

## CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRATAMENTO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO PLS N. 156/09

## CONSIDERATIONS ON THE TREATMENT OF DEFENSIVE CRIMINAL INVESTIGATION IN PLS N. 156/09

Marcelo Azambuja Araujo<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo propõe uma reflexão acerca do tema da investigação criminal defensiva. Partindo de uma breve análise quanto aos atuais limites para atuação do defensor nos sistemas processuais estadunidense e italiano, analisa a adequação da proposta de regulamentação da investigação defensiva contida no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (PLS n. 156/09).

Palavras-chave: Investigação Criminal Defensiva. PLS n. 156/09. Limites.

### ABSTRACT

The present study is a reflection on the theme of criminal defense. Starting with a brief analysis of the current constraints on defense attorneys in the procedural systems of the United States and Italy, it reviews the adequacy of proposed investigative defense regulations within the Criminal Procedure Code Reform Project (PLS n. 156/09).

Keywords: Criminal Defense. PLS. 156/09. Limits.

---

<sup>1</sup> Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra em parceria com o IBCCrim. Advogado. *E-mail*: marcelo-araujo@outlook.com

## INTRODUÇÃO

A pesquisa desenvolvida tem como objetivo refletir sobre a atuação do defensor na fase pré-processual na busca por elementos que mitiguem a responsabilidade do defendido em futura defesa judicial ou, até mesmo, evitem a formulação de injustas acusações. No atual cenário, o Código de Processo Penal (CPP) não prevê esta possibilidade, restringindo-se a reconhecer, em seu art. 14, que o indiciado poderá requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade. Recentemente, com as alterações introduzidas no Estatuto da OAB pela Lei n. 13.245/16, garantiu-se ao defensor o direito de assistir o defendido durante as apurações, bem como de apresentar razões e quesitos ao responsável pela condução das investigações<sup>2</sup>.

Com a inclusão de dispositivo que regulamenta o tema da investigação criminal defensiva no âmbito do Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (PLS n. 156/09), este passou a receber maior atenção da doutrina.<sup>3</sup> Não obstante a falta de regulamentação, o certo é que atualmente inexistente vedação legal a uma atuação ativa do defensor na fase pré-processual, já tendo o Supremo Tribunal Federal se manifestado quanto a sua admissibilidade.<sup>4</sup> No mesmo sentido, observa Gustavo Badaró que, embora o Código de Processo Penal não discipline a atividade de investigação defensiva, também não a proíbe<sup>5</sup>.

O êxito desta investigação, contudo, encontra vários óbices. Conforme salienta Diogo Malan, a ausência de condições financeiras de grande parte da clientela criminal para custear estas medidas, aliada à ausência de mecanismos de coerção para tomada

---

<sup>2</sup> A Lei n. 13.245/16 previu, ainda, ser direito do advogado, no curso da apuração, “requisitar diligências”. Esse dispositivo restou vetado sob o argumento de que “poderia levar à interpretação equivocada de que a requisição a que faz referência seria mandatória, resultando em embaraços no âmbito de investigações e consequentes prejuízos à administração da justiça”.

<sup>3</sup> Sobre o tema destacam-se as pesquisas realizadas por Diogo Malan (Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012), André Augusto Machado (**A investigação criminal defensiva**. 2009. 2012 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009) e Denis Sampaio (Reflexões sobre a investigação defensiva: possível renovação da influência pós “Código Rocco” sobre a indagine difensive. In: MALAN, D. MIRZA, F. (Coord.). **Advocacia criminal: direito de defesa, ética e prerrogativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014).

<sup>4</sup> “É ínsita ao sistema dialético de processo, concebido para o estado democrático de direito, a faculdade de a parte colher, por si própria, elementos de provas hábeis à defesa de seus interesses. E, ipso facto, não poderia ser diferente com relação ao MP que tem, friso, o poder-dever da defesa da ordem jurídica” (RHC 97.926/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes).

<sup>5</sup> BADARÓ, G. H. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 156.

de depoimentos de potenciais testemunhas, expõe os defensores à possível acusação de fraude processual e/ou falso testemunho e perpetua uma resistência em dar credibilidade aos elementos produzidos pela defesa<sup>6</sup>.

