

A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO COROLÁRIO DA IGUALDADE PROCESSUAL E DO DIREITO À PROVA

RESEARCH DEFENSIVE AS EQUALITY COROLLARY OF PROCEDURE
AND RIGHT TO PROOF

Marcella Alves Mascarenhas NARDELLI¹

Eurico da CUNHA NETO²

Resumo: O presente artigo se destina a analisar os contornos da chamada investigação defensiva, inovação prevista no projeto do novo Código de Processo Penal. Amplamente utilizada no Direito estadunidense, o instrumento objetivará diminuir o desequilíbrio existente entre acusação e defesa no que tange à colheita de provas, já que o monopólio da investigação pelos órgãos do Estado acaba por gerar uma vantagem desleal ao órgão acusatório na formação do convencimento judicial. A medida, no entanto, não é isenta de críticas, principalmente no que tange às dificuldades de sua implementação na realidade brasileira. Porém, uma vez assegurado tal direito, caminha-se no sentido do fortalecimento de importantes garantias processuais, como o contraditório, a paridade de armas e o direito à prova.

Palavras-chave: Investigação defensiva; Inquérito Policial; novo Código de Processo Penal; Paridade de Armas; Direito à Prova.

Abstract: *This essay aims to analyze the outlines of the so called criminal defense investigation, innovation foreseen in the new Code of Criminal Procedure. Widely used in US law, the tool will aim to reduce the imbalance so far existing between prosecution and defense regarding the gathering of evidence, since the monopoly of the investigation by state bodies ends up generating an unfair prejudice to the defendant in the process of the formation of the judge's conviction. The instrument, however, is not free of criticism, especially with regard to the difficulties of its implementation in the Brazilian context.*

¹ Professora Assistente de Direito Processual Penal da Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre em Direito pela FDC/RJ. Doutoranda em Direito Processual pela UERJ.

² Delegado de Polícia em Minas Gerais. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

However, once assured that right, we move towards the strengthening of some important procedural safeguards such as the contradictory, the equality of arms and the right to evidence.

Keywords: *Criminal defense investigation; Police Inquiry; Brazilian's new Code of Criminal Procedure; Equality of arms; Right to evidence.*

Sumário: 1. Introdução. 2. A prova e a reconstrução dos fatos. 3. Características dos sistemas probatórios contemporâneos. 4. O instituto da investigação defensiva nos EUA. 5. A investigação defensiva no processo penal brasileiro como corolário da paridade de armas e do direito à prova. 6. O novo CPP e a investigação defensiva. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O tema da investigação preliminar segundo a lei processual brasileira comporta uma série de reflexões, sendo alvo constante de críticas acerca do potencial desprestígio à posição jurídica do investigado.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu as funções de polícia judiciária à polícia civil e à polícia federal, a quem incumbe a apuração das infrações penais principalmente pela via do inquérito policial. É importante que o processo penal seja precedido de uma fase preparatória, a fim de investigar e reunir elementos que justifiquem ou não sua propositura, hipótese em que o arquivamento se impõe. Sem que haja qualquer subordinação do órgão policial ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público, a investigação é presidida pelo delegado de polícia, cabendo a este a discricionariedade acerca da determinação dos elementos de informação a serem reunidos.

Atualmente é recorrente a constatação de que o inquérito policial está em crise. Conforme Aury Lopes Jr.,³ os juízes apontam para a demora e a pouca confiabilidade do material produzido pela polícia, que não serve de elemento de prova na fase processual. Os promotores reclamam da falta de coordenação entre a investigação e as necessidades de quem, em juízo, vai acusar. O inquérito demora excessivamente e, nos casos mais complexos, é incompleto, necessitando de novas diligências, com evidente prejuízo à celeridade e à eficácia da persecução. Os advogados insurgem-se contra a estrutura inquisitória do inquérito, que lhes nega um mínimo de contraditório e direito de defesa, além da possibilidade de participação e solicitação de diligências.

³ LOPEZ JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 266.

Especialmente sobre esse ponto, é recorrente a discussão na doutrina e jurisprudência sobre a necessidade se incorporar o efetivo respeito ao contraditório e à ampla defesa na fase do inquérito policial por se tratarem de exigências constitucionais. Por outro lado, há os que sustentam que a observância de tais garantias acabaria por se traduzir na ineficácia das investigações. Atento a essa problemática o projeto de novo Código de Processo Penal, PL 8.045/10 traz algumas inovações no campo da investigação preliminar, dentre as quais se destacam a previsão da figura do juiz de garantias e a investigação defensiva.

