

#### 44. CONSIDERAÇÕES SOBRE A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA PREVISTA NO PROJETO DE LEI 156/2009

**Kelvia de Oliveira Toledo<sup>1</sup>**

**Larissa Rodrigues<sup>2</sup>**

**Palavras-chave:** Investigação Defensiva. Paridade de armas. Provas.

O Projeto de Lei 156/2009 elaborado por uma comissão de juristas coordenada pelo Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, e adotado pelo Presidente do Senado Federal, foi votado e aprovado pela referida casa legislativa em Dezembro de 2010, encontrando-se atualmente na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, que analisa propostas e realiza audiências públicas para a implementação do Novo Código de Processo Penal. Seu objetivo é promover uma reforma global do referido Código, acabando por inovar em alguns aspectos, mas mantendo o conservadorismo em outros. Uma dessas inovações trazidas pelo projeto do novo Código é a criação da investigação defensiva, regulamentada pelo artigo 13 que, em síntese, faculta ao investigado, por meio de seu advogado ou defensor público, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

Nesse sentido, uma das finalidades da reforma é possibilitar o cumprimento da exigência constitucional da implementação de um sistema acusatório, bem como assegurar o contorno da frustração gerada pela crise do mecanismo brasileiro de persecução penal preliminar, pois, conforme assevera Malan, por mais que seja ampliativo o sistema de garantias da defesa, sua atuação na investigação preliminar sempre será pautada pela existência de uma autoridade estatal como legitimada para guiar as investigações, consubstanciando a desigualdade entre as partes. Assim, a

---

<sup>1</sup> Advogada. Professora da disciplina de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestra em Direito pelo Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (PPGD/UCP). Pós- Graduada em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Bacharela em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior.

<sup>2</sup>Bacharelada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

investigação defensiva busca romper com o modelo anterior e efetivar os princípios constitucionais da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, culminando com uma verdadeira paridade de armas, tão almejada no Processo Penal.

Na fase preliminar de investigação, as partes já iniciam sua atuação em desigualdade, havendo uma tendência de favorecimento do Ministério Público que se desincumbe de emprestar seus atos de imparcialidade para promover a denúncia, o que, dessa forma, viola o princípio da presunção da inocência, da correta aplicação do ônus da prova e da possibilidade de participação da defesa na investigação. Isso posto, um sistema pautado na igualdade deve permitir que a defesa pesquise, com a mesma autonomia, atos que vão contrabalançar as fontes de prova colhidas pelo Ministério Público. Já em relação ao princípio do contraditório, a partir da investigação defensiva, o que se busca é proporcionar a oportunidade da defesa produzir sua prova, pois, caso existisse o contraditório pleno e efetivo, não haveria a necessidade de criação do instituto, na medida em que a defesa teria poder de influência sobre todas as provas colhidas durante a investigação. Assim, se propugna que haja o direito efetivo ao contraditório, de onde se desdobraria o direito da defesa de produzir e colher elementos de prova.

Nesse ponto, é importante consignar que o direito à investigação traduz um movimento de viabilidade quanto a propositura da ação penal, haja vista que tanto o juiz como as partes são destinatárias de suas atividades. Somente após a propositura da ação que as provas se direcionam à formação da convicção do magistrado. Portanto, o direito à investigação é autônomo e anterior ao processo. O referido dispositivo do projeto do novo Código de Processo Penal também veicula a possibilidade de que a produção da investigação defensiva seja inserida no processo e valorada como prova destinada ao convencimento do Juiz. Todavia, ao fazer a previsão, o projeto não esmiúça o tema, deixando uma lacuna capaz de acarretar controvérsias quando de sua aplicação. Um deles é identificado por Scarance Fernandes, que adverte sobre o valor probatório dos elementos obtidos pelo defensor e os obtidos pelos órgãos públicos, na medida em que a raiz inquisitorial do atual Código de Processo Penal gerou a crença de que os elementos reunidos pelo segundo gozam de maior credibilidade do que os colhidos pelo primeiro, que seriam dotados de menor valor probatório. Para resolvê-lo, o ordenamento brasileiro deveria se espelhar na regulamentação Italiana, que pugna pela equivalência da força

