XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

GABRIEL ANTINOLFI DIVAN

AIRTO CHAVES JUNIOR

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Airto Chaves Junior; Gabriel Antinolfi Divan; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-638-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição.

XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

A miríade de trabalhos e a profusão de temas ora apresentada é sensível e qualificada, fazendo deste volume uma representação material da riqueza dos debates que foram proferidos na tarde do dia 08 de dezembro de 2022, no Campus Balneário Camboriú, da UNIVALI-SC, que marcou (após os dois anos da impossibilidade de eventos presenciais dada a pandemia da COVID-19), uma retomada histórica dos encontros do CONPEDI, em sua XXIX edição.

Os debates transcorreram de forma profícua a partir de blocos de apresentações sucedidas por discussões e troca intensa de questionamentos e informações sobre os trabalhos apresentados. Aqui, na sequência de textos ora publicados, um extrato do que se viu no Grupo de Trabalho e na quantidade de temas abordados, dotados de um inegável fio de diálogo que permeia os próprios.

Rodrigo Rosa Borba, Frederik Bacellar Ribeiro e Claudio Alberto Gabriel Guimaraes, da Universidade Federal do Maranhão, contribuíram com a discussão de um debate crítico sobre a dogmática penal referente aos crimes de corrupção e a atuação dos órgãos administrativos de controle que trabalham no combate a este mal no Brasil, à luz da Constituição Federal de 1988 no trabalho intitulado Direito penal e crimes de corrupção: análise sobre a necessidade de autonomia dos órgãos administrativos de controle.

Frederik Bacellar Ribeiro e Roberto Carvalho Veloso trazem, no trabalho nomeado A inquisição resistente e a consolidação do sistema acusatório brasileiro uma discussão focalizada em estudar uma caracterização de sistema acusatório moderno, para confrontar os princípios formadores do sistema penal acusatório com decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), representativas de temas sensíveis, cuidadosamente selecionados, que permitam interpretar de forma metodológica a realidade do sistema penal, sob um viés crítico.

Da Universidade Federal do Maranhão, também, expõem Roberto Carvalho Veloso e Walter Carlito Rocha Júnior, as questões do trabalho intitulado O complexo de Sherlock Holmes e a investigação criminal defensiva no brasil que versa sobre a investigação criminal defensiva a partir de uma perspectiva de que o país caminha para um estado policialesco que não se

coaduna com o Estado Democrático de Direito nem com o direito à liberdade em sua plenitude, posto que a liberdade que se tem é vigiada.

O trabalho intitulado O tráfico de drogas praticado por mulheres: a redução dos índices de criminalidade e a influência da justiça restaurativa é trazido por Taís Do Amaral De Aguiar e Josiane Petry Faria, da Universidade de Passo Fundo-RS, investigando o envolvimento criminoso de mulheres, bem como o aumento desproporcional da criminalidade feminina, principalmente relacionada ao crime de drogas.

Da Unicuritiba-PR, Marine Morbini Durante traz o trabalho denominado Em que medida o direito penal econômico pode servir de freio ao capitalismo de compadrio? que busca responder a pergunta-título defendendo a necessidade de uma mudança cultural onde se possa afastar ideias que reverberam no patrimonialismo e na desigualdade, típicas de um Estado de compadrio, visto que o Direito Penal não educa a sociedade, ou seja, as mudanças precisam ser estruturais, e não somente através do poder punitivo estatal.

Jacqueline Orofino Da Silva Zago De Oliveira, da UNICEUB-DF, colabora com o trabalho denominado O processo penal acusatório, a imparcialidade do juiz e o inquérito das fake news, onde vão investigadas as características do processo penal inquisitório e acusatório, bem como analisar as peculiaridades do juiz de garantias e do poder instrutório do juiz para, posteriormente, examinar se a maneira como foi instaurado e é conduzido o inquérito n.º 4.781, pelo Supremo Tribunal Federal, é condizente com a estrutura acusatória do processo penal e com a imparcialidade do juiz.

No texto intitulado O sistema penitenciário brasileiro e o princípio constitucional da intranscendência da pena: o cárcere, a família e o direito constitucional - um apenamento compartilhado?, Luan Fernando Dias da UNICHAPECÓ-SC investiga a (in)transcendência da pena, e os diversos desdobramentos dela para os familiares dos apenados. Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro garanta, através de diversos dispositivos, a proteção aos terceiros estranhos ao crime, especialmente o núcleo familiar do apenado, é quase sempre atingido pelo crime e pela pena, mesmo não tendo de nenhuma forma dado causa ao ilícito penal.

O trabalho trazido por Hevelin Franco Ferreira da Unilasalle-RS, denominado Requisito objetivo para a concessão da prisão domiciliar diante da alteração do artigo 318 do CPP pelo artigo 2º da lei 13.769/2018, trata sobre o requisito para a concessão da prisão domiciliar após a alteração do artigo 318 do Código Penal, promovida pela edição da Lei nº 13.769. Procura identificar os entendimentos recentes dos Tribunais sobre a maternidade e à privação

de liberdade das mulheres no contexto de possibilidade de concessão de prisão domiciliar, apontando que a edição da alteração legislativa em questão provocou mudanças significativas que requerem especial atenção por parte do julgador, sobretudo quanto à questão da inadequação carcerária frente à população feminina como clientela.

O trabalho Revisitando a proteção do bem jurídico na pós-modernidade de autoria de Pedro Gabriel Cardoso Passos, da UNIVALI-SC, traz conceitos como sociedade de risco, insegurança na pós-modernidade, proteção dos novos valores sociais, e a forma como esses retratam cada vez mais a realidade. Aponta para considerarmos que a utilização do Direito Penal como única ou primeira forma de controle social, viola direitos fundamentais como a ampla defesa, e vai de encontro ao princípio da intervenção mínima.

Marina Calanca Servo, Simone Tavares de Andrade da USP/Ribeirão Preto-SP e Walter Francisco Sampaio Neto, colaboram com o texto denominado Seletividade no cômputo em dobro da pena em situação degradante: uma análise das exceções à luz da vedação da proteção insuficiente e da efetividade da pena privativa de liberdade. Nele vai analisada a decisão do Superior Tribunal de Justiça proferida no julgamento do Habeas Corpus nº 136.961, que concedeu o cômputo em dobro do cumprimento da pena diante das condições inadequadas e da superlotação no estabelecimento prisional. A decisão em comento, ao permitir a contagem da pena em dobro, mostra-se proporcional ao excepcionar os crimes graves, sendo que todos os detentos suportavam as mesmas condições? A resposta passa por confrontar o tema pela via do princípio da vedação da proteção insuficiente e efetividade da pena.

Eloah Alvarenga Mesquita Quintanilha da Universidade Veiga de Almeida-RJ, contribui com o artigo Tribunal do júri: o poder de persuasão de massa pela mídia e suas consequências. Os estudos aqui elaborados foram aprofundados nas diversas formas e técnicas de influências utilizadas pela mídia, situação esta que do ponto de vista de muitos juristas e doutrinadores, gera veiculação de fatos relatados ultrapassando os limites da ética. A abordagem do tema é descritiva a partir de fontes disponíveis descritas, levando a uma discussão que bebe de fontes filosófico-aristotélicas para o enfrentamento do problema.