O presente ensaio se destina a analisar a figura da investigação defensiva à luz do direito norte-americano, onde possui maior expressão, e as possíveis implicações de sua implementação no Brasil. Deve-se ter o cuidado de conhecer o contexto da *common law* no qual o instituto se encontra inserido para que se possa verificar a viabilidade de seu funcionamento na cultura de *civil law*. Tal recurso não se destina a solucionar todos os problemas da investigação brasileira, mas pode ser um instrumento apto a privilegiar o contraditório, a paridade de armas entre acusação e defesa e, sobretudo, o direito à prova.

Em um primeiro momento, serão analisados alguns caracteres relativos à atividade probatória, mormente no tocante à sua concepção como direito das partes, indissociável aos direitos de ação e de defesa, constitucionalmente assegurados.

Para que se possa compreender o instituto da investigação defensiva e sua importância prática no contexto em que se encontra inserida, mister se faz a análise das principais diferenças entre os sistemas de *common law* e *civil law* para, em seguida, passar-se a um breve estudo do sistema processual norte-americano. Desta forma, serão fornecidas as bases para que se possa avaliar a compatibilidade do instituto e a conveniência de sua importação para o sistema brasileiro de *civil law*.

Finalmente, o sistema de investigação brasileiro será alvo de análise e reflexão sobre seus principais pontos problemáticos na perspectiva das garantias fundamentais do investigado. Procurar-se á relacionar tais problemas às eventuais soluções propostas pela adoção da investigação defensiva, culminando-se com o exame das críticas à previsão do instituto no âmbito da realidade brasileira.

2. A PROVA E A RECONSTRUÇÃO DOS FATOS

A atividade probatória, segundo Trocker, representa o momento central do processo. Estritamente ligada à alegação e indicação dos fatos, tem como propósito a demonstração da verdade dos fatos deduzidos ou levados ao conhecimento do juízo (ou de um tal grau de verossimilhança, para que possa excluir razoavelmente as incertezas) e assume, portanto, uma importância fundamental para a formação do provimento jurisdicional.⁴

⁴ TROCKER, Nicoló. *apud* AVOLJO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações*

Gomes Filho relaciona a prova às operações intelectuais que buscam o conhecimento verdadeiro, em que se pode destacar três acepções: como demonstração, no qual a prova tem o condão de estabelecer a verdade sobre os fatos; como atividade, em que visa a verificar a correção de uma hipótese; e como desafio, traduzindo-se na necessidade de superar algum obstáculo para atingir determinado resultado, coadunando-se com a noção de ônus da prova.⁵

Como também observa o autor, o direito à prova caracteriza-se como verdadeiro direito subjetivo à introdução do material probatório no processo, bem como de participação em todas as fases do procedimento respectivo. Tal direito subjetivo possui a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de ação e de defesa, sendo que o direito de ser ouvido em juízo não significa apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas também exercer todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz.⁶ Também relacionando o direito à prova ao contraditório, Ada Pellegrini assevera que aquele nada mais é do que uma resultante deste último: “o direito de contradizer provando”.⁷

O direito à prova não encontra previsão expressa na Constituição Federal, podendo ser extraído no artigo 5º, LV no que tange à sua intrínseca ligação com o contraditório e a ampla defesa. No âmbito internacional pode-se citar a Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada pelo Decreto 678/1992, que estabelece, no art. 2º, f, o “direito da defesa de, em plenas condições de igualdade com a acusação, inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”, bem o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de Nova Iorque, incorporado pelo Decreto 592/1992, que traz previsão análoga no art. 14, par. 3º, e.

Conforme esclarece Rogério Lauria Tucci, o direito à prova se expressa no deferimento a ambos os sujeitos integrantes do processo penal de “idênticas possibilidades de oferecer e materializar, nos autos, todos os elementos de convicção demonstrativos de veracidade dos fatos alegados, bem como de participar de todos os seus atos probatórios e manifestar-se sobre seus respectivos conteúdos”.⁸ Nesse contexto, aliado ao direito à prova, pode-se também fazer menção à garantia da igualdade processual, intimamente relacionada à garantia do contraditório. Em

Clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 25.

⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Apud VILARES, Fernanda Regina. A Prova Penal no Direito Inglês. In: FERNANDES, Antônio Scarance, et. al. Provas no Processo Penal. Estudo Comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 359.*

⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p., p. 84.*

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo: III Série – Estudos e pareceres de processo penal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 176.*

⁸ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 172.*

outros termos, ambas as partes devem possuir iguais condições de influir eficazmente na formação do convencimento do magistrado, o que repercute no direito à prova. Ainda segundo Tucci, impõe-se ao legislador, a fim de efetivar esses direitos, estatuir normas determinantes de que:

a) quando necessário, o indiciado, acusado ou condenado necessitado não sofra, de que modo seja, limitação em sua atividade probatória e, b) o órgão jurisdicional, independentemente das provas produzidas pelas partes, e inquisitivamente, proveja à realização daquelas por ele tidas como indispensáveis à descoberta da verdade material, ou atingível.⁹

3. CARACTERÍSTICAS DOS SISTEMAS PROBATÓRIOS CONTEMPORÂNEOS

É tendência comum entre os que se dedicam ao estudo comparado do direito processual se debruçar sobre a classificação dos sistemas probatórios em adversarial (típica dos países de *common law*) e não-adversarial ou inquisitorial (oriunda da Europa continental e dos países por ela influenciados). Embora seja cada vez mais distante a identificação de sistemas puros na contemporaneidade, essas denominações remetem a tipos ideais, teóricos, com características bem marcantes, que se mostram úteis para a análise de eventuais convergências ou divergências entre os modelos existentes.

O sistema adversarial está ligado à cultura jurídica da *common law* que teve origem na Inglaterra e se desenvolveu posteriormente em suas colônias. A ideia central de que procede a *common law* está relacionada com a anterioridade do direito, que, conforme Garapon e Papapoulos, deve ser entendida tanto em sentido político – através da *rule of law* – como em sentido histórico¹⁰. A ideia de *rule of law*, usualmente traduzida como Estado de Direito, ou primazia do direito, está relacionada aos valores de uma justiça forte, independente e respeitada, oriunda da centralidade da função jurisdicional desenvolvida na história inglesa.

Nesse contexto situa-se o conhecido rigor no estabelecimento de regras probatórias, as tradicionais *rules of evidence*. Essas regras são para a *common law* como uma garantia para se atingir a verdade, o que reflete uma grande fixação pelo método, pela fidelidade ao *due process of law*, segundo Garapon.¹¹ O autor, comparando o sistema francês com o anglo-americano, ainda destaca que nesse último há uma

⁹ *Idem, ibidem.*

¹⁰ GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgado nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 23.

¹¹ *Idem, p. 105.*

menor preocupação com a descoberta da verdade do que com o método certo de se chegar a ela.¹²

Por sua vez, o sistema inquisitorial é o adotado pela cultura jurídica dos países de *civil law*, de tradição romano-germânica, cuja origem remonta ao direito canônico, já que o método inquisitivo se aperfeiçoou no seio das jurisdições eclesíásticas diante da necessidade de repressão da heresia, cujo fundamento era o poder papal e o direito de vigilância sobre os fiéis que o mesmo compreendia – o que harmonizava-se com o propósito dos monarcas em submeter a sociedade a seu controle.¹³

O método inquisitivo, que se tratava de um jogo desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado, tinha como premissa a obtenção da verdade a qualquer custo, inclusive por meio de tortura. O que se seguiu à influência do direito canônico foi a gradativa adoção do sistema de prova legal, na busca por uma maior racionalidade na decisão sobre os fatos. Por meio desse sistema, o juiz ficava adstrito a um rígido esquema de valores pré-fixados para cada prova, crendo-se ser possível estabelecer uma verdade objetiva a fim de evitar indevida intromissão de valores subjetivos na formação do convencimento. No entanto, com a reação iluminista, o sistema de provas legais deu lugar à adoção do livre convencimento, apoiada na confiança na capacidade técnica e no desinteresse dos juizes e diante da constatação de que a livre apreciação das provas era o melhor meio para a eficácia do aparato repressivo.¹⁴

O sistema inquisitorial apresenta um grande apego à busca da verdade, o que não deixa de ser uma inevitável herança da inquisição canônica. Diante desse fim, ganha relevância o protagonismo do juiz na colheita do material probatório, uma vez que se tem como premissa que a verdade é de domínio público, deve ser buscada pelo juiz, não podendo os fatos serem relegados ao arbítrio das partes – principalmente o acusado. O impulso oficial é a base do sistema inquisitório.

