

Promover a pesquisa e o ensino do direito penal e da justiça penal, de diversos modos, é o objetivo do Centro de Estudos instituído pela Universidade de Göttingen. O Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano – CEDPAL (Forschungsstelle für lateinamerikanisches Straf- und Strafprozessrecht) é uma entidade autônoma do Instituto de Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Göttingen e parte integrante do Departamento de Direito Penal Estrangeiro e Internacional.

Nos anos de 2014 e 2015, foram realizados seminários sobre: a sentença da Corte Constitucional colombiana sobre o processo de paz na Colômbia, Polícia no Estado de Direito (textos aqui publicados) e Crime Organizado no Brasil, Reforma Penal no Chile, “Compliance” no Peru e ainda o Curso sobre Fundamentos do Direito Penal e Processual Penal e a Escola de Verão de 2015.

O Centro de Estudos conta com um Conselho Científico integrado por qualificados pesquisadores da América Latina, Europa e dos Estados Unidos da América. O Centro possui uma biblioteca especializada em direito penal estrangeiro e internacional com mais de 13.000 títulos e 100 revistas estrangeiras, dos quais cerca da metade correspondem a obras de direito penal latino-americano, espanhol e português.

Para 2016 estão planejadas outras atividades, como o Curso sobre Direito Processual Penal e Penal Transnacional em português na Alemanha, o seminário sobre a Teoria Penal de Aníbal Bruno e o I Congresso Internacional do CEDPAL em Lima. Ademais, o Centro elabora pareceres sobre questões de direito penal e processual penal latino-americano. Os idiomas de trabalho do CEDPAL são espanhol e português. Outras informações podem ser encontradas no site do CEDPAL: <http://www.cedpal.uni-goettingen.de/>



COORDENADORES

Kai Ambos
Ezequiel Malarino
Eneas Romero de Vasconcelos

Polícia e investigação no Brasil

AUTORES

Daniel Josef Lerner	Nereu José Giacomolli
Eneas Romero de Vasconcelos	Norma Sueli Bonaccorso
Fauzi Hassan Choukr	Paulo César Busato
Geraldo Prado	Priscilla Placha Sá
Gustavo Badaró	Renato Stanziola Vieira
Marta Saad	Rômulo de Andrade Moreira



Kai Ambos
Ezequiel Malarino
Eneas Romero de Vasconcelos

Polícia e investigação
no Brasil

COORDENADORES

Kai Ambos
Ezequiel Malarino
Eneas Romero de Vasconcelos

Polícia e investigação no Brasil

AUTORES

Daniel Josef Lerner	Nereu José Giacomolli
Eneas Romero de Vasconcelos	Norma Sueli Bonaccorso
Fauzi Hassan Choukr	Paulo César Busato
Geraldo Prado	Priscilla Placha Sá
Gustavo Badaró	Renato Stanziola Vieira
Marta Saad	Rômulo de Andrade Moreira



Brasília
2016

1ª edição - 2016
© Gazeta Jurídica Editora e Livraria Ltda ME

CIP-Brasil. Catalogação na fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

P824

Polícia e investigação no Brasil/Daniel Josef Lerner ...[et al.]; coordenação Eneas Romero de Vasconcelos, Ezequiel Malarino, Kai Ambos. - 1. ed. - Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

400 p. : il. ; 16 cm

Inclui bibliografia e índice

ISBN 9788567426358

1. Policiais - Brasil. 2. Investigação criminal - Brasil. 3. Aplicação da lei - Brasil. I. Lerner, Daniel Josef. II. Malarino, Ezequiel. II. Ambos, Kai. III. Título.

16-30019

CDU: 345.81052

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer forma ou meio, inclusive eletrônico. Sanções previstas nos artigos 102 e 104 da Lei dos Direitos Autorais - Lei 9610, de 19 de fevereiro de 1998 e no artigo 184 do Código Penal - Decreto-Lei 2848, de 7 dezembro de 1940.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS PELA

GAZETA JURÍDICA EDITORA E LIVRARIA LTDA ME

SCLS 111, Bloco C, Loja 22, Asa Sul
Brasília - DF - CEP: 70374-530

Diretora: ADRIANA BELTRAME

Presidente do Conselho Editorial: PETRONIO CALMON

IMPRESSO NO BRASIL / printed in Brazil

Coordenadores

Kai Ambos

Professor Doutor Titular de Direito Penal e Processual Penal, Comparado e Internacional da Universidade de Göttingen; Juiz do Tribunal Provincial (Landgericht) de Göttingen; Diretor Geral do Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal da América Latina (CEDPAL), autor de diversos livros e artigos publicados na Alemanha, Espanha, Portugal, Itália, França, Inglaterra, EE.UU. e na América Latina.

Ezequiel Malarino

Professor Titular da Universidade de Buenos Aires e Professor Visitante da Universidade de Trento, Doutor pela Universidade de Macerata, bolsista da Fundação Alexander von Humboldt, Diretor Acadêmico do CEDPAL (Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal da América Latina), autor de diversos livros e artigos publicados na Argentina, na Alemanha e na América Latina.

Eneas Romero de Vasconcelos

Doutorando na Universidade de Göttingen, Mestre em Direito e Estado pela Unb, Professor Faculdade Sete de Setembro, Promotor de Justiça (MP-Ce), Secretário Executivo e Pesquisador do CEDPAL.

12 | Investigação defensiva: diagnóstico e possibilidades no processo penal brasileiro

Renato Stanzola Vieira

1. A importância do tema e a escolha metodológica

A investigação defensiva tem importância central na fase preliminar do processo penal brasileiro, tanto quanto a investigação policial ou até a investigação promovida pelo Ministério Público.¹

Pela relevância que os elementos de informação produzidos na fase preliminar da persecução penal têm para sua continuidade ou encerramento, a atenção que o direito positivo brasileiro dá à investigação defensiva pode ser vista como critério da legitimidade da persecução penal como um todo.

Afinal, se os elementos de informação produzidos na fase investigativa do processo penal,² se constituem em antecipação de futura prova a ser produzida em contraditório ou em meios de prova ou de pesquisa

1 O recorte é feito no modelo de investigação consagrado em inquérito policial ou, excepcionalmente, de forma direta pelo Ministério Público.

2 Conforme a terminologia de Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner, neste texto serão utilizados como sinônimos os termos “investigação preliminar” e “instrução preliminar” (*Investigação preliminar no processo penal* 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 90-1).

de prova irrepitíveis,³ é fundamental que se analisem as justificativas e os limites da atividade defensiva.

Observado isso, neste texto se sustenta que a investigação preliminar não se presta só para a colheita de informações para embasar futura ação penal, mas também e com a mesma importância, para produzir elementos exculpatórios em favor do investigado (*v.g.* alibi, negativa pura e simples de autoria etc).⁴

Como aponta Antonio Scarance Fernandes, “a investigação é fase relevante no processo penal tanto para a acusação como para a defesa. Quem acusa dela depende para poder aparelhar a imputação e obter os elementos que permitam a produção da prova. Quanto à defesa, a prévia investigação é essencial para evitar acusações apressadas e injustas, destituídas de justa causa”.⁵

A investigação preliminar é vista como um “filtro importante às acusações infundadas, temerárias e destituídas de qualquer elemento razoável de que foi determinado sujeito o autor da infração criminal”.⁶

3 No entendimento de Nereu José Giacomolli, “em determinadas situações, na prática forense, os elementos colhidos na fase pré-processual possuem entidade determinante na decisão superior aos colhidos na fase processual, em juízo, como o são as interceptações telefônicas e as provas técnico-científicas.” (*A fase preliminar do processo penal. Crises, misérias e novas tecnologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 99). Sobre a distinção entre *meios de prova* (como instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios são introduzidos e fixados no processo, isto é, canais de informação de que se serve o juiz) e *meios de pesquisa da prova* (que dizem respeito a procedimentos normalmente extraprocessuais com vistas à obtenção de provas materiais), na doutrina brasileira, ver Antonio Magalhães Gomes Filho. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In Flávio Luiz Yarshell; Maurício Zanoide de Moraes (Orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 308-9.

4 Defendendo que a função do inquérito é a de exclusivamente apresentar à acusação os elementos necessários ao oferecimento de denúncia ou queixa: José Frederico Marques. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. 2. Ed. Campinas: Millennium, 2000, p. 168-9. Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo Penal*. V. 1. 34. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 230. André Nicolitt. *Manual de Processo Penal*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 77. Luciano Feldens e Andrei Zenkner Schmidt. *Investigação Criminal e Ação Penal*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 14.

5 Antonio Scarance Fernandes. *O equilíbrio na investigação criminal...* In Flávio Luiz Yarshell, Maurício Zanoide de Moraes (Orgs.). *Estudos em homenagem...*, cit., p. 319.

6 Nereu José Giacomolli. *A fase preliminar...*, cit., p. 51. Também assim, ver Canuto Mendes de Almeida. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais,

Tomada a investigação preliminar como via de mão-dupla no sentido acima aludido de produção de elementos de informação *pró e contra* o investigado, é fundamental cuidar do papel jurídico conferido à defesa (seja o investigado pessoalmente, seja representado por advogado constituído ou nomeado, com o que se cuida da investigação defensiva), e não só à polícia judiciária, como inclusive, quando lhe fizer as vezes na investigação, o Ministério Público.

A reflexão da investigação defensiva no processo penal propicia uma antecipação da repartição de forças entre a parte acusadora e a parte acusada no processo penal (diz-se antecipação porque formalmente não se cogita da existência de “parte” em sentido técnico-jurídico antes de iniciada a ação penal).

Essa perspectiva, de sua vez, deixa claro também que aqui se assume que, conquanto não exista uma pretensão acusatória na instrução preliminar no sentido restrito de demanda posta em juízo (uma ação penal), há atos de imputação, isto é, atribuição do cometimento de um crime a alguém.⁷

Daí se prestigiar, com delimitações da atuação defensiva na instrução preliminar, também a incidência do princípio da paridade de armas entre quem sofre, nessa fase, a carga acusatória e quem, esteja revestido de oficialidade e aparente imparcialidade (no caso dos agentes da polícia judiciária) ou indique os interesses futuros que motivarão pedidos endereçados ao juízo (no caso dos representantes do Ministério Público).

Apresentada a importância do tema, estrutura-se este estudo em três seções, que serão seguidas por breves conclusões.