Os coordenadores do Grupo também figuraram como autores e coautores de trabalhos que foram debatidos e acompanham igualmente o presente volume.

Airto Chaves Junior juntamente com Anna Kleine Neves, da UNIVALI-SC, trazem o artigo intitulado O direito à morte digna como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como objeto a análise do direito à morte digna como decorrência do Princípio

da Dignidade da Pessoa Humana, e o objetivo de compreender que assim como o direito à vida é um direito fundamental, garantido e previsto na Ordem Constitucional brasileira, o direito à morte digna deve ser analisado juridicamente no mesmo fundamento. Busca fomentar o debate sobre a regulamentação da eutanásia, do homicídio consentido e do suicídio assistido no Brasil, quando a própria pessoa, estando esta capaz de seus atos, não tem meios para fazê-lo.

O texto denominado Tempo e processo: determinação e consequências da indevida dilação do prazo na persecução penal escrito por Airto Chaves Junior e Thiago Santos Aguiar de Pádua, da UNIVALI-SC, indaga em que medida o Processo Penal intervém sensivelmente no âmbito dos Direitos Fundamentais do investigado/acusado (que é presumidamente inocente), quais as consequências da indevida dilação do prazo razoável no Processo Penal? Exibe os objetivos de tratar o prazo como condição de tempo posta em exercício de uma determinada atividade processual, verificar se há um limite temporal para o exercício do Poder Punitivo expressado na persecução penal e diagnosticar possíveis consequências da dilação indevida desse prazo.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Pablo Augusto Gomes Mello, da Escola Superior Dom Helder Câmara-MG, contribuem com o texto denominado Considerações sobre o crime lavagem de dinheiro por meio de obras de arte onde mantêm foco inicial no conceito de lavagem de dinheiro, abordando todos os aspectos acerca das etapas do crime, para posteriormente passar ao estudo das obras de arte e seu conceito no decorrer da história. Em seguida, os estudos serão direcionados ao crime envolvendo as obras de arte, como identificar tais delitos e suas características.

Também da Escola Superior Dom Helder Câmara-MG, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e João Victor Baptista Magnavita exibem o trabalho intitulado Possibilidade de responsabilização criminal do compliance officer em infrações criminais ambientais frente à dificuldade de penalização da criminalidade corporativa, onde indagam sobre a possibilidade de responsabilização criminal ambiental do Compliance Officer dentro da realidade da dinâmica empresarial, dado que sua posição pretensa é a de evitar a ocorrência de determinados delitos a depender de seu contrato de trabalho, relativo a um plano de governança corporativa que busca o comprometimento interno para com os ditames éticos e legais postos pelo código de conduta de certa corporação.

Gabriel Antinolfi Divan, da Universidade de Passo Fundo-RS colabora com o trabalho intitulado Poderes instrutórios judiciais e conceito político de prova: acepções de trabalho com o alcance normativo do artigo 3º-a do CPP em hipóteses preliminares onde vão

discutidas possíveis bases de interpretação do que passou a figurar no texto do Código de Processo Penal Brasileiro (a partir das mudanças promovidas pela Lei n. 13.964/2019) como a constância de um sistema processual-penal acusatório. A premissa central é a de que a gestão da prova processual, sua valoração e mecânicas atinentes, bem como o próprio conceito de prova, passam por uma filtragem de escolha política que escapa à noção usual, devendo ser, a consequente visão do sistema acusatório ora positivado, lastreada nesse fator.

A contribuição dada a partir dos debates cujo extrato e fundamento principal vêm aqui exibidos em seu teor total e mais detido é inestimável, e representa inclusive uma retomada esperançosa dos frutíferos momentos de troca e confraternização que só ampliam e qualificam a pesquisa. É o que os coordenadores esperam refletir, ainda que em parte, com a leitura que ora se apresenta.

Balneário Camboriú/SC, primavera de 2022.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (Escola Superior Dom Helder Câmara-MG)

lgribeirobh@gmail.com

Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo-RS)

divan.gabriel@gmail.com

Prof. Dr. Airto Chaves Junior (PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí)

oduno@hotmail.com

O COMPLEXO DE SHERLOCK HOLMES E A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO BRASIL

THE SHERLOCK HOLMES COMPLEX AND DEFENSIVE CRIMINAL INVESTIGATION IN BRAZIL

Roberto Carvalho Veloso [1]
Walter Carlito Rocha Júnior [2]

Resumo

O objetivo do presente artigo consiste em analisar a investigação criminal defensiva a partir de uma perspectiva de que o país caminha para um estado policialesco que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito nem com o direito à liberdade em sua plenitude, posto que a liberdade que se tem é vigiada. O método utilizado foi o indutivo, sócio jurídico-crítico e mediante pesquisa bibliográfica com a revisão de literatura. Os resultados a que se chega foi no sentido de que as inovações trazidas no processo penal no que pertine à investigação criminal escapa inteiramente ao que foi proposto originalmente pelo legislador penal pátrio no Código de Processo Penal, de maneira que se faz imperiosa a modificação do referido diploma legal. Diante do exposto, ao final do ensaio, espera-se ter refletido que o Estado dispõe da polícia ostensiva, repressiva, técnica e do Ministério Público que trabalham na coleta de provas durante a investigação, então deve ser dada à defesa o direito de defender-se provando, tendo a iniciativa de proceder com a investigação defensiva direta, em respeito ao princípio da paridade de armas.

Palavras-chave: Investigação criminal, Investigação policial, Investigação defensiva, Garantias da defesa, Detetive particular

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this article is to analyze the defensive criminal investigation from the perspective that the country is moving towards a police state that is not in line with the Democratic State of Law nor with the right to freedom in its fullness, since freedom that we have is watched. The method used was inductive, socio-legal-critical and through bibliographic research with literature review. The results reached were in the sense that the innovations brought in the criminal procedure in what pertains to the criminal investigation entirely escapes what was originally proposed by the national criminal legislator in the Criminal Procedure Code, so that it is imperative to modify the aforementioned legal diploma. In view of the above, at the end of the essay, it is expected to have reflected that the

[1] Pós-Doutor pela Mackenzie. Doutor pela UFPE, Mestre pela UFPE. Professor Associado da UFMA. Professor da UNIEURO. Professor orientador de dissertações da UAL - Portugal. Juiz Federal.

[2] Mestrando em Direito pela UFMA. Bacharel em Direito pela UFMA. Especialista em Direito Penal e Processo Penal e em Direito Administrativo, ambas pela Estácio de Sá. Delegado de Polícia Civil.

State has the ostensible, repressive, technical police and the Public Ministry that work in the collection of evidence during the investigation, so the defense must be given the right to defend itself. proving itself, taking the initiative to proceed with the direct defensive investigation, in respect of the principle of parity of arms.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal investigation, Police investigation, Defensive investigation, Rights of defense, Private detective law

INTRODUÇÃO

A temática investigação criminal atravessa os séculos, pois o crime é algo que acompanha a evolução humana desde os seus primórdios, pelas mais variadas razões em todo o tempo e lugar, em contrapartida, o número de condenações em razão da prática desses delitos cometidos acaba desaguando nas cifras ocultas da criminalidade[1], pois o sistema de justiça criminal, pelas mais variadas razões, não consegue punir todos os criminosos.