A essência da distinção entre os dois sistemas se situa, principalmente, na gestão da prova. Enquanto no sistema inquisitorial o papel dominante é desempenhado pelo juiz, no adversarial são as partes as protagonistas. Neste último, o juiz é um mero espectador passivo das provas produzidas pelas partes, que preparam seus casos, decidem quais provas serão levadas ao juízo e em qual ordem, além de inquiri-las segundo seus propósitos. Se ambas as partes concordam em desistir de ouvir uma testemunha, normalmente a Corte não interfere. Por outro lado, no sistema inquisitorial o juiz chama as testemunhas e as inquire, enquanto as partes desempenham um papel subsidiário.¹⁵

¹² *Idem, ibidem.*

¹³ GOMES FILHO, *obcit.*, p. 21.

¹⁴ *Idem*, p. 26-27.

¹⁵ ZANDER, Michael. *Cases and Materials on the English Legal System*. 10th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 378.

4. O INSTITUTO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NOS EUA

Para que se possa compreender a relevância do instituto da investigação defensiva, é necessário analisá-lo dentro de seu contexto, em meio ao sistema probatório norte-americano, onde possui maior expressão.

Um ponto que se mostra relevante no sistema de *common law* e que se mostra fundamental no contexto da investigação defensiva é o mecanismo da *discovery*. A lógica desse modelo é no sentido de que não seria possível a tutela efetiva dos direitos sem que os tribunais sejam hábeis a fornecer às partes o acesso às provas necessárias para ir a juízo. Surge então na *common law* a premissa geral de que todas as provas relevantes devem estar acessíveis a ambas as partes.

O mecanismo da *discovery* (ou, atualmente, *disclosure* no sistema inglês), prevê que as partes possam ter acesso ao material probatório que esteja sob o domínio da parte contrária antes do julgamento, sob o entendimento de que tal colaboração promove a paridade de armas e contribui para a busca da verdade. Essa lógica é conhecida como “colocar as cartas na mesa”, e visa a assegurar que os litigantes em uma disputa sejam hábeis a conhecer tanto quanto possível o caso da parte contrária, o mais cedo possível, a fim de que não haja surpresas indesejadas.¹⁶ No âmbito específico do processo penal existem restrições à *disclosure* da defesa, relativas ao privilégio contra a autoincriminação. No entanto, tal privilégio não é absoluto. A *discovery* é um instituto que assegura uma maior eficiência na busca da verdade, pois obriga as partes a fazerem uma apuração ampla e prévia – fortalecendo a fase preliminar – e colaborando reciprocamente nessa investigação.

Na fase que antecede a audiência (*trial*) as partes devem entregar à parte contrária um relatório das provas que serão produzidas. Especificamente no processo penal a acusação deve apresentar, além das provas que utilizará, aquelas que estão em seu poder mas que não serão, a princípio, utilizadas, já que pode a promotoria deter algum material probatório relevante que seja favorável ao acusado.¹⁷ A regra de ouro é no sentido de que em um processo justo exige-se total divulgação a ser realizada sobre todo material probatório em domínio da acusação, inclusive aquele que enfraquece seu caso e fortalece o da defesa.¹⁸ Esta, por sua vez, deve infomar apenas as linhas gerais de defesa que pretende adotar, podendo ser obrigada à *disclosure* no que tange à existência de álibis e aos peritos que serão inquiridos.¹⁹

¹⁶ CHASE, Oscar G., HERSHKOFF, Helen. (eds.). *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thomson/West, 2007, p. 208.

¹⁷ ZANDER, Michael. *ob. cit.*, p. 287.

¹⁸ Já houve atenuações a essa obrigação na Inglaterra, em que o governo, por pressão da polícia, sentiu que a obrigação da *common law* de apresentação de provas tinha se tornado muito onerosa para o acusador, forçando o Parlamento a adotar o *Criminal Procedure Acts* de 1996, o qual passou a obrigar o acusador a fornecer apenas as provas que não seriam utilizadas e que digam respeito diretamente ao caso. SPENCER, J. R.O *Sistema Inglês*. In: DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 288.

