

Universidade Federal de Juiz de Fora
Faculdade de Direito

Matheus Carvalho Moreira

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO
PRESSUPOSTO DA PARIDADE DE ARMAS NA DINÂMICA
DO PROCESSO JUSTO**

Juiz de Fora
2014

Universidade Federal de Juiz de Fora

Matheus Carvalho Moreira

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO
PRESSUPOSTO DA PARIDADE DE ARMAS NA DINÂMICA
DO PROCESSO JUSTO**

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como um dos requisitos à obtenção do título de bacharel em Direito, sob orientação da Professora Marcella Alves Mascarenhas Nardelli, na área de concentração do Direito Processual Penal.

Juiz de Fora

2014

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO PRESSUPOSTO
DA PARIDADE DE ARMAS NA DINÂMICA DO PROCESSO**

Matheus Carvalho Moreira

BANCA EXAMINADORA

.....
Prof^a. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli
Orientadora

.....
Prof. João Beccon de Almeida Neto

.....
Prof. Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes

RESUMO

No presente trabalho será feita uma análise sobre a possibilidade de se inserir a Investigação Criminal Defensiva no ordenamento jurídico brasileiro, à luz do Princípio da Igualdade, mais especificamente de seu corolário da Paridade de Armas. Além disso, as outras garantias processuais, tais como Contraditório e Ampla Defesa também embasam a necessidade de se fazer presente o procedimento em estudo. Necessária também uma abordagem a respeito de como a investigação está prevista hoje pelo sistema processual penal pátrio, revelando suas características e suas falhas. Sendo a principal característica existir a investigação preliminar como um procedimento inquisitório, o que se revela como a grande crítica dispensada ao inquérito policial. A seguir será abordado o tema central de estudo do trabalho, a investigação criminal a ser levada a cabo pela defesa, como meio de se tentar atingir um nível mais aceitável de isonomia na fase pré-processual da persecução penal. Tendo como ponto de apoio simultâneo a possibilidade de contraditório na investigação efetuada pela polícia judiciária, como é prevista em nosso ordenamento. Após serão traçadas algumas parcas linhas a respeito de como se dá o procedimento da investigação defensiva no Direito Comparado. Feito isso, não se furta à análise da possibilidade de inserir tal procedimento no atual Código de Processo Penal e à análise, também, do Projeto de Novo Código de Processo Penal, a respeito da previsão ou não do procedimento em estudo neste trabalho. Feito isso, haverá condições suficientes para se concluir que o atual sistema se encontra permeado de falhas, que devem ser sanadas. Sendo que uma dessas grandes falhas, a ausência de contraditório no inquérito policial pode e deve ser sanada com a previsão, estruturação e garantia de execução da investigação criminal defensiva.

Palavras-chave: Investigação; Inquérito Policial; Inquisitório; Contraditório; Paridade de Armas; Processo Justo.

ABSTRACT

In this paper will be analyzed the possibility of inserting the Defense Criminal Investigation in Brazilian law, in the light of the Principle of Equality, specifically its corollary of Weapons parity. Besides, other procedural safeguards, such as adversary system and full defense also sustain the need to observe the procedure described in this study. Also is required an approach as to how investigation is planned today by Brazilian criminal justice system, revealing their features and their flaws. Once the main feature is the preliminary investigation as an inquisitorial procedure, it reveals as the major criticism to the police investigation. Hereafter will be approached the central theme of this work, criminal investigation being conducted by the defense, as a way of trying to achieve a more acceptable level of equality in the pretrial stage of criminal prosecution. Considering as a support the possibility of contradictory in the research leaded by the judicial police, as is provided in our system. After, will be delineated a few lines about how is the procedure of defensive research in Comparative Law. Made it, it can't be ignored the possibility of inserting this procedure in the current Code of Criminal Procedure and also the analysis of the Draft New Code of Criminal Procedure, regarding the prevision or not of the procedure under study in this work. Then, there will be enough conditions to conclude that the current system is filled with flaws that must be corrected. Finally, one of these main flaws, the absence of contradictory in police investigation can and should be solved with the prevision, organization and guarantee fulfillment of criminal defense.

Keywords: Investigation; Police Investigation; Inquisitorial; Contradictory; Weapons Arms; Fair Process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. GARANTIAS PROCESSUAIS E INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	9
1.1. Garantias do Processo	9
1.2. Paridade de Armas.....	11
1.3. Investigação Preliminar	12
2. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E A EXPERIÊNCIA NO DIREITO COMPARADO	20
2.1. Investigação Criminal Defensiva	20
2.2. Contraditório no Inquérito Policial	23
2.3. Experiências no Direito Comparado	25
2.3.1. A Experiência Norte Americana.....	25
2.3.2. A Experiência Italiana.	27
3. IMPLEMENTAÇÃO NA ATUAL SISTEMÁTICA, SUAS DIFICULDADES PRÁTICAS E ANÁLISE DO PROJETO DE NOVO CPP	29
3.1. Implementação da Investigação Defensiva no CPP Brasileiro	29
3.2. Análise do Projeto de Novo CPP	30
3.3. Dificuldades Práticas- Problemas de Estruturação	33
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	37

Introdução

A persecução Penal é o caminho que o Estado percorre a fim de exercer o *jus puniendi*. Persecução significa “perseguição”, que o Estado realiza com o fim de esclarecer fatos possivelmente criminosos. Esta perseguição se dá em duas fases: a fase da investigação preliminar e a fase processual penal. Cada uma dessas fases é regida por um sistema diferente, majoritariamente. A fase da investigação preliminar é inquisitorial e a fase processual é majoritariamente acusatória, ou deveria ser.

Nestes termos, temos que a investigação preliminar é importante no sentido de que o que é buscado é a elucidação dos fatos e o recolhimento de elementos que possam servir de fundamento à segunda fase da persecução, pois deve o órgão ou a parte acusadora lastrear-se em um mínimo probatório para que seja exercido o direito de ação penal. Ou seja, deve existir justa causa para que a denúncia seja oferecida, sendo esta a prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria do mesmo.

Já a fase processual do *jus perseguendi*, é, ou deveria ser, alinhada ao sistema acusatório, onde as partes são atores principais na produção probatória, sendo inegavelmente influentes no resultado final do processo.

No entanto, não se pode perder de vista que, para que o Estado trilhe o caminho da *persecutio criminis* e exerça o *jus puniendi* não podem ser deixadas de lado as garantias processuais, sejam as constitucionalmente previstas, sejam as previstas na legislação ou em pactos internacionais. Tais garantias existem para trazer segurança ao processo e proteger o acusado de possíveis exageros do Estado.

A partir disso, o presente trabalho tem como escopo mostrar como o sistema processual, no que diz respeito à fase pré-processual, está estruturado e as máculas de tal sistema. Isso, a partir da análise de como é o procedimento e como deveria ser, para se guardar maior respeito ao sujeito mais afetado por tal procedimento. Com a presença de tais falhas se pode dizer que o sistema necessita de uma tentativa de se fazer sanar esses erros, e a forma que foi pensada e que é

aqui defendida é a investigação criminal defensiva, que visa fazer com que o procedimento do inquérito policial tenha sobre si a incidência do contraditório e da ampla defesa, além da presença da paridade de armas.

Além disso, deve o Estado fazer com que se respeitem as garantias previstas no sistema para o processo penal, fazendo com que se torne justo e capaz de atingir, ao final, uma decisão mais próxima da verdade e da justiça.

