou legais, e devem ser desentranhadas do processo. Estendeu a inadmissibilidade às provas derivadas das ilícitas (§ 1º); por conseguinte, a título exemplificativo, a confissão lograda pela tortura se perfaz ilícita e contamina a decorrente localização do produto do crime, onde se coletaram digitais e material genético do imputado.

Ao tema vertente, a preocupação volta-se ao pensamento de que a prova ilícita pode ser aproveitada em benefício da defesa do imputado. O argumento deriva do humanismo no sentido de ecoar a prevalência do direito à liberdade do imputado em detrimento do devido processo legal, no cotejo de ponderação de valores sob o concurso do critério da proporcionalidade.

Assim sendo, alheio ao controle público, no interesse do cliente e do mercado contratado, a investigação criminal tem forte potencial a irromper normas prejudiciais aos envolvidos no processo e a terceiros que, direta ou indiretamente, deste participam.

4 MINISTÉRIO PÚBLICO E INTEGRAÇÃO DA PROVA

Sobejamente retratadas as desvantagens de se introduzir no processo penal pátrio a investigação defensiva, regrada em sistemas jurídicos diversos de nossa tradição, a exemplo do *common law* dos Estados Unidos, e da Itália, onde o percurso para se desenvolver o indigitado mecanismo, inicialmente, canalizou as provas defensivas por meio do Ministério Público, somente em lei promulgada no ano de 2000 previram-se atividades investigativas bem mais modestas a que se pretende no solo brasileiro. O legislador italiano reduziu a investigação particular: conversa informal e pedido por escrito de declaração de testemunhas; requisição de documentos à Administração Pública; acesso a locais públicos a abertos a este fim, para aferir o estado do lugar e de coisas; acesso a lugares privados, contanto que seja autorizado ou pela via judicial (BADARÓ, 2020, p. 173).

A menção da investigação por esses países não guarda relação jurídico-sistemática com o nosso sistema e o deforma. O modelo italiano aparenta consonância com as autorizações já fruídas pelos advogados, quanto aos acessos em locais públicos e à requisição de documentos dessa natureza. Somente repudiamos, veemente, o contato desregrado junto a testemunhas, ante as consequências explanadas no presente estudo.

Expostas as alarmantes consequências, mas sem as esgotar, sobreleva-se a importância de o Ministério Público, na condição de titular da ação penal pública ou de fiscal da lei, verter parte de sua atuação para o exercício da função de integrador da prova, ao ponto de traduzir maior confiabilidade ao sistema de persecução criminal, e considerar indissociável da vontade do Estado que a persecução criminal não somente seja célere, mas proveitosa e eficaz. Em termos específicos, ao contribuir para perquirir provas indicadas pela defesa, na realidade, está a buscar a verdade possível, com reflexo ágil e preciso desfecho da persecução que recai ao inocente, bem como ao culpado, que ficará sujeito à aplicação da justa medida da lei.

A postura do Ministério Público contribuirá para a aproximação do diálogo com advogados e defensores públicos, refletirá na diminuição no ajuizamento de ações penais, também na duração razoável do processo e sua efetividade, além de satisfazer a declamação contida no *caput* do art. 127 da Constituição Federal (“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”).

CONCLUSÃO

O estudo permitiu a visualização da inconstitucionalidade de eventual inserção da investigação defensiva no processo penal, por variadas razões, que partem, desde a consolidação constitucional na atribuição da atividade investigativa a órgãos públicos, perpassando pela interpretação do Supremo Tribunal Federal de que o Ministério Público também se insere em tal função de apuração de crimes, e se alcança o óbice na ausência de lacuna para preenchimento pelo legislador ordinário ou de qualquer entidade.

A síntese da evolução histórica do Direito demonstrou que a conquista de direitos emerge ao logo da humanidade, e surge da necessidade da vida social, não por opção natural, mas artificial, em busca de proteção e sobrevivência. Ao se elevar os princípios à categoria constitucional, com primazia nos direitos fundamentais do ser humano, as normas subalternas recebem comandos irradiantes e vinculativos aos termos da Norma Maior, e de força tal que impõe fiel observância de seus preceitos, não somente a mirar as relações entre os poderes públicos e o indivíduo, mas destina-se, também, às relações entre particulares.