¹⁹ Os peritos, na *common law*, são trazidos pelas partes, diferentemente do perito oficial do juízo, típico da *civil law*. Assim, as partes podem trazer seus peritos que serão inquiridos como testemunhas, submetendo-se à *cross-examination*. São as chamadas

Essa lógica de cooperação entre as partes é bem desconhecida no âmbito da *civil law* e pode causar até certa estranheza para um observador acostumado aos padrões opostos que lhe são peculiares. A sistemática continental é muito mais tendente a adotar o elemento surpresa como estratégia processual, o que acaba trazendo prejuízos para a defesa, normalmente hipossuficiente na colheita de provas – por não participar da investigação oficial. Essa hipossuficiência se torna mais sensível em sistemas que possuem uma fase pré-processual de investigação de responsabilidade exclusiva da polícia que, por sua vez, acaba sendo parcial e mais tendente a colaborar com o órgão acusatório.

A produção da prova testemunhal na *common law* se dá na fase do *trial* – a audiência única, que é basicamente o momento em que todo o processo acontece. Enquanto o *trial* é o paradigma da justiça nos sistemas de *common law*, no sistema continental a audiência é apenas uma etapa de um longo processo. Um acusado da *civil law* espera obter a justiça não de um juiz, mas de toda uma instituição – um conjunto de atos processuais e vias recursais. Por sua vez, o acusado do sistema anglo-americano espera a justiça do *trial*, após a discussão pública de todas as provas, ficando a decisão normalmente a cargo de um corpo de jurados²⁰.

É nesse momento, portanto, que as partes vão inquirir suas testemunhas, definindo quais serão ouvidas e em que ordem, o que geralmente faz parte da estratégia adotada para a prova dos fatos, a qual não cabe ao juiz interferir. Além do mais, têm também o direito de confrontar as testemunhas da parte contrária.

Começando pelo órgão acusatório, os representantes das partes iniciam a chamada *examination-in-chief*, que consiste no exame direto da testemunha por quem a arrolou, extraindo dela, passo a passo, os fatos desejados. Em seguida, a parte contrária passa ao exame cruzado (*cross-examination*), como verdadeira expressão do contraditório e do direito ao confronto. Esta tem como objetivo mostrar que a testemunha está mentindo ou equivocada, evidenciar contradições ou a sua falta de credibilidade, e até fazer com que as respostas apresentadas se mostrem favoráveis para a construção dos fatos do *cross-examiner*²¹.

Um exame cruzado efetivo normalmente se baseia em apontar as inconsistências ou improbabilidades nas respostas da testemunha durante o exame direto. No entanto, em alguns casos é necessário recorrer a outras fontes, baseadas no trabalho feito durante a preparação do caso na fase investigatória – daí a importância de se realizar essa investigação prévia. Assim, entra em cena a atividade que é desenvolvida na fase preliminar, com maior destaque para o direito norte-americano, que concede maior abertura à investigação realizada pelas partes. Neste contexto é que se insere a relevância da chamada investigação defensiva.

expert witnesses.

²⁰ GARAPON, Antoine., PAPAPOULOS, Ioannis. *ob. cit.*, p. 76.

²¹ ZANDER, Michael. *op. cit.*, p. 419.

Entende-se por investigação defensiva a possibilidade de o acusado, por meio de seus advogados, realizar diretamente a investigação do crime com o intuito de colher elementos para lastrear sua defesa bem como buscar subsídios para contestar as provas produzidas pela acusação.

No sistema norte-americano a investigação é, em regra, conduzida pela polícia, embora não haja um monopólio da atividade. Ao contrário, a promotoria também participa diretamente das investigações, sendo esta atividade também permitida à defesa. Conforme aduz André Machado, “a defesa possui poderes investigatórios, podendo colher os meios de prova necessários para fundamentar suas alegações, devendo observar os mesmos requisitos processuais das provas obtidas em juízo.”²²

Assim, é muito comum os defensores ouvirem as testemunhas em seus escritórios, sendo facultada a participação da parte contrária. São feitos os devidos registros e, posteriormente, incorporados aos autos. Paralelamente, quanto às demais provas, é comum os defensores contratarem investigadores particulares a fim de reunir documentos, realizar pesquisas em repartições públicas, analisar o local do crime, além de peritos, que analisarão as provas técnicas.