1973, p. 11. E ainda: Aury Lopes Júnior. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 272. Também: Marta Saad. *O Direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 150-3.

7 Como lembram Luciano Feldens e Andrei Zenkner Schmidt, “é importante lembrar, por outro lado, a necessidade de superação do dogma manualístico no sentido de que, no inquérito policial, não existe um acusado, mas sim um investigado, para, com isso, justificar-se a mitigação de direitos fundamentais. Investigado é sujeito de direitos, e não objeto da investigação.” (*Investigação...*, cit., p. 17). No mesmo sentido: Marta Saad. *O Direito de defesa...*, cit., p. 233. Ainda: Antonio Scarance Fernandes. *A Reação Defensiva à Imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 103-6.

Na primeira, que será chamada de “conceito”, será tratada a própria investigação defensiva, tal qual se disseminou em direito positivo de alguns países, notadamente Estados Unidos da América⁸ e Itália.⁹

Nessa seção, como dão conta as distinções dos sistemas processuais penais referidos, será necessário o cuidado com algumas acomodações estruturais da investigação defensiva para que dela se possa cuidar no Brasil.

A partir daí se poderá situar a investigação defensiva no processo penal brasileiro, com o que se cuidará, já numa segunda seção do texto, do “diagnóstico”.

Nesse tópico serão focados os atuais problemas da inexistência de marcos legais da atividade de investigação defensiva e, assim, como já se antecipou, forçosamente se tratará da (i)legitimidade da conformação do processual penal brasileiro.

Na terceira seção serão atingidas, à vista das premissas e do diagnóstico, algumas observações concernentes ao direito processual penal *de lege ferenda* (PL 8045/2010, que é o Projeto de Código de Processo Penal ora em tramitação na Câmara dos Deputados). Além disso, serão feitas proposições com vistas ao debate. Daí porque essa seção se chamar de “possibilidades”.

Por se tratar de estudo voltado ao panorama brasileiro, as menções de direito processual penal comparado - inclusive e a partir de orientações fixadas em âmbitos de organizações supranacionais de proteção de direitos do homem e Tribunais correlatos - serão feitas na medida do estritamente necessário. A mesma parcimônia será seguida na menção à doutrina estrangeira de subsídio ao tema.

8 Conforme Badaró (*Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 96) e Diogo Malan (*Investigação Defensiva no Processo Penal*. in Revista Brasileira de Ciências Criminas. n. 96, v. 20, 2012, p. 283), o fundamento da investigação defensiva radica na VI Emenda, de 1791, que estabelece o direito à assistência de advogado. Ver quanto aos limites éticos das atividades do advogado, Akhil Reed Amar. *The Constitution and Criminal Procedure. First Principles*. Yale University Press: New Haven and London, 1997, p. 138-44.

9 Para André Augusto Mendes Machado (*Investigação Criminal Defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 143), o marco inicial da investigação defensiva naquele país é o conteúdo dos artigos 24 e 111, da Constituição da Itália. Assim: Paolo Tonini. *Manuale di Procedura Penale*. 9. Ed. Milano: Giuffrè, 2008, p. 515.

2. Conceito

Mais do que delimitar regras inerentes às formas de introjeção na investigação preliminar, de elementos de informação que favoreçam a defesa (com o que se, em sentido genérico, a chamada investigação defensiva se liga ao direito probatório), neste texto se toma a investigação defensiva como uma atividade-meio para se chegar a um fim (o de dar a mais ampla defesa ao investigado, valendo-se dos imprescindíveis meios).

Assumido o recorte de não focar tão diretamente o aspecto probatório, mas seu escopo de garantia da atividade defensiva na instrução preliminar, a investigação defensiva é vista como um dever ético dos profissionais constituídos ou nomeados para representar os interesses do assistido naquela fase da persecução penal.¹⁰

Esse é um ponto fundamental: a investigação defensiva não é tomada como uma faculdade mas como um dever, um imperativo para aqueles que, ou por nomeação ou por contrato, defendem os interesses de alguém na primeira fase da persecução penal.

Por essa perspectiva não se nega que a investigação defensiva tenha uma natural ligação ao direito probatório, pois afinal com ela o que se propõe

10 Diogo Malan a toma por “dever ético inerente ao múnus advocatício criminal” (*Investigação defensiva...*, cit., p. 281). O raciocínio do autor é construído a partir dos “standards” previstos no “ABA Standards for Criminal Justice: Prosecution and Defense Function, de 1993. De acordo com aquele corpo deontológico voltado à atuação dos advogados atuantes na justiça penal, sobretudo no “standard” 4.4.1., a investigação defensiva é mesmo um dever. O arquivo digitalizado de tais regras voltadas aos advogados norte-americanos pode ser consultado em: http://www.americanbar.org/publications/criminal_justice_section_archive/crimjust_standards_dfunc_toc.html (acesso em 05.03.2014). Paolo Tonini toma a atividade como “direito e dever do advogado”. (*Manuale...*, cit., p. 517). A atividade significa “*um vero e proprio dovere*”, conforme Eraldo Stefani (*Manuale delle Indagini Difensive nel Processo Penale. Aspetti teorico-pratici di investigazione privata. Utilizzabilità processuale degli atti*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 8). Ainda no âmbito do direito italiano, Francesco Paolo Giordano lembra que antes do advento da Lei 397/2000, a matéria atinente aos aspectos da investigação defensiva era sintetizada no Código Deontológico Forense da Itália, de 1997. Tal código está disponível em “http://www.indaginedifensive.it/codici/cod_d1.html.” (acesso em 11.03.2014) (*Le indagini preliminari. Poteri e limiti del Pubblico Ministero e della Polizia giudiziaria*. Padova: CEDAM, 2006, p. 421).

é que alguém se defenda “provando”, isto é, traga aos autos elementos que possam, na melhor maneira possível, favorecer os interesses do investigado.¹¹

Não se nega a ligação com o direito probatório. Ao contrário: justamente por tal ligação é que o enfoque ao direito da defesa avulta em importância, pois não é de “qualquer” produção de elemento de informação que se cuida,¹² mas de elementos que possam mitigar ou excluir a possibilidade da continuação da persecução penal.

E, mais que isso, a atividade desenvolvida como investigação defensiva antecede, muitas vezes, as delimitações específicas de regras probatórias, pois tende a possibilitar maior campo de atuação do defensor, notadamente porque, além da introjeção dos elementos de informação na investigação preliminar, deve estabelecer possibilidades de *procura* deles.

Assim, as atividades inerentes à investigação defensiva acabam funcionando até mesmo como um filtro estratégico da defesa, no sentido de depurar, dentre os elementos informativos aos quais teve acesso, quais apresentará na instrução preliminar.¹³

Portanto, o estabelecimento de marcos legais à investigação defensiva se presta também a disciplinar inclusive procedimentos que abrangem, muitas vezes, atividades extraprocessuais (ex.: tomada de depoimentos pelo advogado, poderes de requisição perante órgãos públicos e privados)¹⁴ e, inclusive, acautelar a atividade defensiva quanto a *não* apresentar determinadas

11 Malan. *Investigação criminal...*, cit., p. 284. Gustavo Badaró lembra que “o direito à prova pressupõe um direito à investigação”. (*Processo penal...*, cit., p. 95)

12 Antecipa-se posição crítica ao entendimento segundo o qual é “impensável” atribuir à defesa algum poder coercitivo típico, ou análogo, daqueles que detém a acusação pública. (Contra este texto, com vistas ao direito processual penal italiano: Renato Bricchetti. *L'attività investigativa del difensore*. In Leonardo Filippi. Coord. *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore. Investigazione private. Difesa d'ufficio – Patrocinio per i non abbienti*. Padova: CEDAM, 2001, p. 113).

13 Amanda Palmieri Fração. *Direito à investigação: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo (Faculdade de Direito). 2012, p. 153.

14 Antonio Magalhães Filho lembra que “o direito à prova também deve ser reconhecido antes ou fora do processo, até como meio de se obter elementos que autorizem a persecução, ou possam evitá-la.” (*Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 86).

informações das quais tenha (licitamente) tomado conhecimento, ou seja: a não se valer de regra probatória alguma.¹⁵

E, mais do que se tratar das regras probatórias, importa a repartição de forças entre o investigado (e naturalmente seu defensor) e o outro lado da persecução penal, isto é: aquele da colheita de informações que existe, tendencialmente, em seu desfavor.

Daí ser a perspectiva da investigação defensiva ligada mais à defesa na persecução penal do que a perspectiva de direito probatório, até porque a última é uma atividade-meio para a primeira, vista como uma atividade-fim.

E é exatamente a partir da importância dessa atividade-fim que se coloca a paridade de armas entre o investigado e os demais responsáveis pela instrução preliminar, notadamente aqueles motivados por mera oficialidade (polícia judiciária) ou por antecipado exercício de pretensão acusatória (Ministério Público).¹⁶

Particularmente, a incidência do princípio da paridade de armas nessa matéria é impositiva também porque os interesses em jogo devem ser vistos pelo Juiz (ao receber as informações em favor ou desfavor do investigado) com a mesma importância, sem vantagens a um ou outro lado.¹⁷

Em conhecida síntese de autor brasileiro, pode-se então afirmar que a investigação defensiva é o “complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais

15 Nesse sentido, e com foco no sistema italiano, André Augusto Mendes Machado. *A investigação defensiva...*, cit., p. 163.

16 José Barcelos de Souza. *Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa*. Migalhas. 11.02.2004, p. 2. André Augusto Mendes Machado. *Investigação Criminal Defensiva...*, cit., p. 45-7. Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner (*Investigação preliminar...*, cit., p. 164 e ss.). Geraldo Prado. *A investigação criminal e a PEC 37*. In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 248, julho de 2013, itens 17 a 20. Eraldo Stefani. *Manuale dele indagini...*, cit., p. 31-3.

17 Nem é verdade que o Ministério Público atue nessa fase como mero *custos legis*, e nem tampouco é verdade que inexistisse defesa na instrução preliminar porque não existiria seu contraponto de acusação, como entendia, por exemplo, Hélio Tornaghi (*Instituições de Processo Penal*. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 140) e como entende Tourinho Filho (*Processo Penal*, V. 1., cit., p. 244).

de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial”.¹⁸

Atingido o conceito, há dois problemas a se tratar para que se possa seguir adiante.