Com o passar do tempo o Estado assume para si a responsabilidade de dirimir a lide[2], de modo que a ninguém mais é dado o direito de fazer justiça com as próprias mãos para satisfazer pretensão, embora legítima[3] e, com isso, o Estado passa a disciplinar as condutas humanas mais reprováveis e a defini-las numa norma jurídica penal como ilícito, impondo uma sanção de igual natureza ao violador da norma.

A partir do momento em que o Estado assume a responsabilidade de dirimir o conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida e considerando que na esfera penal há da parte do Estado o *jus puniendi*[4], a imposição da reprimenda penal só terá lugar depois de atendidos os princípios do devido processo legal, ampla defesa e presunção de não culpabilidade.

Deve haver o *jus persequendi*[5], o que significa dizer que em se tratando de crime de ação penal pública, a polícia judiciária e o órgão do Ministério Público tem a legitimidade para agir e, nesse sentido, devem envidar esforços para proceder com a investigação criminal e a coleta de provas suficientes que permitam ao julgador ter a certeza para proferir a sentença condenatória e, por conseguinte, dar a resposta à sociedade.

De outra banda, nos crimes de ação penal privada, a legitimidade de agir cabe ao ofendido ou seu representante legal, a quem recairá a iniciativa de provar a culpa do réu, através da exibição de provas, cuja coleta teve início ainda na fase investigatória pela polícia judiciária, sendo que para o réu, basta suscitar a dúvida acerca da autoria ou materialidade delitiva que receberá a sentença absolutória.

---

[1] Considera-se cifra oculta da criminalidade o déficit em relação ao número de condenações sempre inferior ao número de crimes praticados.

[2] Expressão latina de uso corrente no meio jurídico cujo significado histórico é o conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida.

[3] O art. 345 do CPBtraz a seguinte redação ao delito: Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite.

[4] Jus puniendi é expressão latina de uso corrente no meio jurídico criminal que significa direito de punir

[5] Jus persequendi é expressão latina de uso corrente no meio jurídico criminal que significa direito de perseguição na fase preliminar.

Historicamente, sempre foi essa a sistemática prevista na letra da lei e na melhor doutrina processual penal, visto que a investigação criminal era de atribuição da polícia judiciária sob a condução da autoridade policial que formalizava as diligências desempenhadas no curso da investigação,nos autos de Inquérito policial perdurando até os dias atuais em se tratando de crime de médio ou maior potencial ofensivo[6].

Ocorre que neste início de século, nos últimos dez anos, o órgão do Parquet passou a desempenhar de forma direta e autônoma a investigação criminal, invocando a teoria dos poderes implícitos e o apelo a ideia de que quanto mais gente investigando em matéria criminal, maiores as chances de se condenar o autor do fato e, por conseguinte, diminuir as cifras ocultas da criminalidade.

O Supremo Tribunal Federal em decisão recente[7] reconheceu por maioria de seus membros que o Ministério Público tem atribuição para promover, por conta própria e prazo razoável, investigação criminal e fixou parâmetros de atuação do Ministério Público, respeitados em todos os casos, os direitos e garantias fundamentais dos investigados, incluindo o princípio do devido processo legal.

Ocorre que como se já não bastasse o fato de o Estado movimentar uma forte estrutura na investigação criminal e, não raro, utiliza a polícia ostensiva de forma anômala, a polícia judiciária, a polícia técnica e, mais recentemente, o órgão do Ministério Público que atua como acusação no processo penal, resta a defesa apenas se defender durante a fase instrutória, já que não lhe é dado o direito de defender-se provando nem coletando provas durante a investigação.

Nessa seara surge uma deliberação da Ordem dos Advogados do Brasil possibilitando à defesa a realização de uma investigação defensiva, o que faz lembrar a figura do personagem inglês criado por Doyle (2016), Sherlock Holmes, um detetive particular que se utilizava do método científico para a elucidação de crimes na Cidade de Londres, no século XIX.

O objeto de estudo é a evolução histórica da investigação criminal no Brasil, notadamente a investigação defensiva, que não necessariamente representa melhora ou acerto nas recentes mudanças da última década, mas alternativas a investigação policial que é a

[6]A partir da entrada em vigor da lei nº 9.099/95, passa-se a considerar inicialmente como crime de menor potencial ofensivo a infração penal cuja pena máxima abstratamente prevista fosse igual ou inferior a um ano e, posteriormente, por ocasião da entrada em vigor da lei nº 10.259/01, passa-se a considerar como tal, os crimes cuja pena máxima abstratamente previstas fosse igual ou inferior a dois anos e, nesses casos, enseja a lavratura de termo Circunstanciado de Ocorrência em substituição ao Inquérito policial.

[7] Decisão tomada em 14.05.2015 por maioria dos Ministros do STF por ocasião do julgamento do recurso Extraordinário (RE) 593727 com repercussão geral.

investigação criminal por excelência, porém da forma que se encontra o desenho atual há um evidente desequilíbrio de forças e uma confusão na estrutura investigativa do país.

O problema a ser investigado é em que medida a possibilidade da investigação defensiva favorece o equilíbrio de forças entre acusação e defesa e, por conseguinte, o respeito à paridade de armas no processo penal?

A hipótese provisória reside no fato de se reconhecer um dos dois vetores, quais sejam, ou permitir à defesa a mesma igualdade de oportunidades por ocasião da investigação criminal com a mesma estrutura ou que se modifique por completo o Código de Processo Penal pátrio, visto que o reconhecimento da investigação criminal pelo Ministério Público, desnatura a concepção inicial do sistema de justiça criminal brasileiro.

O objetivo ao qual se propõe foi o de despertar no leitor a reflexão de que o país caminha para um estado policialesco que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito nem com o direito à liberdade em sua plenitude, já que a liberdade é vigiada e a metodologia por nós utilizada foi a indutiva com o método sócio jurídico-crítico mediante pesquisa bibliográfica e documental, além da revisão de literatura.

1 ORIGEM DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

É lugar comum dizer que a investigação criminal no Brasil origina-se com a polícia judiciária que por sua vez, teve início com a chegada da família Real ao país, porém a estruturação do serviço policial ocorre com a entrada em vigor do Código de Processo Criminal do Império[8] em 1832.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Criminal do Império no país, ocorreu a estruturação do serviço policial, sendo que o serviço de investigação era de responsabilidade do juiz de paz, mediante eleição, com atribuições que atualmente são exercidas por delegados de polícia e por juízes de direito, de maneira que a função era decorrência da política local, sem qualquer tipo de isenção ou imparcialidade (SALAIBI FILHO, 2011).

A palavra polícia, vem do grego *politea, de polis* (cidade) e significou, a princípio, o ordenamento jurídico do Estado, governo da cidade e, até mesmo, a arte de governar. Em Roma, o termo politia adquiriu um sentido todo especial, significando a ação do governo no sentido e manter a ordem pública, a tranquilidade e paz interna e, posteriormente passou a

[8] Primeiro diploma legal no país a disciplinar e estruturar o trabalho de investigação criminal pela polícia judiciária.

indicar o próprio órgão estatal encarregado de zelar pela segurança dos cidadãos (TOURINHO FILHO, 2012).