Como ponto crucial do trabalho, temos a defesa da implementação da investigação criminal defensiva como uma alternativa para tentar fazer com que a fase do inquérito seja permeada com o contraditório e a paridade de armas, para que se alcance informações mais próximas da verdade. A partir da implementação da investigação defensiva, o sistema poderá contar com uma forma de se fazer com que o investigado tenha mais segurança e que a justiça realmente seja atingida ao final de todo o processo.

Assim, o primeiro capítulo conta com uma exposição acerca das garantias do processo, garantias que fazem com que o processo se torne justo. Além das garantias, será mostrado como o sistema trata a investigação preliminar, com suas falhas e erros, que precisam ser sanados.

Já no segundo capítulo do trabalho, será exposta a investigação criminal defensiva, como um meio de se tentar corrigir ou, ao menos, minimizar as máculas do sistema da investigação criminal, através da investigação defensiva, além da possibilidade da incidência do contraditório no inquérito policial. Além disso, conta também este capítulo com a explanação da investigação criminal defensiva no Direito Comparado.

O terceiro capítulo deste trabalho traz a necessidade de se incorporar tal investigação defensiva ao sistema jurídico processual penal pátrio, além de trazer também um estudo do Projeto de Novo CPP e da previsão ou não neste projeto da investigação alvo do trabalho. Ao fim do capítulo são mostradas as dificuldades práticas que poderão e provavelmente serão encontradas para a previsão e implantação da investigação criminal defensiva na ordem jurídica brasileira.

1. Garantias Processuais e Investigação Preliminar

1.1. Garantias do Processo

Com a função de assegurar a existência de um Processo Justo, que respeita os direitos das partes e as preserva de uma desigualdade material, as garantias processuais nos trazem balizamentos para o transcorrer do *iter* processual. Sendo observadas tais garantias, tem-se que o processo se torna mais isonômico, se traduzindo no ideal almejado nos dias de hoje, onde ainda não se respeitam plenamente tais garantias.

Algumas dessas garantias podem ser interpretadas como fundamentais à justiça e isonomia processual, sendo de demasiada importância algumas notas a seu respeito neste trabalho, tais como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa e paridade de armas.

O devido processo legal é tido como um conjunto de elementos indispensáveis que fazem com que o processo atinja um ideal de justiça na solução dos conflitos colocados para o Estado dirimir. Tais elementos são listados por Iñaki Esparza Leibar, como asseguradores de “uma determinada forma de processo em torno de valores de equidade, imparcialidade, independência, igualdade, publicidade, racionalidade, certeza e universalidade.”¹

Especificamente em relação ao devido processo penal, diz Rogério Lauria Tucci que:

“(…) especifica-se o *devido processo penal* nas seguintes *garantias*: a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; e, h) da legalidade da execução penal.”²

1 LEIBAR, Iñaki Esparza, 1995, apud TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.64.

2 TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.66.

Conclui-se que o que se pretende é um processo regido por atos previamente estabelecidos, com procedimento já conhecido, que garanta segurança às partes e que traga ao final justiça na decisão, por terem sido observadas as garantias e os ditames de igualdade durante sua marcha.

Outra garantia de suma importância e que deve ser observada para que se atinja um fim de processo justo é o contraditório, que pode ser analisado como a oportuna ciência às partes a respeito do ajuizamento de uma ação e de todos os atos praticados dentro do processo já instaurado. Sendo que o contraditório deve ser real e exercido antes de todas as decisões proferidas no processo. Além da ciência, as partes devem ter a oportunidade de rebater o que lhes foi imputado, se revelando em possibilidade de resistência.

Pode-se afirmar, por fim, que o contraditório pode ser sintetizado, em ciência e resistência. Onde a parte deve ter ciência de todos os atos praticados no processo e a possibilidade de resistir a eles, trazendo sua defesa, de forma ampla, e as provas necessárias à sua alegação.

No dizer de Rogério Lauria Tucci, citando Robert Winness Millar:

“Em epítome, a *regra do contraditório*, inseparável da administração de uma justiça bem organizada, exige, na sua concretização de *garantia* inerente ao *devido processo penal*, a *bilateralidade da audiência*, superiormente sobrelevada por Winnes Millar, no seguinte e enfático texto: ‘A mais destacada das regras analisadas é aquela posta na concepção de que devem ser ouvidas ambas as partes: o *princípio da audiência bilateral* (*Grundsatz des beiderseitigen Gehörs*). Absolutamente inseparável da administração de justiça organizada, encontra igualmente expressão no preceito romano: *audiatur et altera pars* e no provérbio alemão da época medieval: ‘*Eines mannes red ist keine red, der richter soll die deel verhoeren beed*’ (‘A alegação de um só homem não é alegação; o juiz deve ouvir ambas as partes’).”³

Interligada ao Princípio do Contraditório está a Ampla Defesa, garantia prevista constitucionalmente, assim como aquele, que prega a possibilidade e o

“direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da

3 WINESS MILLAR, Robert, 1945 apud TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.169.

causa e as imposições do direito material. A busca da verdade, como meio de acesso ao direito, porque dos fatos é que se originam os direitos, passa a integrar o próprio direito de defesa ou de acesso à Justiça, revolucionando o direito probatório, manietado desde a Idade Média pelas regras de distribuição do ônus da prova, pelas limitações probatórias, por presunções e ficções e pelas provas legais.”⁴

A autodefesa e a defesa técnica, juntas, formam a ampla defesa, instituída com o fim de trazer ao processo todas as possibilidades de informações e provas e, ao final, gerar uma decisão justa e próxima à verdade. Com a possibilidade de autodefesa, o acusado ou suspeito, tem o direito de ser interrogado, trazendo informações acerca de sua versão dos fatos acontecidos, tendo a possibilidade de rechaçar o que lhe é imputado, podendo também se quedar inerte, fazendo uso do direito ao silêncio e de não autoincriminação. Aliada a esta defesa pessoal do réu ou investigado, a defesa técnica é exercida por um profissional habilitado a tal exercício, com condições técnicas para tanto e que detenha capacidade postulatória, trazendo real possibilidade de equilíbrio entre as partes do processo. Unidas, as duas formas de defesa asseguram ao investigado ou acusado a plenitude de defesa.

1.2.Paridade de Armas

Outra garantia que deve ser citada é um princípio de fundamental importância tanto no processo penal, como em qualquer outro ramo processual, o Princípio da Igualdade, que pode ser definido como Paridade de Armas. Tal mandamento exige que as partes tenham total isonomia no que se refere ao tratamento na relação jurídica processual penal.

O que se busca, na realidade, não é só a igualdade formal, descrita nos moldes da legislação referente ao tema, na verdade o ideal é o alcance de uma igualdade material que supra as desigualdades entre as partes de forma suficiente e eficaz. Neste ponto, de crucial importância é a atuação do juiz que pode suprir as

4 GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429>. Acesso em 04 de julho de 2014.

diferenças impostas pela capacidade econômica ou pela realidade social ou até mesmo técnica dos defensores através de uma atuação humana e tendente à busca da isonomia, imprescindível para se alcançar um resultado justo, rente à verdade que se almeja.

Ao fim, se afirma que tanto o legislativo, atuando na criação de leis justas e que reconheçam a igualdade entre os sujeitos que estão nos polos das ações penais, quanto o judiciário, com a atuação dos juízes concretizando e aplicando as leis de forma igualitária, fazendo que a isonomia seja respeitada e aplicada no caso concreto, são importantes para que esse ideal de paridade seja alcançado.

