

REFLEXÕES SOBRE A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO – POSSÍVEL RENOVAÇÃO DA INFLUÊNCIA ITALIANA PÓS “CÓDIGO ROCCO” SOBRE A *INDAGINE DIFENSIVE*.

Denis Sampaio¹

RESUMO: O presente estudo pretende fazer uma análise ilustrativa (não exauriente) da reforma processual penal italiana quanto à busca de um processo mais dialogal, incluindo a referência ao contraditório em *senso forte*. Neste sentido, o ordenamento jurídico italiano prescreve a possibilidade da investigação defensiva (*indagine difensiva*) em que muda a postura de um processo inquisitivo buscando sua característica acusatória. Neste sentido, pretendemos fazer uma relação com o nosso ordenamento jurídica na busca de uma influência comparada para que tenhamos um maior fortalecimento defensivo em busca de um processo mais equilibrado. Assim, foram indicadas as alterações mais pertinentes sobre o tema, tanto no contexto constitucional, quanto processual penal italiano.

PALAVRAS-CHAVE: contraditório – sistema acusatório - processo justo - investigação defensiva – equilíbrio processual.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A mudança da postura italiana - o justo processo como um modelo constitucional; 3. Possibilidade investigativa pelo defensor no CPP italiano; 4. Valor probatório da atividade investigativa defensiva; 5. Considerações finais: o grau de abrangência da defesa na investigação criminal no Brasil, a partir do direito comparado; 6. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Um dos pontos de maior interesse na estrutura processual penal diz

¹ Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade Clássica de Lisboa - Portugal ; Mestre em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes; Professor de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do RJ e Escola Superior da Defensoria Pública do

respeito à necessidade de identificação prática e normativa do equilíbrio entre as partes, para que seja efetivamente observada a garantia constitucional do contraditório. Destituída essa necessidade, focaliza-se um processo de características autoritárias, afastando um possível sistema processual penal democrático. São palavras recorrentes na doutrina pátria, mas que se têm pouca identificação e aplicabilidade na prática jurisdicional, demonstrando reduzido interesse, inclusive legislativo, sobre essa realidade.

A identificação resulta fácil se analisarmos algumas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema referente à investigação direta do Ministério Público. Sabemos que ainda não houve exaurimento do julgamento perante a Corte Maior, mas já se identifica um direcionamento a essa possibilidade². Por outro lado, pouco ou quase nada se discute na jurisprudência brasileira sobre a possibilidade de investigação direta realizada pela defesa pública ou privada.

Por questão metodológica e para o direcionamento do tema em análise, torna-se interessante uma singela abordagem sobre o poder de investigação do Ministério Público. Aqui não defenderemos nem criticaremos essa prática, deixando para outra oportunidade esta discussão, mas utilizaremos o julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 97926/GO, que inicialmente aborda a questão, não havendo conclusão do julgado.

Iniciado o julgamento pela 2ª. Turma do Supremo Tribunal Federal, o relator Ministro Gilmar Mendes, em seu voto proferido em 01 de outubro de 2013, votou para negar provimento ao recurso, entendendo que ao Ministério Público não seria vedado proceder às diligências investigatórias, consoante diversas interpretações que podem ser ilustradas em seu voto que deixaremos de apontar em virtude da ausência de interesse temático.

RJ; Professor convidado da Pós Graduação da UCAM, Defensor Público.

² HC 84.548/SP, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 535.478/SC, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello; RE 593.727/MG, Rel. Min. Cezar Peluso; RHC

Porém, em um ponto determinado do seu voto, indicou a possibilidade das partes realizarem atividade investigativa frisando que **“seria ínsito 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 para defesa de seus interesses. Da mesma forma, não poderia ser diferente com relação ao parquet, que teria o poder-dever da defesa da ordem jurídica”**³.

Denota-se interessante o destaque do trecho uma vez que o nosso interesse versa sobre a questão da possibilidade das partes realizarem diligências investigativas, especialmente a defesa.

Por isso, não obstante necessária a passagem por questões relacionadas aos princípios dispositivos, acusatórios e inquisitórios, com o foco na discussão sobre a separação perfeita das funções de cada ator na dinâmica processual penal, este não será nosso tema principal. Não haverá necessidade de restabelecermos a antiga discussão sobre os sistemas, já que por demais discutida pela doutrina⁴. Seguiremos apenas na possibilidade/necessidade de investigação pela defesa, almejando uma maior isonomia entre as partes na atuação processual penal.

Para tanto, buscaremos a análise do tema no direito processual penal italiano⁵, que possui um capítulo próprio em seu código sobre esta prática. E

97.926/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes.

³ Divulgado no informativo 722 do STF.

⁴ Há uma necessidade premente de análise em outro plano, na medida em que a divisão entre modelos acusatório e inquisitório, com a divisão perfeita das funções, não conseguiu responder alguns dilemas processuais, como o exemplo da gestão da prova pelo juiz e sua imparcialidade. Por isso, sempre necessária a discussão e talvez eterna, sendo, no entanto, conveniente avançar para além deste foco. Neste sentido, LOPES Jr, Aury. *(Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório*. In Boletim IBCCRIM. Ano 21, no. 251, out. 2013, p. 5/6.

⁵ A escolha não se mostra aleatória, sabendo que o tema sobre investigação defensiva não é de exclusiva nacionalidade italiana, havendo previsão normativa, por exemplo, no direito americano. Para tanto, imprescindível a leitura de MALAN, Diogo. *Investigação defensiva no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. vol. 96, maio-jun., 2012, pp. 279/309. A escolha deveu-se pela influência italiana ao nosso sistema processual penal e, acima de tudo, pela importação de idéias fascista para edição do CPP de 1941 que permanece, absurdamente, em vigor. Por isso, talvez fosse o momento de importação de ideais mais

se buscamos esta análise, desde já afirmamos ser desnecessária a discussão sobre atuação investigativa do Ministério Público, na medida em que na Itália também é normatizada essa possibilidade. Por outras palavras, focaremos apenas em um modelo processual penal do Direito Continental em que há uma ampla abordagem sobre a investigação defensiva, o que torna interessante extrairmos algumas ideias positivas para que tenhamos um direcionamento mais democrático sobre o nosso modelo processual penal.

Esta estrutura processual italiana segue na linha de tendência acusatória [a partir do CPP de 1988] em que gera a atribuição das partes processuais a função inerente ao direito à prova penal⁶ como ponto principal do [direito de defender se provando⁷] em perfeita aderência à previsão constitucional⁸.