A polícia, com o sentido que tem hoje, como órgão do estado incumbido de manter a ordem e a tranquilidade públicas, surgiu, ao que parece, na velha Roma e, ao tempo do Império, os funcionários incumbidos de levar as primeiras informações sobre a infração penal aos magistrados, eram os que atualmente desempenham papel semelhante ao da polícia judiciária (TOURINHO FILHO, 2012).

A origem do Inquérito policial remonta à Idade Média, caracterizada pela influência do monarca e da Igreja nas questões do Estado, por isso mesmo reconhece-se a dupla origem ao presente feito informativo: a atividade estatal bem como a atividade religiosa. Tem início a simbiose entre as questões de interesse da Igreja e do Estado, o que só haveria a ruptura com a laicização[9] (VELOSO, 2011).

O Código de Processo Criminal do Império passa a vigorar no ano de 1832, revogando as ordenações do reino conhecidas pelos nomes de afonsinas, manuelinas e filipinas, mas a previsão de um Inquérito policial como documento no qual a autoridade policial formaliza as diligências produzidas no curso da investigação policial só aparece com o Decreto nº 482/1871.

A função de delegado e de Chefe de Polícia, com essa nomenclatura, está prevista nos três primeiros artigos da lei nº 261 de 1841[10], responsável por alterar diversos dispositivos do Código de Processo Criminal de 1832 e essa alteração instituiu a figura do Chefe de Polícia, a função de delegado e de subdelegado de polícia (SALAIBI FILHO, 2011).

Na Exposição de Motivos do atual CPP, o Ministro da Justiça à época, Francisco Campos disse que seria mantido o Inquérito policial como procedimento preliminar ao processo penal em detrimento do Juizado de instrução, por conta da extensão territorial do país e suas peculiaridades regionais e porque o Inquérito policial já vinha sendo utilizado e estava atendendo, na medida de suas possibilidades, as expectativas.

[9] A Laicização consiste na ruptura das questões de interesse do Estado e da Igreja que teve início ainda na Idade Média, haja vista que os interesses eram coincidentes à época, porém caminhou para uma ruptura.

[10] O art. 1º da Lei nº 261 de 1841 dizia: Haverá no município da Corte e, em cada Província um Chefe de Polícia, com os Delegados e Subdelegados necessários, os quais, sobre proposta, serão nomeados pelo Imperador, ou pelos Presidentes. Todas as autoridades policiais são subordinadas ao Chefe de Polícia.
O art. 2º da referida lei dizia: Os chefes de Polícia serão escolhidos d'entre os Desembargadores, e Juízes de Direito: os Delegados e Subdelegados d'entre quaisquer Juízes e cidadãos: serão todos amovíveis, e obrigados a aceitar.
O art. 3º da Lei n° 261 de 1841 dizia: Os Chefes de Polícia, além do ordenado que lhes competir como Desembargadores ou Juízes de Direito, poderão ter uma gratificação proporcional ao trabalho, ainda quando não acumulem o exercício de um e outro cargo.

Resgatar o Juizado de instrução seria um imenso retrocesso e um erro histórico no qual não se pode voltar a incidir. Basta lembrar dos excessos cometidos num passado distante com a transferência dos poderes instrutórios do juiz que culminou com a inquisição e marcou uma era de escuridão jurídica (LOPES JUNIOR, 2013).

Apesar de a investidura nos cargos de promotores de justiça e juízes de direito ser precedida de concurso público desde a Constituição de 1934, apenas com a Constituição Federal de 1988, o cargo de delegado de polícia passou a ter o mesmo requisito, razão pela qual é qualificado como carreira jurídica e responsável pela investigação criminal (SALAIBI FILHO, 2011).

A polícia judiciária conserva a investigação criminal, fiel aos propósitos em que foi concebida com a chegada da família real ao Brasil e a estruturação dada pelo Código de Processo Criminal do Império e do atual Código de Processo Penal, inclusive com a documentação das diligências investigatórias no documento que historicamente recebe o nome de Inquérito policial desde 1871.

Com a entrada em vigor da lei dos Juizados especiais criminais, tanto no âmbito estadual como federal, passa a existir entre nós, a noção de crime de menor potencial ofensivo que mais recentemente passa a considerar toda e qualquer infração penal cuja pena máxima abstratamente prevista seja igual ou inferior a dois anos, de modo a ensejar a lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência na Delegacia e posterior encaminhamento ao Juizado Criminal.

Em se tratando de ato infracional praticado por inimputáveis por menoridade em que este ato infracional seja cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa, ensejará a lavratura de boletim de ocorrência circunstanciado, porém se de outro modo, houver a prática de violência ou grave ameaça à pessoa e a hipótese for de flagrante delito, ensejará a lavratura de auto de apreensão em flagrante de ato infracional.

A investigação preliminar tem lugar em se tratando de verificação de procedência das informações, nas hipóteses em que há uma aparente *notitia criminis*[11] em que a autoridade policial vai checar se a informação que obteve de fato ocorreu e uma vez constatada a sua ocorrência, se a mesma é criminosa ou não, mas vale ressaltar que todos esses procedimentos criminais policiais mudam apenas a terminologia, sendo que o Inquérito Policial tem cabimento nos crimes de médio ou maior potencial ofensivo praticados por imputáveis.

[11] Expressão latina de uso corrente no meio jurídico cujo significado é notícia de crime.

2 O RECONHECIMENTO PELO STF DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Não havia qualquer discussão entre os estudiosos em matéria criminal em relação a possibilidade de o Ministério Público investigar em matéria criminal um crime onde ficar demonstrado no curso da investigação policial indícios da prática de infração penal cometida por membro do Ministério Público da União e isso se depreende a partir do art. 18 § único da lei Complementar nº 75/93[12] (STRECK, 2005).

Tal enunciado se reproduz na lei Orgânica do Ministério Público no âmbito dos Estados, porém quando a autoridade policial civil ou militar no curso das investigações constatar a participação de membro do Ministério Público Estadual, os autos deverão ser remetidos imediatamente no estado em que se encontram ao Procurador Geral de Justiça que designará membro do Ministério Público para prosseguir na apuração do fato.

Questão tormentosa e que suscitou muitos debates acalorados foi a possibilidade de o Ministério Público conduzir diretamente investigação criminal, visto que não houve a entrada em vigor de nenhuma lei em sentido formal nesse sentido, muito menos a revogação do Código de Processo Penal no que pertine a questão da investigação criminal pela polícia judiciária.

Não bastasse isso, o órgão do Ministério Público conserva o controle externo da atividade policial e a possibilidade de requisitar diligências investigatórias indispensáveis para o oferecimento da ação penal à polícia judiciária, dentre outras questões que transbordam a proposta do presente ensaio que está adstrito a questão de um novo paradigma de investigação criminal no país que é a investigação defensiva.

Em apertada síntese, acometer à polícia, o monopólio para a realização de toda e qualquer diligência investigatória é decisão que teria, por todas as formas, efeitos graves se tomada com base no art. 144 § 1º inc. IV da CF implicaria, por razões lógicas e jurídicas, o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo legal que conferem poderes investigatórios a outros órgãos e Poderes do Estado, então estariam em contraste com o art. 144 da CF (STRECK, 2005).