A partir dessa necessidade de tratamento paritário entre os sujeitos do processo penal, se pode dizer que a não aplicação desse primado, ou seja, um tratamento desigual pode gerar prejuízo demasiadamente grande à parte. Neste sentido:

“Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, (...), a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.”⁵

1.3. Investigação Preliminar

Avessa a esse ideal de paridade e isonomia está a realidade do nosso processo penal como um todo. Além disso, a fase de investigações preliminares brasileira é marcada com características e procedimentos que a tornam ainda mais desigual, onde o investigado nem de longe tem as mesmas possibilidades ou condições de atuação que tem o órgão que o investiga ou o órgão que supervisiona tal investigação, incumbido da ação penal logo após.

5 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Antes de qualquer exposição sobre os problemas encontrados no inquérito policial, devemos discorrer sobre o que é o inquérito, com suas características e traços marcantes.

O inquérito policial é um procedimento administrativo preliminar, ou pré-processual, que tem por finalidade a reunião de elementos de informação direcionados ao Ministério Público, que nele se baseará para formar sua “opinio delicti”, ajuizando ou não a ação penal. Portanto, o inquérito deve lastrear a justa causa para a ação penal, quando necessário. Isto, porque é procedimento disponível, pois o representante do órgão acusador pode já contar com elementos que corroboram sua “opinio delicti”. Também pode-se dizer que é direcionado ao juiz, pois é nele que este se baseará para decidir sobre o recebimento ou a rejeição da exordial acusatória.

Como é sabido, a investigação preliminar no sistema jurídico brasileiro é atribuição da “polícia judiciária”, polícias civil e federal, que têm atribuições definidas na Constituição Federal, Código de Processo Penal e legislação esparsa a respeito do tema, delineando sua atuação e lhe conferindo poderes e discricionariedade para desenvolver sua atividade.

É isento de dúvidas que esta forma de se apurar os fatos, através da polícia, não é a melhor possível. Pode-se afirmar tal coisa com base na realidade encontrada nos inquéritos e nos processos penais brasileiros. Tais procedimentos estão cheios de falhas, principalmente em sua execução, onde não são observadas as garantias necessárias, tais como contraditório, presunção de inocência, ampla defesa e não são respeitados os direitos das pessoas envolvidas, principalmente do sujeito mais fraco, o suspeito.

Deve-se ter em mente que, além do exposto, o inquérito é regido pelo sistema inquisitório, que se estabelece sobre uma base totalmente contrária à do sistema acusatório, onde o juiz reúne as funções de acusar, provar e julgar, tendo como pilar a “infalibilidade”, pois o que se sustenta é que o juiz, atuando dessa forma, conseguirá sempre alcançar a verdade. Está fincado, tal sistema, em bases que afirmam a verdade absoluta, que não admitem o erro.

Neste sistema não está presente o contraditório e a possibilidade de defesa pelo acusado, além de serem seus atos, geralmente, escritos e secretos, contrariamente ao sistema acusatório, que tem por regra a publicidade e a oralidade dos atos. Não existe dúvida que o sistema inquisitório é permeado de falhas, a começar pela posição do juiz, que abandona a postura de imparcialidade, adentrando na seara de parte com iniciativa probatória, sempre em busca da “verdade absoluta”. E é buscando tal verdade que o julgador não respeita todas as possibilidades para se analisar o fato, pautando-se sempre por um caminho preconcebido, tendente quase sempre à acusação e condenação do sujeito.

Conforme Rangel:

“O sistema inquisitivo, assim, demonstra total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser banido das legislações modernas que visem assegurar ao cidadão as mínimas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana.”⁶

De outro lado está o sistema acusatório, regente da fase processual da nossa *persecutio criminis*. Tal sistema é marcado pelo protagonismo das partes e pela inércia do julgador frente ao que lhe é apresentado. As partes, de acordo com o sistema acusatório, estão em polos distintos e equidistantes, devendo ser dispensado a elas tratamento isonômico, como também devem ser garantidos meios para que possam proporcionar as provas necessárias e que entendam fundamentais ao processo. Portanto, têm as partes, neste sistema, iniciativa probatória, devendo buscar, utilizando de meios lícitos e idôneos, elementos capazes de demonstrar a verdade acerca do que alegam no processo.

Por outro lado, o julgador se encontra em uma posição de inércia, esperando as partes realizarem o esforço probatório necessário, para, aí sim, exercer sua atividade decisória. Nota-se que assim o magistrado se mantém como terceiro imparcial, não ostentando poderes probatórios e se distanciando do ranço do juiz inquisidor, que atua ativamente na produção probatória. Então, não se justificam os poderes probatórios do juiz como meio de se chegar à “verdade”, que

6 RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p 49.

deve ser atingida pelas partes em seu protagonismo probatório, com seu esforço em demonstrar a veracidade do que alegam.

O sistema acusatório, conforme Rangel:

“antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, **o juiz é o órgão de aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado**; o autor é quem faz a acusação (imputação penal + pedido), assumindo, segundo a nossa posição, todo ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade [...] (grifo nosso).”⁷

É de se destacar que no sistema acusatório está presente a figura do contraditório, onde as partes têm ciência do que é colocado contra si e têm a oportunidade de rebater o aduzido pela outra parte e provar o contrário, resistindo ao que é alegado pela parte contrária, sendo, assim, maximizada sua defesa.

Ilustrativamente, é pacífico, ou quase isso, na doutrina pátria que o Ordenamento Processual Penal Brasileiro adotou um sistema que seria misto, protagonizado pelo modelo inquisitório na fase pré-processual e pelo sistema acusatório na fase processual propriamente dita.

Admite-se que o tal sistema misto não passa de uma falácia, sendo totalmente inquisitório na fase pré-processual e apresentando ares de acusatório na fase processual. Isto porque, quem assim entende, assevera que o julgador no mais das vezes julga com base nas provas inquisitórias produzidas no inquérito, que estão presentes no processo e as “envolve” com fundamentos retirados do processo, como forma de justificar sua decisão.

“o sistema, assim, é tomado como acusatório somente enquanto discurso porque não há, por definição, um sistema com tal natureza, de modo que o dizer misto, aqui, é o reconhecer como um sistema inquisitório que foi recheado com elementos da estrutura do sistema acusatório (por ex: exigência de processo devido, de contraditório, de parte, etc.), o que lhe não retira o cariz inquisitório”⁸

7 RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. P 50.

8 COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Fundamentos à Inconstitucionalidade da Delação Premiada. Boletim IBCCRIM ano 13 nº 159 fev/2006. p.02.

Deve-se ter em mente, após as explicações acerca das características e delineamentos sobre a investigação preliminar brasileira, que sobre este procedimento dirigido pela autoridade policial existe o controle externo pelo Ministério Público, órgão ao qual é incumbida a acusação formal, que além de exercer o controle externo sobre a atividade policial, tem o poder de requerer diligências (artigo 13, inciso II, do Código de Processo Penal), direcionando totalmente as investigações no sentido que a acusação entende ser o melhor. Assim sendo, percebe-se total submissão da polícia ao Ministério Público, pois não têm as instituições policiais total liberdade de proceder, devendo sempre se pautar no que o *parquet* entende ser o caminho mais apropriado à investigação e à realização de seus atos. Neste sentido:

“(...) a Psicologia e a experiência prático-profissional ensinam que quem investiga determinados fatos precisa previamente formular determinada hipótese acerca desses fatos, que a subsequente investigação confirmará ou não. Ocorre que *tal hipótese tende a condicionar o próprio desfecho das investigações*, tornando o investigador (de forma consciente ou não) *receptivo* àqueles elementos informativos que corroboram sua própria hipótese inicial, e *hostil* com relação aos demais (que a desmentem).

Assim sendo, não é correto considerar as investigações policiais ou ministeriais perfeitamente aptas a obter quaisquer elementos informativos favoráveis ao acusado.