O primeiro é a projeção do princípio da paridade de armas à fase da investigação preliminar do processo penal. O segundo é uma decorrência sua, que se liga ao que aqui se chama de acomodação sistemática.

Com efeito, não é à toa que as reflexões sobre investigação defensiva se constroem sobre uma tensão entre acusação (em sentido lato) e defesa na investigação preliminar do processo penal – o que torna imprescindível meditar sobre a incidência do princípio da paridade de armas nessa mesma fase.

E não é à toa que os modelos usados como parâmetros ou são radicalmente apegados ao modelo adversarial ou são a outro que, no ponto, assume características suas.

Como será visto, mesmo que não se siga, até por inexistir purismo nessa matéria, um modelo processual penal pronto e acabado, é imprescindível que se trate da questão, sob pena de, em não se tomando a cautela, supor incidência das atividades de investigação defensiva no sistema processual penal brasileiro sem a preocupação acerca de sua própria possibilidade sistemática.

Em outras palavras: tratar da investigação defensiva no Brasil não prescinde de uma preocupação prévia, acerca de seu cabimento à luz do sistema processual penal vigente.

2.1 O problema da paridade de armas

É fundamental, pelas premissas seguidas neste texto, tratar do difícil problema da repartição de forças entre os atores do processo penal.

E nesse particular é importante a reflexão sobre o princípio da paridade de armas no processo penal, lembrado pelo Tribunal Europeu dos

18 Edson Luis Baldan. *Investigação defensiva: o direito de defender-se provando*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 64, v. 15, 2007, p. 269.

Direitos do Homem, em inúmeras passagens, como “oportunidade razoável dada a cada parte para apresentar seu caso – inclusive sua prova – sob condições que não a coloque em substancial desvantagem *vis-à-vis* seu oponente”.¹⁹

Há, pelo menos, dois problemas quanto à aplicação da paridade de armas na fase preliminar da persecução penal, que não devem ser descurados à vista da investigação defensiva. Um de ordem formal e outro, estrutural.

Pelo primeiro, conhece-se opinião segundo a qual não incide o princípio da paridade de armas antes que se estabeleça o papel das partes no processo penal. Por esse pensamento, como na investigação preliminar não existe parte processual, não há paridade de armas.

O que sobra desse raciocínio, além de uma interpretação que claramente fere a presunção de inocência do cidadão investigado (art. 5º,

19 *Neumeister v. Austria* (Application nº 1.936/63, §§ 22 e ss.); *Kennedy v. United Kingdom* (Application nº 26.839/05, §§ 184 e ss.); *Pishchalnikov v. Russia* (Application nº 7.025/2004, §§ 68 e ss.); *Huseyn and others v. Azerbaijan* (Applications nº 35.485/05, 45.553/05, 35.680/05, 36.085/05, § 188); *Ali v. Romania* (Application nº 20.307/02, §§ 101 a 10); *Zhuk v. Ukraine* (Application nº 45.783/05, §§ 25 a 35); *Dolenec v. Croatia* (Application nº 25.282/06, § 207); *Atlan v. The United Kingdom* (Application nº 36.533/97, §§ 36 a 46); *Lazoroski v. the former Yugoslav republic of Macedonia* (Application nº 4.922/04, §§ 68 a 70); *Rasmussen v. Poland* (Application nº 38.886/05, §§ 42 e 51); *Luboch v. Poland* (Application nº 37.469/05, §§ 59 a 73); *Matyjek v. Poland* (Application nº 38.184/03, §§ 55 a 65). Em âmbito doutrinário: Stefan Trechsel (with the assistance of Sarah J. Summers). *Human rights in criminal proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 96. Stefania Negri. *The principle of “equality of arms” and the evolving law of international criminal procedure*. International Criminal Law Review, Netherlands, n. 5, 2005, p. 515. Masha Fedorova. *The principle of equality of arms in international criminal proceedings*. Cambridge; Antwerp; Portland: Intersentia; School of Human Rights Research, 2012, p. 37. Kai Ambos. *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos procesales. Igualdad de armas, procedimiento preliminar participativo y el art. 6 CEDH* (artigo originalmente publicado em alemão sob o título *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte. Waffengleichheit, partizipatorisches Vorverfahren und art. 6 EMRK em ZStW 115* (2003). In Kai Ambos. *Proceso Penal. Perspectiva internacional, comparada y latinoamericana*. México: Editorial Ubijus, 2009, p. 76. Podemos nos debruçar sobre o significado da expressão “armas” como “oportunidade” longamente em *Paridade de Armas no Processo Penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014 (no prelo), item 5.2.10.1. E, sobre isso ainda, em *Paridade de armas no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov-dez. 2013, p. 271 e ss.

LVII, Constituição da República brasileira)²⁰ e o toma como simples objeto da investigação, é um excessivo formalismo.

Mais do que isso, tal postura desconsidera que há inúmeros pedidos de produção de elementos de informação nessa fase da persecução penal que ou antecipam ou realmente determinam o entendimento futuro, sobre o qual se estabelecerá o contraditório.²¹

Como exemplos do direito processual penal brasileiro, vejam-se meios de pesquisa de prova como interceptação telefônica (Lei n.º 9.296/96), colaboração premiada (Lei n.º 12.850, arts. 4º e ss.), busca e apreensão (Código de Processo Penal, arts. 240 e ss.). Isso, sem falar em outras medidas que evidenciam alguém estar na situação de investigado, que é a imposição de medida cautelar pessoal (Código de Processo Penal, arts. 282 e ss.), ou quebra de sigilo bancário (Lei Complementar n.º 105/2001), reconhecimento (Código de Processo Penal, arts. 6º, VI e 226 e ss.) e indiciamento (Código de Processo Penal, art. 6º, V, e Lei 12.830/2013, art. 2º, § 6º).

É nítido, pois, que a fase investigativa de forma alguma tem papel meramente secundário em toda a persecução penal. Aliás, mesmo que isso não faça parte do escopo deste estudo, não se pode deixar de dizer que, no processo penal atual, não poucas vezes sua fase judicial, mais do que se prestar à comprovação de fatos narrados na inicial, serve à mera ratificação da colheita das informações obtidas fora do juízo, na fase preliminar da persecução penal.²²

20 Seguem essa posição, no Brasil, Mauro Fonseca Andrade (*Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 164), Macellus Polastri Lima. In Kai Ambos. *Processo Penal Europeu. Preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da Convenção Europeia de Direitos Humanos)*. Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Marcellus Polastri Lima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 136 e ss.

21 Ainda: Antonio Magalhães Gomes Filho. *Direito à prova...*, cit., p. 144-5.

22 André Nicolitt lembra a prática da “formação de um simulacro de processo e a condenação com base no inquérito” e aponta que “tal prática demonstra a imprópria utilização do inquérito como razão de decidir.” (*Manual...*, cit., p. 78-9). Tal “simulacro” é, nas palavras de Fauzi Hassan Choukr, “a mais séria distorção encontrada na realização de nossa justiça penal” (*Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 133). Antonio Scarance Fernandes. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 99. Exemplificativo do entendimento aqui criticado foi o teor do acórdão no

Não há, pois, porque privilegiar o apego ao formalismo do tratamento de “parte” no processo (i.e., somente com a instauração da fase judicial) em detrimento justamente de uma maior extensão ao exercício do direito de defesa.

O princípio da paridade de armas incide, pois, desde o primeiro momento em que pesa em desfavor de um investigado alguma medida que indique ser ele um alvo da investigação.²³

Seja essa medida *mais* ou *menos* invasiva, pouco importa, pois o que conta a propósito é a situação do investigado: com isso, abre-se o leque de reação e, naturalmente, a ideal repartição de forças entre quem acusa e quem reage à acusação.²⁴

A partir daí entra em cena o problema estrutural.

RHC 117.192, julgado pela 1ª Turma do STF em 03.09.2013. Dali, malgrado tenha constado que não bastou à condenação a colheita exclusiva de elementos informativos, nota-se que efetivamente foram tais elementos aqueles que preponderaram no advento de decisão condenatória, e que a colheita de prova oral na fase judicial da persecução apenas referendou o reconhecimento da vítima ao seu algoz operado em sede de inquérito policial. Particular no caso é a situação de a vítima sequer ter sido ouvida em contraditório judicial.

23 TEDH. *Engel and others v. The Netherlands Applications* n.º 5.100/71; 5.101/71; 5.102/71; 5.354/72; 5.370/72. A propósito, Paolo Tonini: “*Sebbene la norma sancisca il principio in oggetto con riferimento alla ase “processuale”, l’espressione deve essere intesa in senso atecnico. Pertanto anche nella fase delle indagini è prospettabile il persegimento di una parità delle parti, sia pure tendenziale.*” (*Manuale...*, cit., p. 516). Essa é uma das doutrinas de “anti-subversão” da interpretação da incidência das garantias da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. (Lucia Zedner e Andrew Ashworth. *Preventive orders: a problem of undercriminalization?* In *The Boundaries of the Criminal Law*. Edited by R. A. Duff, Lindsay Farmer, S e Marshall, Massimo Renzo, and Victor Tadros. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 81-2. Kai Ambos, após lembrar de aplicação explícita do princípio da paridade de armas na fase investigativa em casos levados à apreciação pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem, lembra que o princípio deve ter a aplicação “lo más tempranamente posible, para permitir al imputado la intervención en la construcción de los resultados de la investigación prejudicial.” (*El Tribunal Europeo...*, cit., p. 80-1).

24 Malgorzata Masek-Wiaderek entende que o que conta é se vislumbrar o processo penal como um todo, e não uma mera visão parcial sua (*The principle of “equality of arms” in criminal procedure under Article 6 of the European Convention on Human Rights and its functions in criminal justice of selected European Countries: a comparative view*. Leuven: Leuven University Press, 2000, p. 21).

A atividade defensiva no sentido técnico,²⁵ seja privada, seja a desenvolvida por agentes públicos (no Brasil, pela Defensoria Pública da União e dos Estados), é estruturalmente diferente daquela em que foi montado – e alçado a partir de 1988 – o Ministério Público (seja como destinatário das informações produzidas na investigação, seja como investigador delas mesmas).