Além da polícia judiciária, outros órgãos podem realizar procedimentos preparatórios de investigação, conforme está previsto, de maneira expressa, pelo art. 4º § único do CPP. É o

[12] Diz o art. 18 § único da lei Complementar 75/93: Quando, no curso da investigação, houver indício da prática de infração penal por membro do Ministério Público da União, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá imediatamente os autos ao Procurador Geral da República, que designará membro do Ministério Público para prosseguimento da apuração do fato.

que se verifica com as Comissões Parlamentares de Inquérito. As investigações por ela efetuadas podem ser remetidas a juízo competente para conhecer dos fatos delituosos ali apurados, ou ao Ministério Público, a fim de ser instaurada a instância penal (MARQUES, 1997).

De nada valeriam os poderes do Ministério Público, se não pudesse ele por conta própria, promover de forma autônoma a investigação necessária quando a polícia não se apresente capaz, sem importar a razão, de obter dados indispensáveis para o exercício de dever afeto à Instituição (HAMILTON, 2000).

Sendo o Inquérito Policial peça prescindível, pode o Ministério Público oferecer denúncia com base em peças de informação que poderão ser formadas com base em diligências realizadas, direta e pessoalmente, pelo Ministério Público, então se pode o mais que é o oferecimento da denúncia, pode o menos que é investigar em matéria criminal para viabilizar o oferecimento da correspondente ação penal (RANGEL, 2016).

Há menos de uma década foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 593.727, por maioria de votos, a possibilidade de o Ministério Público conduzir diretamente e sem o acompanhamento da polícia judiciária, uma investigação criminal.

Proliferaram os chamados procedimentos de investigação criminal bem como foram treinados e qualificados servidores com o uso de técnicas especiais e tecnologias avançadas, notadamente por meio do incremento dos GAECO's e CAOP's e, da utilização de agentes e recursos de outras forças de segurança pública (BULHÕES, 2019).

A Súmula 234 do Superior Tribunal de Justiça[13] é no sentido de que a participação do membro do Ministério Público na investigação criminal não o torna impedido ou suspeito por ocasião do oferecimento da ação penal, pois na condição de parte no processo, não precisa ser órgão imparcial.

3 INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

No Brasil tem-se um modelo em matéria processual penal que foge ao padrão dos demais países que é a existência do Inquérito policial na fase pré processual e historicamente apresenta dentre as suas características a inquisitoriedade, de maneira que o investigado sempre foi encarado como objeto de investigação e não como sujeito de direitos, logo

[13] A Súmula 234 do STJ diz: A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.

considerando a concepção garantista, a investigação criminal defensiva surge para corrigir essa distorção.

Durante todo o tempo em que se reconhece o poder de investigação criminal à polícia judiciária, o papel da defesa, historicamente sempre se limitou,a acompanhar o autor de crime por ocasião de seu interrogatório e durante o curso do Inquérito policial, a fim de fiscalizar e zelar pelo cumprimento de seus direitos e garantias fundamentais insculpidos no texto constitucional.

O fato de a realização de diligências a pedido da defesa ser negado pela autoridade policial nessa fase, diferentemente da acusação que requisita a realização de diligências investigatórias indispensáveis ao oferecimento da denúncia, é um forte motivo a ensejar a realizar de investigação criminal defensiva, pois fica evidente a diferença de tratamento entre acusação e defesa, além de comprometer os princípios da paridade de armas, isonomia, verdade real, ampla defesa e contraditório, além do direito de obtenção de provas.

Entende-se por autodefesa positiva, a possibilidade de o interrogado dar a sua versão do fato delituoso sob investigação e por defesa negativa, a possibilidade de permanecer em silêncio por ocasião de seu interrogatório, em conformidade com a expressão latina *nemotenetur se detegere*[14], na forma do Pacto de São José da Costa Rica[15] recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro no art. 5º inc. LXIII[16] da CF e art. 186[17] do CPP.

Reconhecida pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de os membros do Ministério Público conduzirem diretamente a investigação criminal e partindo da premissa que o integrante do Parquet tenha usado dessa prerrogativa, por igual razão e pelos mesmos fundamentos extraídos da referida Súmula Vinculante, o advogado terá acesso amplo aos elementos de prova já documentados em procedimento investigatório.

Ocorre que um dos princípios fundamentais em matéria processual penal é o da paridade de armas[18], logo se a acusação foi dada a possibilidade de proceder de forma direta a

[14]Trata-se de expressão latina de uso corrente significando que ninguém está obrigado a participar na acusação estatal e produzir prova contra si mesmo.

[15] Também conhecido pelo nome de Convenção Americana de Direitos Humanos datado de 1969 foi recepcionado no Brasil em 1992.

[16]Diz o art. 5º inc. LXIII da CF que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

[17]Reza o art. 186 do CPP: Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

[18]A isonomia é um elemento ínsito ao princípio constitucional do contraditório do qual se extrai a necessidade de assegurar que as partes gozem das mesmas oportunidades e faculdades processuais, atuando sempre com paridade de armas, a fim de garantir que o resultado final jurisdicional espelhe a justiça do processo em que prolatado. (STF – ARE: 648629 RJ, Relator: Min. Luiz Fux, data de julgamento: 24/04/2013, Tribunal Pleno, data de publicação: repercussão geral – mérito).

investigação criminal, com igual razão deve ser dada a possibilidade de a defesa defender-se provando, sem aguardar a formalização do processo para ter o direito à ampla defesa e ao contraditório.

No Direito estrangeiro merece destaque a investigação defensiva prevista no ordenamento jurídico italiano que remonta ao ano de 1988 efoi disciplinado de forma mais abrangente no ano 2000 adotando o sistema *civil law*[19], bem como irá servir de modo ilustrativo do sistema do *common law*[20] do direito estadunidense baseado nos precedentes judiciais.

O projeto do novo Código de processo penal brasileiro prevê num único dispositivo a investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico brasileiro a exemplo do Código de processo penal italiano de 1998 que teve o artigo revogado por lei nº 397/2000 que passou a tratar de forma abrangente o tema, de maneira que a defesa deixa de desempenhar papel de mera resistência, passando a incorporar um perfil mais proativo (SILVA, 2019).

Essa investigação criminal defensiva na Itália era inicialmente uma forma de subsidiar a atuação da defesa em juízo, mas revela um equilíbrio entre acusação e defesa evitando a coleta de dados de forma unilateral pela acusação, o que evidenciava uma seletividade no período anterior (SILVA, 2019).

Nos Estados Unidos, a condução do processo fica a cargo das partes, assumindo o juiz uma postura neutra, havendo um procedimento de compartilhamento de informações, de maneira que não há mais espaço para manobras de uma parte visando surpreender a outra parte da relação jurídica.

Não há precedente da Suprema Corte única e especificamente destinado à atividade de investigação criminal defensiva, porém cabe salientar o caso Strickland x Washington[21], onde houve o reconhecimento de que a investigação defensiva é elemento essencial para a caracterização de uma defesa efetiva.