A presente pesquisa propõe uma reflexão quanto aos atuais limites para atuação do investigador e à adequação da proposta de regulamentação desta atividade. Assim, a partir de revisão bibliográfica, buscou-se delimitar o espaço possível de atuação do investigador privado nos sistemas italiano e estadunidense para, após, analisar a pertinência e adequação do PLS n. 156/09. Pontue-se que a escolha destes sistemas decorre do fato de que ambos possuem ampla influência sobre o ordenamento processual penal brasileiro e contam com apurado desenvolvimento teórico no tema da atuação do defensor privado, de maneira ativa, na fase investigatória.

## 1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NOS ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, a legislação federal convive com legislações estaduais, ambas encontrando limite na Constituição. Enquanto a primeira é aplicada pelos tribunais federais, os Estados-membros e, conseqüentemente, as Cortes Estaduais, podem adotá-la, total ou parcialmente, ou ainda elaborar diplomas legais próprios<sup>7</sup>. Não obstante os Estados-membros possuírem discricionariedade para legislar, em razão dos limites da pesquisa, serão tomados como marcos a Constituição e a legislação federal norte-americana.

Segundo Aury Lopes e Ricardo Gloeckner, o processo penal estadunidense pode ser dividido em três fases: a) investigativa ou preliminar (*investigatory stage*), onde são buscados elementos quanto a materialidade e autoria do crime,<sup>8</sup> b) de adjudicação

---

<sup>6</sup> ROVEGNO, A. O sistema de provas no processo penal estadunidense. In: FERNANDES, A. S. et. Al. (Coord.). **Provas no processo penal**: estudo comparado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 395.

<sup>7</sup> ROVEGNO, A. O sistema de provas no processo penal estadunidense. In: FERNANDES, A. S. et. Al. (Coord.). **Provas no processo penal**: estudo comparado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 395.

<sup>8</sup> Ao final da etapa investigatória, a fim de munir as partes de elementos para que elaborem sua estratégia, a *Federal Rule of Criminal Procedure*, em sua *Rule 16*, regulamenta o acesso às provas testemunhais e documentais produzidas pela parte contrária, autorizando que estas requeiram em Juízo o acesso a tais elementos. Nesse sentido, Peter J. Henning refere que: *"Thus, upon defendant's request, the government must disclose defendant's oral statements, written or recorded statements, prior record, and government needs to permit the defendant to inspect and to copy or photograph books, papers, documents, data, photographs, tangible objects, buildings or places, or copies or portions of any items, if the item is within the government's possession, custody, or control and: 1) the item is material to preparing the defense; 2) the government intends to use the item in its case-in-chief at trial; or 3) the items was obtained from or belongs to the defendant"* (HENNING, P. J. et al. **Mastering criminal procedure**. Durham: Carolina Academic Press, 2012. v. 52).

(*adjudatory stage*), onde o magistrado avalia a admissibilidade das provas coligidas, e, c) a última fase, que corresponde à instrução criminal (*judicial stage*) perante o júri que decidirá sobre o mérito da acusação. Em caso de condenação há, ainda, uma quarta fase destinada à dosimetria da pena<sup>9</sup>.

No sistema estadunidense, a etapa de investigação criminal não possui um rito pré-estabelecido. Com isso, os órgãos de persecução penal e a defesa possuem ampla discricionariedade na escolha dos meios probatórios. A acusação parte de uma fase em que se reúnem elementos relacionados ao fato investigado e à identificação do autor do delito e, enquanto não individualizada a investigação, “não se fala em direito de defesa e não há prazo para o encerramento das diligências”.<sup>10</sup> Após, com a identificação do suspeito, o que normalmente enseja a aplicação de medidas cautelares ou sua detenção, emerge uma série de garantias.

Embora acusação e defesa possuam discricionariedade na eleição dos meios de prova, estão sujeitas a limites diversos na produção de elementos probatórios. Isso porque a proteção dos direitos previstos na Constituição estadunidense, dentre os quais podemos destacar o direito de não sofrer buscas indevidas (IV Emenda), direito a não declarar contra si mesmo (V Emenda), direito a ser assistido por um advogado (VI Emenda) e ao devido processo legal (XIV Emenda), constitui-se “mais em restrições à autoridade dos agentes públicos sobre os cidadãos do que em direitos individuais (*deterrent effect*)”<sup>11</sup>.

