

A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO TRIBUNAL DO JÚRI

1. INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA – EXPERIÊNCIAS NORTE-AMERICANA E ITALIANA

No sistema jurídico vivido nos Estados Unidos da América, a gestão das provas cabe unicamente às partes e não ao Juízo.

As partes são responsáveis pela marcha processual e detêm o poder de investigar os fatos e instruir o feito, inquirindo testemunhas, produzindo provas periciais e delimitando os objetos de investigação.

Neste cenário, o Juízo, a fim de não comprometer a sua imparcialidade, mantém-se inerte em relação à atividade probatória.

Todos os elementos de prova colhidos pela defesa para fundamentar suas alegações, devem observar os mesmos requisitos processuais das provas obtidas em Juízo.

Neste Sistema, é muito comum que as partes produzam os elementos de convicção fora do Juízo e, a posteriori, realizem sua introdução nos autos, documentalmente, para a discussão da causa em julgamento.

Inexiste um rito formal previamente estabelecido para o desenvolvimento dos atos investigatórios, que ocorrem a partir das especificidades de cada caso.

A inexistência de um rito formal é característica do sistema jurídico da *Common Law*, constituído por um conjunto de regras e princípios jurídicos não escritos, advindos dos usos e costumes e da jurisprudência, ao contrário do sistema romano-germânico (adotado no Brasil), em que a fonte mais importante do direito é a lei.

O que há é uma divisão da persecução criminal norte-americana em três fases, sendo elas: investigatória, adjudicatória e judicial (*investigatory stage, adjudicatory stage e judicial stage*).

A investigatória subdivide-se em duas fases:

Na primeira, ainda não existe a oficialização de uma pessoa como suspeita, portanto, não há direito de defesa, nem tampouco prazo para encerramento de diligências (em especial prescricional) e caracteriza-se pelo completo sigilo dos atos, havendo a reunião dos dados para a determinação dos fatos e individualização de um suspeito, portanto, o foco das investigações é o fato propriamente dito.

Na segunda, ocorre a individualização do suspeito, assumindo, portanto, a forma de uma persecução penal, pois a partir do momento em que uma pessoa é indicada como suspeita pela prática de um crime, nascem os direitos de defesa, não autoincriminação, integridade, intimidade, jurisdicionalização de medidas cautelares (busca e apreensão, quebra dos sigilos das comunicações e de dados, prisões) e etc, sendo esta fase focada no suspeito.

É nesta segunda fase, que nasce a possibilidade de o Advogado começar a sua atuação em investigação defensiva.

Muitas vezes, o que se vê atualmente em filmes ou até em seriados norte-americanos que retratam o dia-a-dia do Advogado, corresponde à realidade, pois tanto as Promotorias como os grandes Escritórios, possuem notários para o auxílio na produção de documentos

pré-processuais, em especial provas orais, podendo ser acompanhados pelos Advogados da parte ex-adversa e pelos Promotores.

Os meios de prova produzidos pela defesa, na investigação defensiva, podem ser utilizados na fase judicial, porém, dependem de expressa admissão pelo Juiz na fase adjudicatória, ou seja, na preparação para a judicialização da causa, em que o Promotor apresenta a acusação e o Juiz decide sobre sua admissão e licitude das provas apresentadas.

A investigação defensiva no Direito Norte-Americano, portanto, é plenamente admissível, por ser consequência natural do regime jurídico probatório adotado naquele país, que atribui às partes a responsabilidade e iniciativa investigatória e probatória.

A investigação defensiva, na Itália, por sua vez, denomina-se *investigazioni difensive* ou *indagini difensive* e se encontra consagrada na Constituição da República Italiana, em seus artigos 2, 24 e 111, os quais contemplam, em linhas gerais, a possibilidade de que o investigado produza provas em seu favor e que deverá dispor do tempo e das condições necessárias para concretização de sua defesa.

O Código de Processo Penal Italiano também consagra o direito à prova e constitui o pressuposto básico da investigação defensiva, em seu artigo 190.

Para os estudiosos do Direito Processual Penal Italiano, a criação do instituto da investigação defensiva tratou-se de um importantíssimo avanço.

Explicamos: nos primórdios, o processo penal italiano possuía característica nitidamente inquisitiva, em que a produção de provas cabia ao juiz, entretanto, com o avanço do tempo e da legislação pertinente, o processo penal italiano passou a ser acusatório, em que o juiz detém menos interferência na produção de provas, que agora, fica a cargo do Ministério Público (que pertence ao Poder Judiciário Italiano) em uma fase judicial pré-processual, podendo ser delegada à Polícia Judiciária.