Além disso, é inegável que tanto a Polícia Judiciária quanto o Ministério Público desempenham funções relacionadas ao exercício do poder punitivo estatal. Por esse motivo, é no mínimo discutível a imparcialidade desses órgãos(...).”

Deve ser igualmente ressaltado que muitas vezes os prazos processuais e/ou o clamor da opinião pública pressionam a Polícia Judiciária e o Ministério Público a encerrar com presteza a fase de investigação preliminar do crime. Nessa conjuntura, a pressão para se “*solucionar o caso*” rapidamente não permite sejam adequadamente pesquisadas todas as possíveis linhas investigativas e fontes de prova favoráveis ao investigado.”⁹

Ainda:

“(...) Na prática, o promotor atua de forma parcial e não vê mais que uma direção. Como afirma GUARNIERI, por sua própria índole, o promotor está inclinado a acumular tão-somente provas contra o imputado. Ao transformar a investigação preliminar numa via de mão única, está-se acentuando a desigualdade das futuras partes, com graves prejuízos para o sujeito passivo. É convertê-la em uma simples e unilateral preparação da

9 MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. Disponível em: <http://www.malanleaoadv.com.br/artigos/investigacao_defensiva2.pdf>. Acesso em 28 de junho de 2014.

acusação, uma atividade minimalista e reprovável, com inequívocos prejuízos para a defesa.”¹⁰

Portanto, os atos de investigação preliminar, de fundamental importância na lógica do processo penal brasileiro, tendem à parcialidade, o que não é nada bom para o desfecho da relação processual, ao final. Explica-se: inicialmente, a investigação é totalmente significativa, ou melhor, imprescindível para a verificação da veracidade dos fatos potencialmente criminosos. Potencialmente, pois até o fim do processo, não se tem certeza do que realmente aconteceu e quem foi o autor de tal fato. De tal importância, infere-se que todos os cuidados devem ser empregados no proceder da investigação, ou seja, todas as formas de se apurar as informações obtidas devem ser levadas em consideração, assim também como todos os lados devem ser ouvidos e ponderados.

Não sendo assim procedimentalizado, ou seja, não sendo levadas em conta todas as informações obtidas nas investidas investigativas da polícia, ou não sendo ponderadas todas as hipóteses, principalmente as “favoráveis” ao suspeito, sendo, portanto levadas em consideração somente as linhas investigativas favoráveis à acusação e à consequente condenação do sujeito, é certo que tal parcialidade levará a um prejuízo de imensa monta para o suspeito, tanto na investigação, quanto na fase processual, pois suas teses defensivas não serão aventadas, muito menos valoradas em uma futura decisão sobre o caso. Isso porque, sabe-se que na realidade do processo criminal, os atos de inquérito são levados em consideração quase sempre, para não se dizer sempre, pelo magistrado, ao proferir uma sentença condenatória, indo de encontro com o entendimento legal, doutrinário e jurisprudencial.

Deve-se ter em mente, no entanto, que existem provas cautelares, irrepetíveis e que foram produzidas antecipadamente, devido à necessidade, sob risco de perecimento, etc. Tais provas, como previsto no artigo 155 do Código de Processo Penal, têm o condão de poder fazer parte do fundamento de eventual condenação, apesar de terem sido colhidas na fase de investigação, sem o crivo do contraditório. Portanto, entende-se que devido ao perigo de perecerem ou de não

10 LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009. V.I, P. 249.

poderem ser produzidas, tais provas podem figurar como motivação para a condenação penal, a despeito de não observarem o contraditório em sua produção. Não obstante, existem entendimentos contrários:

“É claro que, ainda que se assegure o acesso e a intervenção do suspeito ou indiciado na produção de provas no inquérito, o que me parece imperioso, sempre poderão existir provas irrepetíveis colhidas antes da sua identificação, como exames cadavéricos, de corpo de delito, de local ou de armas, ou ainda testemunhas que vieram a falecer ou não mais possam ser encontradas. Essas provas não podem constituir fundamentos essenciais de uma condenação, pelo desrespeito ao princípio do contraditório (*Cesar*). Essa questão, assim como outras, em que se contrapõem as garantias fundamentais do processo e a eficácia da repressão criminal, em especial no combate ao crime organizado, não podem, entretanto, ser aqui examinadas com a necessária profundidade.”¹¹

Outro ponto que merece algumas linhas é o caso da prevenção, onde o juiz que atua no processo na fase de investigações preliminares é o competente para fazer processar e julgar o caso. Uma falha de enorme monta no sistema processual penal brasileiro, pois o juiz que tem contato com as informações obtidas sem o contraditório está contaminado e não deveria julgar o processo. Isso, porque as informações obtidas no inquérito policial não são suficientes para futura condenação, por não ter sido observado o contraditório judicial. Assim, o juiz que já teve contato com tais informações se encontra contaminado e possivelmente tendente a condenar o réu, mesmo que as provas de acusação não sejam repetidas sob o contraditório judicial.

Tentando suprir tal falha, o Projeto de Novo CPP traz previsão do juiz de garantias, aquele que atua na fase das investigações. Este juiz, de acordo com previsão do projeto, está impedido de funcionar no processo, devido justamente à contaminação pelos elementos coletados longe dos auspícios do contraditório.

Majoritário entendimento doutrinário e jurisprudencial é no sentido de que, como envolvido pela inquisitorialidade, o inquérito não pode lastrear condenação

11 GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429>. Acesso em 04 de julho de 2014.

criminal “per se”, devendo as provas que foram colhidas nesta fase serem repetidas em juízo, sob os auspícios do Princípio do Contraditório.

“Ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em testemunhos prestados no inquérito policial, sob o pretexto de não se haver provado, em juízo, que tivessem sido obtidos mediante coação (STF, Primeira Turma, RE 287658/MG , rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16/09/2003, grifo meu).”¹²

No entanto, pode-se dizer que não é bem assim que ocorre na realidade de nosso judiciário, isto porque é fato que existem inúmeras decisões proferidas baseando-se em elementos colhidos na fase pré-processual, até porque muitos depoimentos, por exemplo, são modificados na fase processual. Após, em sua motivação, o magistrado prepara um discurso fundamentando seu “decisum” nas provas colhidas sob o crivo do contraditório, para envolver de legalidade sua sentença.

Neste sentido, Aury Lopes Júnior:

“(…) A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase. (...)”¹³

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Recurso Extraordinário. RE 287658 MG. 1ª Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, DJ 03-10-2003 PP-00022 EMENT VOL-02126-02 PP-00408.

13 LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009. V.I, P. 71.

2. Investição Criminal Defensiva e a Experiência no Direito Comparado

2.1. Investição Criminal Defensiva

Como possível forma de sanar ou ao menos diminuir os defeitos que hoje nosso sistema apresenta, temos a investigação criminal defensiva, tema nuclear do presente trabalho, que apesar de estranha ao ordenamento brasileiro, é tema recorrente em discussões acadêmicas e doutrinárias no Brasil e fora dele. De fundamental importância se envolve tal matéria, pois no processo penal moderno, dito e idealizado como acusatório, onde as partes exercem papel principal no levantamento de questões e na produção probatória e o juiz se queda inerte, envolto pela imparcialidade, não se admite que uma parte tenha preponderância sobre a outra, tanto formal quanto materialmente.