Esclarecemos, desde já, que a abordagem sobre o tema diz respeito a algumas reflexões do direito estrangeiro, não sendo viável o seu exaurimento, até porque não seria a nossa pretensão. Por isso, elencaremos algumas discussões, em que poderão(iam) se adequar em nosso ordenamento jurídico.

2 A MUDANÇA DA POSTURA ITALIANA - O JUSTO PROCESSO COMO UM MODELO CONSTITUCIONAL

O Direito Processual Penal italiano possui dois momentos importantíssimos para identificação do sistema processual adotado⁹. Até

democráticos, já que o país em referência conseguiu afastar muitas mazelas autoritárias.

⁶ Destaca-se a imprescindível leitura do texto de VASSALI, Giuliano. *Il diritto alla prova nel Processo Penale*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè. Anno XI, 1968, pp. 03/59.

⁷ Reconhecido como implicação necessária de um dos principais fundamentos do sistema acusatório. Cf. PASTA, Alessandro. *Tra individuo e stato: il diritto di difesa*. In *Processo Penale e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 165.

⁸ GAROFOLI, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*. 2a. ed. Milano> Giuffrè Editore, 2006, p. 188.

⁹ “O processo penal italiano foi objeto de uma brusca transição de sistemas processuais. Partiu-se de um sistema misto de tipo napoleônico para um sistema acusatório “limitado”, com

1988 o Código de Processo Penal (Código Rocco, 1930) possuía uma clara visão autoritária, com um ativismo jurisdicional regulamentado em todas as fases dos procedimentos, ampliando, conseqüentemente, os poderes do juiz para sua atuação oficial, inclusive investigativa. Com isso, as referências normativa e prática significavam a redução sensível à atuação das partes, afastando o grau de importância das mesmas sempre em busca do discurso ilusório sobre a *verdade real*¹⁰.

Com a reforma do Código de Processo em 1988¹¹, ocorreu uma radical alteração da postura de todos os envolvidos na dinâmica processual penal, com a entrada expressa do sistema acusatório, em que há maior valorização das partes e a tentativa de uma necessária divisão das funções¹². Também, a partir da revisão constitucional italiana que introduziu o princípio do justo processo expresso no art. 111 da Constituição¹³. Essa

base em um modelo diferente anglo-saxão". TONINI, Paolo. *Direito de defesa e prova científica: novas tendências do processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 48. 2004, p. 196.

¹⁰ Como se a "verdade" dos fatos não pudesse ser descoberta a partir da contribuição das partes. Na realidade, o sistema acusatório impõe que o resultado do processo é o encontro de funções processuais repartidos entre os sujeitos antagônicos, justamente para ofertar uma maior dialética processual.

¹¹ Considerado "o mais fascista dos códigos". Cf. AMODIO, Enio. *Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo Código de Processo Penal*. Trad. Paulo Zomer. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 7. N. 25, jan./mar. 1999, p. 16

¹² A expressão "tentativa" ocorre justamente porque, na prática, essa divisão não é tão bem identificada, uma vez que a instituição Ministério Público não possui independência à magistratura. Na Itália, os membros do MP integram a Magistratura, ocorrendo um nefasto vínculo entre ambos que pode, além de ferir a imparcialidade do julgador, reduzir a possibilidade de equidade entre a parte acusadora e defensiva.

¹³ Art. 111 da Const. *La giurisdizione si atua mediante il giusto processo regolato dalla legge.*

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sai, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico, disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzi di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottoposto all'interrogatorio da parte

tendência acusatória¹⁴ é identificada por vários apontamentos de realce às partes no sistema processual, tentando afastar o juiz como *dominus* da prova e garantindo uma maior aproximação da parte acusadora e defensiva na análise da formação da prova¹⁵. Em especial e oportuno, garantindo um novo papel ao defensor em contribuir, em termos de paridade de armas com a acusação, propondo elementos de prova de forma ativa em benefício do seu defendente.

2.1 A REAL MUDANÇA DE POSTURA – UM CONTRADITÓRIO *IN SENSO FORTE*

O traço importante desta mudança, portanto, foi afastar as partes como atores figurantes ou coadjuvantes da discussão processual, para entregá-las uma função mais ativa, a partir, principalmente, da formação do “direito à prova” como consectário direto de uma visão mais funcional ligada às partes em relação ao modelo anterior¹⁶.

Neste contexto, um dos pontos de maior realce ao encontro de um processo de partes, figura simbolicamente na atuação da defesa investigativa em que seu papel ativo e dinâmico reserva, necessariamente, maior e qualificado empenho na sua atuação, atribuindo a ampliação da responsabilidade do defensor¹⁷ (não mais como mero contribuinte das consequências da produção probatória), mas sim assegurando condições necessárias para preparar a defesa da pessoa acusada¹⁸.

dell'imputato o del suo difensore (...) (grifamos pela pertinência).

¹⁴ TRIGGIANI, Nicola. *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*. In *Archivio della Nuova Procedura Penale*. n. 1, gennaio/febbraio, 2011, p. 01.

¹⁵ A iniciativa instrutória é de função das partes, seguindo os poderes de intervenção de ofício pelo juiz, como exceção. Porém, na visão de Franco Cordero, compõem um resíduo necessário, sendo indisponível à matéria penal. Ver CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 9ª. ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 604.

¹⁶ Por isso, o contraditório em *senso forte*. Cf. CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. Carlotta Conti e Paolo Tonini (org.). Milano: Giuffrè, 2012, p. 35.

¹⁷ TRIGGIANI. *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*. p. 01.

¹⁸ CAPRIOLI, Francesco. *Indagini preliminari e udienza preliminare*. In *Compendio di Procedura Penale*. Giovanni Conso, Vittorio Grevi e Marta Bargis (org.). 6ª. ed. Padova: Cedam, 2012, p. 582.

Esta contribuição probatória traduz um modelo em que a forma demonstrativa da prova não mais ficará na mão exclusiva do juiz, mas sim um atuar probatório¹⁹ e argumentativo das partes como ato essencial ao processo e não meramente accidental²⁰.

Na realidade, o que se indica é a presença do princípio do contraditório não apenas como simples presença das partes na discussão processual, podendo postular por provas e impugnar eventuais decisões judiciais. Pretende-se uma análise maior a este contexto constitucional que garante uma maior intervenção argumentativa das partes, como verdadeira carga processual. Como prescreve o artigo 111, n. 4, da Constituição Italiana, o contraditório deve ser visto como *método de conhecimento*²¹ e regra de formação da prova penal²².

Construiu-se, portanto, um código de visão acusatória, indicando que tanto a acusação quanto a defesa teriam um maior relevo processual para além da imputação e resistência, criando uma aproximação interessante de índole mais dialogal, próximo ao esquema acusatório com raízes no modelo da *common law*²³, em que constitui o direito das partes de contribuir na formação dos elementos que são utilizados pelo juiz para decidir a causa penal.