Quanto às defensorias públicas, malgrado fossem previstas na Constituição da República como instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134), passaram a existir (e só cobriram todos os Estados do Brasil em 2012²⁶) só em 1994, quando foi redigida a Lei Complementar n.º 80/1994.

Na sequência, diversas legislações se disseminaram pelos Estados brasileiros em que as respectivas defensorias públicas estaduais já existiram (exemplificativamente, no Estado de São Paulo, organizou-se a defensoria pública na Lei Complementar 988/2006).

Acontece que, estruturalmente, o Ministério Público tem, no âmbito de sua atuação funcional, prerrogativas que ou as defensorias e os advogados privados não têm ou, quando alguns deles (as defensorias públicas dos Estados e da União) as têm, as medidas não são nem simétricas e nem mesmo comparáveis àquelas. E tal desequilíbrio de forças se reflete amplamente na fase preliminar do processo penal.²⁷

25 Isto é, excluída a autodefesa.

26 Estudo feito em conjunto pela ANADEP (Associação Nacional dos Defensores Públicos) e IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) com apoio institucional da Secretaria de Reforma do Poder Judiciário (Ministério da Justiça) informa que os últimos Estados do Brasil a criarem as defensorias públicas foram Paraná e Santa Catarina (*Mapa da defensoria pública no Brasil*. Brasília: ANADEP: IPEA, 2013). Além desses dois Estados, que só bem recentemente promoveram concurso de ingresso na carreira, no Amapá e em Goiás não houve, ainda, sequer concurso válido de ingresso na carreira de defensor público (*Mapa...*, p. 30). Fontes para as notícias recentes, de 2014, desses dois Estados brasileiros, respectivamente: “<http://g1.globo.com/ap/amapa/noticia/2013/11/concurso-para-defensor-publico-estadual-sera-em-marco-de-2014.html>” (acesso em 05.03.2014) e “<http://g1.globo.com/goias/noticia/2013/08/governo-de-goias-vai-realizar-novo-concurso-para-defensor-publico.html>” (acesso em 05.03.2014).

27 O estudo da ANADEP e do IPEA aponta que no Brasil havia, em 2013, cerca de 11.835 juizes, 9.963 promotores e 5.054 defensores públicos estaduais. Segundo o documento, nas comarcas brasileiras, “na maioria delas (72%), a população conta apenas

É o que acontece, por exemplo, com a prerrogativa de “inspeções e diligências investigatórias” previstas aos representantes do Ministério Público da União (art. 8º, V, Lei Complementar n.º 75/93) e dos Estados (Lei Federal n.º 8625/93, art. 26, I, “e”), sem sua extensão aos advogados e aos defensores públicos.

Também - e como traço estrutural que aniquila a paridade de armas e com isso a atividade de investigação defensiva -, a prerrogativa conferida aos representantes do Ministério Público (da União – art. 8, VII, LC 75/93, dos Estados – art. 26, I, “a” – L 8625/93) de expedição de notificações e intimações gerais para colheita de depoimentos em seus gabinetes, que não existe em favor dos defensores privados ou públicos.

Outro traço estrutural que atrapalha a atividade de investigação defensiva e desnivela a colheita de informações na investigação preliminar do processo penal é o poder de requisição de diligências a órgãos públicos e privados conferido aos representantes do Ministério Público (da União – art. 8º, II, IV e IX, LC 75/93, e dos Estados – art. 26, I, “b, II, III e IV, L 8625/93), que se previu apenas à defensoria pública (da União – art. 8º, XIX, LC n.º 132/09, e no Estado de São Paulo – Lei Complementar Estadual n.º 988/2006 – art. 162, IV).²⁸

Não há como se pensar em investigação defensiva sem tratar da paridade de armas e sua aplicação adequada à investigação preliminar no processo penal. Assumir isso convida ao enfrentamento de um outro problema, qual seja o da acomodação sistemática.

Isso porque nos dois modelos atualmente mais conhecidos de disseminação da investigação defensiva, ou o sistema vigente é puramente o adversarial (caso dos Estados Unidos da América) ou, se não o é, tem

com o estado-juiz, o estado-acusação/fiscal da lei, mas não conta com o estado-defensor, que promove a defesa dos interesses jurídicos da grande maioria da população, que não pode contratar um advogado particular.” (*Mapa...*, cit., p. 41).

28 O próprio alcance desse poder, para as defensorias, é menor do que aquele previsto ao órgão do Ministério Público. Quanto à defensoria pública da União, só se cogita da requisição se estiver em jogo “a garantia de seus membros”, enquanto que no Estado de São Paulo a medida só existe quando a relação se dá perante outro órgão público. Antes da própria ordem constitucional hoje vigente no Brasil, Manoel Pedro Pimentel era atento a esse problema (*Advocacia Criminal. Teoria e Prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 17).

se mostrado receptivo a, pelo menos, maior liberdade indicada aos atores processuais de buscarem e apresentarem em juízo seus próprios elementos de convicção.²⁹

Com isso, a questão da acomodação sistemática pode significar, a depender de alteração legislativa brasileira, uma importante possibilidade para que se prestigie a atividade de investigação defensiva.

2.2 A acomodação sistemática

Já se viu que a atividade de investigação defensiva, além de não prescindir de uma preocupação com a incidência do princípio da paridade de armas na investigação preliminar, convida a que se reflita também a propósito dos sistemas processuais penais.

Isso porque, prestando-se ao implemento da mais eficaz defesa na primeira fase do processo penal (a atividade-fim), a investigação defensiva (atividade-meio) se aproxima de uma noção adversarial do processo penal.

Daí a necessidade de, sem pretensão de dissecar os sistemas processuais penais, tratar do sistema adversarial para então se proceder à possível acomodação no cenário do direito processual brasileiro.

Se alguns dos traços desse sistema são perceptíveis nos dois modelos de paradigma da investigação preliminar e se há uma “tentação da adversarialidade anglo-americana”³⁰ que se espraia pelos sistemas processuais penais, é imprescindível a atenção a isso com vistas ao direito processual penal brasileiro.

Mesmo que não seja útil rememorar as lições que separam, como se fosse possível em uma forma estanque, os arquétipos de *acusatório*, *inquisitivo*

29 Sequer a origem do modelo seguido (se a partir de modelo de *common law* ou *civil law*) faz diferença. A respeito, Mirjan Damaska. *The faces of justice and State authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven & London: Yale University Press, 1986, p. 98.

30 Richard Vogler. Adversarialidad y el dominio angloamericano del proceso penal. In: Kai Ambos; Eduardo Montealegre Lynett (Comp.). *Constitución y sistema acusatorio: un estudio de derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005, p. 180-1. Diogo Malan tratou da influência que o modelo “estadunidense” pode vir a exercer em nosso sistema processual penal (Investigação defensiva..., cit., p. 282). Teresa Armenta Deu. *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 194 e ss..

e modelos em que uma ou outra característica seja preponderante, ao menos da essência do modelo adversarial é necessário cuidar.

Afinal, se por um lado o modelo adversarial é aquele em que melhor se desenvolvem as atividades paritárias de recolha das informações a serem levadas aos autos,³¹ e se é esse o modelo que propicia que o advogado seja “efetivo partícipe da dinâmica processual”,³² por outro lado as suas próprias características impõem o cuidado com a acomodação no processo penal brasileiro.

Particularmente na investigação preliminar se deve ver com cautela a acomodação sistemática, pois o modelo adversarial consagra (na verdade impulsiona) a pesquisa dos elementos de informação para os envolvidos exatamente porque parte de uma premissa de desconfiança em relação à colheita de fontes de prova pelos órgãos oficiais.³³

Pela doutrina que se mostrou atenta ao estudo desse modelo, sobressai a sua característica de integrar um modelo Estatal de molde liberal, individualista.³⁴ E é por isso mesmo que a pesquisa dos elementos de informação é centralizada nas atividades das partes (não no sentido estrito, mas no de antagonistas de interesses), e não dos representantes do Estado. O modelo adversarial é, pois, um modelo que se preocupa com as partes (leia-se: os envolvidos) e as atividades que elas desenvolvem no processo, mais do que com o Estado e sua representação no processo penal.

É inata ao modelo adversarial, com o estímulo de pesquisa e apresentação das informações às partes, a ideia de imposição de limite estatal na pesquisa dessas próprias informações, e justamente por isso é que nesse

31 John Langbein lembra que no sistema adversarial há prevalência da atuação das partes na recolha, seleção, apresentação e na prova das evidências. *The origins of adversary criminal trial*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 1.

32 Gustavo Badaró, Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 127.

33 Mirjan Damaska. *Evidence law adrift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997, p. 74.

34 Lawrence Fassler. *The Italian Penal Procedural Code: an adversary system of criminal procedure in Continental Europe*. *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 29, 1991, p. 245. Elisabetta Grande. *Italian criminal justice: borrowing and resistance*. *The American Journal of Comparative Law*, n. 48, 2000, p. 230-1. Masha Fedorova. *The principle of equality of arms...*, cit., p. 110.

modelo germinam as ideias dos “*privilegie against*” como regras de exclusão de admissibilidade da prova.³⁵ Ou seja: há uma tônica realmente enraizada no sistema adversarial na atividade das partes (dos indivíduos), e se propicia a busca de provas paritária.

E esse é um ponto importante com vistas ao processo penal brasileiro, pois em sua fase preliminar há prevalência dos princípios da oficialidade³⁶ e da inquisitividade³⁷ na produção dos elementos de informação.

Sintomático, a propósito, que mesmo que se trate de entendimento antigo, ainda há no Brasil quem diga que o investigado deva ser visto não como um sujeito, mas como um objeto à disposição do Estado para a chamada busca da verdade real.³⁸

35 Exemplos: inviolabilidade da comunicação entre advogado e cliente, proibição de produção de provas contra si próprio. Assim: Mirjan Damaska. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*, n. 121, 1973, p. 583. Máximo Langer. The long shadow of the adversarial and inquisitorial categories. In *Handbook on Criminal Law* (edited by Markus D. Dubber and Tatjana Höernle, Oxford University Press, forthcoming, 2014, p. 7-8.