Conforme leciona Manuel da Costa Andrade, para o direito americano as regras de exclusão probatória (*exclusionary rules*) são concebidas tendo em conta seu destinatário primordial, ou seja, a polícia. Disso decorre serem admissíveis “os meios de prova obtidos por particulares à custa, v. g., de fraude ou coação, apropriação indevida, intromissão em casa alheia, devassa e atentado ao *right privacy*” os quais são “particularmente saudados pelo seu qualificado valor probatório”<sup>12</sup>.

No mesmo sentido, ao discorrer sobre a proteção constitucional da IV Emenda, Jerold H. Israel, citando o caso *Burdeau v. McDowell* (1921), adverte que sua incidência tem lugar apenas em relação a medidas conduzidas por agentes do governo, sejam policiais, funcionários públicos ou particulares agindo em nome ou a pedido de autoridades públicas. No emblemático caso, o recorrente buscava a exclusão das provas constantes no processo

---

<sup>9</sup> LOPES, JR., A.; GLOECKNER, R. J. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 393-394.

<sup>10</sup> MACHADO, A. A. M. Op. cit., p. 99.

<sup>11</sup> DEU, T. A. **Prova ilícita: um estudo comparado**. Trad.: Nereu José Giacomolli. São Paulo: M. Pons, 2014. p. 33.

<sup>12</sup> ANDRADE, M. da C. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 153.

que haviam sido subtraídas ilegalmente de sua posse por um particular e entregues às autoridades públicas que o processaram. Ao apreciar o recurso, a Suprema Corte, embora reconhecendo ser inquestionável o direito do ofendido de processar aqueles que subtraíram os documentos, concluiu pela validade de sua valoração no processo penal em razão do fato de as autoridades públicas não terem ligação com a obtenção ilegal dos documentos.

Em decisão mais recente, ao apreciar o caso *United States v. Jacobsen* (1984), a Suprema Corte entendeu que a violação de correspondência por funcionários de empresa particular de transportes (*Federal Express*), com posterior envio do material identificado (cocaína) às autoridades públicas, não violava a imunidade constitucional. Tal como observa Maximiliano Hairabedián, para a jurisprudência norte-americana a exclusão das provas obtidas ilicitamente por agentes públicos tem como finalidade dissuadir tais condutas (*deterrent effect*) e, por restar inadequada a transposição desta finalidade dissuasória aos particulares, tal regra não se aplica aos elementos por estes produzidos.

Embora se reconheça a ampla possibilidade de valoração de elementos produzidos pela própria parte ou por terceiros na judicial, disso não decorre uma imunidade àquele que atue com essa finalidade. No caso *Burdeau v. McDowell*, a Suprema Corte referiu que a possibilidade de aceitação de tais elementos não exclui a possibilidade do ofendido mover um processo em face daquele que lhe subtraiu os documentos e os disponibilizou às autoridades públicas.

À ausência de sujeição aos limites constitucionais, soma-se uma falta de regulação legal à atividade do investigador privado. Contudo, se por um lado a atividade carece de regras estatais quanto a forma e os limites à atuação do profissional responsável pela investigação, a *American Bar Association* (ABA) possui relevantes diretrizes, cuja importância é atestada pela jurisprudência americana.

Antes de analisarmos as instruções da ABA, convém destacar que nesta fase que antecede a *adjudatory stage* a iniciativa probatória é de responsabilidade exclusiva das partes, sendo imprescindível a adoção de uma postura ativa por parte do defensor na produção de elementos de prova que demonstrem a inocência do investigado/acusado ou mitiguem sua culpa.

Tendo-se em conta a preponderância das partes na produção probatória, recai sobre o defensor um poder-dever de agir que, com o tempo, passou a contar com critérios de avaliação acerca da efetividade da defesa do acusado. O fundamento e, ao mesmo tempo, o ponto de partida para aferição da efetividade da atuação do defensor é a Constituição,

em especial a VI Emenda<sup>13</sup>, da qual decorrem o direito à prova defensiva, ligado à cláusula do *compulsory process*, e à defesa técnica efetiva, cujo fundamento constitucional emana do *right a counsel*.<sup>14</sup>

A Suprema Corte se deparou inúmeras vezes com situações em que se buscava a anulação de decisões face a inexistência de uma defesa técnica efetiva. No julgamento do caso *Strickland vs. Washington* (1984), embora não tenha estabelecido critérios para aferição do cumprimento dos deveres do advogado, reconheceu que “o dever de investigação (*duty to investigate*) é um dos corolários lógicos do dever de proporcionar ao acusado uma defesa técnica efetiva”,<sup>15</sup> assentando, contudo, que o reconhecimento da inexistência de uma defesa técnica efetiva dependeria da demonstração de dois requisitos cumulativos, quais sejam: “*the defendant must prove both incompetence and prejudice*”.