Mas, houve uma reação direta da magistratura em que começou a observar a perda de “pseudo-poder” dos juízes na direção da prova, deixando para a acusação e, em alguns pontos à defesa, essa responsabilidade.

A cultura inquisitória é parcialmente restabelecida pela Corte Constitucional Italiana, que parte de um inédito “*princípio da não dispersão*”

¹⁹ O art. 190, *comma* 1, CPP italiano consagra o princípio dispositivo em matéria probatória.

²⁰ Ver ORLANDI, Renzo. *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè. Anno XLI, fasc. 2, Aprile-giugno, 1998, pp. 452/508.

²¹ TONINI. *Diritto de defesa e prova científica*, p. 202.

²² Cf. CONTI. *Il diritto delle prove penali*, p. 36.

²³ SAGNOTTI, Simona Carlotta. *Il contraddittorio: una riflessione filosofico-giuridica*. In

da prova”, retornando à ampliação de poderes instrutórios realizados pelo juiz, “educados numa cultura que faz do juiz penal o dominus da prova”²⁴, restabelecendo o discurso da busca da verdade como fator preponderante ao processo penal.

No entanto, inegavelmente a defesa sai da sua postura inerte em relação à produção da prova²⁵ e adentra a possibilidade ativa de busca de fontes de prova e postulação em benefício do imputado.

A análise da possibilidade investigativa diz respeito à necessidade de colocar a defesa em seu devido lugar²⁶, não sendo possível o reconhecimento reduzido no trâmite processual objetivando um processo justo em que a Constituição Italiana assim propôs, indicando a defesa como direito inviolável em cada grau do procedimento (art. 24, n.2), estabelecendo o desenvolvimento do processo pelo contraditório entre as partes em condições de paridade, perante um juiz imparcial (art. 111, n. 2).

Por isso, o alicerce da discussão diz respeito ao objetivo do legislador italiano em ampliar as garantias e direitos dos investigados e acusados, realçando alguns fundamentais princípios constitucionais, tais como: o direito de defesa, direito à prova, contraditório e o *favor libertatis*.

A advertência quanto à mudança da cultura processual penal italiana indica a necessidade de garantir uma ampliação na atuação das partes, trazendo a possibilidade do afastamento do julgador como uma figura “onipotente”, sem que haja uma divisão de responsabilidade entre todos os envolvidos. A formação da prova, portanto, estará afeta às partes e, excepcionalmente, ao juiz, criando reais responsabilidades a cada ator

Processo Penale e Costituzione. Milano: Giuffrè, 2010, p. 342.

²⁴ AMODIO. *Vitórias e derrotas da cultura dos juristas*. p. 18

²⁵ Deve-se entender que até a reforma de 1988, não havia contraditório direto em relação às provas, ainda que orais. Havia a introdução das mesmas de ofício pelo juiz de instrução, cabendo às partes, na fase de debates, realizar um contraditório diferido. Ocorria indistintamente e como regra uma produção antecipada de provas, com poucas intervenções das partes, principalmente defensiva.

²⁶ Não se pode esquecer que no direito italiano, não há qualquer discussão quanto à investigação por parte do Ministério Público.

processual.

Por isso, o reconhecimento do sistema acusatório “forte” (para afastar a vertente ilusória “puro”), dar-se-á com a ingerência da defesa em atuar mais ativamente na possibilidade de contribuir com a investigação, com indicação na própria Constituição, do contraditório como princípio formador da prova²⁷. Ou seja, a introdução da possibilidade investigativa da defesa no processo penal italiano indica, efetivamente, a valorização e ampliação de um sistema democrático em que se torna necessária a simbolização com rupturas autoritárias.

O interessante nesta linha de reflexão, é que a simples divisão de funções, a discussão quanto à gestão da prova pelo juiz ou sua atuação mais ativa no processo penal (por exemplo, decretando prisões de ofício), por si só, não garante a efetividade de um sistema democrático. Precisamos de mais: e talvez, a necessidade de tentar criar um processo de partes, com reais valores de equidade, levará a uma forma mais coerente com os modelos constitucionais (Italiano e brasileiro).

2.2 DIREITO À PROVA COMO DIREITO DE SE DEFENDER PROVANDO

A previsão normativa da atuação investigativa da defesa reserva, ainda que simbolicamente, a garantia da efetividade do direito à prova, oriundo de um processo dialético em que as partes possuirão, efetivamente, maior força probatória e argumentativa.

Na realidade, a discussão tem seu início nas questões epistemológicas do processo penal em confronto com as Convenções Internacionais que protegem direitos humanos²⁸. A partir daí ratifica-se que

²⁷ “*Quanto maior é o contraditório, tanto melhor poderá ser acertada a verdade*” TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. 12^a. ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 09. (tradução nossa)

²⁸ O dispositivo em alusão apenas ratificou a força normativa do art. 6º., n. 3, b, da Convenção Européia de Direitos do Homem quanto ao “direito à prova”, em que reserva às partes na dinâmica processual o direito de provar todas suas alegações, dando realce ao exercício da ampla e concreta defesa em exercer o direito de defender-se provando, como corolário do artigo 24, *comma* 2, da Constituição Italiana.

a questão probatória não mais deve ser vista como mero interesse das partes na demonstração dos fatos em seu benefício, mas sim como verdadeiro direito²⁹, consagrado no artigo 190, CPP italiano³⁰.

A partir desta atribuição normativa, o código de processo penal italiano garante ao acusado o exercício de defender-se materialmente provando atos e realizando contra-argumentos à pretensão acusatória³¹. O que há de novo é a mudança de postura defensiva, que não obstante vigilante, atenta e eficiente, mas, de regra, passiva à atuação da acusação e do juiz - “*difesa disposizione*” -, para uma “*difesa di movimento*”³², em que há um papel ativo na busca de melhores resultados defensivos e de contribuição efetiva na construção do conjunto probatório³³ e, conseqüentemente, na formação do convencimento do julgador

Deve-se apontar, ainda, que o estabelecimento normativo traça uma função típica³⁴ da defesa (de realização investigativa) o que, no entanto, ainda reserva certo obstáculo cultural de realização prática³⁵.

Com a indicação de um processo com natureza acusatória e a garantia de exercício pleno do direito de se defender provando, afasta-se a característica passiva da defesa, reservando a mesma atos de desenvolvimento das suas próprias indagações paralelamente à atuação da

²⁹ CRISTIANI, Antonio. *Guida alle Indagini Difensive nel Processo Penale*. G. Giappichelli Editore: Torino, 2001, p. 13

³⁰ Neste dispositivo há uma tentativa de garantir a característica do processo de parte, em que o direito à prova indica que as partes que introduzirão as provas na discussão processual. Excepcionalmente, e quando a lei estabelecer, será possível a produção de provas de ofício pelo juiz (art. 190, § 2º., CPP italiano).