A investigação defensiva, na Itália, diferentemente do modelo norte-americano, pode ter início até preventivamente, ou seja, antes mesmo de instaurado qualquer procedimento criminal, bem como durante a sua tramitação, após o seu término e, inclusive, durante a execução penal, como supedâneo de uma revisão criminal.

Porém, para agir como verdadeiro investigador, o advogado precisa ter segurança de que seus direitos e prerrogativas não serão violados pelo Estado, por tal razão, a Lei Processual Penal Italiana conferiu as seguintes garantias ao defensor-investigador, a saber:

- Proibição da apreensão de documentos em poder do defensor, do investigador privado autorizado (detetive) e do assistente técnico, salvo se constituírem corpo de delito (artigo 103, 2, do Código de Processo Penal Italiano);
- Direito à emissão de atestado ao apresentar qualquer informação ao Juízo, inclusive os resultados de sua investigação, bem como de extrair cópia daquilo que depositar (artigo 116, 3-bis, do Código de Processo Penal Italiano);
- Não obrigatoriedade, pelo defensor, investigador privado e assistente técnico, de prestar declarações como testemunhas (artigos 197, 1, “d” e 200, 1 “b”, do Código de Processo Penal Italiano);

- Possibilidade de indicação de assistente técnico para intervir na formação da prova técnico-científica, desde que autorizado pelo Ministério Público ou pela Autoridade Judiciária (artigo 233, 1-bis, do Código de Processo Penal Italiano);
- Vedaçāo de inquirição de pessoas sobre as questões relativas às informações por elas prestadas em investigação defensiva (artigo 362, 1, do Código de Processo Penal Italiano).

Mas, afinal, quais são, no direito italiano, os poderes do defensor, durante a condução de uma investigação defensiva? Ei-los:

- Entrevistar pessoal e informalmente testemunhas (desde que não haja qualquer incompatibilidade com a condição de testemunha da pessoa a ser entrevistada), além de pedir declaração escrita destas a serem documentadas, avisando previamente o depoente sobre a qualidade e da finalidade da oitiva, da faculdade de não responder as indagações, dentre outros aspectos da declaração, além do dever de dizer a verdade, tudo conforme preconizam os artigos 197, 1, “c” e “d”, 371-ter e 391-ter, do Código de Processo Penal Italiano;
- Requisitar documentos à Administração Pública e deles extrair cópias às suas expensas,
- Acesso a lugares públicos ou aberto ao público, com o fito de verificar estado de lugares e de coisas, descrevê-los e executar exames técnicos, gráficos, planimétricos, fotográficos, etc, e
- Acesso a lugares privados ou não abertos ao público, desde que haja concordância por parte de quem tem a disponibilidade do lugar.

Frise-se, nos atos acima elencados, é vedada a participação pessoal do acusado, da vítima e de outras partes, a fim de se evitar qualquer tipo de coação.

Discute-se, ainda, a possibilidade de o defensor efetuar atos de investigação não previstos em lei, tais como reconhecimento fotográfico e a acareação, havendo divergência de entendimentos.

Como visto, na Itália, os poderes do defensor-investigador são bastante consistentes, entretanto, em algumas questões, ainda permanece dependente do Ministério Público e do Poder Judiciário, mas sua figura mostra-se de inegável importância para a efetivação de um processo penal mais justo e equilibrado.

2.- INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL – ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O PROVIMENTO N. 188/18 DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

2.1.- O ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O Código de Processo Penal Brasileiro atual adota o Sistema Acusatório, significando que a função de acusar e julgar são separadas, em que cabe ao Poder Judiciário a missão de julgar e, ao Poder Executivo, por intermédio das Polícias Judiciárias Civil e Federal, a investigar, bem como ao Ministério Público, a promoção da ação penal.

A investigação defensiva, no tocante ao aspecto legislativo, infelizmente, até o presente momento, não teve avanços significativos, inexistindo qualquer dispositivo legal em vigência que regule tal faculdade processual.

O que existe em termos de produção legislativa sobre a temática em referência, é o Anteprojeto transformado em Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, de reforma do Código de Processo Penal Brasileiro.

Em seu artigo 14 é trazida de forma bastante tímida e abarca a possibilidade de o Advogado realizar investigação defensiva, colhendo meios de prova, inclusive ouvindo testemunhas, no entanto, não estabelece qualquer outra normativa a respeito.