5. A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO COMO COROLÁRIO DA PARIDADE DE ARMAS E DO DIREITO À PROVA

A persecução penal brasileira fora estabelecida em duas fases. A primeira delas, de investigação (dispensável), é presidida em regra pela polícia judiciária e possui o objetivo de fornecer ao titular da ação os elementos de informação necessários para ingressar em juízo. Nesta fase, o chamado inquérito policial se desenvolve sem um apego ao contraditório e ampla defesa acerca dos elementos colhidos, com verdadeiro caráter inquisitorial, já que a ideia é que a produção da prova se realize na próxima etapa, a fase processual. Nesta segunda fase, verifica-se a separação das funções de acusar, defender e julgar, o que fortalece a dialética de um contraditório bem exercido.

A despeito de, à primeira vista, a sistemática processual da investigação parecer correta, uma série de problemas são verificados, sendo a maioria deles aptos a gerar sérios reflexos à defesa do imputado.

Em primeiro lugar, a fase investigativa é, a rigor, sigilosa, garantido o direito de acesso aos elementos já documentados ao advogado do investigado por força da Súmula Vinculante nº 14.²³ Quanto às investigações em curso, terão o sigilo preservado,

²² MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²³ Súmula Vinculante nº 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao

a fim de evitar qualquer influência indevida por parte do indiciado. Ademais, o que se vê na prática da investigação preliminar é a inaplicabilidade do contraditório pleno e da defesa técnica, sendo o investigado concebido como mero objeto de investigações. No entanto, o artigo 5º, LV da Constituição estabelece aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. É inegável que o cidadão investigado nos autos de procedimento investigativo é acusado, na acepção ampla da palavra, a qual, por sua vez, abrange tanto a acusação formal que deflagra a persecução penal em juízo, quanto a acusação informal que constitui o objeto da investigação. Desta forma, o artigo 5º, LV da Constituição deve atingir também o investigado, embora a prática, muitas vezes, aponte para o sentido contrário.

Da falta de contraditório acaba-se por consequência a criar uma tendência a priorizar o ponto de vista acusatório na condução das investigações. Apesar da existência da possibilidade de a defesa requerer diligências ou atos de investigação como derivação do próprio direito à prova, o Código de Processo Penal sujeita tal requerimento à análise discricionária da autoridade policial.²⁴ É notório que o resultado da colheita dos elementos investigativos será determinado tendo em vista o olhar de quem investiga que, no caso, se trata de um órgão estatal, com todo um aparato a seu favor. É importante frisar que, a rigor, o inquérito policial é um procedimento preparatório para a ação penal, motivo pelo qual se destina, principalmente, a buscar elementos para servirem de suporte à acusação.

Diante disso, a investigação pode se mostrar tendenciosa. O próprio ato de inquirição de testemunhas pode, inevitavelmente, revelar unicamente o ponto de vista acusatório, a depender das perguntas que são feitas. Caso não haja uma imparcialidade de quem inquire, mas, ao contrário, se veja uma tendência de confirmar uma hipótese já mentalizada, o questionamento será inteiramente voltado para tal finalidade e poderá evidenciar apenas parte dos fatos ocorridos. Sobre tal ponto, interessante o entendimento de Cordero acerca do “*primato dell'ipotesi sui fatti*”, no sentido de que quem investiga tende a fazer “*quadrimentaliparanoide*”, já que ele primeiro cria uma hipótese mental para, então, buscar elementos que venham a comprovar uma decisão já tomada. Em contrapartida, acabaria por ignorar os elementos que seguiriam no caminho oposto.²⁵

Além disso, outro problema que se mostra corriqueiro é o fato de o inquérito servir como peça informativa ao processo, sendo a ele apensado. Isso faz com que o juiz tenha acesso ao material colhido na ausência do contraditório.

exercício do direito de defesa.”

²⁴ Gustavo Badaró afirma, no entanto, que não se pode concordar com os que afirmam poder a autoridade policial deferir ou não, de acordo com sua discricionariedade. Uma vez sendo o requerimento pertinente e relevante, deverá ser deferido. Não o sendo, deve a autoridade motivar a decisão, sob pena de cerceamento do direito de defesa. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivaby. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 72.

²⁵ CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51

Inevitavelmente, esses elementos podem, subjetivamente, influenciar a formação do convencimento, em prejuízo da defesa.

Diante dessas questões exemplificativas, o cenário que se verifica na prática acaba sendo o do sacrifício de importantes garantias fundamentais do imputado, mormente o do contraditório e ampla defesa, sem falar no prejuízo à paridade de armas. A investigação defensiva se mostraria interessante mecanismo para prestigiar o direito do acusado a colher seus próprios elementos informativos, que viriam a ser reunidos aos da investigação oficial e estariam igualmente à disposição do juiz.