Não se tolera, portanto, que a parte acusadora detenha todos os meios e instrumentos para produzir sua prova destinada à condenação do réu, e este tenha simplesmente que esperar a decisão, assentado em um banco, assistindo a tudo. Sob pena de o resultado ser catastrófico ao acusado, à sociedade e ao sistema jurídico nacional, que se revelaria inócuo e incapaz de resolver de modo justo os conflitos colocados à sua frente. Como é o que acontece:

“Ao lado da cifra da ineficiência – que corresponde ao número de culpáveis que, submetidos a juízo, restam impunes ou são ignorados – está a cifra da injustiça, relacionada aos ainda mais graves casos de inocentes processados e às vezes condenados. Se a primeira pode ser justificada (até porque a sociedade é criminógena, todos delinquimos!), a cifra da injustiça resulta absolutamente injustificável. É, sobretudo, produto das carências normativas ou da ineficácia prática das garantias penais e processuais, dispostas precisamente como diques contra as arbitrariedades e o erro, e é tanto maior quanto mais cresce o poder judicial de disposição – poder esse ilegítimo juridicamente e politicamente injustificável.

A nosso juízo, **a função de evitar acusações infundadas é o principal fundamento da investigação preliminar**, pois, em realidade, evitar acusações infundadas significa esclarecer o fato oculto (juízo provisório e de probabilidade) e com isso também assegurar à sociedade de que não existirão abusos por parte do poder persecutório estatal. Se a impunidade causa uma grave inquietação social, mais grave é o mal causado por processar irresponsavelmente um inocente.”¹⁴

14 LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009. V.I, P. 232.

O sistema ideal deve ter como característica o respeito às garantias, que devem estar presentes em todos os momentos da persecução, até mesmo na fase pré-processual. Daí se conclui que a investigação defensiva está apta a fazer com que tais garantias sejam respeitadas e os direitos constitucionais sejam concretizados, levando a que um resultado justo se produza ao final da persecução.

Assim, partindo-se da necessidade de um processo paritário, se concebe a investigação defensiva como necessária para que o imputado reúna toda informação e prova necessária para embasar suas teses defensivas, como contraponto à investigação policial, que tem como objetivo reunir elementos para amparar a *opinio delicti* do Ministério Público.

A investigação defensiva viria, então, para tentar sanar as lacunas do procedimento como é hoje delineado, onde o investigado não tem possibilidade alguma de agir para tentar provar sua inocência ou a ausência de justa causa para a ação penal. Deve-se proporcionar, portanto, ao suspeito a possibilidade de exercer um papel mais ativo na fase pré-processual, pois é ele o principal interessado nos resultados das investigações, porque é sobre ele que recairá qualquer tipo de consequência ao final do processo penal.

Logo, a investigação realizada pela defesa visa a garantir a ampla defesa, facultando ao defensor buscar fontes de prova e recolher dados essenciais “à comprovação de seus argumentos e que podem evitar o advento da ação penal.”¹⁵

“Diante disso, um verdadeiro e justo processo penal acusatório deve assegurar que acusação e defesa tenham oportunidades equânimes para sustentar as suas teses, inclusive durante a instrução preliminar. Até porque, nesta fase, já existe imputação em sentido amplo e, por conseguinte, o inegável interesse do imputado em demonstrar sua inocência.

Logo, se um ordenamento jurídico prevê procedimento investigatório público, de cunho nitidamente acusatório, é imprescindível que admita também a investigação autônoma do crime pela defesa.”¹⁶

15 MACHADO, A.A.M. A Investigação Criminal Defensiva. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009.

16 MACHADO, A.A.M. A Investigação Criminal Defensiva. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009.

Em termos de aplicação da investigação defensiva, deve-se afirmar que o suspeito deve ser notificado a respeito de procedimento investigatório estatal instaurado contra si, para que possa constituir advogado e este proceder à sua investigação. Para tanto,

“o imputado deve ser comunicado do procedimento criminal com a maior antecedência possível, para que possa providenciar defensor, privado ou público, o qual verificará a necessidade de efetuar atos investigatórios.”¹⁷

Não se pode perder de vista que a atividade desenvolvida pelo defensor deve-se pautar pelos limites já impostos à atuação estatal de respeito aos direitos dos sujeitos e garantias dos envolvidos.

Além disso, o defensor pode não ter conhecimento técnico específico para realizar determinada diligência ou recolher um elemento de prova, assim sendo, teria o poder de nomear assistente para realizar perícias e confeccionar respectivos pareceres técnicos.

As atividades desempenhadas na forma de investigação realizada pelo defensor deverão ser registradas e documentadas, na forma a ser determinada pela norma, para que não sejam alvo de dúvidas e questionamentos a respeito de sua veracidade. A partir daí, o defensor, quando achar oportuno e conveniente, seguindo sua estratégia de atuação, revelará o que foi coletado e documentado.

“Com efeito, a defesa, por meio de sua investigação privada, procura, de um lado, afastar as imputações trazidas pela acusação, e, de outro, comprovar as suas proposições, pelo menos até o ponto em que a dúvida penda a seu favor. Portanto, o defensor introduzirá os elementos defensivos nos autos do procedimento criminal conforme o seu propósito na persecução penal (se pretende o arquivamento do feito, ainda na fase preliminar; se pretende a absolvição do acusado em julgamento de mérito; se pretende evitar alguma medida coercitiva, física ou patrimonial; ou ainda se pretende apenas restringir o objeto da imputação).”¹⁸

Também não se pode deixar de destacar que os elementos colhidos pela defesa em sua eventual investigação seriam vistos com desconfiança, até porque a defesa atua patrocinando interesses privados. E, para garantir confiabilidade aos

17 MACHADO, A.A.M. A Investigação Criminal Defensiva. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009.

18 MACHADO, A.A.M. A Investigação Criminal Defensiva. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009.

dados aportados pela defesa, “o legislador deve regular adequadamente os atos investigatórios do defensor, prescrevendo, no mínimo, os mesmos requisitos impostos aos órgãos públicos”.¹⁹

A partir disso, cabe ao defensor analisar se o magistrado agiu com isenção e sopesou de forma equânime o que fora apresentado pela acusação e pela defesa, através da motivação.

Como resultado, ao final, se terá um procedimento ou conjunto de procedimentos, um estatal e um privado a ser realizado pela defesa, que farão com que os direitos do sujeito sejam respeitados. Além disso, o conseqüente processo penal terá menos chances de ser injusto e resultar em uma decisão que condene um inocente. Chegando muito mais próximo ao Processo Justo, com o respeito às garantias, como contraditório e ampla defesa.

2.2. Contraditório no Inquérito Policial

Além da possibilidade de se fazer entranhar em nosso sistema processual penal a investigação criminal defensiva, existe, como alternativa ou como uma solução a ser pensada em conjunto com dita investigação, a possibilidade de a defesa participar das investigações desenvolvidas pelo órgão encarregado, polícia judiciária, atuando em conjunto com a garantia do contraditório, para garantir que os direitos e interesses de seu patrocinado sejam respeitados.

O que se via antes da promulgação da Carta Magna em 1988, e que ainda se vê nos dias de hoje, é o rechaço total à possibilidade de incidência do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, trazendo tal procedimento inquisitório como alheio a estas garantias processuais.