Apesar de tímido, já é um importante avanço e uma sinalização do Estado em reconhecer oficialmente um direito que há muito tempo já deveria existir e assistir ao cidadão alvo do braço forte do Estado.

Em outras palavras, possibilitando o exercício da investigação defensiva através de lei, como meio de prova alternativo e adicional à investigação oficial, o Estado também passa a reconhecer a insuficiência atual de meios para se garantir ao cidadão um devido processo penal justo somente com a investigação oficial através da Polícia Judiciária e do Ministério Público.

Infelizmente, o parco arcabouço legislativo em sede de investigação defensiva abre margem, inclusive, para violação de prerrogativas, posto que a matéria ainda não se encontra devidamente bem delineada.

2.2. – O PROVIMENTO N. 188/18 DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

O Provimento n. 188/18, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tão esperado e festejado, veio conferir ao Advogado, essencial à Administração da Justiça (Artigo 133, da Constituição Federal), novas possibilidades de atuação em prol da tutela do cidadão brasileiro.

A investigação defensiva vem definida no artigo 1º do referido provimento como sendo:

Art. 1º [...] o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvida pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

Trata-se, portanto, de importantíssimo instituto que vem em bom momento para auxílio do Advogado em atividades que antes eram exclusivas do Órgão Ministerial e Polícia Judiciária.

Com inspiração nas *Indagini Difensive*, a investigação defensiva brasileira se presta, a princípio, para colheita de elementos de prova em casos da esfera criminal, antes de instaurado inquérito policial, durante seu trâmite, durante a ação penal e inclusive após o seu término.

Também se prestam os elementos de prova colhidos em sede investigação criminal, a fim de instruir acordos de leniência, acordos de colaboração premiada, *habeas corpus*, revisão criminal e medidas cautelares.

É facultado ao defensor, no exercício deste mister, se valer do auxílio de detetives, peritos, a fim de colher provas como: depoimentos testemunhais, laudos diversos e etc.

Tal mister, entretanto, deve ser exercido de forma absolutamente discreta e sigilosa, preservando-se a intimidade dos envolvidos, não tendo o defensor a obrigação de informar às autoridades a respeito da existência de sua própria investigação, podendo tornar público tal fato, apenas e tão-somente com autorização de seu cliente.

O provimento é apto a estabelecer limites e deveres do defensor no exercício da investigação defensiva, além de prever diligências que podem ser adotadas pelo Advogado e onde os resultados da investigação podem surtir seus efeitos.

Verifica-se que as disposições do provimento, evidentemente, são muito mais progressistas do que as estabelecidas no anteprojeto do Código de Processo Penal, tornando evidente a necessidade do aprofundamento do debate para o aperfeiçoamento do quando da positivação do instituto.

3.- OS DESAFIOS DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Os grandes desafios da Investigação Defensiva encontram-se justamente na aceitação do exercício deste mister pelas autoridades públicas que pretendem manter o monopólio investigativo.

Mesmo no plano legislativo o instituto enfrenta resistência, como se observa do veto presidencial de dispositivo da Lei 13.245/2016, que alterou o artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, e que permitiria aos advogados a “requisição de diligências”.

As razões do veto foram estas:

“Da forma como redigido, o dispositivo poderia levar à interpretação equivocada de que a requisição a que faz referência seria mandatória, resultando em embarracos no âmbito de investigações e consequentes prejuízos à administração da justiça. Interpretação semelhante já foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade de dispositivos da própria Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 1127/DF). Além disso, resta, de qualquer forma, assegurado o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, nos termos da alínea ‘a’, do inciso XXXIV, do art. 5º, da Constituição”.

Após a edição do veto, imaginou-se que a discussão a respeito do tema estaria superada, contudo, o próprio veto presidencial em questão deixou margem para a continuidade do debate, ao sugerir que o Advogado poderia exercer o mister da Investigação Defensiva a partir de instrumento constitucional já conferido e conhecido como Direito de Petição, contido na alínea “a”, do inciso XXXIV, do artigo 5º, da Constituição.

Nesse ponto, bom frisar que, embora a Carta Política não preveja expressamente a existência do instituto, também não a veda, e pode ser compreendido como medida de concretização dos princípios da igualdade (artigo 5º, *caput*, CF), do devido processo legal (artigo 5º, LIV, CF), do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, CF). Viável, ainda, sob a mesma ótica, alegar-se que a segurança pública é direito e responsabilidade de todos (artigo 144, CF).