Nesse aspecto, sobressai a importância de se prestigiar a atividade das partes como verdadeiros titulares do direito à prova. Essa observação foi levada em consideração pelo legislador ao reformular a disciplina da prova testemunhal através da Lei nº 11.690/08.

A necessária intenção de se concretizar o modelo acusatório, com todas as garantias processuais que lhe são inerentes, ficou evidente ao se adotar o sistema do exame direto e cruzado de inquirição (*direct e cross-examination*) em oposição ao sistema presidencialista até então vigente. É certo que a inquirição feita diretamente pelas partes já era adotada pelo legislador brasileiro no procedimento do júri, quando do julgamento em plenário, embora nem sempre a regra se fazia respeitada.

Além disso, com a faculdade de entrevistar testemunhas e localizar fontes de prova, a defesa estaria apta a trazer informações relevantes ao processo na fase de julgamento e se mostraria mais bem preparada para realizar a inquirição das testemunhas por meio do exame direto e cruzado, como previsto no CPP. Como aduzido, as perguntas feitas às testemunhas na fase investigatória oficial não necessariamente refletem as estratégias da defesa, ficando o defensor ao risco de ser surpreendido negativamente em sua atuação na audiência ao explorar as novas teses. Por sua vez, a acusação, por já estar familiarizada com o posicionamento das testemunhas – refletido no inquérito, acaba por não se submeter ao mesmo risco.

6. O NOVO CPP E A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Atento para a necessidade de se munir a defesa com mecanismos que lhe permitam atuar em igualdade de condições com o órgão acusatório, o Projeto de Lei do Senado 156/09, que tramita na Câmara dos Deputados sob o número PL 8.045/10, contemplou o instituto da investigação defensiva. Por meio dela, a defesa poderá realizar sua própria investigação, inclusive ouvindo testemunhas, e juntar o resultado aos autos de inquérito policial. A previsão se deu nos seguintes termos:

Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar

fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

§ 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 discricção 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 cometidos²⁶

Veja-se que, na linha do apontado anteriormente, a maior expressão da investigação defensiva nos moldes do projeto de novo Código de Processo Penal se direcionará à prova testemunhal. A prova testemunhal tem como característica relevante a possibilidade de um controle na sua formação pelos sujeitos processuais. Sendo a testemunha a fonte da prova, o que será efetivamente extraído de seu depoimento depende diretamente da atividade do responsável pela inquirição, relativamente às perguntas que serão formuladas. Assim, o resultado dessa atividade pode ficar condicionado (ou impregnado) aos interesses ou à linha de raciocínio adotada por quem inquire.

Um sistema de colheita de provas orquestrado pelas partes não pode ser eficaz sem lhes permitir, por exemplo, um contato prévio com as testemunhas através de entrevistas. Os advogados devem ter ao menos uma ideia acerca do conteúdo do que as testemunhas irão dizer no depoimento, a fim de evitar surpresas e deficiências na inquirição. Essas entrevistas são essenciais para o planejamento das estratégias a serem adotadas durante o julgamento. Nesse sentido, a defesa terá a possibilidade de inquirir as testemunhas previamente, inclusive as de acusação, juntando-se a ata ao inquérito policial – o que proporcionará ao juiz o conhecimento de uma outra linha investigatória. No entanto, a exigência de consentimento da testemunha pode levar a um sério óbice ao poder investigativo da defesa, motivo pelo qual não parece ter sido a opção legislativa mais acertada.

²⁶ PL 8.045/2010. Disponível na internet: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7CB AE75F148EE6F93B85632CB8DC.A026.proposicoesWeb1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010. Acesso em: 06/05/2015.

Por outro lado, implicitamente de acordo com o *caput* do artigo, é facultado à defesa contratar investigador particular (mandatário) para buscar fontes de prova que lhe favoreçam, embora seus poderes na busca de provas e na realização de atos investigativos sejam infinitamente limitados em comparação aos da polícia judiciária.

Apesar do louvável avanço em direção à valorização das garantias do acusado ao se estabelecer a possibilidade de investigação pela defesa, não se pode deixar de mencionar as dificuldades estruturais que inevitavelmente serão enfrentadas.