³¹ Antes das reformas infraconstitucionais, “o direito de defesa era garantido de forma atenuado: tratava-se de um contraditório a respeito de uma prova que em grande parte havia sido formada na fase de instrução por iniciativa do juiz instrutor.” TONINI. *Direito de defesa e prova científica*. p. 198.

³² TRIGGIANI. *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*. p. 01.

³³ O direito de defesa se traduz na “participação da formação da prova”. TONINI, Paolo. *Direito de defesa e prova científica: novas tendências do processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 48. 2004, p. 195.

³⁴ CRISTIANI. *Guida alle Indagini Difensive nel Processo Penale*. p. 26.

³⁵ Há referência à forte resistência de alguns setores da magistratura sobre a alteração legislativa, preocupados em atribuir ao defensor à possibilidade investigativa o que resultaria uma queda do monopólio investigativo por parte do Ministério Público. Cf. TRIGGIANI. *Le*

polícia e do Ministério Público, objetivando um contracenno da paridade de direitos e poderes entre a acusação e a defesa no campo da produção de provas, pelas características próprias do sistema acusatório³⁶. Pretende-se, portanto, ilustrar uma tentativa de maior isonomia entre as partes no diálogo processual, criando um dever ao juiz sobre o mesmo critério de pertinência e relevância da prova e sua valoração.

Deve ser ressaltado, no entanto, que a questão em referência não se torna à identificação da atuação do próprio acusado, ou seja, o exercício de atos de investigação defensiva (defender-se provando), não obstante resguardar a garantia da ampla defesa reservou apenas ao defensor essa possibilidade.

Não há qualquer proibição legal em que a parte privada realize atos lícitos extra-penais para apuração de um fato. Mas a garantia em questão diz respeito à identificação normativa e prática em que o defensor possa, na tentativa de igualar à força acusatória, realizar atos consubstanciados na lei.

Porém, apenas no ano 2000, com a edição da Lei 397 a investigação defensiva sai do plano abstrato para figurar como regra processual penal.

3 POSSIBILIDADE INVESTIGATIVA PELO DEFENSOR NO CPP ITALIANO

A Lei n. 397 de 07 de dezembro de 2000³⁷ alterou³⁸ significativamente o Livro V do Código de Processo Penal Italiano que versa sobre as *Indagini*

investigazioni della difesa tra mito e realtà. p. 04.

³⁶ VASSALI. *Il diritto alla prova nel Processo Penale*. p. 6.

³⁷ *Legge sulle indagini difensive*.

³⁸ Na realidade, não é uma real novidade no panorama legislativo italiano. O art. 38 do CPP anterior já autorizava ao “*indagato*” adquirir elementos de prova através da sua própria iniciativa. Cf. ANGELETTI, Rizziero. *La costruzione e la valutazione della prova penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 184. Mas, há quem indique que este dispositivo era lacunoso e genérico, deixando de identificar a efetiva atuação da defesa na investigação. cf. TRIGGIANI. *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*. p. 02. Até porque deixava de responder algumas importantes indagações: “*a atividade investigativa deveria ser documentada, de qual forma? Existia um dever de colaboração dos sujeitos contatados pelo defensor?(...)*” CAPRIOLI. *Indagini preliminari e udienza preliminare*. p. 581.

Preliminarari e Udienza Preliminare, fazendo incluir o art. 327bis³⁹, que dispõe sobre a possibilidade da atividade investigativa do defensor em prol do defendente, no momento das apurações preliminares e na referida audiência objetivando a análise sobre a admissibilidade das informações que pautarão a pretensão acusatória.

A atividade investigativa do defensor não permanece exclusiva na fase preliminar. O art. 327bis, CPP italiano, autoriza a direito⁴⁰ do defensor em desenvolver a investigação para buscar e individualizar elementos de prova em todo o estado e grau do procedimento, na execução penal e promover a instância revisional a partir de um decreto condenatório. Ou seja, cria uma clara individualização sobre os sujeitos, o objeto e a finalidade da investigação defensiva em toda a situação processual penal.

Deve-se apontar, no entanto, que há autorização da possibilidade de investigação defensiva preventiva, mesmo antes do registro da notícia de um crime, ditada pelas referências previstas no art. 335, CPP italiano⁴¹, seguindo a linha de proteção da dignidade da pessoa humana⁴², na medida em que poderão ocorrer prejuízos irremediáveis pelo simples fato de figurar como sujeito passivo de uma ação penal⁴³.

Por óbvio, o limite da investigação defensiva estará afeto aos atos

³⁹ Art. 327bis, CPP. *Attività Investigativa del Difensore – 1. Fin dal momento dell’incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VIbis del presente libro.*

2. La facoltà indicata al comma 1 può essere attribuita per l’esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell’esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione.

3. Le attività previste dal comma 1 possono essere svolte, su incarico del difensore, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche, da consulenti tecnici.

⁴⁰ Verdadeiro direito do defensor em individualizar os elementos de prova em favor do defendente em todos os graus do procedimento penal, inclusive em procedimento executório e revisional. Ver CERQUA, Federico e MATTEO, Pellacani. *Quale qualifica per il difensore-investigatore*. In *Archivio della Nuova Procedura Penale*. n. 5, 2007, p. 610.

⁴¹ Equivalente ao nosso indiciamento.

⁴² Cf. Corte di Cassazione., sez IV, 14 ottobre 2005, n. 46270.

⁴³ TONINI. *Manuale di Procedura Penale*. p.588.

lícitos e aqueles que precisam de autorização judicial⁴⁴.

Esta introdução normativa pretendeu garantir na prática um dos fundamentos principais do princípio do justo processo – como norma de atuação -, que é definido pela paridade entre a acusação e a defesa no trâmite processual, bem como pelo direito a um processo equilibrado⁴⁵ previsto no art. 6º., alínea c, 2 letra d da Convenção Européia de Direitos do Homem.

O dispositivo em questão fez incluir concretamente poderes investigativos pela defesa, com os tradicionais instrumentos utilizados pela acusação⁴⁶, criando ao defensor a faculdade de desenvolver indagações defensivas em prol do acusado, na busca de fontes de prova orais e reais.