Ao apreciar o caso *Bobby vs. Van Hook* (2009), a Suprema Corte, reconhecendo a importância das orientações da *American Bar Association* (ABA) como um parâmetro possível a ser considerado para aferir a efetividade da defesa, concedeu ordem de *habeas corpus* para Robert Van Hook pelo fato de não ter recebido assistência efetiva durante a fase de julgamento que lhe aplicou a pena de morte. Já em 2010, ao apreciar o caso *Padilla vs. Kentucky*, a Suprema Corte reconheceu a deficiência da defesa que não orientou o acusado quanto à possibilidade de deportação decorrente de seu acordo de reconhecimento de culpa, em desacordo com as orientações da ABA no sentido de “*require defense attorneys to advise as to the risk of deportation consequences for non-citizen clients*”.

Essas advertências se fazem necessárias com o fim de demonstrar a preocupação da Suprema Corte com casos em que o acusado tenha sofrido consequências processuais decorrentes de uma defesa técnica defeituosa e, mais que isso, a importância atribuída às diretrizes da ABA quando da sua aferição.

Se por um lado a não obediência a estas regras não gera, por si só, um direito subjetivo do defendido, no sentido de reconhecer a inefetividade da defesa, por outro, seguramente serve como um razoável referencial a ser observado para pautar a conduta dos advogados na condução de uma investigação defensiva. Interessa-nos, assim, as instruções normativas que abordam a atuação do advogado criminal, quais sejam: a) *Criminal Justice*

---

<sup>13</sup> Em tradução livre: “Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado”.

<sup>14</sup> MALAN, D. Op. cit.

<sup>15</sup> Ibid.

*Standards for the Defense Function* e *b) Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases*, ambas da ABA.

A *Criminal Justice Standards for the Defense Function* prevê expressamente um dever de investigar ao advogado (Norma 4-4.1 a), o qual deve pautar sua atuação com respeito a obrigações de sigilo (Norma 4-1.3 a), lealdade (Norma 4-1.3 b), manter o defendido informado quanto ao desenvolvimento do processo e às potenciais alternativas (Norma 4-1.3 d), não assumir uma carga de trabalho que lhe interfira na qualidade de seu serviço (Norma 4-1.8), dentre outros.

Ao se ocupar especificamente da atividade investigativa defensiva, a orientação prescreve ao advogado o dever de discutir potenciais fontes de informações úteis, evidência e investigação (Norma 4-3.3 c), não se limitando ao material produzido pela acusação (Norma 4-3.7 b) e, caso necessário, exige deste que tome as medidas necessárias com o fim de garantir que as evidências físicas sejam preservadas.

Especificamente quanto às entrevistas realizadas na investigação defensiva, sugere que seja buscada a oitiva de todas as testemunhas, incluindo a(s) vítima(s), as quais devem ser conduzidas de forma a não intimidá-las ou constrangê-las (Norma 4-4.3 c), não devendo ser utilizados métodos que deturpem a identidade do entrevistador ou o seu interesse no depoimento (Norma 4-4.3 d). Refere ser desnecessário advertir ao entrevistado quanto ao seu direito ao silêncio ou ao direito de se fazer acompanhar por um advogado (Norma 4-4.3 g) e sugere ao investigador que se faça acompanhar por pessoa com credibilidade caso venha a tomar o depoimento de pessoa previsivelmente hostil (Norma 4-4.3 f).

Já o *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases* é um minucioso roteiro quanto à postura que deve ser adotada pelo defensor nos processos criminais que podem ensejar a pena de morte, estabelecendo elementos que uma investigação defensiva apropriada deve cumprir. O roteiro enumera não só os documentos e depoimentos que devem ser objeto de atenção do defensor, mas também outros fatores que devem ser levados em consideração para traçar um histórico do defendido, dentre os quais, exemplificativamente citamos: histórico escolar, militar e médico, caso de dependência juvenil sua ou de seus familiares, ficha criminal, seus relacionamentos, além de eventual histórico de abuso de drogas etc.