Neste sentido, José Frederico Marques:

“Ao contrário do que pensam alguns, não se deve tolerar um inquérito contraditório, sob pena de fracassarem as investigações policiais, sempre que surja um caso de difícil elucidação. (...) Nesse ponto, foi sábio o Código,

19 MACHADO, A.A.M. A Investigação Criminal Defensiva. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009.

deixando à discricção da autoridade que preside o inquérito admitir os depoimentos das testemunhas do réu ou do ofendido. A investigação policial não pode ser tumultuada com a intromissão do indiciado. Somente quando o caso a averiguar é duvidoso, deve a polícia atender aos pedidos de prova formulados pelo réu ou pelo ofendido. A necessidade, porém, de praticar tais atos instrutórios fica entregue à apreciação discricionária da autoridade policial.”²⁰

Apesar de ser questão controvertida a possibilidade de existir contraditório no inquérito policial, existem doutrinadores que entendem ser possível e necessária a incidência do contraditório em sede de investigação preliminar, até mesmo porque a Constituição Federal traz previsão a respeito em seu artigo 5º:

“LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”²¹

Assim sendo, após a edição do inciso, passou-se a entender que seria possível a incidência do contraditório e da ampla defesa na fase pré-processual, até porque a norma constitucional menciona “processo administrativo”, e o inquérito nada mais é que um procedimento administrativo. Além disso, a norma também faz alusão a “acusados em geral”, levando a crer que os sujeitos que sofrem qualquer tipo de imputação seriam abarcados por ela.

Ao fim, conclui-se que tem-se que ser garantido o direito de defesa ao suspeito,

“já que sofre imputação em sentido amplo e, atualmente, é visto como sujeito de direitos e não mero objeto da investigação. Reforça a necessidade de direito de defesa, na persecução preliminar, o fato de que, nesta fase, podem ser obtidos meios de prova definitivos, que embasarão eventual acusação ou provimentos cautelares restritivos de direitos individuais.”²²

20 MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I.

21 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 17. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

22 MACHADO, A.A.M. A Investigação Criminal Defensiva. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009.

Ainda:

“Grave problema, que se encontra em franco debate na doutrina e na jurisprudência européias, inclusive na Corte Européia de Direitos Humanos, é o da utilização no processo criminal de provas de acusação produzidas unilateralmente na investigação preliminar, sem a participação do acusado, quando essas provas são irrepetíveis. Parece-me que essa é uma das razões mais candentes da necessidade imperiosa de contraditório no inquérito policial, que a doutrina e a jurisprudência brasileiras, de um modo geral, têm ladeado, apesar do enunciado categórico do inciso LV do artigo 5º da Constituição, que garante aos litigantes, em processo judicial ou *administrativo*, e aos acusados *em geral*, o contraditório e a ampla defesa.”²³

2.3.Experiências no Direito Comparado

2.3.1.A Experiência Norte-Americana

O sistema jurídico americano, *commom law*, se baseia em um conjunto de normas e princípios decorrentes de usos e costumes e da jurisprudência, não havendo o marco da positivação. Pautado no *adversarial system*, onde a gestão probatória é dever das partes, que devem investigar os fatos e instruir o processo, de todas as maneiras possíveis, inquirindo testemunhas, contratando e inquirindo peritos, etc.

A partir do momento em que existe um suspeito, a ele são dispensadas várias garantias, começando pelo direito de defesa, de integridade, intimidade, não auto-incriminação, dentre outras. O direito à prova defensiva abrange tanto a inquirição de testemunhas, como todos os elementos probatórios testemunhais propostos pelo acusado.

Em alguns precedentes judiciais (*caso Strickland* e *caso Cronick*²⁴), as cortes americanas reconhecerem o direito à defesa técnica efetiva, delineando e

23 GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429>. Acesso em 04 de julho de 2014.

24 MACHADO, A.A.M. A Investigação Criminal Defensiva. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009.

aceitando tal procedimento quando a defesa era realmente deficiente. Nas decisões dadas aos primeiros casos sobre a efetividade da defesa, as cortes começaram a discutir sobre o tema, desenvolvendo parâmetros para se estabelecer a efetividade ou não da defesa, incluindo a possibilidade de investigação pela defesa, como um poder/dever para se comprovar a efetividade da defesa.

Fato é que apesar das decisões acima referidas, não foram estabelecidos, no bojo da decisão, parâmetros para analisar o cumprimento do dever dos advogados quando à efetividade da defesa. Decidido ficou que se deve levar em consideração o caso concreto para estabelecer o cumprimento ou não dos deveres dos advogados. Entende-se que servem como parâmetros conjuntos de regras deontológicas, que regem a atuação dos advogados.

Um desses conjuntos de normas ético-profissionais estabelece vários deveres éticos que devem pautar a atuação profissional das partes. Como exemplo, pode-se citar o dever do defensor técnico de propiciar representação efetiva e de qualidade ao acusado, o dever de investigação criminal:

“Norma 4-4.1 Dever de Investigação

(a) O advogado de defesa deve conduzir uma pronta investigação das circunstâncias do caso, e explorar todas as vias que levem a fatos relevantes para o julgamento mérito da causa e a aplicação da pena, no caso de condenação. A investigação deve incluir esforços para obter informação na posse da parte acusadora e da polícia judiciária. O dever de investigar existe independentemente da confissão do acusado, ou de afirmações para o advogado de defesa sobre fatos que configuram culpa, ou a afirmação da intenção do acusado de se declarar culpado.

(b) O advogado de defesa não deve buscar adquirir a posse de elementos de prova pessoalmente ou por intermédio de um investigador quando seu único propósito for o de obstruir o acesso a essa prova.”²⁵

Por fim, fato é que a investigação criminal defensiva é plenamente admitida no sistema jurídico americano, até porque decorre do sistema adversarial adotado nos Estados Unidos. Nota-se também que não há um procedimento positivado, devendo o advogado se pautar por deveres éticos e observar os parâmetros constitucionais.

25 MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. Disponível em: <http://www.malanleaoadvs.com.br/artigos/investigacao_defensiva2.pdf>. Acesso em 28 de junho de 2014.

2.3.2.A Experiência Italiana

Na Itália ocorreu uma reforma no processo penal com a finalidade de suprimir resquícios do autoritarismo do Código Rocco, garantir a efetividade dos princípios constitucionais, etc. Houve, portanto, mudanças no sentido de se extirpar do ordenamento jurídico italiano o sistema inquisitório, promovendo a aplicação do sistema acusatório desde a investigação criminal, ficando o juiz, assim, somente com a função de julgar, preservando sua imparcialidade.

As investigações preliminares (*indagini preliminari*), estão a cargo do Ministério Público ou da Polícia Judiciária e têm por finalidade recolher elementos para embasar a viabilidade da ação penal ou para fundamentar medidas cautelares.

Cabe ressaltar que nesta fase existe um juiz específico que irá atuar a depender de requerimento das partes, tendo por função resguardar os direitos e garantias do investigado. Além disso, deve fiscalizar a atuação do Ministério Público e decidir sobre pedidos feitos por este ou pelas partes.

Com relação ao defensor do investigado, tem este o direito de participar de alguns atos das *indagini preliminari*, ressaltando que alguns atos só são válidos se forem previamente notificados ao defensor, como exames técnicos irrepetíveis, interrogatório, dentre outros.

Não existe contraditório nesta fase pré-processual, isto porque os elementos reunidos não servirão de prova em futuro processo, servindo somente como fundamento a futura ação penal. No entanto, alguns atos, irrepetíveis, poderão ser utilizados como provas no processo, devendo, no entanto, contar com a participação da defesa do investigado.

Além da possibilidade de participar das investigações preliminares, ao defensor foi atribuído o poder de desenvolver sua própria investigação (*indagini difensive*), seguindo as linhas que achar importantes na proteção dos interesses de seu constituinte. Foi possibilitada a investigação pela defesa, como alternativa à investigação pelo Ministério Público, forma de se potencializar o sistema acusatório.

“o pensamento da instituição da investigação também pela defesa foi, na Itália, fruto da verificação de que o Ministério Público, a quem fora passada a supervisão da investigação, conserva uma tendência natural de parte,

posto devesse em tese também colher elementos do interesse da defesa.”²⁶

Paolo Tonini entende que a investigação pela defesa é direito e dever do advogado, direito em relação ao Poder Judiciário, que deve respeitar sua livre realização e direito em relação ao cliente, que tem direito de que todos os atos que possam possibilitar uma defesa mais efetiva sejam realizados.