36 Ou seja, pela oficialidade que matiza a fase preliminar do processo penal brasileiro, se há algo contra o que ela seguramente se opõe é ao conceito de direito adversarial, pois a premissa da igualdade das partes na recolha e apresentação dos argumentos é falha (Mirjan Damaska. *The Faces of justice...*, cit., p. 3)

37 Marta Saad lembra que é por haver certa confusão entre ‘inquisitividade’ e ‘inquisitorialidade’ que a maior parte da doutrina nega possibilidade de atuação defensiva do investigado na fase preliminar do processo penal (O Direito de defesa..., cit., p. 155). Como exemplo, a lição de Hélio Tornaghi, que propugna que “o inquérito policial é inquisitório, escrito e sigiloso. Nêle não há qualquer acusação e, portanto, não ensina a defesa.” (Instituições de Processo Penal. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 140). Também, Edgar Magalhães Noronha (Curso de Direito Processual Penal. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 21). Fernando da Costa Tourinho Filho (Processo Penal..., cit., p. 249). Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (Princípios do Processo..., cit., p. 174).

38 Frederico Marques dizia que “em face da polícia, o indiciado é apenas objeto de pesquisas e investigações, porquanto ela representa o Estado como titular do direito de punir, e não o Estado como juiz.” (Elementos de Direito Processual..., cit., p. 164). Para aquele autor, o investigado é “objeto de investigações, e não sujeito ou titular de direitos” (p. 165). Contemporaneamente, Fernando da Costa Tourinho Filho apregoa que “durante o inquérito, o indiciado, na verdade, não passa de um simples objeto de investigação.” (Processo Penal..., cit., p. 249). Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna também apontam que o “suspeito” é “objeto de um procedimento de investigação, e não

Dessa forma, o que se nota nessa fase não é uma disputa entre quem acusa (antecipadamente) e quem se defende (já em tempo devido, uma vez sabido existir carga acusatória), mas algo como uma relação de súdito (o investigado) e soberano (o representante do Estado, seja a polícia, seja o Ministério Público). Por ser assim, também não há espaço para a atividade da investigação defensiva.

O problema de ordem sistemática está aí, e desvela, propriamente, conforme a interpretação prevalecente, uma concepção – não assumida nos livros, mas que é difícil negar existir – de Estado autoritário.

Por mais que se apregoe a adversarialidade do processo penal no sentido de recolha de provas e sua livre exploração pelos envolvidos (a partir da premissa de que as informações têm a mesma importância perante o sujeito imparcial), justamente na fase preliminar do processo penal, inquisitividade (*rectius*, inquisitorialidade) e oficialidade são características que tiram a potencialidade da investigação defensiva.

Além do desaparego às mínimas noções do sistema adversarial, a estrutura do modelo processual brasileiro com duas fases distintas (a de investigação e a judicial) com as apontadas características da primeira delas, inviabiliza o exercício da atividade de investigação defensiva na investigação preliminar.

E isso, como já visto neste texto, tem sabidas e irreversíveis (muitas vezes) consequências no âmbito dos elementos de informação que, ao fim e ao cabo, introjetados nos autos, influenciam na decisão final da própria causa.

Seja porque, enfim, as garantias processuais devem incidir no processo como um todo (isto é, não somente numa parte sua),³⁹ seja porque o processo penal sofre, dentre os ramos jurídicos, influxos ideológicos imediatos,⁴⁰ é imperativo um rearranjo normativo que diga respeito à

sujeito de um processo jurisdicional.” (Princípios do Processo Penal. Entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 173).

39 Malgorzata Wasek-Wiaderek. *The principle...*, cit., p. 21. O contrário disso seria inadmissível metonímia processual: troca-se o processo todo por apenas uma parte sua (a judicial) em que as garantias básicas incidiriam.

40 Mirjan Damaska. *The Faces...*, cit., p. 69. Para esse autor, aliás, há dois objetivos distintos do processo: um deles é a resolução de conflitos; e o outro é reforçar a política do Estado. A escolha dentre esses rumos se reflete na escolha das formas do processo, pois enquanto

investigação preliminar do processo penal brasileiro para que se possa implementar a atividade da investigação defensiva.

Não adianta propagar as ideias nem tratar das vantagens da investigação defensiva⁴¹ sem que se veja criticamente o cenário do sistema processual brasileiro vigente: a primeira fase construída em modelo autoritário não trata o investigado como sujeito de direitos, com as mesmas potencialidades de levar à investigação o que conhece em paralelo ao que contra ele se colhe pelos órgãos oficiais. Impossível, assim, investigação defensiva.

E, mesmo que não se propugne por uma radical assimilação nessa fase aos cânones do modelo adversarial,⁴² é de se pensar ao menos em igualdade no tratamento dos interesses em jogo e consequentemente da maior abertura aos poderes de atuação da defesa.

Não é possível se perseguir refletindo sobre a investigação defensiva se, na investigação preliminar, ainda reina a ideia da relação entre súdito e representante do soberano, negando aprioristicamente não só a igualdade de importância dos elementos de informação trazidos pelos envolvidos, como também a existência de carga acusatória ínsita à investigação preliminar.

a primeira ideia foca na ideia da “morfologia do confronto” (*contest morphology*), a outra favorece a “morfologia da inquisição” (*morphology of inquest*). (*The Faces...*, cit., p. 88).

41 Como, por exemplo, um propalado aprimoramento da investigação policial como contraponto às informações trazidas pelo defensor, um redimensionamento do papel do advogado, a obrigação de motivação judicial ao apreciar a acusação. (Luiz Rascovski. *A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado*. In Luiz Rascovski – coord. *Temas Relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 124, rodapé n. 29.

42 Pois esse sistema processual não é necessariamente “melhor”, no sentido de atribuir maior segurança quanto à observância das garantias fundamentais, do que o inquisitório. Essa valoração sempre dependerá da conotação ideológica que estiver por trás do Estado em que o processo penal é moldado. Apenas o sistema adversarial é, operativamente, o mais propício a que se estabeleça o papel de protagonismo das atividades processuais aos seus envolvidos. Justamente por ter suas desvantagens (pelo menos os *wealth-effect* e *combat effect* tão falados por Langbein. *Origins...*, p.102-3), não se propõe a adoção de um ou outro sistema. O que não compactua, ainda assim, com a possibilidade da investigação defensiva é a dessintonia entre o modelo tido majoritariamente como inquisitório e unilateral da primeira fase do processo penal brasileiro, e aquele outro, dialético e majoritariamente oral, prevalente em sua segunda fase.

O que existe na investigação preliminar, tanto como na fase judicial da persecução penal, é uma disputa de interesses. E nessa disputa não há prevalência apriorística de um sobre o outro (por isso mesmo é que a investigação preliminar é um filtro e o juiz que a receba há de ser imparcial).

Só a partir dessa perspectiva é que se pode imaginar a investigação defensiva.

É por isso que se impõe diagnosticar mais de perto a situação brasileira, o que se fará no próximo tópico.

3. Diagnóstico

3.1 O artigo 14, do Código de Processo Penal

O Código Processual Penal brasileiro não prevê a investigação defensiva. Não estabelece seus contornos, não trata das possibilidades e nem de seus limites.

O que há, no sistema brasileiro vigente, como se viu neste texto, em boa parte da doutrina até os dias atuais acolhida, é um silêncio sobre a possibilidade de o defensor técnico, em prol do seu constituinte, amealhar informações que possam favorecê-lo e fazer frente aos elementos de informação colhidos em seu desfavor.

Trata-se a investigação criminal, no Brasil ainda, ressalvadas exceções noticiadas acima, como uma colheita oficial de informações voltada a municiar, apenas, o entendimento do futuro titular do exercício de ação penal.

Investigação preliminar, aqui, é ainda uma questão na qual se vêem, de um lado os interesses dos representantes do Estado (soberano), e, do outro, os do cidadão (súdito) - e não uma atividade perquiratória da reconstituição do fato, com a observância do direito de defesa incidente desde a formulação do primeiro juízo acusatório.

Isso, seja porque a polícia judiciária, no Brasil, é histórica e atavicamente ligada ao Poder Executivo,⁴³ seja porque o outro envolvido direto na investigação criminal – Ministério Público – por muito tempo oscilou

43 Antonio Magalhães Gomes Filho. *Direito à prova...*, cit., p. 144.

entre órgão vinculado a esse mesmo Poder ou ao Judiciário⁴⁴ e, malgrado tenha recentemente atingido inaudita independência, é quem, em razão de disposição constitucional, desempenha o *munus* de acusar alguém em juízo (art. 129, I, Constituição da República do Brasil).

Há, pois, de um lado uma agência de investigação oficial e uma instituição de acusação pública oficial, sendo que ambas atuam em nome do Estado. Do outro lado existe a pessoa sobre quem se inicia a formulação de juízo de acusação da prática de crime, que, ao menos imediatamente, defende interesses próprios.

Na relação entre os portadores dos interesses estatais e o investigado há ampla prevalência dos primeiros sobre o segundo, pois as medidas previstas, notadamente na investigação criminal, são endereçadas à produção de elementos de informação potencialmente em desfavor de alguém.

O recado que o direito positivo brasileiro ainda passa, e o da doutrina nacional que se atém a interpretar o Código de Processo Penal vigente sem criticá-lo à luz do desenvolvimento dos direitos fundamentais e do processo penal comparado, é um só: mais importa a produção de elementos de informação àquele que irá acusar em juízo do que a produção

44 Na Constituição Republicana de 1891, o Procurador-Geral da República era “designado” pelo Presidente da República dentre os membros do Supremo Tribunal Federal (art. 58, § 2º). Na de 1934 o Ministério Público foi tido por órgão anômalo, incumbido da “cooperação nas atividades governamentais” (arts. 95 a 98). Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda tomou o Ministério Público como “um dos ramos heterotópicos do Poder Executivo”. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1, de 1969*. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 407. Depois, na Constituição Republicana de 1937 se renovou a inclusão do Procurador-Geral da República no paralelismo aos ministros do Supremo Tribunal Federal, de “livre nomeação e demissão do presidente da República” (art. 99), tendo sido observado em doutrina que a instituição estava “atrelada ao Executivo” (Antonio Magalhães Gomes Filho. *Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro*. Pena y Estado: Revista Latinoamericana de Política Criminal, Buenos Aires, n. 2 (El ministerio público), 1997, p. 141. Em 1946, tratou-se do Ministério Público no capítulo do Poder Judiciário (arts. 125 a 128). Walter Acosta disse que o “Ministério Público é uma instituição composta por agentes do Poder Executivo, que integram o Poder Judiciário, sem, entretanto, estar subordinados à hierarquia da magistratura” (*O processo penal: teoria, prática, jurisprudência, interpretação gráfica*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1957, p. 95). Enfim, em 1967 e a emenda de 1969 tratou-se do Ministério Público como seção inserida no Capítulo do Poder Executivo (arts. 94 a 96). Daí porque ter dito Hélio Tornaghi que “o Ministério Público é um traço de União entre o Poder Executivo e o Judiciário, é um representante do primeiro junto ao segundo”. (*Instituições de processo penal*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 141).

de elementos de informação a quem tem de se defender da acusação feita no próprio andamento da investigação.⁴⁵

Por esse ranço, inclusive, é que se entende no Brasil ser excepcional o não-seguimento da persecução penal diante da precariedade de elementos de informação. Ou seja: o encerramento (diz-se, por isso mesmo, em copiosos entendimentos dos Tribunais, “prematureo”⁴⁶) da persecução penal, quando ocorre, não se dá em razão da atividade defensiva, mas sim da pobreza da colheita unilateral das informações em prol da própria acusação.