Assim, a investigação defensiva figura como norma coerente ao exercício do direito de defesa e, em particular, à procura e individualização das fontes de prova em favor do próprio investigado ou acusado. Resulta, portanto, que a reforma processual garantiu a todas as partes privadas⁴⁷ a possibilidade de maior atuação investigativa, não mais permanecendo o Ministério Público e a polícia com esta exclusividade.

Ressalta-se, no entanto, que o defensor não está munido de poderes

⁴⁴ Neste ponto, de fato, há o afastamento normativo da efetiva equiparação entre as partes, possuindo o Ministério Público uma posição de vantagem sobre o plano dos instrumentos investigativos, sendo dotados de poderes coercitivos sobre as pessoas e coisas, uma vez que age no exercício de um poder de tutela de interesse coletivo. Cf. TRIGGIANI. *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*. p. 09. Basta pensar que as inspeções pessoais, as interceptações de comunicações ou de correspondência continuam a permanecer na exclusiva esfera do Ministério Público. Ver DEDDA, Enrico Di. *Le investigazioni difensive: soggetti attivi, limiti taciti e patologie processuali (vere o presunte)* In Archivio della nuova procedura penale. n. 1, gennaio, 2004, p. 99. Há ainda limitação cronológica quando se versa sobre a atividade investigativa preventiva, conforme preceitua o art. 391 *nonies*, CPP italiano.

⁴⁵ PASTA, Alessandro. *Dall'epistème alla critica : il diritto alla prova dell'acusato*. In In Processo Penale e Costituzione. Milano: Giuffrè, 2010, p. 401.

⁴⁶ Antes da alteração legislativa, a discussão permanecia na exclusiva atuação investigativa do Ministério Público, inclusive sendo reconhecida pela jurisprudência obtusa referência de que as investigações defensivas deveriam ser “canalizadas” na função do órgão acusador. Ver Cass. pen., Sez. feriale, 18 de agosto de 1992, In Cassazione penale, 1993, n. 1402, p. 2306. Tal fato ainda é visto em outro país europeu. Em Portugal, caso o investigado entenda necessário qualquer diligência, deve requerer ao Ministério Público e não ao juiz a sua realização. (Acórdão do TC no. 395/2004).

⁴⁷ Aqui a análise deve ser ampla, ou seja, não apenas em favor do defendente. Na realidade, a

coercitivos, figurando no curso da investigação como uma verdadeira atividade privada⁴⁸.

Para além das questões práticas, em que a defesa não deriva em dependência de outro ator processual (o juiz, por exemplo), para realização de atos em busca de apuração de fatos⁴⁹, a inserção da referida norma entre as funções do Ministério Público e do juiz na fase investigativa, garantiu simbolicamente o papel de verdadeiro protagonista à defesa na apuração dos fatos, não reservando à mesma a referência exclusiva de resistência após a pretensão acusatória deduzida em juízo, mas sim um novo papel, caracterizado com atributos ativos na busca das fontes de prova⁵⁰.

3.1 REFERÊNCIA AO DEFENSOR – QUESTÕES DEONTOLÓGICAS

A referência aos *difensori* traz uma importante alusão deontológica, na medida em que a atuação da investigação defensiva não estará a cargo do indiciado (*indagato*) ou acusado (*imputato*), mas sim do defensor técnico⁵¹. Esta análise é deveras importante para indicar a responsabilidade funcional que o defensor possuirá na atuação investigativa. Será ele o *dominus* da investigação defensiva, com a atração dos ônus e responsabilidades referente a mesma.

A discussão ganha espaço quando se indaga se o defensor possui um dever de *lealdade processual* ao ponto de buscar a "verdade" sobre os

investigação defensiva garante ao defensor deste e também do ofendido e das outras partes.

⁴⁸ TONINI. *Manuale di Procedura Penale*. p. 601.

⁴⁹ Pensemos na real possibilidade da defesa concretizar ato de apuração através de investigação privada e consultores técnicos com responsabilidades por sua atuação profissional.

⁵⁰ A previsão normativa fez incluir um dado empírico: desde o ano da edição da *legge sulle indagine difensive* resulta cada vez mais frequente a atuação investigativa pela defesa, principalmente pelos advogados mais jovens, conforme dados indicados por TRIGGIANI. *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*. p. 07.

⁵¹ Observa-se, por questões normativas e por fatores deontológicos em que se pode criar limitações éticas com preceitos sancionatórios. A taxatividade dos titulares dos poderes investigativos, em particular, na hipótese de investigação defensiva, caberá apenas ao defensor constituído, não sendo possível a atuação direta da auto defesa.

fatos na situação processual, ou mesmo se a possibilidade defensiva estaria, ao contrário da acusação pública, com o dever de persecução com interesse exclusivamente público.

O dever do defensor é garantir a melhor defesa ao acusado⁵². Essa é uma imposição constitucional⁵³ e internacional. Por isso, sua função não é o esclarecimento de todos os fatos⁵⁴, mas sim a busca de fontes e elementos de prova para o benefício do seu defendente. Isso sugere que não estará obrigado a introduzir ao processo dados prejudiciais à defesa e, principalmente, noticiar a existência de crimes que tome conhecimento durante a investigação defensiva, conforme ressalta expressamente o artigo 334- bis, CPP.

Não se pode esquecer que o defensor está em franca atuação de resistência à acusação em um processo dialético. Por isso, o direito à prova defensiva não se refere a uma contribuição ampla que venha a prejudicar os interesses do acusado, como esboça o artigo 327- bis, CPP, mas sim emerge a investigação defensiva como atividade “necessariamente unidirecional”⁵⁵, possuindo uma finalidade privada, com busca a auxiliar na defesa do mesmo⁵⁶.

Esta referência indica uma prática e normativa diferença entre a acusação pública e o defensor, na medida em que será possível a este

⁵² Por isso, a realização da investigação defensiva quando necessária, é afastada da sua natureza de faculdade (pois aqui seria da defesa) e se transforma em um dever de exercício profissional para a realização da plena defesa. Há na realidade, um dever pelo defensor de valorar a necessidade de investigação e, caso positivo, sua realização se denota como uma obrigação funcional, ainda que haja uma relação contratual privada.

⁵³ Na Constituição Italiana, os artigos 24, *comma* 2 e art. 111, ditam essa regra.

⁵⁴ TONINI. *Manuale di Procedura Penale*. p.586.

⁵⁵ TRIGGIANI. *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*. p. 08.