26 MACHADO, A.A.M. A Investigação Criminal Defensiva. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009.

3.Implementação na atual sistemática, suas dificuldades práticas e análise do Projeto de Novo CPP

3.1.Implementação da Investigação Defensiva no CPP brasileiro

Após tudo que foi dito e discutido no presente trabalho, é de suma importância registrar a necessidade e relevância da incorporação da investigação preliminar defensiva ao ordenamento jurídico brasileiro. Devendo o ordenamento pátrio trazer previsão acerca de tal procedimento e garantir que seja efetivo, de acordo com sua finalidade.

Sabido é que durante a fase pré-processual da persecução penal, qual seja, o inquérito policial, não vigora o sistema acusatório, que rege a fase processual. Portanto, constata-se que a fase pré-processual se pauta pelo sistema inquisitório. Tal fase é primordial para o desenrolar da *persecutio criminis*, pois, como já dito, é nela que se recolhem os elementos que embasarão futura ação penal. Assim, também se infere, que todo tipo de informação conseguida durante as investigações deve ser analisada com cuidado, pois é a partir dessas informações que se chega a um possível suspeito.

Não se pode negar que o inquérito tem um viés ligado à acusação, isso porque as investigações são direcionadas, na prática, para se conseguir comprovar a autoria do crime pelo suspeito, descartando qualquer tipo de linha investigativa favorável à defesa do suspeito. Além disso, o Ministério Público fiscaliza tais investigações e tem poder para requerer diligências, que devem, obrigatoriamente, ser empreendidas pela autoridade policial que preside o inquérito.

A partir disso, constatada essa tendência à parcialidade, é fácil de se reconhecer que deve a investigação criminal defensiva ser prevista e colocada em prática pelo ordenamento processual penal brasileiro, para se assegurar a paridade de armas necessária. Com tal medida, consegue-se chegar mais perto da igualdade concreta idealizada para um processo penal justo. Além de possibilitar que o magistrado tenha mais elementos de informação disponíveis, impedindo que qualquer decisão seja proferida baseada apenas em elementos parciais e que possa gerar injustiça.

“as vantagens da investigação a cargo do defensor são inegáveis e interessam ao panorama processual penal em geral, ‘seja porque permite à defesa preparar-se adequadamente e sustentar a própria tese, seja porque contribui a garantir o direito à prova em qualquer estado e grau do procedimento, seja, enfim, porque se volta a realizar cabalmente o princípio da paridade que, como já dito, constitui uma das pilstras sobre a qual se funda a reforma do justo processo”²⁷.

3.2. Análise do Projeto de Novo CPP

O projeto de novo Código de Processo Penal não mudou muita coisa a respeito da investigação preliminar. O procedimento continua sendo realizado exclusivamente pela polícia judiciária e as criticadas características inquisitoriais ainda estão presentes no inquérito idealizado por tal projeto.

Logo em seu início, o projeto traz a previsão da garantia do contraditório e da ampla defesa, além de garantir a participação do defensor em todas as etapas do processo penal. Além disso, também está previsto que o processo penal será regido pelo Sistema Acusatório. Como se pode ver:

“Art. 3º. Todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais.

Art. 4º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”²⁸

No entanto, tal previsão se refere ao processo penal, ou seja, à fase processual, não abarcando a fase da investigação preliminar. Portanto, não difere em nada do atual Código de Processo Penal, que, teoricamente, também é regido pelo sistema acusatório, apesar de suas várias contradições que, por questões metodológicas e materiais não serão abordadas neste trabalho.

27 AZEVEDO, André Boiani e BALDAN, Édson Luís. “A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provado)” *in* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciência Criminais, n.º 137, abril/2004, pp. 06/08.

28 Brasil. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília : Senado Federal, 2009. 133p.

Continua o inquérito policial marcado pelo Sistema Inquisitório, tendo o inquérito que guardar o “sigilo necessário”. Além do mais, o projeto de novo CPP traz rol das diligências a serem levadas a cabo pela autoridade policial no curso da investigação (art.25). Tais diligências são dever da autoridade, podendo o Ministério Público, motivadamente, requerer outras (art. 26, IV), as quais não poderão ter sua realização negada pela polícia judiciária. Na outra ponta, diz o artigo 27 do projeto que o investigado pode requerer a realização de diligências, que serão efetuadas quando necessárias. Bom, tais previsões em nada alteram a realidade encontrada no atual Código Processual Penal, apenas vêm com roupagem diferente para tentar passar uma imagem de renovação dos procedimentos.

Para corroborar a conclusão de que não mudou muita coisa:

“Art. 12. É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento.

Parágrafo único. O acesso compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material.”²⁹

O acesso do defensor ao material já conseguido pelas investigações continua o mesmo, onde a defesa só pode acessar o que já está documentado, inexistindo a possibilidade de se examinar o que está sendo feito. Isto se, como já acontece, a autoridade policial dispensar boa vontade em franquear o acesso ao defensor, o que na maioria dos casos não ocorre.

Possível mudança pode estar na previsão do juiz de garantias (art.15), que é competente para exarar todas as decisões necessárias no curso das investigações preliminares, estando impedido de funcionar no processo, quando instaurado (art. 17). Tal iniciativa tem como finalidade resguardar a imparcialidade do juiz que julgará o processo, o isentando do contato com os elementos informativos adquiridos nas investigações, que servem de base para quaisquer decisões tomadas nessa fase. No entanto, para dar uma rasteira nesta tentativa de se chegar mais perto da imparcialidade, o artigo 36 do vetusto projeto joga por água abaixo tal coisa ao prever que os autos do inquérito instruirão a denúncia, quando

29 Brasil. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília : Senado Federal, 2009. 133p.

lhe servirem de base. Bom, em quase 100% dos casos o inquérito lastreia a denúncia, portanto, sempre estará presente no processo, junto da denúncia. Assim, apesar de o julgador não ter contato com o inquérito durante sua realização, tudo o que nele constar ficará à disposição de tal magistrado na fase processual, eliminando qualquer tentativa de se chegar próximo à imparcialidade, pois o juiz poderá se basear no inquérito para chegar à convicção que necessita para decidir.

Por fim, vale a transcrição e análise do artigo 14 do Projeto de Novo Código Penal, dispositivo que mais próximo chega ao ideal preconizado neste trabalho:

“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.”³⁰

O artigo acima transcrito nos informa a respeito da possibilidade de a defesa, seja através do advogado ou qualquer outra pessoa com poderes para tanto, proceder à identificação de fontes de prova e entrevista de pessoas. Esta previsão não agrada aos defensores da investigação criminal defensiva, pois em nada ajuda nesta questão. Ela só traz uma cortina, uma tentativa de se mostrar que a defesa tem a possibilidade de fazer algo, o que na prática não existirá. Não foi clara a previsão do artigo a respeito do que, concretamente, a defesa pode fazer, quais atos podem ser realizados e quais tipos de fontes de prova poderão ser identificados. E mesmo que a defesa identifique uma fonte de prova, o que fazer com ela? Remeter à autoridade policial, que poderá ou não diligenciar, discricionariamente, para conseguir elementos probatórios concretos? Qual o peso dessas fontes de prova, ou seja, que valor terão no inquérito policial?

Afirmativamente, pode-se, sem delineamentos extras, dizer que nada mudou no Projeto de Novo Código de Processo Penal no que diz respeito à investigação pela defesa e à implementação do Acusatório na fase pré-processual.