No plano infraconstitucional, mesmo que não expressamente previsto, o instituto também pode encontrar abrigo e se materializar através dos preceitos contidos no Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei Federal nº 8.906/94), Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527/11), Lei dos Cartórios e de Registros Públicos (Lei Federal nº 6.015/73), Lei de Regulamentação da Profissão de Detetive Particular (Lei Federal nº 13.432/17) e nos Códigos de Processo Penal Brasileiro (Decreto-lei 3.689/41, artigo 5º, §3º e artigos 14, 242 e 268) e Processo Penal Militar (Decreto-lei 1.002/69, artigo 60).

Mas, apesar da clarividente permissão legal para que o Advogado realize tudo o que a lei não proíbe, o Ministério Público é a Instituição que mais levanta sua voz contra a Investigação Defensiva, alegando, dentre outras, tratar-se de investigação paralela à oficial, não prevista em lei e, portanto, absolutamente inconstitucional.

Há críticas, inclusive, sobre a manutenção do sigilo, pelo Advogado, quanto aos elementos de prova que vier a obter e que, por conveniência, não deseje utilizar. Tais críticas, a nosso sentir, são totalmente descabidas, na medida em que o defensor tem o dever de resguardo jurídico dos interesses de seu constituinte e não de expô-lo ao risco do agravamento de sua condição. Aliás, o princípio da não-autoincriminação vem para colocar pá-de-cal nesta discussão.

Tenta-se, desta forma, levianamente criminalizar o exercício da advocacia criminal, como se a luta não fosse pelos direitos e garantias individuais do cidadão, mas sim, pela perpetuação da impunidade.

Esquecem-se, também, que a Investigação Defensiva não é direito exclusivo do cidadão alvo de investigação ou processo criminal, mas também da vítima.

É certo que o Estado possui o ônus da prova da acusação. Mas é fato que quando este dever é exercido de maneira insuficiente ou por métodos ilegítimos, ou, ainda, desprezando-se elementos que favoreçam ao cidadão, não se pode furtar-lhe a possibilidade de lutar por sua inocência, sob o mero pretexto da inexistência de instrumento legal que o permita. Repita-se, nada há no ordenamento jurídico que o proíba. Muito pelo contrário.

Pensar diferente, sob este aspecto, beira, inclusive, ao autoritarismo.

Mas vencer a resistência do Ministério Público à Investigação Defensiva não é o último desafio.

Embora exista o amparo legal para o exercício de tal atividade, e que caiba à Ordem dos Advogados do Brasil o dever de regulamentar o exercício das atividades privativas da Advocacia, é um grande desafio ao Advogado aplicar na prática esta modalidade de atuação profissional.

As características do nosso sistema jurídico, bem como a cultura do país e a criminalidade violenta, além da existência de perigosas associações criminosas, são grandes obstáculos ao exercício da prerrogativa.

Afinal, como ir até uma comunidade para inquirir um traficante? Como inquirir o responsável por um crime de cujo cliente é injustamente acusado? Como inquirir testemunhas sem ser adiante acusado de coação no curso processo?

Teria o Advogado acesso ao objeto de um crime para efetuar sua própria perícia? O local de um crime poderia ser inspecionado por um advogado?

Como fazer valer o requerimento de uma prova que lhe fora negada por um Órgão Público?

Qual é o valor dado à prova colhida por Advogado?

São questionamentos que apenas podem ser respondidos de acordo com a prática em cada caso concreto.

Outro importante desafio que tal instituto irá enfrentar para sua internalização efetiva no Sistema Processual Pátrio, será a sua democratização, para todas as camadas da sociedade.

Isso porque, como é sabido, por sua natureza, a Investigação Defensiva demanda um esforço hercúleo do Advogado para colher a prova (preservando sua segurança de agentes externos) e depois para apresentá-la e fazer com que seja devidamente valorada pelo Estado-Juiz ou Estado-Administração, a depender do caso.

Em assim sendo, evidentemente que um contrato de honorários de investigação defensiva envolverá um custo muito mais elevado do que um simples acompanhamento de inquérito policial ou ação penal, por exemplo.

Como se vê, são grandes os desafios que ainda se impõem para a consolidação do instituto, especialmente pela falta de regulamentação legal e ausência de mecanismos para garantir ao Advogado a segurança necessária durante o exercício desta faculdade procedural, sem receio de represálias, seja por parte de alvos da investigação, seja por parte dos próprios Órgãos do Estado.

A despeito disso, deve o Advogado exercer o seu mister de maneira corajosa e proativa, provocando, se necessário, o Poder Judiciário para ver resguardados os direitos de seu constituinte que deseja se ver beneficiado pela Investigação Defensiva.