⁵⁶ Por isso, como ilustra Saponaro (“O defensor se limita a procurar e apresentar elementos probatórios a favor do próprio assistido e tal atividade de busca se explica através de múltiplas possibilidades operativas que, ao menos sobre seu papel, parecem conferir amplos poderes também de defesa: a assunção de informações, a procura de documentação à administração pública, o acesso aos lugares, a possibilidade - em alguns casos - de executar individualizações, confrontos e outros atos de indagações atípicas” SAPONARO, Luisa. *La ricerca della prova nelle indagini difensive*. In *La Prova Penale*. Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale. Vol. II. Alfredo Gaito (org.) Torino: Utet Giuridica, 2008,

realizar um colóquio informal com eventual testemunha⁵⁷, analisando a utilização dos resultados investigativos para a produção dos efeitos em âmbito processual. Ou seja, em decorrência da permanência da sua atividade investigativa em busca de benefícios ao seu defendente, poderá o defensor deixar de utilizar as fontes de prova não documentadas.

Por outro lado, pela característica exclusivamente pública do Ministério Público, não exercendo um interesse exclusivamente contra o investigado ou acusado, aquele não poderá deixar de introduzir elementos investigativos inclusive em benefício destes⁵⁸, como prescreve o artigo 358, CPP italiano⁵⁹. Neste caso, não havendo alternativa, há imposição institucional e legal ao Ministério Público a ampliação da produção probatória, ainda que fosse em prol do acusado⁶⁰.

Mas, o limite de atuação defensiva figura na legalidade e legitimidade da prova, não podendo introduzir no processo as provas falsas, bem como perder ou escondê-las, sob pena de responder pelo crime de favorecimento pessoal, previsto no artigo 378, CP italiano⁶¹, ou mesmo falsidade ideológica (art. 481, CP italiano) caso haja introdução de atos investigativos documentados de forma incompleta ou não fiel às declarações prestadas⁶². Neste ponto, pode-se afirmar que uma das questões de extrema importância é a caracterização jurisprudencial da investigação defensiva

p. 176.

⁵⁷ Deve-se apontar que se a pessoa que prestará informações ao defensor ou ao seu substituto realizar declarações auto-incriminatória, aquele que realiza a oitiva deve interrompê-la. Por óbvio, essas declarações não poderão ser utilizadas para prejudicar a pessoa que as prestou, na medida em que afastaria da mesma a possibilidade do exercício da garantia do *nemo tenetur se detegere*.

⁵⁸ Ver CERQUA e MATTEO. *Quale qualifica per il difensore-investigatore*. p. 610.

⁵⁹ “O ministério público executa toda atividade necessária aos fins indicados no artigo 326 e também realiza investigação sobre fatos e circunstâncias a favor da pessoa sob investigação” (tradução livre)

⁶⁰ “O ministério público se configura durante as investigações como uma parte “potencial”, que na sua caracterização “pública” tem uma obrigação de lealdade processual”. TONINI. *Manuale di Procedura Penale*. p.587.

⁶¹ Com referência ao art. 14, I del Codice deontologico forense. Ver TONINI. *Direito de defesa e prova científica*. p. 207.

⁶² Cass. pen., Sez. un. 27 giugno 2006. Ainda, TRIGGIANI. *Le investigazioni della difesa tra*

como um serviço privado de necessidade pública⁶³.

Focado na discussão da lealdade processual, deve-se refletir de forma diversa a ontologia das atividades, com aporte na estrutura constitucional. O que se fez na prática foi inserir uma verdadeira simbiose entre os preceitos processuais penais e os deveres éticos dos advogados, com rigorosa observância das normas deontológicas profissionais, com a criação de *Regole di comportamento del penalista nelle investigazioi difensive*⁶⁴.

Nesta linha, a Lei que introduziu o capítulo ao Código de Processo Penal não pode ser vista de forma isolada, mas sim com todas as previsões regulamentares do Código Deontológico, que destaca uma detalhada disciplina sobre o desenvolvimento da investigação defensiva. Com isso, qualquer violação às normas que regulamentam a investigação defensiva poderá gerar sanções disciplinares, para além dos ilícitos penais.

3.2 OBJETO PROBATÓRIO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Pela análise da norma genérica que se refere à investigação defensiva (art. 327 *bis*, CPP), indicando que o defensor poderá procurar ou individualizar “*elementi di prova*” gera a interpretação aberta do que constitui o objeto⁶⁵ de investigação defensiva e os limites objetivos do conteúdo do fato a ser provado⁶⁶.

Através destes aportes, indica-se que toda atividade defensiva e os resultados probatórios devem ser documentados, salvo algumas atividades meramente “explorativa” do conteúdo probatório, que possui uma função de

mito e realtà. p. 09.

⁶³ Cf. CERQUA e MATTEO. *Quale qualifica per il difensore-investigatore*. p. 609.

⁶⁴ Consubstanciado no *Codice Deontologico* aprovado no *Consiglio Nazionale Forense* em 17 de abril de 1997 e modificado sobre o tema em 26 de outubro de 2002. Por fim, as *Sezioni Unite da Corte di Cassazione*, de 27.6-28.9.2006, esclareceram os limites para a atividade lícita do advogado.

⁶⁵ Não podendo ser confundido com objeto da prova previsto no art 187, CPP italiano em que estabelece como objeto da prova os fatos que se referem a imputação, a punibilidade e a determinação da pena ou medida de segurança.

uso interno para ofício defensivo⁶⁷. Ou seja, poderá o defensor analisar informalmente a fonte de prova e perquirir se há interesse ao acusado. Caso não haja, descarta-se a introdução da prova, tornando-a, portanto, irrelevante, não havendo obrigação de apresentar ao ministério público ou ao juiz o conteúdo adquirido pelo defensor em sua investigação privada⁶⁸.

Por outro lado, havendo interesse, e se o defensor decidir pela obtenção de eventual declaração, deverá documentá-la na sua integralidade. Pode-se apontar, portanto, que “a atividade de verbalização pelo defensor é uma faculdade mas, caso ele decida utilizá-la, isto não lhe consente de manipular as informações recebidas ou de omitir as circunstâncias eventualmente contrárias ao interesse do assistido”⁶⁹.

3.3 NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO DAS ENTREVISTAS REALIZADAS COM AS TESTEMUNHAS

A necessidade de documentação da atividade investigativa da defesa está disciplinada no art. 391, CPP, podendo ser utilizado para contestação e leitura pelas partes.

A prova produzida será debatida no trâmite processual, portanto, sua utilização dar-se-á em todos os momentos processuais, desde a investigação preliminar, as alegações finais, a impugnação recursal e possível juízo revisório.

A atividade defensiva que objetiva a aquisição de fontes de prova declaradas pode figurar em três momentos individuais e que, eventualmente, poderão se mostrar concomitantes. 1) um colóquio não documentado; 2) a busca de uma declaração escrita; 3) a assunção de informações para documentar.

⁶⁶ CRISTIANI. *Guida alle Indagini Difensive nel Processo Penale*. 43.