Não é sem propósito, portanto, que os dispositivos processuais penais que incidem na fase preliminar e que dizem respeito às regras de produção de elementos de informação são voltados à tutela dos interesses seja da Polícia Judiciária, seja do próprio Ministério Público ou representante do ofendido⁴⁷ – e não à tutela dos interesses do investigado.⁴⁸

Não se difundiu suficientemente no Brasil a mentalidade segundo a qual a investigação criminal é um procedimento em que as informações

45 Bernd Schünemann noticia estudo empírico que comprova não haver imparcialidade do magistrado em situações como a aqui noticiada. O juiz, segundo o autor asseverou em artigo publicado em 2000, e traduzido para o português em 2013, “*acaba preso à rota traçada nos autos da investigação preliminar, os quais foram construídos em regra de modo unilateral, porque quase que exclusivamente pela polícia, com pouquíssima influência da defesa, e que por isso contêm uma imagem dos fatos que reflete a perspectiva e o enfoque da polícia.*” (*O Juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. (Luís Greco – coord.) São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 207).

46 Remansosa a jurisprudência, note-se o entendimento que vem da cúpula do Poder Judiciário brasileiro, que é o STF: *RHC 117.966, 2ª. T.*, j. 04.02.2014; *RHC 117.299, 2ª. T.*, j. 04.02.2014; *HC 114.326, 2ª. T.*, j. 10.12.2013; *HC 114.415, 1ª. T.*, j. 26.11.2013; *HC 103.548, 1ª. T.*, j. 19.11.2013; *HC 101.541, 1ª. T.*, j. 12.11.2013.

47 Basta ver, por exemplo, que a medida de interceptação telefônica se dá mediante requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público (Lei nº 9.269/96, art. 3º); a medida de introyção de agente infiltrado em organizações criminosas se dá conforme representação do delegado de polícia ou requerimento do Ministério Público (Lei nº 12.850, art. 10); a aplicação de medida cautelar pessoal na investigação preliminar decorre de representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público (art. 282, § 2º, CPP).

48 Excepcionalmente admitem a interceptação telefônica para tutelar interesses do investigado com base na “paridade de tratamento”: Luiz Flávio Gomes e Silvo Maciel (*Interceptação Telefônica Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 146).

podem ser trazidas pelos pólos envolvidos, seja, pois, para municiar ação penal, seja para evitá-la.

Por isso, à luz da paridade de armas no processo penal nessa fase e da potencialização da garantia constitucional do direito de defesa a incidir desde a formulação da carga acusatória, a investigação defensiva no Brasil é uma quimera.

Prova disso é a vigência do artigo 14, do Código de Processo Penal, que prevê que “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.”

O dispositivo em questão, além de ser “claramente insuficiente”⁴⁹ ao desenvolvimento com eficácia da investigação defensiva, não esconde seu viés autoritário, consentâneo com o espírito da época em que redigido.

Mais do que o dispositivo ser inerente à relação *súdito e soberano* e a uma política de Estado à qual pode servir o processo penal, um passo além e com olhos na doutrina brasileira que se formou majoritariamente a respeito desse próprio dispositivo de lei, ele a um só tempo consagrou o entendimento de que a autoridade policial tem certa “discrição” ao apreciar pedidos defensivos, como também o outro – provindo de um dos mais respeitados processualistas penais do país – segundo o qual a “investigação policial não pode ser tumultuada com a intromissão do indiciado”.⁵⁰

Seja pela “discrição” da autoridade policial, entendida amplamente como ‘discricionariedade’, seja pelo entendimento de que haveria uma ‘intromissão’ do investigado na instrução preliminar, a interpretação ainda prevalente do artigo 14, do Código de Processo Penal impossibilita a atividade da investigação defensiva.

A bem da verdade, a própria menção à “discrição” ou “discricionariedade”, no Brasil, remete o intérprete a normas de direito administrativo, e, assim outra vez, a relação do investigado com um agente

49 Badaró. *Processo Penal...*, cit., p. 95.

50 José Frederico Marques. *Elementos...*, cit., p. 168. Vem a calhar lembrança de outro conhecido processualista penal brasileiro, em sentido contrário, ao apontar se tratar de uma evidência aquela segundo a qual “no inquérito policial, o suspeito e o indiciado não se podem tratar como estranhos, excluindo-se o exercício do direito de defesa.” (Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. *Inquérito policial: exercício do direito de defesa*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 83, out. 1999).

público evidencia uma verticalidade na distribuição das possibilidades de atuação na investigação preliminar. E não pode ser disso que se cuida quando em jogo se encontra a liberdade ou os direitos a ela ligados na persecução penal durante qualquer fase do processo penal.

Há ainda um outro problema de direito positivo, a saber: o artigo 14 do Código de Processo Penal cuida, ao fim e ao cabo, da mera relação entre o investigado e o representante da polícia judiciária, que tem atuação limitada durante a persecução penal, seja porque não tem capacidade postulatória na fase judicial da persecução penal, seja porque – sobretudo – encerra as atividades sem sequer rascunhar eventual pretensão de acusação ou defesa.⁵¹ Ou seja: o modelo no qual se tem a relação entre o cidadão e a autoridade policial é pobre no sentido do respeito à introjeção, no caderno investigatório, de elementos que possam vir a favorecer a defesa.

Ainda sobre o diagnóstico da situação no Brasil, deve se noticiar interpretação segundo a qual o artigo 14, do Código de Processo Penal merece uma “hermenêutica evolutiva”.⁵²

Por essa leitura, defende-se ora que o aferimento a ser feito pela Autoridade Policial sobre o pedido deduzido pelo investigado seja exclusivamente quanto à sua “legalidade”, ora que a análise do pedido defensivo decorra de “importância e correlação com o esclarecimento dos fatos e a defesa do acusado”.⁵³

Dessa forma, não mais existiria um “puro poder discricionário da autoridade policial, ditado por critérios de conveniência e oportunidade do êxito da sua investigação”. Ao contrário, a apreciação do pedido defensivo estaria adstrita à, conforme o primeiro critério, “aferição, pelo Delegado de Polícia, quanto à legalidade da prova cuja produção a pessoa investigada indica”⁵⁴ e, conforme o segundo critério, não poderia haver o indeferimento

51 Deveras, se por um lado a acusação em juízo é ônus do qual se desincumbe ou o Ministério Público (por injunção constitucional – art. 129, I, Constituição da República) ou o representante do ofendido em ações penais de iniciativa privativa dele (art. 38, Código de Processo Penal), a autoridade policial “não poderá mandar arquivar autos de inquérito” (CPP, art. 17).

52 Edson Luis Baldan. *Investigação...*, cit., p. 265.

53 Marta Saad. *Direito de Defesa...*, cit., p. 351.

54 Edson Luis Baldan. *Investigação defensiva...*, cit., p. 265.

do pleito defensivo a não ser nos casos de ser o pedido “inviável, sob o ponto de vista fático, ou inócuo”.⁵⁵

Mas isso ainda é muito pouco para que se possa falar em investigação defensiva eficaz, malgrado se note esforço doutrinário a superar a relação meramente vertical entre representantes do Estado (sejam os agentes de polícia judiciária, seja o representante do Ministério Público no inquérito policial) e o sujeito imputado.

Esse juízo crítico se mantém inclusive à vista dos entendimentos doutrinários que apregoam, no Brasil, poderem os pedidos do investigado ser dirigidos até mesmo ao representante do Ministério Público ou ao Juiz.⁵⁶

A atividade defensiva na fase preliminar, ante tal tacanha interpretação, tampouco ganha eficácia, pois em último grau se passaria a imaginar que o órgão desincumbido de deduzir a futura acusação seria o gestor da apreciação dos pedidos defensivos, formulados de molde a evitar o mesmo juízo acusatório.⁵⁷

É preciso romper com a estrutura que coloca o investigado na posição, senão de intruso ou até objeto, de mero coadjuvante na cena processual penal da investigação preliminar. Nas palavras de Fauzi Hassan Choukr, não se deve compadecer, mais, com as meras “concessões episódicas”⁵⁸ aos interesses do investigado durante o curso da instrução preliminar.

55 Marta Saad. *Direito de Defesa...*, cit., p. 35. Existe, quando menos, uma distinção de perspectiva, pois em sentido oposto a essa autora, há aqueles autores que partem da premissa de que os pedidos devam ser aprioristicamente negados e, excepcionalmente, acatados. Exemplificativo desse ponto de vista restritivo, Guilherme de Souza Nucci (“*se o pedido de defesa for muito importante, pode a parte, cujo requerimento foi indeferido, dirigi-lo novamente ao promotor ou ao juiz.*” *Código de Processo Penal Comentado*. 10 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 118), José Frederico Marques (“*somente quando o caso a averiguar é duvidoso, deve a polícia atender aos pedidos de prova formulados pelo réu ou pelo ofendido.*” *Elementos de Direito...*, cit., p. 167).

56 Guilherme de Souza Nucci. *Código de Processo Penal...*, cit., p. 118.

57 Guardadas as devidas proporções, o argumento redundaria numa “teoria da canalização” à brasileira, pois o que aconteceria, em última instância, seria a canalização do pedido de produção de informações defensivas no próprio Ministério Público, que opinaria a respeito deles. A respeito disso, André Augusto Mendes Machado. *Investigação defensiva...*, cit., p. 145, rodapé 61.