Exemplo desse tipo de atuação, em fevereiro do ano de 2018, os advogados Dr^a Flávia Magalhães Artilheiro e Dr^o Charles dos Santos Cabral Rocha, ora articulistas do presente trabalho, quando constituídos para atuar em um caso internacionalmente conhecido por “Operação Ubirajara”, que tramitou perante a Justiça Militar do Estado de São Paulo, objetivando atuar de maneira proativa e, em exercício de Investigação Defensiva para garantir que os acusados não sofressem prejuízo decorrente da própria estrutura processual penal castrense, diligenciaram perante o Batalhão detentor dos documentos de interesse, requerendo-os. Mas lhes foram sonegados.

Ante a negativa, os advogados, então, provocaram o Poder Judiciário noticiando o fato e, ao mesmo tempo, argumentando que as diligências indeferidas pela Administração Públicas eram legítimas e estavam previstas no, aquela época, recentíssimo Provimento 188/18.

Ao decidir sobre o pleito, o MMº Juiz de Direito Presidente da 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo – Dr. Ronaldo João Roth, de forma absolutamente pioneira, reconheceu a aplicabilidade do Provimento, tratando-o como instrumento normativo disciplinador de prerrogativas profissionais do advogado, determinando ao Batalhão da Polícia Militar que fornecesse a documentação requerida pela defesa, sob pena de responsabilização.

Foi esta a primeira decisão judicial no Brasil acerca do tema, entrando para a história, pelo modo arrojado e garantista com que acolheu e reconheceu a Investigação Defensiva, não apenas enquanto uma prerrogativa do advogado, mas principalmente como direito do cidadão alvo de processo criminal.

4.DA CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Conforme previsão Constitucional, o Advogado é essencial Administração da Justiça.

Por outro lado, o Cidadão Brasileiro é detentor de um rol de garantias individuais que fazem parte de sua proteção contra eventual abuso ou arbítrio do Estado em eventual persecução penal, conforme também assegura a Constituição Federal.

O Estado Brasileiro é signatário de Tratados Internacionais, que garantem ao cidadão, sob pena de responsabilidade do Estado, a tutela de suas garantias judiciais.

A própria legislação infraconstitucional, mesmo que discretamente, já alberga tal possibilidade, conforme previsão do artigo 7º, inciso XXI, alínea “a”, do Estatuto da OAB.

Ao contrário do que aduzem as vozes que se levantam contra a Investigação Defensiva, nota-se que o arcabouço normativo-constitucional já prevê um instituto nestes moldes, não havendo qualquer vedação, nem qualquer sombra de dúvidas sobre sua compatibilidade com a Constituição Federal e normas infraconstitucionais.

Não é sem propósito o direito constitucional de petição, que confere ao Advogado poderosíssima faculdade de requerer o que de direito e considerar conveniente diante do caso concreto.

A título argumentativo, deve-se, também, observar, pelo princípio constitucional da paridade de armas, que, se ao Ministério Público, por meio de normas administrativas, que são as Resoluções 181/17 e 183/18, criou-se a figura do PIC (Procedimento de Investigação Criminal), regulamentando-se alegado direito de investigar, não seria lógico e nem jurídico vedar-se à Advocacia.

Frise-se, por oportuno, que o Provimento 188 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil respeita as limitações constitucionalmente impostas e garantidas dos sigilos telefônico, telemático, bancário e fiscal, além da inviolabilidade dos domicílios e intimidade e vida privada das pessoas, não criando qualquer embaraço, instabilidade jurídica ou prejuízo aos direitos e garantias fundamentais de qualquer cidadão.

Em nenhum momento o Provimento excepciona ou despreza direitos ou garantias fundamentais, também não cria novos direitos, mas somente reconhece os já derivados da Carta Política e legislação infraconstitucional, regulamentando-os.

Não é demais recordar que o instituto da investigação defensiva encontra previsão no anteprojeto do Novo Código de Processo Penal, bem como há muitos anos já existe no direito processual penal italiano e norte-americano, portanto, apesar de tardar uma discussão mais aprofundada a respeito no direito brasileiro, trata-se de evolução necessária e inevitável.

5.A PRÁTICA DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E O TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri, competente para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, encontra previsão constitucional na alínea “a”, inciso XXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

O conselho de sentença de um júri é composto por 07 pessoas (artigo 447, do Código de Processo Penal) do povo, que não necessariamente atuem na área jurídica, ou seja, podem participar pessoas altamente esclarecidas ou leigas, desde que não tenham qualquer impedimento legal.