⁶⁷ SAPONARO. *La ricerca della prova nelle indagini difensive*. p. 176.

⁶⁸ CAPRIOLI. *Indagini preliminari e udienza preliminare*. p. 595.

⁶⁹ *A obrigação de plenitude lhe é imposto não apenas pelo Código de rito, mas também pelas normas deontológicas do Consiglio Nazionale Forense e dell'Unione delle Camere penali italiane*. TRIGGIANI, *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*. p. 08 (tradução livre)

Dispõe o art. 391- *bis* , § 1o., CPP que o colóquio não documentado é a primeira modalidade de audiência prevista que, através desta atividade, é conferido ao defensor a possibilidade informal do colóquio com pessoas que possuem informações sobre os fatos, sem que haja necessidade de transcrevê-lo, representando uma garantia pelo defensor de averiguação das informações a serem obtidas e a viabilidade de inserção na dinâmica processual.

Esta primeira modalidade investigativa da defesa pode ser considerada como referência introdutória à relevância probatória, possuindo uma função meramente de conhecimento da prova.

Não é alternativa às outras modalidades de assunção das informações, mas é geralmente o antecedente cronológico do mesmo: se do colóquio emergem elementos que podem julgar-se útil para a atividade de investigação em objeto, o defensor pode pedir a pessoa examinada de passar uma declaração escrita ou de transmitir informações verbalmente.⁷⁰

Pode acontecer, no entanto, que não haja documentação das eventuais declarações realizadas no colóquio informal. Caso isso ocorra, a defesa usará apenas como atividade interna, não ocorrendo função endoprocessual deste ato.

Em havendo alusão à importância das informações, poderá ocorrer a documentação das declarações pelo próprio declarante, autenticada pelo defensor ou seu substituto. Caso ocorra a documentação das declarações obtidas pela defesa, e, por óbvio, tornaram interessante para a atividade defensiva, assumirão real valor probatório, fazendo parte da discussão processual (art. 391-*bis*, § 2o., CPP).

Ainda, será possível a *assunzione di informazioni*⁷¹ em que haverá um colóquio documentado fundado sobre as perguntas realizadas pelo

⁷⁰ SAPONARO. *La ricerca della prova nelle indagini difensive*. p. 177.

⁷¹ Expressão de difícil tradução para nosso ordenamento jurídico, devendo ser reconhecido como obtenção de informações.

defensor, seu substituto ou investigador privado⁷².

3.4 PEDIDO DE DOCUMENTOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Além da oitiva de testemunhas, poderá o defensor realizar outras diligências para obter elementos necessários à investigação. O procedimento destas diligências está tipificada no Código de Processo Penal objetivando a garantia da efetividade investigativa.

Neste sentido, o defensor poderá pedir documentos em posse da administração pública para obter cópias. Como determinação legal, o setor responsável pelos documentos ou que lá estejam retidos tem a obrigação de fornecê-los ao defensor. Não se trata de discricionariedade administrativa, mas sim dever. Caso não haja exibição do documento, poderá ser realizado procedimento de “*richiesta di sequestro*”⁷³, conforme estabelece o artigo 391 *quater*, CPP.

Outra diligência tipificada diz respeito o acesso aos lugares e documentação (art. 391 *sexies*, CPP) quando o defensor entender necessário visualizar os lugares ou instrumentos pertinentes ao crime investigado, documentando o estado do ambiente e das coisas, procurando que nada seja mudado, disperso ou alterado⁷⁴.

Quando o lugar possuir acesso público, não há qualquer obstáculo a ser enfrentado pelo defensor. Porém, pode ocorrer do lugar ser privado ou não aberto ao público. Neste caso, caso não haja consenso de quem possua a disponibilidade do lugar, deverá o juiz autorizar o acesso através de decisão motivada, especificando o objetivo concreto da diligência. (art. 391, *septies*, CPP).

⁷² A investigação defensiva pode ser realizada diretamente pelo defensor. Porém, por questão prática já que seria difícil a realização de todos os atos por este, o legislador foi coerente em autorizar a investigação defensiva por *substituto*, por *investigador privado autorizado* e por *consultor técnico*. (art. 327, *bis*, *comma* 3, CPP). Questões que não adentraremos pela limitação da abordagem.

⁷³ Uma verdadeira busca e apreensão realizada para a obtenção dos documentos requisitados pela defesa.

⁷⁴ Art. 52, I, n. 13, do *Codice deontologico forense*.

Não será consentido o ingresso aos lugares destinados à habitação, salvo se for necessário averiguar os vestígios materiais deixados pelo crime⁷⁵ (art. 391, *septies*, n. 3, CPP).

4 VALOR PROBATÓRIO DA ATIVIDADE INVESTIGATIVA DEFENSIVA

A partir da introdução da prova originada pela investigação defensiva, não mais há que se diferenciar entre prova da acusação e da defesa, ou seja, há real diferença entre a atividade investigativa da acusação e da defesa como já exposto e, principalmente, pela separação de preceitos institucionais entre ambos. Porém, quando a prova (formada através do contraditório, a partir dos elementos investigativos) restar introduzida na discussão processual, deve-se à unidade do processo e comunhão dos elementos probatórios um único valor. Por isso, as informações obtidas pelas testemunhas (documentadas pela acusação ou defesa) terão a mesma validade para os fins probatórios e processuais, não sendo mais possível a distinção dos atos realizados pelas partes.

Neste sentido, o material fruto da *indagine difensiva* terá a idêntica natureza do material introduzido pela acusação ou pela polícia, não sendo crível ao julgador fazer qualquer distinção objetiva e subjetiva entre esses materiais no momento de formação da sua convicção⁷⁶.

A legitimidade da prova defensiva e, principalmente, seu valor quanto à produção de seus efeitos ocorre porque a formalização da atividade investigativa do defensor possui natureza de atividade processual *strito*

⁷⁵ Por exemplo, manchas de sangue, etc.

⁷⁶ CERQUA e MATTEO. *Quale qualifica per il difensore-investigatore*. p. 612. No entanto, transcende qualquer país a pré-concepção negativa em relação aos elementos defensivos, seja em âmbito investigativo, seja em relação à postura do juiz para com as partes no debate processual. Interessante pesquisa realizada por Schünemann indica, para além da permanência da postura inquisitório do julgador nos Tribunais alemães, a observância de como este vê não no defensor, mas apenas no promotor, a pessoa relevante que lhe serve de padrão de orientação. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*. Trad. Luís Greco. In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Luís Greco (coord.). Madri: Marcial Pons, 2013, p. 217.

