

Ministério Público brasileiro e investigação criminal defensiva: desafios e algumas propostas

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Promotor de Justiça no Estado do Ceará, Brasil

Professor na ESMP – Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará

e no UNIFANOR – Centro Universitário Faculdades Nordeste

Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais

na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

SUMÁRIO: I. ATUAÇÃO DA DEFESA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL: UMA REALIDADE QUE SE IMPÕE. II. PRERROGATIVAS DO DEFENSOR E A EXTRAVAGÂNCIA DO PROVIMENTO N.º 188/2018 DO CFOAB. III. UMA BREVE ANÁLISE DA LEI N.º 13432/2017. IV. ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: CONSOLIDAÇÃO DE UMA TENDÊNCIA. V. A EXPERIÊNCIA ITALIANA: *L'INVESTIGAZIONE DIFENSIVA*. VI. CONCLUSÕES E ALGUMAS PROPOSTAS.

I. ATUAÇÃO DA DEFESA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL: UMA REALIDADE QUE SE IMPÕE

Antes negligenciada pela doutrina e pelos operadores jurídicos no Brasil, aí incluído o Ministério Público, vista como uma espécie de trabalho sujo, talvez porque próximo demais das agruras do episódio criminoso, desde algum tempo se vem percebendo a fase pré-processual de investigação criminal como uma etapa importante na persecução penal. Foi-se sedimentando uma perspectiva de que os direcionamentos dados a uma investigação criminal podem ser determinantes não somente para a tomada de decisão do Ministério Público quanto ao exercício da ação penal (*opinio delicti*) como também para o próprio processo judicial como um todo.

Essa clarividência parece ligada à constatação de que o processo criminal, não raras vezes, pode se apresentar transmutado numa espécie de instância de confirmação ou homologação dos elementos informativos colhidos na investigação criminal. Em casos tais, essa evidência resulta de dois aspectos que se implicam mutuamente e facilmente constatáveis na prática forense: em primeiro lugar, por conta de um acanhado exercício do contraditório, na medida em que a produção de prova, tanto pelo órgão de acusação quanto pela defesa, se limita a certificar a autenticidade e consistência dos elementos pré-processuais; em segundo plano, quando a defesa técnica se restringe a legitimar os estágios processuais (com a defesa preliminar até suas alegações finais) sem cuidar de tomar a iniciativa de buscar fontes de prova por si mesma.

Nesse cenário, observa-se que há aproximadamente duas décadas o Ministério Público brasileiro vem avançando sobre a área de investigação criminal, principalmente, com a ação estratégica de executar por seus próprios meios uma investigação direta e, junto disso, a implantação de políticas de estruturação interna capazes de prover suporte a essa atividade, a exemplo da criação de órgãos próprios de investigação (GAECOs e similares) e de setores de inteligência^[1]. E justamente em decorrência dessa intervenção mais proativa do Ministério Público na investigação criminal, que gerou uma nova demanda para a advocacia – privada ou pública, no caso da Defensoria Pública –, tornou-se mais frequente na doutrina e na jurisprudência nacionais a discussão sobre o papel da defesa na fase pré-processual. Com isso, chegou-se ao ponto de pensar mais a sério sobre a chamada investigação

[1] Talvez como efeito colateral dessa atividade, tem-se alimentado uma desconfiança de que, em sua investigação direta, o Ministério Público dirige suas energias para a obtenção de elementos que possam sustentar uma futura

acusação e não necessariamente a elucidação dos fatos, o que pode resultar em demonstração de inocência ou menor grau de responsabilização do investigado. Daí porque uma melhor regulamentação da investigação crimi-

nal direta do Ministério Público, no contexto de uma reformulação de seu papel na etapa precedente ao processo criminal, se mostra ainda mais urgente e necessária.

criminal defensiva e de perceber-se maior interesse da advocacia sobre esse segmento de atuação profissional^[2].

Para ANDRÉ AUGUSTO MENDES MACHADO, a secular tradição de investigações inquisitoriais gerou uma injusta presunção de credibilidade para os dados colhidos pelos órgãos públicos, enquanto os informes reunidos pela defesa, seja em procedimento próprio ou mesmo nos autos da investigação pública, são vistos com muita reserva^[3]. Quiçá essa reserva, se existente, decorra dos objetivos particulares da atividade em contraposição ao interesse público que sempre deve nortear a investigação oficial^[4].

Podemos definir a investigação criminal defensiva como a atividade investigatória privada, conduzida durante a investigação preliminar oficial ou o processo criminal para a defesa de interesses do sujeito passivo da persecução penal, e tem como fundamento, para alguns, a paridade de armas no processo penal^[5]. Nesse tocante, discordamos daqueles que encontram na paridade de armas um conceito tipicamente endoprocessual, a razão de ser dessa atividade defensiva^[6]. A paridade de armas nada mais é do que uma projeção do princípio da igualdade das partes no

[2] Com efeito, a título de exemplo, em dezembro de 2018 o IBCCrim realizou um curso chamado "Teoria e Prática da Investigação Criminal pelo Defensor". Veja-se em: <https://www.ibccrim.org.br/evento/390-Teoria-e-Pratica-da-Investigacao-Criminal-pelo-Defensor> (acesso em 27.7.2019).

[3] Cf. ANDRÉ AUGUSTO MENDES MACHADO, *A Investigação Criminal Defensiva*, 2009, Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Obtido em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/pt-br.php> (acesso em 26.7.2019).

[4] Exemplo disso pode ser visto no artigo 334, *bis*, do Código de Processo Penal italiano: «1. Il difensore e gli altri soggetti di cui all'articolo 391-bis non hanno obbligo di denuncia neppure relativamente ai reati dei quali abbiano avuto notizia nel corso delle attività investigative da essi svolte».

[5] Essa definição é extraída da redação original do artigo 13.º do PLS n.º 156/2009, atual PL n.º 8045/2010, que vem tramitando na Câmara dos Deputados e trata do Anteprojeto de Código de Processo Penal. MENDRONI a chama de "investigações privadas", para alcançar também a investigação feita pela vítima. Em seu entendimento,

desde que não encontrem impeditivo legal, pela restrição de atuação delegada aos órgãos públicos, poderão ser realizadas. Cf. MARCELO BATLOUNI MENDRONI, *Curso de Investigação Criminal*, 3.ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, pp. 253-4. Veja-se também a respeito de seu conceito e natureza jurídica: RENATO BRASILEIRO DE LIMA, *Manual de Processo Penal*, v.I, 2.ª ed., Niterói: Impetus, 2012, pp. 224-25.

[6] Veja-se a respeito: ANDRÉ AUGUSTO MENDES MACHADO, *ob. cit.* Defendendo que a investigação defensiva reforça ao investigado a possibilidade de maximizar a ampla defesa e o contraditório diferido, fomentando a