58 Código de Processo Penal. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 73.

O problema, antes de cuidar de pedidos feitos ou à Autoridade Policial ou ao representante do Ministério Público ou, ainda, ao Juiz, é outro.

Imagina-se que um possível marco legal para a investigação defensiva no Brasil, em verdade, nem tenha pertinência direta aos chamados “pedidos de diligências”, mas venha antes disso. É dizer: necessário que se estabeleçam possibilidades de colheita das informações diretamente pelo investigado (por seu advogado nomeado ou constituído) que possam, depois, ser juntadas aos autos da investigação preliminar.

Não é de pedido de se produzir essa ou aquela diligência que se trata, mas sim da possibilidade de se ir – diretamente, isto é, fora dos autos da instrução preliminar – atrás da informação favorecedora da defesa para, depois, juntá-la (ou não) aos autos da investigação preliminar, com vistas ao sopesamento a ser dado pela autoridade judicial para apreciação do pedido de arquivamento do caso ou viabilidade de ação penal.

4. Possibilidades

Tramita no Congresso Nacional projeto de lei, que teve o processo legislativo iniciado no Senado Federal, com vistas à promulgação de novo Código de Processo Penal (PL 8045/2010).

De relevo para este texto são os dispositivos do artigo 8º, que estatui ser objetivo da investigação “*a identificação das fontes de prova*” e do seu artigo 13, que estabelece ser “*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*”.⁵⁹

59 E, nos sucessivos parágrafos, desce às minúcias desse exercício de atividade defensiva ao dispor que: “§ 1º As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas. § 2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento. § 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista. § 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial. § 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. § 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.”

Nota-se, assim, que mesmo no cenário do direito projetado, o regramento da investigação defensiva, conforme a interpretação que for consagrada a partir de seu enunciado, poderá se cingir à colheita de material *oral* para ser juntado aos autos.

Insuficiente o pretendido marco legal, seja pelo aspecto da potencialidade da atividade defensiva, seja por tomar a atividade como uma mera “faculdade” – quando, na verdade, a exploração da identificação de fontes de prova em favor da defesa deve ser considerada um dever –, seja enfim por anacronicamente se prever (art. 13, § 5º) que o “material produzido” poderá ser juntado aos autos da persecução preliminar, “a critério da autoridade policial.”

Tem-se a sensação de que se imaginou o instituto (até se disse, no § 2º do comentado dispositivo legal, que se cuida de ‘investigação defensiva’) sem se pensar em toda a potencialidade transformadora das informações que podem ser produzidas na fase preliminar da persecução penal em favor do investigado.

Imagina-se, no futuro, até se mudar a forma, mas não a essência da limitação da atividade defensiva, seja pelo precário leque de opções postas à atividade técnica do defensor (pois, em suma, a investigação defensiva se liga mesmo à defesa técnica, auxiliada ou não por investigadores privados ou consulentes⁶⁰), seja pela facultatividade de seu exercício, seja enfim, pelo anacronismo de se endereçar o pedido de juntada do produto informativo obtido à própria autoridade policial.⁶¹

Ainda que se possa interpretar, em resgate à mais ampla potencialidade do desenvolvimento da investigação defensiva, que, ao se prever a “identificação de fontes de prova” não se está a dizer exclusivamente da fonte *oral* de prova, ainda assim o projeto disse menos do que deveria ter dito.

60 Equiparados a uma “polícia privada” da defesa (Eraldo Stefani. *Manuale delle indagini...*, cit., p. 32).

61 Assim, mesmo que se prescindia da formação de um “fascículo do defensor”, como existe nos termos do art. 391-*octies* do Código de Processo Penal italiano com o advento da Lei 397/2000, é anacrônica a possibilidade de qualquer investigação defensiva ser juntada à persecução penal após necessário aval da autoridade policial. O que importa ao investigado, de mais a mais, nem é o convencimento da autoridade policial, mas sim, o do Juiz, que apreciará, em igualdade, os pleitos acusatório e defensivo.

Afinal, e como já se mencionou, não necessariamente de “material produzido” se cuidará a investigação defensiva. O exercício da atividade vai além da produção de elementos de informação. Concorde-se, assim, com a lição de Gustavo Badaró, segundo quem “sem um regime específico que assegure ao advogado do investigado poderes para realizar, por si ou por intermédio de investigadores particulares, as atividades investigativas, sua eficácia será diminuta”.⁶²

Apontada a insuficiência do dispositivo projetado, passa-se a algumas sugestões, *de lege ferenda*, que formam um tripé sobre o qual se poderia cogitar da legislação pertinente ao desenvolvimento das atividades de investigação defensiva.

4.1 Realização de inspeções

Como já antecipado, enquanto aos representantes do Ministério Público da União (art. 8º, V, Lei Complementar nº 75/93) e dos Estados (art. 26, I, “c”, Lei Federal nº 8.625/93), é reservado o poder de realização de diligências e inspeções, o regramento da investigação defensiva previsto no Projeto de Lei nº 8045/2010 não estabelece possibilidades de inspeções pela defesa – nem aos defensores públicos e nem aos privados.

Imagina-se, para a melhor atividade da investigação defensiva, que neste particular se siga como parâmetro a alteração legislativa advinda da Itália, com o advento da Lei 397/2000, que alterou o artigo 391, do Código de Processo Penal peninsular.

Nos termos do art. 391-*sexis* daquele diploma legislativo, o defensor e seu auxiliar podem ter acesso a lugares ou coisas pertinentes ao fato, proceder à descrição dos fatos ou até mesmo de executar exames técnicos, gráficos, planimétricos, fotográficos ou audiovisuais.⁶³

62 *Processo penal...*, cit., p. 95. Também: Diogo Malan. (*Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988*. In: Geraldo Prado; Diogo Malan (Coords.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 175).

63 Paolo Tonini. *Manuale...*, cit., p. 534. Susi Campanella. *L’attività defensiva di ricerca e di individualizzazione degli elementi probatori: l’accesso ai luoghi*. In Leonardo Filippi (org.) *Processo Penale: il nuovo...*, cit., p. 273-4.

Em situação na qual seja imperativo à atividade perquiratória defensiva adentrar (para inspecionar) locais não abertos ao público, o direito processual penal italiano (CPP, art. 391-*septies*) demanda o consentimento do responsável pelo local a ser adentrado e, não o havendo, trata da necessária autorização judicial para a atividade a ser desenvolvida.⁶⁴

Eis exemplos de situações não previstas no Código de Processo Penal brasileiro projetado que desafiam a sua integração à sistemática nacional, sem prejudicar o bom andamento das investigações na fase preliminar do processo penal.

4.2 Expedição de notificações e intimações

Sem prejuízo dessa abertura já vista com a primeira proposta de incorporação ao direito brasileiro, deve ser lembrado que enquanto aos integrantes do Ministério Público da União (art. 8º, VII, Lei Complementar nº 75/93) e dos Estados (art. 26, I, “a”, Lei Federal nº 8.625/93) se prevê a prerrogativa de “expedições de notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar” o mesmo não existe em relação aos defensores – sejam integrantes da Defensoria Pública ou constituídos.

Tirante a hipótese de uma típica investigação defensiva “preventiva”,⁶⁵ as expedições de notificações e intimações, em geral, têm como arrimo a preexistência de um procedimento apuratório em curso.

Daí porque se permitir à defesa técnica do investigado a mesma sistemática de intimação às pessoas que podem, em tese, portar informações relevantes à defesa, significa uma equiparação de forças entre a colheita de provas em princípio desfavoráveis e as favoráveis ao investigado.

Não é necessário, de mais a mais, imaginar-se a vinculação da permissão da notificação ou intimação ao “procedimento que instaurar” sob a perspectiva defensiva. Afinal, o “procedimento” não é, como se tem dito neste texto, uma via de mão-única.

64 Paolo Tonini. *Manuale.*, cit., p. 535. Susi Campanella. *L'attività...*, p. 287-8.

65 Disciplinada no Código de Processo Penal italiano no art. 391-*nonies*. É ela, nas palavras de André Augusto Mendes Machado, “aquela que se realiza antes da formal instauração de procedimento criminal”, na qual a atividade defensiva é mais limitada do que a conhecida como “investigação defensiva ordinária”, existente a partir da instauração da investigação preliminar (Investigação defensiva., cit., p. 159-60).

E, com isso, mesmo que esteja instaurado um procedimento apuratório que tramite diretamente no Ministério Público ou, no mais das vezes, seja ele um inquérito policial, não há razão para que a defesa técnica não possa, com base no próprio procedimento, expedir intimações e notificações para a colheita de informações orais pelo defensor.

4.3 Requisição de diligências a órgãos públicos e privados

Importante medida de implementação das atividades de investigação defensiva reside na necessária previsão, às defensorias públicas e aos advogados constituídos, dos poderes de requisição já previstos aos representantes do Ministério Público da União (arts. 8º, II, IV e IX, Lei Complementar nº 75/93) e dos Estados (art. 26, I, “b”, II, III e IV, Lei Federal nº 8.625/93) e em menor medida à Defensoria Pública da União (art. 8º, XIX, Lei Complementar nº 132/2009) e do Estado de São Paulo (art. 162, IV, Lei Complementar Estadual nº 988/2006).

A questão dos poderes requisitórios, a bem da verdade, bate de frente com a investigação preliminar no processo penal brasileiro. Isso porque ela remete às noções de verticalidade do Poder, em que se estabelece a relação entre soberano e súdito acima criticada e ainda encampada por alguns autores de renome.

Requisição é instituto de direito administrativo. Trata-se de uma “ordem”, um ato administrativo “unilateral, discricionário, de manifestação de vontade autoritária, pelo qual se impõe a órgão da Administração Pública, ou a particular, ação ou omissão, a que ficam obrigados”.⁶⁶ A requisição, pois, não é mero pedido, mas uma determinação.⁶⁷

66 Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. 1, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 566.