Como se percebe, no sistema processual norte-americano, em decorrência de sua dialeticidade, impõe-se ao advogado uma postura ativa na busca por elementos que favoreçam o defendido. A importância da adoção de uma postura ativa nesta fase tem especial relevo quando considerado que cerca de 95% dos casos levados ao Sistema Judiciário Federal são resolvidos em *plea agreements*, caso em que a existência de elementos favoráveis à defesa nesse momento processual pode ser um fator decisivo para a decisão



do acusado de realizar ou não o acordo ou para barganhar o oferecimento de melhores condições.<sup>16</sup>

Nesse contexto, embora possam ser valorados em processos judiciais até mesmo elementos obtidos ilicitamente pela parte ou pelo investigador privado, as orientações da ABA funcionam como importante referencial ao estabelecer padrões para o que se considera uma investigação efetiva, bem como ao propor uma regulamentação da atividade do investigador.

## 2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NA ITÁLIA

Já na Itália, o diploma processual penal, superando a raiz autoritária do Código Rocco (1930),<sup>17</sup> sofreu profundas alterações com a reforma do Código de Processo Italiano (CPPi) de 1988, que entrou em vigor em 1989. O novo código retirou a condução da investigação das mãos do Juiz Instrutor, entregando-a ao Ministério Público, num procedimento “que guarda certa semelhança com a nossa estrutura de inquérito policial”<sup>18</sup> e restou denominado de *indagine preliminari*. Outro marco legislativo de crucial importância reside na introdução, em 1999, do princípio *del giusto processo* no art. 111 na Constituição Italiana, que consagra o modelo adversarial e contempla, dentre outros, os princípios da reserva de lei em matéria processual, da imparcialidade do juiz, da paridade de armas e de razoável duração do processo.<sup>19</sup>

Embora o Código de Processo Penal da década de oitenta tenha assegurado a participação do investigado, por seu defensor, em uma série de atos ordinários da investigação (art. 364 do CPPi), a qual somente seria tolhida quando a ciência do investigado acerca das medidas pudesse trazer risco à sua eficácia, o certo é que a investigação defensiva possuía um tratamento superficial até então.

---

<sup>16</sup> HENNING, P. J. et al. Op. cit.

<sup>17</sup> Segundo Paolo Tonini: “o Código de Processo Penal de 1930 pertencia a um sistema predominantemente inquisitório: amplos poderes eram atribuídos ao juiz e a matéria da prova não era suficientemente regulamentada. O juiz era o ‘senhor das provas’; durante a instrução, a verdade era investigada em sigilo, com amplos poderes coercitivos. No momento dos debates, as partes não tinham poderes incisivos de controle, pois a verdade já havia sido acertada e estava contida nos autos dos atos instrutórios. A jurisprudência tendia a exaltar os poderes exercitados pelo juiz, o que se justificava por meio da exigência de se assegurar o princípio do livre convencimento” (TONINI, P. **A prova no processo penal italiano**. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17-18).

<sup>18</sup> CHOUKR, F. H. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 62.

<sup>19</sup> TONINI, P. Op. cit., p. 21.



Somente em 2000, com a Lei n. 397/00, intitulada *Disposizioni in materia di indagini difensive*, que introduziu inovações nos diplomas penal e processual penal, o legislador italiano trouxe um maior detalhamento para a realização de atividades de investigação pelo defensor, com o reconhecimento da possibilidade, a partir de sua constituição para esta finalidade, de que este assuma uma postura ativa e conduza uma investigação, em qualquer fase do processo (art. 327-bis do CPPi), para identificar evidências em favor de seu cliente, delimitando-se, com isso, simbolicamente o papel do defensor como corresponsável pela apuração dos fatos.<sup>20</sup>

Diferentemente do modelo americano, no sistema italiano o investigador privado deve observar determinados procedimentos e limites para que o resultado de seu trabalho possa ser valorado. Em relação aos limites na produção de elementos probatórios, o CPPi, em seu art. 191, proíbe a valoração de provas obtidas em violação às proibições legais. Além disso, o art. 391-bis, §6º, específico em relação às investigações privadas, estabelece que “a violação das normas que regulam as limitações dos direitos fundamentais converte os meios em *inutilizzabiles*, podendo o investigador incorrer, ainda, em responsabilidade administrativa”.<sup>21</sup>