No Brasil, não há nenhum obstáculo à atividade de investigar por conta própria ou por intermédio de terceiros, a partir do que se pode partir de um princípio geral da livre investigação dos fatos, coincidente com alguns dos direitos, liberdades e garantias constitucionais, bem como o direito à liberdade individual, o direito de se informar e de ser informado e o direito à circulação (OLIVEIRA, 2008).

[19]O civil law é a matriz do direito positivo, institucionalizado pelo estado, constante das leis e dos Códigos.
[20]O common law é o modelo de direito consuetudinário, identificado com os precedentes judicias.
[21]Strickland x Washington foi um caso histórico da Suprema Corte norte americana que estabeleceu o padrão para determinar quando o direito do advogado de sexta emenda de um réu criminal é violado pelo desempenho inadequado desse advogado.

Há o suporte normativo do art. 8º, itens 1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporada pelo Dec. 678/1992 ao ordenamento jurídico pátrio, que trata sobre as garantias judiciais mínimas para o acusado, de onde se extrai o direito à atividade probatória, especialmente a defesa técnica e os meios para a preparação da defesa.

Existe também o suporte normativo no art. 5º inc. LV da CF quando consagra os princípios da ampla defesa e do contraditório, além do art. 14, itens 1, 2 e 3 do pacto Internacional de Direitos Civis e políticos, incorporado pelo Dec. 592/1992, que praticamente reproduz esse teor.

Há ainda o amparo da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporada pelo Dec. 678/1992 , que trata sobre as garantias judiciais mínimas para o acusado, de onde se extrai o direito à atividade probatória, especialmente a defesa técnica e os meios para a preparação da defesa.

Preparado o terreno, surge o projeto de lei nº 8045/2010 que disciplina a investigação criminal defensiva em seu art. 13 ao facultar 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 que deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal da pessoa ouvida.

No texto inicial não havia a previsão do defensor público, o que só aconteceria mais tarde, ao lado do advogado e de outros mandatários com poderes expressos e ao incluí-los andou bem o legislador, pois se não fosse possível que a Defensoria Pública investigasse em favor dos assistidos, haveria desigualdade entre os poderes das defesas realizadas por advogado e Defensor Público, prejudicando investigados e réus (TALON, 2021).

A inserção da vítima no projeto quando versa sobre investigação criminal defensiva gera muitos receios e necessita de cuidados para não parecer que o convite feito à vítima para ser ouvida em temo de declarações, não seja interpretado como uma intimidação, contudo, é uma limitação que compromete a ampla defesa, principal objetivo da investigação defensiva (TALON, 2021).

Nessa esteira de raciocínio, entende-se que para não prejudicar a defesa é imperioso que o advogado participe do termo de declarações prestado pela vítima por ocasião de sua oitiva nos autos de Inquérito policial na Delegacia de polícia, inclusive com a possibilidade de formular perguntas, se assim o desejar.

No que tange a possibilidade de o material ser juntado aos autos de Inquérito, a juízo da autoridade policial, quis o legislador enfatizar o critério discricionário do delegado de polícia em permitir a juntada da documentação confeccionada pela defesa ao procedimento investigatório, a exemplo do que o art. 14 do CPP previu em relação a possibilidade de a autoridade policial deferir ou não o pedido de diligências investigatórias.

Em que pese o projeto prevê apenas um único artigo relacionado a temática investigação criminal defensiva e portanto tratar da matéria de uma forma muito tímida, a sua aprovação já representaria um divisor de águas que abriria portas para um disciplinamento mais profundo da matéria posteriormente, a exemplo do que ocorreu na Itália no final do século passado.

A investigação criminal defensiva busca argumentos de sustentação no princípio da ampla defesa, contraditório, isonomia, paridade de armas, verdade real e o direito à atividade probatória.

A regulamentação deve prever as diligências e o modo de agir, impondo limites especialmente em relação a terceiros, o grau de publicidade da investigação defensiva e a possibilidade de sua utilização no Inquérito policial, procedimento de investigação criminal do Ministério Público ou ação penal, possibilidade de investigação em favor das vítimas, além da possibilidade de amparo judicial diante de algum obstáculo.

A atividade investigativa se dará no âmbito do Inquérito defensivo, conduzido pelo advogado, mediante regulamentação do Conselho Federal da OAB, com base no art. 54, inc. V da lei nº 8.906/1994 da mesma forma que se dará também pela Defensoria Pública por meio de órgão de atuação definido pelo Conselho Superior, amparado no art. 102 § 1º da lei complementar 80/1994.

A investigação criminal defensiva se desdobra em Inquérito defensivo, quando o interessado ocupa a posição de agente e Inquérito auxiliar, quando o interessado ocupa a posição de vítima (SILVA, 2019).

Não há paridade de armas quando uma parte tem mais poderes que a outra e a crítica se estende para aquelas situações em que a acusação tiver mais informações que a defesa, sobretudo se puder utilizá-las e, nesse sentido há decisão do TJRS[22] reconhecendo a

[22] Nessa conjuntura, informações sobre a vida pregressa do acusado constituem argumento de autoridade, segundo interpretação hermenêutica do art. 478 do CPP. Há diferença entre a juntada de antecedentes criminais e informações extraídas do sistema de consultas integradas que é de uso exclusivo a magistrados e órgão ministerial, não a defesa, seja a Defensoria Pública ou defesa constituída. Portanto, tratam-se de documentos de acesso restrito. Daí porque não há paridade de armas em permitir a juntada de documentos Informações do Sistema de Consultas Integradas que somente uma das partes tem acesso e a outra não, mas há paridade quando a juntada se trata de documentos cujo acesso é comum e....possível a ambas as partes Certidão de Antecedentes

impossibilidade de utilização de informações extraídas do Sistema de consultas integradas, cujo acesso é disponibilizado apenas aos membros do Ministério Público (TALON, 2021).

Em relação ao momento em que ocorre a investigação criminal defensiva, o art. 1º do Provimento da OAB declara que a investigação defensiva pode ser realizada em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, logo a investigação defensiva pode ser realizada durante o Inquérito policial ou outra investigação criminal, durante a instrução, em fase recursal, durante a execução penal e em sede de revisão criminal.

Cabe destacar que o art. 231 do CPP permite a juntada de documentos em qualquer fase do processo, logo é possível inclusive a juntada de elementos obtidos na investigação defensiva no momento de apresentar os memoriais, hipótese em que normalmente o juiz determinará a intimação do Ministério Público ou do querelante para ter ciência da documentação juntada pela defesa.

Pelo teor da redação do artigo se depreende que a investigação defensiva é cabível em qualquer procedimento, seja ele comum ordinário, sumário, rito do Júri, Jecrim, lei de drogas e procedimentos relativos à competência originária dos Tribunais ou qualquer outro procedimento.

Em relação a finalidade da investigação defensiva, o art. 1º do Provimento da OAB declara que o procedimento se destina à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte, sendo que esse acervo probatório poderá ter como finalidades específicas a absolvição, nulidade, extinção da punibilidade, provas relacionadas as circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes.

De acordo com o art. 3º do Provimento da OAB, a investigação defensiva orienta-se para a produção de provas para emprego em: pedido de instauração ou trancamento de Inquérito, rejeição ou recebimento da denúncia ou queixa, resposta a acusação, pedido de cautelares, defesa em ação pública ou privada, razões de recurso, revisão criminal, habeas corpus, proposta de acordo de colaboração premiada e de leniência, além de outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimento criminal.