30 Brasil. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília : Senado Federal, 2009. 133p.

3.3.Dificuldades Práticas – Problemas de Estruturação

Apesar de se defender a previsão, estruturação e aplicação do instituto da investigação preliminar defensiva, não se pode fugir à realidade e dizer que tudo estaria resolvido. Ponto importante diz respeito à possibilidade financeira e técnica de a defesa proceder à investigação, isso porque, a uma, o investigado pode não ter recursos para arcar com os honorários advocatícios, que é a regra, a duas, o defensor pode não contar com atributos técnicos o suficiente para proceder da melhor maneira, deixando a defesa defasada.

A forma de se resolver tais tipos de dilemas é o próprio Estado fornecer o meio necessário, além de implementar o procedimento da investigação criminal defensiva, para que tal investigação aconteça. E o modo mais viável seria através da Defensoria Pública. Pois cabe a esta instituição de atendimento aos hipossuficientes prestar a assistência judiciária gratuita, de forma a não deixar sem amparo técnico quem não pode arcar com as custas processuais e honorários advocatícios.

Neste sentido o artigo 5º de nossa Constituição:

“LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”³¹

Além do artigo 134, que diz:

“Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”³²

Portanto, partindo da análise da Constituição Federal é fácil perceber que tal instituição é, por excelência, o caminho correto para resolver tal questão. Devendo o Estado estruturar e aparelhar a Defensoria Pública, seja da União, seja

31 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 17. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

32 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 17. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

dos Estados, para atender a tal demanda. Até porque as Defensorias, em geral, não têm estrutura suficiente para suportar nem as atuais demandas, quanto mais para suportar uma nova demanda que exigirá esforços, tais como deslocamentos a delegacias a qualquer horário do dia ou da noite, sem se esquecer dos finais de semana, feriados, férias, recessos, etc. Por tudo isso que o Estado além de ter de estruturar o Judiciário e a Polícia para atender a este novo tipo de procedimento, tem de estruturar também as Defensorias Públicas para exercer com excelência esse múnus que, sem sombra de dúvidas, tornaria nosso sistema mais isonômico e instituiria a Paridade de Armas, levando a um Processo Justo.

Considerações Finais

Por fim, não se pode negar que o que foi defendido no trabalho seria uma tarefa árdua e extremamente trabalhosa, tanto para o legislador, quanto para o aplicador do Direito, pois não é nada fácil mudar um sistema que já está consolidado há muitos anos.

O legislador teria que trabalhar incansavelmente para encontrar um ponto certo para fazer inserir a investigação defensiva no sistema jurídico nacional. Também o operador do Direito teria que se abrir a esta nova realidade e se adaptar a ela. Concorda-se que nada disso é tarefa fácil e rápida. Seria necessário muito tempo de discussão para se chegar a um ponto comum e muito boa vontade para se estruturar o aparelho jurídico e administrativo estatal para acolher tal procedimento. Boa vontade essa que, não se pode negar, muitas vezes falta aos representantes do Estado.

Porém, não se pode perder de vista que o sistema, como é hoje, está repleto de falhas e necessita urgentemente de reformas. Essas falhas, infelizmente, mais afetam a pessoa mais fraca na relação, o suspeito ou o acusado, que, além de já sofrer com os procedimentos criminais, ainda sofre com os erros cometidos em seus meandros.

E tais falhas devem ser corrigidas, sob pena de o sistema se tornar cada vez mais injusto e insatisfatório aos fins para os quais foi criado. Portanto, apesar das deficiências do Estado, seja em termos de estrutura, recursos materiais ou humanos, o ente estatal não pode medir esforços para que tudo seja executado da maneira mais satisfatória e isso inclui a investigação preliminar, que deve ser executada da melhor forma, para se chegar perto da verdade e se atingir a justiça em uma futura decisão.

A investigação defensiva vem para se tentar chegar mais perto de tal ideal e, mesmo com todos os problemas que podem aparecer, o Estado deve empregar esforços para que seja pensado um modo de se fazer inserir no sistema jurídico brasileiro esse procedimento, que em muito alteraria a realidade, claro que para melhor. Tal procedimento serviria para minimizar os efeitos mui negativos que

ocorrem hoje, fazendo com que as garantias constitucionais e as garantias não positivadas, mas firmemente aceitas, sejam aplicadas ao caso e os procedimentos se tornem meio de se atingir a justiça.

O processo penal, em sentido amplo, tem muito a ganhar com tal procedimento, pois as garantias que tornam o processo justo estariam concretamente mais presentes. O contraditório, a ampla defesa e a paridade de armas vêm para fazer um processo melhor e menos injusto para com o suspeito/acusado. E, se realmente forem respeitadas e aplicadas, a triste realidade passaria a ser alvo de esperança de mudança e melhoria.

Concluindo, a investigação preliminar realizada pela defesa, tem como finalidade se fazer inserir na fase pré-processual as garantias que hoje não se fazem presentes e, assim, fazer com que se tenha um resultado mais justo e seguro, para todos os sujeitos que estão presentes nesta fase. Trazendo, ao fim da fase pré-processual e, claro, da fase processual, um resultado muito mais justo e juridicamente seguro para a sociedade.

Referências Bibliográficas

AZEVEDO, André Boiani e BALDAN, Édson Luís. “A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provado)” *in* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciência Criminais, n.º 137, abril/2004, pp. 06/08.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 17. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília : Senado Federal, 2009. 133p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Recurso Extraordinário. RE 287658 MG. 1ª Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, DJ 03-10-2003 PP-00022 EMENT VOL-02126-02 PP-00408.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Fundamentos à Inconstitucionalidade da Delação Premiada. Boletim IBCCRIM ano 13 nº 159 fev/2006. p.02.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. A Fase Preliminar do processo penal: Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZOULI, Valério de Oliveira. Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica. Organizado por Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010. (Coleção Ciências Criminais, v.4).

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429>. Acesso em 04 de julho de 2014.

MACHADO, A.A.M. A Investigação Criminal Defensiva. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009.

MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. Disponível em: <http://www.malanleoadvs.com.br/artigos/investigacao_defensiva2.pdf>. Acesso em 28 de junho de 2014.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I.

NASCIMENTO, Artur Gustavo Azevedo do. Processo Penal Brasileiro: Sistema acusatório ou inquisitivo garantista?. Âmbito Jurídico.com.br. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2690&revista_caderno=22>. Acesso em: 28/06/2014.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009. V.I.

LOPES JR., Aury. O tempo como pena processual: em busca do direito de ser julgado em um prazo razoável. Âmbito Jurídico.com.br. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=458>. Acesso em 28/06/2014.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação Preliminar No Processo Penal. São Paulo. Editora Saraiva, 2013.

LOPES, Marcus Vinicius Pimenta. A paridade de armas no processo penal. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-paridade-de-armas-no-processo-penal,45031.html>>. Acesso em 28/06/2014.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. 953p.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. É possível condenação com base exclusivamente em provas colhidas no curso de inquérito policial? . Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3247, 22 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21827>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

SOUZA, André Pereira de. O sistema acusatório e a possibilidade de produção de provas pelo juiz na fase pré-processual, conforme o art. 156, I, Código de Processo Penal: aspectos legais e constitucionais. 2009. 74f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – FAPRO – Faculdade Projeção, Taguatinga, DF, 2009. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,o-sistema-acusatorio-e-a-possibilidade-de-producao-de-provas-pelo-juiz-na-fase-pre-processual-conforme-o-art-1,25530.html>>. Acesso em 28/06/2014.

TONINI, Paolo. Manuale di Procedura Penale. 8ª ed.. Milano: Giuffrè, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.