Outrossim, a Lei n. 397/00 estabelece procedimentos que devem ser observados. Dentre as inovações introduzidas, previu-se a possibilidade de tomada depoimento de pessoas capazes de relatar circunstâncias relevantes para a investigação, o qual pode se dar de maneira informal (não documentado), ser objeto de declaração escrita pela própria testemunha ou ainda ser formalizado em forma de depoimento, caso em que deverá obedecer a forma prevista pelo art. 391-ter do CPPi. Em todas essas hipóteses, deve o responsável pela entrevista realizar as advertências previstas no art. 391-bis, item 3, dentre as quais a qualidade em que será ouvida, seu direito de permanecer em silêncio, a proibição de revelar à Polícia e ao Ministério Público as perguntas e respostas dadas, além de seu dever de dizer a verdade. A não realização das advertências enseja a nulidade do material produzido a partir da respectiva oitiva.

Enquanto a Polícia e o Ministério Público possuem o dever de documentar os depoimentos tomados (arts. 357 a 373 do CPPi), esta possibilidade estará à disposição

---

<sup>20</sup> Ao analisar o papel do defensor nas investigações privadas Paolo Tonini (op. cit., p. 194) assim refere: “conclui-se que, atualmente, também as investigações realizadas pela defesa constituem ‘atos do procedimento’, pois são realizadas por sujeitos ‘legitimados’ e para as finalidades do processo penal”.

<sup>21</sup> DEU, T. A. Op. cit., p. 78.

de um juízo de conveniência do defensor/investigador, o qual, uma vez optando por ela, deverá fielmente registrar o objeto da entrevista e, se optar por sua apresentação no processo judicial, deverá fazê-lo em sua completude.<sup>22</sup>

Além disso, a legislação dispõe acerca da possibilidade de acesso a locais privados (cujo acesso não tenha sido franqueado ao defensor), a forma como devem ser documentadas eventuais perícias, bem como a possibilidade de que sejam requeridos eventuais documentos à administração pública. O responsável pela investigação defensiva, contudo, não está munido de poderes coercitivos, não lhe sendo permitido realizar busca e apreensão de coisas e documentos, salvo quanto ao corpo de delito (art. 103, CPPi). Registre-se que, no curso das medidas adotadas, caso o defensor descubra ocorrência de crimes, não possui a obrigação de informá-los (art. 334-bis do CPPi).

Outro elemento que reforça o valor atribuído à investigação privada, valorizando-a, é, sem dúvida, a criação de tipo penal do art. 371-bis do Código Penal, que incrimina a prestação de informações falsas ao investigador privado. Face às alterações legislativas, a *Unione della Camere Penali Italiane*<sup>23</sup> editou, em 2001, o "*Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive*"<sup>24</sup> que consiste em um guia para o advogado de defesa, contendo não apenas diretrizes éticas, mas também estratégicas para sua atuação. Não obstante este regramento não possuir efeitos *erga omnes*, é aplicável aos advogados vinculados à Associação que, por sua representatividade e prestígio, serve de referencial ao procurar preencher lacunas deixadas pela legislação.<sup>25</sup>

Cumprе salientar, contudo, que não foi sem obstáculos e resistências que se introduziu a investigação defensiva na Itália. Com efeito, o caldo cultural inquisitorial e o receio de que a participação do investigado em um ambiente historicamente titulado pelo judiciário pudesse manipular ou falsificar elementos probatórios conduziram a uma resistência jurisprudencial ao novo regramento, o qual, com o tempo, "ultrapassou as desconfianças e se impôs como essencial à estrutura do processo penal italiano contemporâneo".<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> MACHADO, A. A. M. Op. cit., p. 125.

<sup>23</sup> A *Unione della Camere Penali Italiane* é uma associação sem fins lucrativos que conta com mais de 8000 advogados criminais. Mais informações em: <http://www.camerepenali.it/>.

<sup>24</sup> Disponível em: <<http://www.camerepenali.it/public/file/Documenti/REGOLE%20DI%20COMPORTAMENTO%20DEL%20PENALISTA.pdf>>. Acessado em 23 abr. 16.

<sup>25</sup> CERVETTO, S. **La deontologia del difensore nell'ambito delle investigazioni difensive**. Disponível em: <[http://www.costituzionale.unige.it/dottorato/CERVETTO.html#\\_ftn31](http://www.costituzionale.unige.it/dottorato/CERVETTO.html#_ftn31)>. Acesso em: 23 abr. 16.