probatória entre o resultado da investigação defensiva e a investigação pública. Somente diante de uma previsão legal definida com base em critérios constitucionais e legais, a forma de execução e documentação dos atos da investigação defensiva, aliada a uma análise pelo defensor da equanimidade de tratamento dos elementos de prova na exteriorização das razões de convicções do magistrado, é que a problemática estaria solucionada.

Mesmo diante da ausência de referência no projeto, a investigação defensiva, enquanto desdobramento do direito de ação e do contraditório deve ser compreendida como uma prova a ser incluída no processo criminal, dotada do mesmo valor conferido aos elementos produzidos pela investigação policial e pelo Ministério Público, assegurando a paridade de armas das partes. Sustentar que os atos investigatórios do defensor têm valor reduzido em relação à investigação pública seria esvaziar o próprio instituto da investigação, já que a referida paridade somente é assegurada diante da igualdade entre acusação e defesa durante a participação das mesmas na persecução penal, de forma que ambas possam incorporar ao processo os materiais colhidos na fase pré-processual.

Inegável é, portanto, a importância e o avanço a ser proporcionado pela investigação preliminar no ordenamento pátrio, o que não significa que a matéria não mereça críticas, pois, apesar do principal objetivo do instituto seja viabilizar a pesquisa de fontes de prova pela defesa, parece que o projeto quis conter um pouco da atividade pelo acusado. O § 2º do artigo 13, a título de exemplificação, consigna que a vítima não poderá ser interpelada pela investigação defensiva sem que haja o seu consentimento e a autorização do juiz de garantias, limitando o acesso a uma importante fonte de prova, o que subverte a lógica empregada na Itália, onde a interferência do judiciário somente ocorre quando a fonte de informação se nega a prestar esclarecimentos. Ao revés, o § 1º do mesmo dispositivo, dispensa a autorização do juiz das garantias para a oitiva das testemunhas, que somente concederão entrevistas caso consentirem com o ato. Outrossim, o § 5º do dispositivo trabalhado apresenta uma outra lacuna ao instituto, pois disciplina a possibilidade do material produzido pelo defensor ser juntado aos autos do inquérito pela autoridade policial, mas silencia sobre a possibilidade da defesa encaminhar o material ao juiz das garantias.

Por derradeiro, urge salientar que a nova legislação também silenciou sobre a forma como a investigação defensiva deve fazer parte do processo, fazendo com que se propugne que o defensor, conforme sua estratégia de defesa, revele o resultado de sua investigação à autoridade judiciária. Durante a investigação seria formado um “fascículo” do defensor, mantido em sigilo até a conclusão da fase preliminar, ocasião em que seria apensado à investigação pública, podendo vir, inclusive, a evitar a instauração de uma ação penal. Entretanto, uma vez instaurada, o material apresentado pelo defensor deve ser submetido ao contraditório, para que se seja inserido à fase processual.

Diante de todos os pontos apresentados, pode-se concluir que, apesar do notório avanço da inserção da matéria no ordenamento tupiniquim, ao deixar de pormenorizar as questões acessórias da investigação defensiva, o projeto deixou notórias lacunas, o que, caso mantido nesses moldes, exigirá uma exegese minuciosa dos operadores do Direito acerca de possíveis soluções para os problemas aqui suscitados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MALAN. Diogo. Investigação defensiva no Processo Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 96, 2012, p. 279-309.

Notícia veiculada no site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/506670-COMISSAO-DO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-PENAL-RECEBE-PRIMEIRAS-SUGESTOES-AO-PROJETO.html>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

Novo Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>. Acesso em 10 de Novembro de 2016.

SCARANCE, FERNANDES. Antônio. Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.