Outras características importantes e fundamentais a esclarecer é o dever de incomunicabilidade do jurado, o qual deve formar sua convicção a partir de sua própria consciência, sem consultar qualquer pessoa, bem como a desnecessidade de fundamentação da decisão dos jurados, seja ela tomada por maioria, seja por unanimidade.

Tais nuances tornam o processo de júri especialíssimo, uma vez que dobra a responsabilidade do profissional do direito que lá atua, pois terá a hercúlea missão de convencer sete pessoas diferentes, ou no mínimo quatro, por vezes todas leigas, de que sua visão sobre o processo, conforme a prova colhida nos autos é a mais acertada.

Por último e não menos importante, é a previsão da soberania dos veredictos proferidos por um conselho de sentença de um Tribunal do Júri, pois a decisão somente pode ser desconstituída quando absolutamente contrária à prova dos autos ou se o processo, por algum motivo, estiver eivado de nulidade insanável e que contaminou a capacidade de julgamento dos jurados. Afora isto, a desconstituição de um julgamento do júri, se revela bastante improvável.

Em razão de tais nuances, o legislador constituinte instituiu como um dos princípios basilares do Tribunal do Júri, a plenitude de defesa, prevista na alínea “a”, do inciso XXXVIII, do artigo 5º, da Constituição.

Diferentemente do princípio da ampla defesa, o qual regula os processos em geral, o princípio da plenitude de defesa confere maiores possibilidades à defesa de um réu em plenário, buscando-se evitar o cometimento de injustiças.

Cabe dizer, sem medo de errar, que o instituto da Investigação Defensiva é plenamente aplicável a inquéritos e processos que tramitam sob a jurisdição do Tribunal do Júri.

Ora, se aos crimes dolosos contra a vida aplica-se o princípio da plenitude de defesa, que sentido faria vedar-se ao cidadão o direito de produzir provas em seu favor, através da investigação defensiva?

Sabe-se que as investigações levadas a efeito por órgãos oficiais, nem sempre se realizam da maneira mais eficiente, seja pela escassez de recursos humanos, técnicos ou pelo

excesso de demanda. Há, também, a parcialidade que pode nortear a coleta da prova, mesmo que por agente público, contaminando-a.

A Investigação Defensiva, nos processos de júri, pode ser, assim, decisiva para a solução de versões conflitantes entre testemunhas, testemunhas e acusados, testemunhas e vítima (quando é sobrevivente); e, vítima e acusado.

Uma simples conversa licitamente gravada e transcrita pela defesa de um acusado, pode ser o divisor de águas em um processo.

A tomada de fotografias e colheita de prova oral em um local de crime, pode determinar os rumos de uma investigação ou trazer elementos que até então os Órgãos Oficiais ainda não detinham.

Uma reprodução simulada dos fatos, pode concluir de forma estreme de dúvidas, que um acusado não poderia estar em dois lugares ao mesmo tempo.

A oitiva de uma pessoa em condições críticas de saúde que não será possível realizar na data aprazada para o júri e poderá contribuir na busca da verdade.

Uma diligência que demonstre má-condução (parcial ou temerária) da investigação em sede policial

A realização de uma perícia que Estado não disponha dos meios para realizar e seja capaz de demonstrar edições ou modificações maliciosas em registros de interceptações telefônicas ou indicar a correta interpretação de uma prova desta natureza.

São diversas as possíveis aplicações do instituto, revelando tratar-se de instrumento muito poderoso e capaz de definir a sorte de um processo.

Corroborando com a assertiva supra, tem-se, a título exemplificativo, o caso conhecido como “Boate Kiss”, que culminou com a morte de mais de uma centena de pessoas, na cidade Santa Maria, Rio Grande do Sul, e o oferecimento de denúncia em desfavor de determinados cidadãos.

Neste caso, valendo-se da prerrogativa profissional da Investigação Criminal Defensiva, uma das defesas, capitaneada pelo Dr. Jader Marques – OAB/RS 39.144, reuniu uma série de matérias jornalísticas que versaram a respeito de diversos e lamentáveis episódios ocorridos no curso do processo envolvendo pessoas do povo com ânimos acirrados e os acusados naqueles autos e suas defesas.

Desde deboches até agressão física aos defensores e tumultos durante as audiências, toda a documentação foi colhida pelo Ilustre Advogado e apresentada nos autos do Processo n. 027/2.13.0000696-7, perante à 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, logrando êxito em comprovar, de maneira cabal, a animosidade havida na aludida Comarca em relação a figura dos réus, obtendo o desaforamento do julgamento.