O Estado deve velar pela irrestrita obediência às normas, postura que não autoriza o particular a enveredar-se no campo fecundo e reservado às autoridades públicas, no tocante à investigação criminal, qualificada pela restrição de liberdades pessoais e de bens, na apuração da infração delitiva, sob intenso controle da atividade regrada e supervisionada.

Examinado o contexto legal, o trabalho apontou consequências previsíveis da investigação na coleta de informações e de dados, mormente ao extrair de vítimas, testemunhas e de demais envolvidos no processo; sobretudo, indicou o risco à vida e segurança deles, sem se olvidar – mesmo que à revelia da vontade do investigador particular – de que pode decorrer a distorção da versão dos

depoentes, em relação à veracidade daquilo que conseguiram perceber dos fatos, por simples temor de serem convidados a depor fora da hospedagem pública.

Afastou-se a concepção desse mecanismo defensivo, por não se conformar a regras próprias parelhas às que regem a atividade dos servidores da investigação, de sorte que o descontrole pode derivar ao cometimento de infrações penais aptas a permanecerem invisíveis. A aceitação de intérpretes do Direito de provas ilícitas, em favor do imputado, e a imersão do mercado no concurso investigativo particular podem ser uma fonte de tendência ao descalabro e à subversão do sistema processual penal.

Da rejeição da investigação defensiva, não se identificou prejuízo aos princípios constitucionais e processuais penais, especialmente ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo legal e à “paridade de armas”, relativos ao imputado.

O aperfeiçoamento do processo penal se propõe com a aproximação entre os advogados, defensores e Ministério Público, para que a colaboração mútua na produção probatória resulte na sua máxima eficiência. Identifica-se o primeiro benefício ao inocente investigado; ao interessado ou culpado, destaca-se a pronta aplicação dos benefícios legais relacionados à desencarceração e, se o caso, melhor será o dimensionamento do justo peso da lei.

Esse diálogo jurídico terá, ainda, repercussão na proteção dos envolvidos no processo e redundará no fortalecimento e na valorização da norma ordenadora da vida social pacífica.

Assim, do Ministério Público se aguarda postura institucional voltada à atuação integradora na produção da prova no campo penal, quer na condição de titular da ação penal pública, quer na de fiscal da lei, razão de ser da sua existência e, por isso, essencial à função jurisdicional do Estado – portanto, indispensável aos anseios da sociedade vivente na ordem pública.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, G. H. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2017.
- BONAVIDES, P. *Teoria geral do Estado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.045/2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/490263>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Provimento nº 188, de 11 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.432, de 11 de abril de 2017. Dispõe sobre o exercício de detetive particular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13432.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília. RE 593727, Tribunal Pleno, Relator Min. Cezar Peluso, julgado em 14.05.2015, acórdão eletrônico DJe-175, divulg. 04.09.2015, publ. 08.09.2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur318423/false>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília. Rcl 3652 Extn-décima primeira, Relator Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgado em 19.08.2021, acórdão eletrônico DJe-173, divulg. 30.08.2021, publ. 31.08.2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1231492/false>. Acesso em: 10 set. 2021.

CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, F. *Curso de processo penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARNELUTTI, F. *Discursos sobre o Direito*. Tradução: Francisco José Galvão Bruno. Leme: Habermann, 2009.

CARNELUTTI, F. *As funções do processo penal*. 1. ed. Campinas: Apta, 2004.

LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, t. I, 1997.

MARQUES, J. F. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, v. 1, 1997.

MASCARO, A. L. *Filosofia do Direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MASCARO, A. L. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, t. IV, 2000.

NORONHA, E. M. *Curso de direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUCCI, G. de S. *Código Penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, I. W. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, J. A. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TOURINHO FILHO, F. da C. *Manual de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TUCCI, R. L. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Submissão em: 19.11.2021

Avaliado em: 03.07.2022 (Avaliador G)

Avaliado em: 15.07.2022 (Avaliador H)

Aceito em: 19.09.2022