67 Como na requisição subjaz uma noção de direito administrativo, imaginar-se o poder requisitório também aos advogados privados (constituídos) poderia ferir o rigor conceitual do instituto. Daí porque, de duas uma. Ou se confere o poder de requisição a esses advogados, dado que exercem o dever público de atividade defensiva e, assim, a atividade deles não se desiguala à dos defensores públicos que gozariam da prerrogativa (João Pedro Chaves Valladares Pádua. *Poder de requisição para a defesa no processo penal: em busca da real paridade de armas*. In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 16, n. 196, mar. 2009, p. 13); ou, então, se extirpa a requisição de todos os intervenientes, sejam representantes do Ministério Público, sejam os defensores.

O que se imagina venha a implementar a atividade de investigação defensiva é o estabelecimento, na fase preliminar, do mesmo “poder de requisição” (outorgado ao representante futuro da acusação pública) àquele que pode necessitar produzir elementos de informação para se defender.

A solução aqui alvitrada, ao igualizar as medidas de busca de informações em prol da acusação ou da defesa (pública ou particular), vai mais longe do que o disposto na legislação italiana, que até esta parte do texto tem servido de parâmetro para a configuração da atividade de investigação defensiva brasileira.

Isso porque, nos termos da Lei 397/2000, que alterou o Código de Processo Penal italiano, o enunciado do art. 391-*quater* prevê a requisição de documentos apenas à administração pública, mas não aos entes privados.⁶⁸

Breves conclusões

A atividade de investigação defensiva é central no contexto das atividades desenvolvidas pelos atores da persecução penal na fase preliminar. Diagnosticar sua configuração no processo penal brasileiro impõe que se veja a própria investigação preliminar não como uma fase voltada à produção de elementos pró-acusação, mas como uma via de mão-dupla, como fase interessante tanto à acusação como à defesa.

A partir daí, a análise da investigação defensiva no processo penal brasileiro, mesmo que prescindida de rígida acomodação junto ao sistema adversarial, invoca a observância – desde logo – da paridade de armas entre acusação e defesa.

O complexo de atividades defensivas se foca, como dever do profissional, no exercício de atividades da defesa técnica. Redunda em expectativas de desenvolvimento das atividades do advogado (seja público ou privado), para que possa amealhar fontes de informação em prol da defesa, de

68 Paolo Tonini. *Manuale...*, cit., p. 533. Gaetano Viciconte. *Indagini difensive e accesso ai documenti della pubblica amministrazione*. In Leonardo Filippi (org.) *Processo Penale: il nuovo...*, cit., p. 241 e ss. André Augusto Mendes Machado comenta que para o direito italiano a situação de pedido de documentos aos entes privados é regulada como de mero requerimento e, caso o pedido defensivo não seja atendido pelo destinatário, caberá pedido à autoridade judicial de sequestro do documento (*Investigação defensiva...*, cit., p. 155).

forma adequada no sistema processual penal, em paralelo ao que se vê com os entes que representam os interesses contrapostos ao defensivo (sejam os da agência policial ou do Ministério Público ou ofendido).

E por isso mesmo que, nitidamente com cobrança quanto ao desenvolvimento de atividade profissional ética, cabe como parâmetro a ser seguido, na medida do que for possível se incorporar no sistema processual penal brasileiro, os “standards” de conduta previstos aos advogados, como vigente no sistema dos Estados Unidos da América.

No Brasil, e na falta desse código de conduta especificamente voltado aos advogados na atuação da investigação defensiva, a situação diagnosticada até o presente momento é anacrônica ao desenvolvimento dessa mesma atividade. E isso, seja por prevalecer ainda interpretação que coloca o investigado como objeto de prova e não sujeito da persecução penal, seja por entender que pedidos defensivos devam ser analisados precipuamente pela autoridade policial. Reina, ainda, a ideia de relação meramente de direito administrativo, entre representante do Estado (soberano) e aquele que defende seus próprios interesses (súdito).

Nem mesmo no cenário projetado do direito processual penal brasileiro se atinge toda a eficácia da investigação defensiva. Daí porque, observados os já tratados limites éticos inerentes às atividades profissionais envolvidas, cogitar-se das três sugestões para se atingir eficácia das atividades de investigação defensiva no Brasil, em modelo que, em larga medida, poderia se aproximar das previsões normativas seguidas na Itália, sem descurar das previsões deontológicas, voltadas aos advogados, acima citadas.

Referências

- ACOSTA, Walter P. *O processo penal: teoria, prática, jurisprudência, interpretação gráfica*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1957.
- AMBOS, Kai. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos procesales. Igualdad de armas, procedimiento preliminar participativo y el art. 6 CEDH. In Kai Ambos. *Proceso Penal. Perspectiva internacional, comparada y latinoamericana*. México: Editorial Ubijus, 2009.
- ANADEP (Associação Nacional dos Defensores Públicos); IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). *Mapa da defensoria pública no Brasil*. Brasília: ANADEP: IPEA, 2013.

- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.
- AMAR, Akhil Reed. *The Constitution and Criminal Procedure. First Principles*. Yale University Press: New Haven and London, 1997.
- BADARÓ, Gustavo. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.
- BALDAN, Edson Luis. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 64, v. 15, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. 1, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. Princípios do Processo Penal. *Entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BRICCHETTI, Renato. L'attività investigativa del difensore. In Leonardo Filippi. Coord. *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*. Investigazione private. Difesa d'ufficio – Patrocinio per i non abbienti. Padova: CEDAM, 2001.
- CAMPANELLA, Susi. L'attività defensiva di ricerca e di individualizzazione degli elementi probatori: l'accesso ai luoghi. In Leonardo Filippi (Coord.). *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*. Investigazione private. Difesa d'ufficio – Patrocinio per i non abbienti. Padova: CEDAM, 2001.
- CHOUKR, Fauzi Hasan. *Código de Processo Penal*. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- DAMASKA, Mirjan. *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*. University of Pennsylvania Law Review, n. 121, 1973.
- _____. *Evidence law adrift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997.
- _____. *The faces of justice and State authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven & London: Yale University Press, 1986.
- DEU, Teresa Armenta. *Sistemas procesales penales*. La justicia penal en Europa y América. Madri: Marcial Pons, 2012.
- FASSLER, Lawrence. *The Italian Penal Procedural Code: an adversary system of criminal procedure in Continental Europe*. Columbia Journal of Transnational Law, n. 29, 1991.

- FEDOROVA, Masha. *The principle of equality of arms in international criminal proceedings*. Cambridge; Antwerp; Portland: Intersentia; School of Human Rights Research, 2012.
- FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação Criminal e Ação Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *A Reação Defensiva à Imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. O equilíbrio na investigação criminal. In YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (Orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.
- FRAÇÃO, Amanda Palmieri. *Direito à investigação: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo (Faculdade de Direito), 2012.
- FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000.
- _____. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 2, 2. ed. Campinas: Millennium, 2000.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*. Crises, misérias e novas tecnologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GIORDANO, Francesco Paulo. *Le indagini preliminari. Poteri e limiti del Pubblico Ministero e della Polizia giudiziaria*. Padova: CEDAM, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro. Pena y Estado. *Revista Latinoamericana de Política Criminal*, Buenos Aires, n. 2 (El ministerio público), 1997.
- _____. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (Orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

- GRANDE, Elisabetta. Italian criminal justice: borrowing and resistance. *The American Journal of Comparative Law*, n. 48, 2000.
- LANGBEIN, John H. *The origins of adversary criminal trial*. New York: Oxford University Press, 2003.
- LANGER, Máximo. The long shadow of the adversarial and inquisitorial categories. In *Handbook on Criminal Law* (edited by Markus D. Dubber and Tatjana Höernle), Oxford University Press, forthcoming, 2014.
- LIMA, Macellus Polastri. In Kai Ambos. *Processo Penal Europeu. Preservação das garantias e direitos individuais* (princípios processuais e análise da Convenção Europeia de Direitos Humanos) Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Marcellus Polastri Lima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação Criminal Defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MAGALHÃES NORONHA, Edgar. *Curso de Direito Processual Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coords.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *Investigação Defensiva no Processo Penal*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 96, v. 20, 2012.
- MASEK-WIADEREK, Malgorzata. The principle of “equality of arms”. In *Criminal procedure under Article 6 of the European Convention on Human Rights and its functions in criminal justice of selected European Countries: a comparative view*. Leuven: Leuven University Press, 2000.
- MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

- NEGRI, Stefania. The principle of “equality of arms” and the evolving law of international criminal procedure. *International Criminal Law Review*, Netherlands, n. 5, 2005.
- NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. Poder de requisição para a defesa no processo penal: em busca da real paridade de armas. In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 16, n. 196, mar. 2009.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Advocacia Criminal*. Teoria e Prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Inquérito policial: exercício do direito de defesa. In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 83, out. 1999.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1, de 1969*. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- PRADO, Geraldo. A investigação criminal e a PEC 37. In *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 248, jul. 2013.
- RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado. In Luiz Rascovski (Coord.). *Temas Relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SAAD, Marta. *O Direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SCHÜNEMANN, Bernd. O Juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SOUZA, José Barcelos de. *Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa*. Migalhas. 11.02.2004.

- STEFANI, Eraldo. *Manuale delle Indagini Difensive nel Processo Penale*. Aspetti teorico-pratici di investigazione privata. Utilizzabilità processuale degli atti. Milano: Giuffrè, 1999.
- TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2008.
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- _____. *Instituições de processo penal*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TRECHSEL, Stefan (with the assistance of Sarah J. Summers). *Human rights in criminal proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- VICICONTE, Gaetano. Indagini difensive e accesso ai documenti della pubblica amministrazione. In Leonardo Filippi (Coord.). *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*. Investigazione privata. Difesa d'ufficio – Patrocinio per i non abbienti. Padova: CEDAM, 2001.
- VIEIRA, Renato Stanziola. Paridade de armas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 105, nov./dez. 2013.
- _____. *Paridade de Armas no Processo Penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014
- VOGLER, Richard. Adversarialidad y el dominio angloamericano del proceso penal. In: AMBOS, Kai; LYNETT, Eduardo Montealegre (Comp.). *Constitución y sistema acusatorio: un estudio de derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- ZEDNER, Lucia; ASHWORTH, Andrew Ashworth. Preventive orders: a problem of undercriminalization? In *The Boundaries of the Criminal Law*. Edited by R. A. Duff, Lindsay Farmer, S e Marshall, Massimo Renzo, and Victor Tadros. Oxford: Oxford University Press, 2010.