Questão interessante é a possibilidade de a investigação criminal defensiva subsidiar o oferecimento de queixa do ofendido ou de seu representante legal por ocasião de cometimento

Criminais. Destarte, evidencia-se o prejuízo à defesa. CORREIÇÃO IMPROCEDENTE. (TJ-RS – COR: 70081292039 RS, Relator: Sérgio Miguel AchuttiBlattes, data de julgamento: 23/05/2019, Terceira Câmara Criminal, data de publicação: Diário da Justiça do dia 28/05/2019).

de crime de ação penal privada e o art. 3º § único do provimento nº 188/2018[23] do Conselho Federal da OAB sinaliza em sentido afirmativo, tratando da possibilidade de o advogado subsidiar o oferecimento da queixa principal ou subsidiária.

Em relação aos crimes de ação penal privada propriamente dita ou exclusivamente privada e para os delitos de ação penal privada personalíssima, não nos parece haver qualquer óbice em admitir a investigação criminal defensiva no interesse da vítima para permitir a subsequente ação penal por ela intentada nos casos de instauração de Inquérito defensivo auxiliar.

De outra banda, no que pertine a ação penal privada subsidiária da pública, em que pese haver a previsão de investigação criminal defensiva no interesse da vítima previsto na parte final da redação do art. 3º § único do Provimento do Conselho Federal da OAB, não nos parece cabível, pois neste caso, a ação penal é originariamente pública e somente por ocasião da desídia do órgão ministerial é que caberá a queixa substitutiva da denúncia.

De acordo com o art. 4º § único do Provimento nº 188/2018, na realização da investigação defensiva, o advogado poderá contar com o trabalho de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalho de campo, mas há de se ressaltar que esse rol é meramente exemplificativo, na medida em que se houver a necessidade imperiosa dos serviços de outro profissional, tal poderá ser feito.

Ainda de acordo com esse raciocínio, o provimento sinaliza que o advogado poderá utilizar-se dos trabalhos desses colaboradores, caso entenda necessário, portanto, trata-se de caráter discricionário e de mera faculdade do advogado em desejar os serviços de outros profissionais ou não, em que pese em muitos casos ser recomendável o trabalho em equipe para a obtenção dos resultados.

O caput do art. 4º do Provimento da OAB, declara que o advogado poderá promover todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, obtenção de dados, determinar a elaboração de laudos periciais, realizar reconstituições, além e quaisquer outros não sujeitos a reserva de jurisdição, como a obtenção de documentos, realização de acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e avaliação do objeto.

No que tange ao questionamento se é dever do advogado levar o conhecimento dos fatos à autoridade, reza o art. 6º do Provimento da OAB que o advogado e os outros

[23] O § único do art. 3º do Provimento nº 188/2018 do Conselho federal da OAB diz: A atividade de investigação defensiva do advogado inclui a realização de diligências investigatórias visando à obtenção de elementos destinados à produção de prova para o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária.

profissionais que prestarem assistência na investigação não tem o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados.

Não há suporte jurídico para impor ao advogado o dever de prejudicar ocliente, levando os autos oficiais todos os resultados obtidos na investigação criminal defensiva e não pode-se perder e vista que o arguido não está obrigado a oferecer à autoridades judiciárias quaisquer meio e prova que tenha obtido (OLIVEIRA, 2008).

Seria uma evidente deficiência defensiva ou até uma falta de defesa, a conduta do causídico que querendo colaborar com as autoridades, levasse aos autos, sem o consentimento do cliente, declarações que obteve durante a tramitação da investigação criminal defensiva (TALON, 2021).

Merece registro o fato e que o advogado pode descartar integralmente o resultado da investigação defensiva, não os utilizando nos autos oficiais, da mesma forma que é possível que utilize apenas uma parte da investigação particular e de acordo com a aferição da possibilidade de contribuir com a estratégia adotada, o causídico poderá levar para os autos oficiais um, alguns ou todos os elementos obtidos na investigação (TALON, 2021).

4 O DETETIVE PARTICULAR NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Não se pode deixar de considerar a figura do personagem Sherlock Holmes como a mais famosa no que se refere à investigação promovida por um detetive particular. Holmes sempre realizava as suas investigações a partir dos indícios da cena do crime e entrevistava as aparentes testemunhas. Diante dessas informações, ele formulava hipóteses, que postas à prova, eram capazes de solucionar crimes. (GONÇALVES ET ALL, 2019)

No Brasil, o art.14 do CPP[24] concede discricionariedade a autoridade policial para realizar ou não as diligências requeridas e, nessa esteira de raciocínio, a colaboração do detetive particular ficará adstrita a eventual permissão concedida a critério do delegado de polícia que tem a atribuição para apurar a referida ocorrência e eventual fato criminoso e uma vez autorizado, o detetive particular é obrigado a registrar em instrumento escrito a prestação de seus serviços consoante o art. 7º da lei nº 13.432/17.

O detetive particular precisa de expressa autorização do contratante para colaborar com a investigação policial, mas a lei não faz nenhuma referência a investigação criminal

[24] O art. 14 do CPP diz: O ofendido, ou o seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

defensiva, mas pode-se concluir que seria possível a sua colaboração, haja vista que o contratante provavelmente utilizará os serviços do advogado e do detetive (TALON, 2021).

A referida afirmação tem respaldo no art. 5º e § único da lei nº 13.432/17 quando preceitua que o detetive particular ou profissional pode colaborar com a investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante e o aceite da colaboração ficará a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo.

Consoante o art. 9º da lei nº 13.432/17[25], ao finalizar os serviços profissionais, o detetive particular entregará ao contratante ou ao seu representante legal, mediante recibo, relatório circunstanciado sobre o que restou apurado e deverá conter os procedimentos técnicos adotados, a conclusão em face do resultado dos trabalhos executados e as providências legais a serem tomadas, além de data e assinatura.

As vedações ao detetive particular estão previstas no art. 10 da referida lei e consistem em aceitar ou captar serviço que configure ou contribua para a prática de infração penal ou tenha caráter discriminatório; aceitar contrato de quem já tenha detetive particular constituído, salvo com autorização prévia daquele com o qual irá colaborar ou a quem substituirá e na hipótese de dissídio entre o contratante e o profissional precedente ou de omissão deste que possa causar dano ao contratante.

São também vedações insculpidas na redação do art. 10 da mesma lei: divulgar os meios e os resultados da coleta de dados e informações a que tiver acesso no exercício da profissão, salvo em defesa própria; participar diretamente de diligências policiais e utilizar, em demanda contra o contratante, os dados, documentos e informações coletados na execução do contrato.

Os deveres do detetive particular estão insculpidos no art. 11 da referida lei, os quais se transcrevem são: a) preservar o sigilo das fontes de informação; b) respeitar o direito à intimidade, privacidade, honra e imagem das pessoas; c) exercer a profissão com zelo e probidade; d) defender, com isenção, os direitos e prerrogativas profissionais, zelando pela própria reputação e da classe; e) zelar pela conservação dos documentos, objetos, dados ou informações que lhe forem confiados pelo cliente; f) restituir, íntegro, ao cliente, findo o contrato ou a pedido, documento ou objeto que lhe tenha sido confiado e prestar contas ao cliente.