Uma vez que grande parte dos acusados é assistida pela Defensoria Pública ou por defensores dativos, não tendo condições nem, ao menos, de arcar com os custos de um advogado, dificilmente conseguirão custear uma investigação particular. É fato notório que a defensoria já mal consegue absorver o grande número de defesas que lhe são submetidas, dificilmente será capaz, por assim dizer, de realizar investigações em favor de seus assistidos.

Como observou Cambi, é preciso que as distorções técnicas entre os serviços prestados pelos profissionais, sejam os menores possíveis. É preocupante o cenário brasileiro, onde, em grande parte das comarcas, a assistência judiciária integral e gratuita (art. 5º, inc. LXXIV, CF) não passa de uma promessa constitucional não cumprida.²⁷ No entanto, apesar da constatação desanimadora, tal não é motivo para afastar a previsão do direito. A falta de recursos não deve ser utilizada como pretexto para deixar de lado a garantia.

Paralelamente, um outro problema comumente discutido se refere à baixa confiabilidade dos elementos trazidos pela defesa em comparação com os elementos contidos no inquérito policial. De fato, é inegável que o juiz pode tender a atribuir maior credibilidade ao produto da investigação oficial, porém, é fato que os elementos trazidos pela defesa deverão ser considerados com igual cuidado, principalmente quando produzidos em audiência. Além disso, ao sentenciar, o juiz deverá por meio da motivação, explicitar as razões de seu convencimento.

Caberá à prática e ao esforço dos profissionais envolvidos no exercício da defesa técnica moldar o novo instituto, estabelecendo as bases para que se possa almejar uma maior igualdade entre os sujeitos parciais no processo penal.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à prova – direito este indissociável aos direitos de ação e de defesa, bem como a concepção de contraditório como direito de influenciar eficazmente o convencimento do julgador, em paridade de armas com a acusação, impõe que se deva fornecer à defesa os meios necessários a identificar e preservar

²⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoprivatismo e Neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008*. Disponível na internet: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/ARTIGO%20-%20Neoprivatismo.pdf>. Acesso em: 05/09/2013, p. 14.

as fontes dessas provas, assim como quaisquer elementos informativos que possam servir para provar a inocência do acusado.

Ciente da inevitável parcialidade do instrumento oficial de investigação em suporte às teses acusatórias e dos limites encontrados pela defesa de influir ativamente na colheita dos elementos probatórios, a previsão da investigação defensiva no projeto de novo Código de Processo Penal já representa um enorme avanço. Embora tímida, caminha em direção ao reconhecimento do direito da defesa de ir ao encontro dessas fontes de prova, mesmo que a infeliz realidade socioeconômica da maioria dos acusados e a falta de estrutura da Defensoria Pública constituam óbices naturais a essa atividade.

No entanto, mesmo que em um primeiro momento não seja possível o implemento de uma complexa investigação a cargo da defesa é preciso lembrar que tal direito deve estar garantido – inclusive o direito de inserir quaisquer documentos e elementos probatórios em conjunto com aqueles provenientes da investigação oficial. Só assim o juiz poderá se ver influenciado concomitantemente pelas duas partes antes mesmo do início da ação penal.

Apesar das dificuldades práticas, é importante que sejam bem recepcionadas as inovações que representem o incremento dos direitos processuais do acusado. Vale lembrar que mais difícil do que buscar meios práticos e estruturais para a consecução dos fins processuais garantistas é a mudança da cultura inquisitória que ainda permeia as práticas e discursos no âmbito do processo penal.

8. REFERÊNCIAS

- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BADARÓ, Gustavo Henrique RighiIvahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- CAMBI, Eduardo. *Neoprivatismo e Neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008*. Disponível na internet: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/ARTIGO%20-%20Neoprivatismo.pdf>. Acesso em: 05/09/2013.
- CHASE, Oscar G., HERSHKOFF, Helen. (eds.). *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thomson/West, 2007.
- CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51
- GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo: III Série – Estudos e pareceres de processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

- MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SPENCER, J. R.O Sistema Inglês. In: DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- VILARES, Fernanda Regina. *A Prova Penal no Direito Inglês*. In: FERNANDES, Antônio Scarance, et. al. *Provas no Processo Penal. Estudo Comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ZANDER, Michael. *Cases and Materials on the English Legal System*. 10th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

Recebido em: 19/05/2015

Aceito em: 26/06/2015