<sup>26</sup> PRADO, G. Parecer. As garantias na investigação criminal: o direito de se defender provando. In: SCARPA, A. O.; HIRECHE, G. F. E. (Org.). **Temas de direito penal e processo penal**: estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. Salvador: Juvspodvim, 2013, p. 708.

Por fim, cabe mencionar que a possibilidade de realização de uma investigação criminal defensiva por parte do defensor não significa o reconhecimento do contraditório durante a *indagine preliminar*. Por consequência, os elementos produzidos nesta fase configuram meros atos de investigação,<sup>27</sup> salvo quando exista risco de perecimento, hipótese em que os atos de prova serão produzidos em incidente específico com a participação da defesa (arts. 392 a 404 do CPPi).

### 3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO PROJETO DO CPP

O Projeto de Lei do Senado n. 156/09, que trata da reforma do Código de Processo Penal, em sua redação datada de 7 de dezembro de 2010, traz, em seu art. 13, a possibilidade de que o investigado, por seu representante, tome a iniciativa de indicar fontes de prova, podendo, inclusive, entrevistar pessoas. Os parágrafos do referido dispositivo regulamentam a forma como devem ser realizadas as entrevistas, consignando que deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre os objetivos e o consentimento formal do entrevistado.

Prevê, ainda, a impossibilidade de interpelação da vítima para os fins da investigação defensiva, salvo se houver autorização judicial para tanto. Pelo Projeto, a autoridade policial segue como responsável pela condução do inquérito, podendo o investigado requerer a realização de qualquer diligência ou a juntada do material produzido pela defesa, às quais ficam à critério da autoridade policial. Em caso de indeferimento, o interessado poderá representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público (art. 26, § 1º).

Contudo, o texto não contempla temas sensíveis, como a possibilidade de acesso da defesa a locais privados, a incidência do regime das provas ilícitas nas provas produzidas pelo investigador privado e a (in)admissibilidade de depoimentos tomados em desacordo com o rito proposto pelo Projeto. Além disso, mantém nas mãos da Polícia e do Ministério Público o juízo de conveniência acerca das medidas requeridas pela defesa, o que revela absoluta assimetria no tratamento das partes.

De igual sorte, diferentemente do que ocorre no sistema italiano, não é assegurada a possibilidade de participação do defensor nas diligências realizadas na fase investigativa, ainda que da sua presença não decorra qualquer prejuízo à efetividade das providências. Cumpre mencionar, ainda, que o Projeto de Reforma do Código Penal (PLS n. 236/12), ao

---

<sup>27</sup> MACHADO, A. A. M. Op. cit., p. 109.

dispor quanto ao delito de falso testemunho, não contempla a possibilidade de configuração do crime nos casos em que o agente presta informações a investigador privado.

Diante dos pontos fixados na pesquisa, é possível afirmar que, se por um lado é louvável a iniciativa no sentido de regulamentar a participação do investigado na fase investigativa, de outro, é inevitável reconhecer a timidez como o tema foi tratado. Em uma singela comparação com os sistemas estadunidense e italiano, que possuem um DNA adversarial, percebe-se, com facilidade, a debilidade dos instrumentos colocados à disposição do defensor no Projeto de Código de Processo Penal.

Lembramos que a função do investigador privado não se confunde com aquela desenvolvida pelo Ministério Público, de busca da “verdade”, mas sim de garantir a melhor defesa de seu cliente. Nas palavras de Denis Sampaio “sua função não é o esclarecimento de todos os fatos, mas sim a busca de fontes e elementos de prova para o benefício de seu defendente”,<sup>28</sup> cumprindo um papel de resistência. Dessa forma, entende-se oportuna a iniciativa de regulamentar a participação do defensor na busca por elementos de prova, embora não possamos deixar de registrar que a investigação defensiva, tal como proposta, é demasiadamente insuficiente para suprir a disparidade de armas de que dispõem acusação e defesa na fase preliminar.

É certo que, embora não recaia sobre o acusado o ônus de produzir provas quanto a sua inocência, seu advogado deve pautar-se, seja com base no seu dever de lealdade para com o constituinte, seja com fundamento no direito deste em fazer jus a uma defesa técnica efetiva, a partir de um poder-dever de investigar a acerca da existência de elementos de prova que excluam a responsabilidade penal do defendido ou, ao menos, a atenuar.