Mas não é só!

Como o júri é composto por pessoas do povo e os casos que se lhes submetem são os mais variados, é lícito tanto à defesa em Investigação Defensiva, quanto ao Ministério Público, que façam pesquisas a respeito daquelas pessoas constantes da lista de jurados, a fim de verificar sua possível inadequação ou até impedimento para aquele caso concreto.

Há na rede mundial de computadores diversas informações licitamente acessíveis a qualquer cidadão, como a existência (ou não) de processos em que seja parte ou perfis em redes sociais, sendo prudente que o Advogado as consulte.

Também é lícito à defesa, no exercício da Investigação Defensiva, realizar pesquisas a respeito dos “players” (Promotores de Justiça, Assistentes de Acusação e Juízes de Direito) que encontrará em plenário, com vistas a analisar suas estratégias de combate (técnicas de interrogatório, técnicas de inquirição de testemunhas, perfil de debate, se agressivo ou ameno, postura garantista ou inquisidora e etc).

Por óbvio que a juntada de eventuais pesquisas sobre informações acessíveis na rede mundial de computadores acerca dos jurados ou atores processuais, não precisa ser juntada aos autos, a não ser que para subsídio do pedido de exclusão de jurado ou que o Advogado entenda conveniente para a defesa de seu constituinte.

Igualmente possível a realização de diligências a respeito da pessoa da vítima e testemunhas de acusação (quando atuação se der em prol de um acusado) e também sobre pessoa de um acusado e testemunhas de defesa (quando a atuação ocorrer na assistência de acusação), afinal, a informação de que uma pessoa já possui histórico criminal por mentir em juízo ou fora dele, por exemplo, pode ser muito relevante em um caso.

A descoberta de que um delegado de polícia já sofreu diversas acusações por crime de tortura ou que um perito criminal não ostenta tantos predicados como aparenta, da mesma forma, pode interferir de sobremaneira na valoração da prova que o júri dará quando de sua produção, após os debates a seu respeito.

Diante disso, resta evidenciado, além da possibilidade garantida constitucionalmente pelo princípio da plenitude de defesa, a existência de um amplo campo para o exercício da investigação defensiva em processos de júri e que podem determinar o seu destino.

6.– CONCLUSÕES

Já existente em países desenvolvidos e em um estágio bastante avançado em sua prática e debate, a positivação do instituto da investigação defensiva no Brasil mostra-se de rigor para o reequilíbrio e aperfeiçoamento do sistema jurídico punitivo.

O advogado, enquanto artífice da defesa de seu constituinte, deve buscar de maneira ativa e consistente contribuir para a concretização da justiça, inclusive através dos meios que lhe propiciam a investigação defensiva.

Em que pesem respeitosos posicionamentos em contrário, o Provimento 188, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pode ser considerado como legítimo instrumento norteador da atividade do advogado que pretenda atuar de maneira proativa na coleta da prova.

No entanto, apesar da possibilidade de o advogado assim agir, seja perante a Justiça Comum, Justiça Castrense e também no Tribunal do Júri, ainda é nebulosa a aceitação e validação dos elementos de prova colhidos em Investigação Defensiva perante os tribunais pátrios, ante a ausência de um marco regulatório.

Diante deste cenário, eleva-se substancialmente a responsabilidade do advogado, devendo agir nos estritos limites estabelecidos na Constituição Federal, legislação infraconstitucional e no Provimento 188/18, a fim de proteger suas prerrogativas profissionais, os resultados da investigação que engendrou e a existência do próprio instituto como instrumento de trabalho.

Afigura-se, ainda, como inderrogável a necessidade da expressa positivação da prerrogativa, não porque inexista ainda que maneira tácita, no plano jurídico, como já salientado, mas para que seja oponível aos demais atores processuais e procedimentais, atuantes em determinado feito.

E, por fim, mas não menos importante, deve o defensor lutar por seu direito de forma intransigente, além de buscar democratizar o instituto na medida de suas possibilidades e de acordo com a complexidade do caso, evitando que seja concretizável apenas à nata da sociedade.

Evidentemente que nenhuma regulamentação legal abrangerá o tema de forma exaustiva eficazmente pela própria velocidade em que o direito se modifica na era da sociedade da informação, mas há espaço para avanços e os primeiros passos já foram dados.

7.– BIBLIOGRAFIA

American Bar Association. **Criminal Justice Standards for the Defense Function.** Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourt hEdition/> Acesso em: 28 de maio de 2020.

AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. **A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando.** Boletim IBCCrim, São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 21 de maio de 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.527/11 – Lei de Acesso à Informação.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm> Acesso em: 21 de maio de 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm> Acesso em: 21 de maio de 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal.** Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/182956>> Acesso em: 21 de maio de 2020.

Codice di Procedura Penale. Aggiornato al D.L. 30 Dicembre 2019, n. 161. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>> Acesso em 25 de maio de 2020.

BOMFIM, RICARDO. **Tribunal Militar reconhece direito de Investigação Defensiva a Escritório.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-02/tribunal-militar-reconhece-direito-investigacao-defensiva>>. Acesso em 08 de junho de 2020.

BULHÕES, GABRIEL. **Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/gabriel-bulhoes-investigacao-defensiva-paridade-armas>> Acesso em: 30 de maio de 2020.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 21 de maio de 2020.

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188/18.** Disponível em: <<https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>> Acesso em: 20 de maio de 2020.

Indagini Difensive. Istituto Nazionale Scienze Forensi Formazione e Sicurezza. Disponível em: <<http://www.indaginidifensive.it/>> Acesso em 25 de maio de 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das omissões do poder público - 2ª ed** – São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTANA, RAFAEL. **Investigação Defensiva: Uma Necessidade Democrática.** Disponível em: <<https://www.justificando.com/2020/01/22/investigacao-defensiva-necessidade-democratica/>> Acesso em: 20 de maio de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988 – 9ª ed.** - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

SILVA, FRANKLYN ROGER ALVES. **Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico>> Acesso em: 29 de maio de 2020.

SILVA, CÉSAR DARIO MARIANO DA. **A Inconstitucionalidade da Investigação Defensiva Instituída pela OAB.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/cesar-dario-inconstitucionalidade-investigacao-defensiva>>. Acesso em: 10 de junho de 2020.

MACHADO, ANDRÉ AUGUSTO MENDES. **A Investigação Criminal Defensiva.** Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf> Acesso em: 29 de maio de 2020.

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Mato Grosso do Sul. **Decisão inédita na Justiça é um marco à Advocacia Brasileira e à Segurança Pública.** Disponível em: <<http://oabms.org.br/decisao-inedita-na-justica-e-um-marco-a-advocacia-brasileira-e-a-seguranca-publica/>>. Acesso em 08 de junho de 2020.

ROTH, RONALDO JOÃO; BULHÕES, GABRIEL; ARTILHEIRO, FLÁVIA MAGALHÃES. **Novos Tempos no Direito Penal – Investigação defensiva como método de garantia do amplo direito de defesa e contraditório (palestra)** - <<https://amajme-sc.com.br/entrevistas.php>>. Acesso em 10 de junho de 2020.

ROTH, RONALDO JOÃO. **Investigação Defensiva e o Avanço das Garantias dos Advogados na Justiça Militar.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=EEv7OXXo1WY>>. Acesso em 10 de junho de 2020.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Caso Kiss: Concedido Desaforamento para mais dois réus.** (notícia). Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/caso-kiss-concedido-desaforamento-para-mais-dois-reus/>>. Acesso em 11 de junho de 2020.

[1] Art. 14. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

Parágrafo único. As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas.

[2] Operação Ubirajara é como ficou conhecido o maior caso da Justiça Militar Estadual Bandeirante, que investigou e prendeu 54 Policiais Militares pertencentes, à época, ao 22º BPM/M, por suposto envolvimento e conluio com traficantes de drogas atuantes na Zona Sul de São Paulo.

[3] <https://www.conjur.com.br/2019-mar-02/tribunal-militar-reconhece-direito-investigacao-defensiva>, consultado em 08 de junho de 2020.

[4] <http://oabms.org.br/decisao-inedita-na-justica-e-um-marco-a-advocacia-brasileira-e-a-seguranca-publica/>, consultado em 08 de junho de 2020.

[5] Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

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

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;(...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;(...)

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

[7] Artigo 8. Garantias judiciais

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:[...]

comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

[8] Art. 7º São direitos do advogado:(...)

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

a) apresentar razões e quesitos (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

[9] CONSTITUIÇÃO FEDERAL; LEI COMPLEMENTAR Nº 105, DE 10 DE JANEIRO DE 2001; LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018; LEI Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996 e etc;

[10] CF/88, Art. 5º (...) XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

[11]CF/88, Art. 5º (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e

na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 1996)

[12] <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/caso-kiss-concedido-desaforamento-para-mais-dois-reus/> Acesso em: 10 de junho de 2020.