[25] O art. 9º da lei nº 13.432/17 diz: Ao final do prazo pactuado com a execução dos serviços profissionais, o detetive particular entregará ao contratante ou ao seu representante legal, mediante recibo, relatório circunstanciado sobre os dados e informações coletados.

Salta aos olhos que inúmeras questões da regulamentação da atividade do detetive particular são idênticas à regulamentação constante do Provimento nº 188/2018[26] do Conselho Federal da OAB, no que pertine a questão dos deveres.

Há a impressão que a contratação de um detetive particular estaria restrito àquelas pessoas físicas ou jurídicas que possam arcar com tais serviços e instituições encarregadas da tutela jurídica a necessitados como a Defensoria Pública poderão, por intermédio de seus servidores de apoio como oficiais e agentes de Defensoria, desempenhar atividades similares à de detetive quando necessário nos casos concretos em que o órgão estiver atuando (MORAES; PIMENTEL JUNIOR, 2018).

Mesmo não se tratando de exercício pleno da atividade de detetive particular, é inquestionável que determinados atos podem ser praticados por servidores da Defensoria em se tratando de defesa pública, ou em se tratando de defesa constituída, recairá sobre o advogado ou seus colaboradores.

No que pertine a pesquisa de informações e documentos, inclusive em sites ou repartições públicas, não exige habilitação especial e restringir a prática desse atos a detetives particulares constituiria violação à isonomia e a ampla defesa, pois possibilitaria a fundamentação das alegações apenas para quem tivesse recursos financeiros para contratar estes profissionais (TALON, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto é razoável concluir que a investigação criminal no Brasil tem início com a polícia judiciária com a chegada da família real no país, porém a estruturação da polícia só ocorre cerca de duas décadas depois com o Código de Processo Criminal do Império e o documento no qual passam a ser formalizadas as diligências investigatórias recebe o nome de Inquérito Policial na década de 1870.

O período republicano tem início e a investigação criminal segue com a polícia judiciária e o documento continua sendo o Inquérito policial e assim permanece com o Código de Processo Penal vigente entre nós, mas o projeto de reforma do Código de Processo já sinaliza que haverá a previsão de investigação criminal defensiva no Brasil a exemplo do que ocorreu na Itália.

[26]O Provimento nº 188/2018 regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.

No início deste século, o órgão do Ministério Publico inova em matéria processual penal e começa a investigar de forma direta em matéria criminal, inclusive servindo de base para que ele mesmo ofereça a ação penal correspondente, mesmo sem ter havido o surgimento de lei em sentido estrito nesse sentido e muito menos revogando o Código de processo Penal sobre a temática da investigação policial.

A situação de impasse se mantém por conta do fato de que o Ministério Público mantém o controle externo da atividade policial com a possibilidade de requisitar diligências investigatórias indispensáveis para a propositura da ação penal, no entanto em 2015 os Ministros do STF por maioria acabam por reconhecer a possibilidade de o Ministério Público poder investigar de forma direta em matéria criminal.

Deste modo, acaba por se instalar um complicador que é o fato de o estado dispor de muitos órgãos investigando em matéria criminal, como o serviço velado da polícia militar, a polícia judiciária, a polícia técnica e, mais recentemente, o órgão do Ministério Público, sendo que resta a defesa apenas defender-se da acusação em juízo, em visível afronta ao princípio da paridade de armas.

A defesa propõe um equilíbrio de forças, especialmente o direito de defender-se provando com respaldo nos princípios da paridade de armas, ampla defesa, contraditório, verdade real, isonomia e o direito de obtenção de provassaindo de uma posição inerte e de mero espectador para assumir uma posição mais proativa de ir em busca das provas que lhe possam ser úteis até mesmo para que o juiz não receba a denúncia.

O respeito a ampla defesa reside no fato de que para a defesa seja ampla, ela tem que que acontecer desde o momento em que a acusação tem início em busca de provas para incriminar o presumível autor do fato e o contraditório reside no fato de que no modelo do Inquérito policial, o autor do fato não é reconhecido como sujeito de direitos, mas como objeto de investigação, em função do caráter inquisitório.

O princípio da verdade real significa dizer que tanto a acusação como a defesa saindo em busca das provas que lhe interessam ainda na fase embrionária por ocasião da investigação criminal, a probabilidade de haver um aumento no interesse de ambas as partes é maior e, por conseguinte, a probabilidade de se chegar mais próximo da verdade real é algo mais factível.

A isonomia reside no fato de que situações conjunta e estruturalmente iguais merecem o mesmo tratamento, logo não se justifica que a acusação seja dada a oportunidade de fazer a colheita de provas ainda na fase investigatória e a mesma possibilidade seja negada a defesa, pois, isso fere de morte o princípio constitucional da isonomia e da paridade de armas.

Há base legal para a admissão da investigação criminal defensiva, invocando o preceito constitucional que versa sobre a ampla defesa e o contraditório, o pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, além da Convenção Americana de Direitos Humanos, forçando um aperfeiçoamento da investigação policial e do Ministério Público, além do redimensionamento do trabalho do advogado.

Enfatiza-se os momentos em que a investigação pode ser realizada, as diligências, a imposição de limites, a possibilidade de investigação defensiva em favor da vítima culminando na confecção de inquérito auxiliar, a possibilidade de utilização do Inquérito defensivo acostado nos autos do Inquérito policial ou no procedimento de investigação criminal do Ministério Público ou mesmo na ação penal.

REFERÊNCIAS

BULHÕES, Gabriel. **Manual prático de investigação defensiva**: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. Florianópolis, SC: EMAIS, 2019.

DOYLE, Arthur Connan. O sinal dos quatro. In: DOYLE, Arthur Connan. **Sherlock Holmes: obra completa.** Rio de Janeiro: HaperCollins Brasil, 2016.

FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Investigação criminal pelo Ministério Público:** Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. 2.ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

GONÇALVES, Tainara Ravaglia Ferreira; DUARTE, Michelle Rezende; SILVA, Edson Pereira da. O método investigativo de Sherlock Holmes em "o sinal dos quatro"**:** lições para o ensino das ciências. In**: RevistaAleph.** 32 ed. Rio de Janeiro: FEUFF, 2019, fls. 66-80.

HAMILTON, Sérgio Demoro. **Temas de processo penal**. 2.ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2000.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JÚNIOR, Jaime. **Polícia Judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal.** 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. 2. ed. Coimbra: Almeidina, 2008.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**: visão crítica. - 5.ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

SALAIBI FILHO, Nagib. Prefácio. In: VELOSO, Fábio Geraldo. **Teoria e prática do Inquérito policial:** Investigação de crimes pela polícia. Franca: Lemos e Cruz, 2011.

SILVA, Franklin Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. – Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

STRECK, Lenio Luís; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. – Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TALON, Evinis. **Investigação criminal defensiva**. – 2. ed. – Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. I. 34. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

VELOSO, Fábio Geraldo. **Teoria e prática do Inquérito policial**: investigação de crimes pela polícia. Franca: Lemos e Cruz, 2011.