Assim, entendemos imprescindível garantir-se ao investigado a possibilidade de acompanhar a produção da prova pelo Órgão Estatal, sempre que disso não decorra inevitável prejuízo à diligência. Por outro lado, impõe-se colocar à disposição do investigador privado mecanismos para que produza elementos de prova que entenda aptos a comprovar a tese defensiva, afinal, como adverte Antônio Magalhães Gomes Filho “há provas que se formam extraprocessualmente e 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”.<sup>29</sup>

Embora pensadas para um sistema que possui um DNA adversarial como o estadunidense, onde a obrigação pela produção das provas recai exclusivamente sobre as

---

<sup>28</sup> SAMPAIO, D. Op. cit., p. 108.

<sup>29</sup> GOMES FILHO, A. M. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 86.

partes e a estas são franqueados mecanismos efetivos para sua produção, as orientações publicadas pela *American Bar Association* permitem-nos projetar o que se poderia esperar como adequado em termos de postura do defensor de modo a garantir, entre nós, uma defesa técnica efetiva aos acusados em geral. De igual sorte, o referencial legislativo italiano e as orientações da *Unione della Camere Penali Italiane* permitem projetar um modelo ideal de conduta a ser esperada pelos defensores.

Estamos muito longe deste ideal, seja em razão das dificuldades enfrentadas pela esmagadora maioria da clientela penal que não dispõe de condições financeiras para produzir qualquer elemento de prova que dependa de um aporte pecuniário, seja em razão da resistência oferecida pelos operadores do direito em, de um lado, aceitar o advogado em uma fase processual antes titulada apenas pela Polícia e, de outro, valorar de forma adequada os elementos por estes produzidos. Não podemos deixar, em função destes obstáculos, de reconhecer aos acusados instrumentos que lhe permitam alcançar uma mínima paridade de armas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo o exposto, conclui-se que:

a) A proposta de regulação da investigação criminal defensiva no PLS n. 156/09 configura um avanço no tratamento da matéria em relação ao modo como atualmente o tema é tratado;

b) Contudo, por não abordar questões importantes como a possibilidade de acesso da defesa a locais privados, a incidência do regime das provas ilícitas nas provas produzidas pelo investigador privado e a (in)admissibilidade de depoimentos tomados em desacordo com o rito proposto pelo Projeto, o texto proposto pelo PLS n. 156/09 é insuficiente e, caso aprovado, a atividade do investigador privado permanecerá permeada de uma série de incertezas;

c) Nesse contexto, o tratamento do tema da investigação criminal defensiva nos sistemas estadunidense e italiano pode fornecer possíveis vetores a serem considerados para superação/redução destas incertezas.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, M. da C. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2006.
- BADARÓ, G. H. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- CERVETTO, S. **La deontologia del difensore nell'ambito delle investigazioni difensive**. Disponível em: <[http://www.costituzionale.unige.it/dottorato/CERVETTO.html#\\_ftn31](http://www.costituzionale.unige.it/dottorato/CERVETTO.html#_ftn31)>. Acesso em: 23 abr. 16.
- CHOUKR, F. H. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- DEU, T. A. **Prova ilícita: um estudo comparado**. Traduzido por Nereu José Giacomolli. São Paulo: M. Pons, 2014.
- GOMES FILHO, A. M. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- HENNING, P. J. et al. **Mastering criminal procedure**. Durham: Carolina Academic Press, 2012. v. 52.
- LOPES, JR., A.; GLOECKNER, R. J. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MACHADO, A. A. **A investigação criminal defensiva**. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835>>. Acesso em: 23 abr. 16.
- MALAN, D. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012.
- PRADO, G. Aparecer: as garantias na investigação criminal – o direito de se defender provando. In: SCARPA, A. O.; HIRECHE, G. F. E. (Org.). **Temas de direito penal e processo penal: estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto**. Salvador: Juvspodvim, 2013. p. 691-718.
- ROVEGNO, A. O sistema de provas no processo penal estadunidense. In: FERNANDES, A. S. et. al. (Coord.). **Provas no processo penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 395-436.
- SAMPAIO, D. Reflexões sobre a investigação defensiva: possível renovação da influência pós “Código Rocco” sobre a indagine difensiva. In: MALAN, D. MIRZA, F. (Coord.). **Advocacia criminal: direito de defesa, ética e prerrogativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 96-120.
- TONINI, P. **A prova no processo penal italiano**. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.