*sensu*⁷⁷, ou seja, não mais como uma forçada prova documental em que havia pré-concepções negativas à sua valoração, mas sim como ato devidamente regulamentado e, a partir da sua admissibilidade perante a situação processual (independentemente do seu momento⁷⁸), possuirá o mesmo valor, não havendo distinção entre as provas na fase da instrutória⁷⁹.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: O GRAU DE ABRANGÊNCIA DA DEFESA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL, A PARTIR DO DIREITO COMPARADO

Um dos pontos de maior discussão na doutrina brasileira é a caracterização do nosso sistema processual penal. A grande maioria indica ser o acusatório⁸⁰ pelas previsões constitucionais⁸¹ do juiz natural (art. 5º., LIII) e o monopólio da ação penal pública reservada ao Ministério Público (art. 129, I), com a construção da divisão de funções, não mais reservado ao juiz atividade de ofício para o início da ação penal ou mesmo investigação policial⁸².

⁷⁷CAPRIOLI. *Indagini preliminari e udienza preliminare*. p. 592.

⁷⁸No curso das *indagini preliminari* quando o juiz deve adotar uma decisão com intervenção da parte privada, o defensor pode apresentar os elementos de prova a favor do assistido (art. 391 *octies*, CPP, italiano).

⁷⁹CAPRIOLI. *Indagini preliminari e udienza preliminare*. p. 594/595.

⁸⁰Para tanto, imprescindível leitura de PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁸¹Na Constituição Portuguesa, há previsão expressa indicando que o “*processo criminal tem estrutura acusatória*” (art. 32º., n. 5). No entanto, eles ainda trabalham com a busca da verdade real através de extrema atuação oficiosa do juiz na gestão de provas. Ou seja, a alteração legislativa figura como importante aporte na tentativa de modernização do sistema processual. Porém, acreditamos que haja necessidade de alteração da cultura processual penal bem como do manejo doutrina em vivificar estas alterações. No caso brasileiro a crítica resulta parecida na medida em que diversas leis são edificadas e há uma permanência dos atos e seus efeitos como se a alteração normativa se caracterizasse como de menor importância.

⁸²Entendimento correto da 2ª. Turma do STF “*Indiciamento por magistrado - Não cabe ao juiz determinar indiciamento. Com base nessa orientação, a 2ª Turma superou o Enunciado 691 da Súmula do STF para conceder habeas corpus e anular o indiciamento dos pacientes. No caso, diretores e representantes legais de pessoa jurídica teriam sido denunciados pelo Ministério Público em razão da suposta prática do crime previsto no art. 1º, I e II, da Lei 8.137/90. Após o recebimento da denúncia, o magistrado de 1º grau determinara à autoridade policial a efetivação do indiciamento formal dos pacientes. (2ª. Turma - HC 115015/SP, rel. Min. Teori Zavaski, 27.8.2013.)*”

Porém, a mesma doutrina em sua maioria, destaca o procedimento investigativo como atividade administrativa inquisitória⁸³, haja vista a ausência do contraditório e da ampla defesa. Cria-se, por isso, um sistema misto⁸⁴ com clara influência do modelo napoleônico francês.

No entanto, ainda que não haja um sistema acusatório *forte* como elencado na Constituição Italiana, devemos repensar a possibilidade da presença do procedimento investigativo como um momento inquisitório, na medida em que essa caracterização se dissocia da aproximação de um processo que se pretenda democrático⁸⁵. Ou seja, ou optamos por permanecer com um sistema autoritário ainda com sua importação fascista (o nosso CPP com clara influência do Código Rocco Italiano de 1930, alterado significativamente em 1988) ou investimos em um sistema realmente democrático em que cria maior legitimidade aos atos processuais e, em especial, à decisão penal. Essa escolha que toda a sociedade deve fazer com sensibilidade e maturidade deve refletir não apenas na doutrina, mas sim nos poderes judiciário e legislativo, para que a defesa de um sistema acusatório/democrático não permaneça somente como uma defesa retórica em que na teoria transparece uma coisa e na prática outra.

Com isso, há necessidade de reais mudanças de postura no nosso modelo processual penal, a começar pela investigação preliminar em que ainda perdura com uma carga efetivamente autoritária, inclusive com defesas acadêmicas pela sua permanência.

⁸³ Divergindo deste posicionamento, com coerência democrática que lhe peculiar, segue PRADO, Geraldo. *Parecer. As Garantias na Investigação Criminal: O Direito de se Defender Provando*. In Temas de Direito Penal e Processo Penal. Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 705.

⁸⁴ Um verdadeiro monstro jurídico, nascido no acoplamento do processo inquisitivo e do acusatório. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. 8a. ed. Roma: Laterza, 2004, p. 119.

⁸⁵ Com advertência de Cunha Martins “o sistema processual de inspiração democrático-constitucional só pode conceber um e um só ‘princípio unificador’: a democraticidade; tal como só pode conceber um e um só modelo sistêmico: o *modelo democrático*. Dizer “democrático” é dizer o contrário de “inquisitivo”, é dizer o contrário de “misto” e é dizer mais do que “acusatório”. CUNHA MARTINS, Rui. *O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93.

Vale ressaltar, portanto, que a significativa alteração do modelo italiano⁸⁶ deveu-se ao desenvolvimento de visibilidade das partes na discussão processual penal. O processo de partes, destituindo o juiz como uma figura *onipotente*, garantiu maior relevo à dialética na construção de um processo justo, com atuação mais ativa à formação da prova e da decisão penal. Acreditamos que é disso que o nosso sistema processual precisa, a começar pela investigação preliminar.

O afastamento da caracterização da investigação como procedimento inquisitório é o primeiro passo⁸⁷. A participação das partes⁸⁸, inclusive da defesa, é o seguinte.

Com isso, acreditamos que o artigo 14 do CPP brasileiro⁸⁹ não resolve totalmente o problema, permanecendo o foco preconceituoso da atuação defensiva para macular a investigação. Até porque, a característica autoritária permanece incólume quando a norma processual indica a necessidade de autorização pela autoridade policial para a realização de diligências.

A necessidade de alteração significativa da postura, como ocorreu no direito processual penal italiano, se torna premente, garantindo maior relevo às partes, em especial à defesa, haverá sensível ampliação no grau de *democraticidade* como princípio unificador⁹⁰ do processo penal.

Não mais há que se temer uma pré-concepção errônea em que a

⁸⁶ A alteração do modelo processual penal italiano deveu-se, significativamente, pela influência da Convenção Européia de Direitos Humanos. Nosso sistema também faz coro à introdução de preceitos internacionais de proteção aos direitos humanos (art. 5º., §1º. e § 2º., Constituição da República), em especial, à Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. No entanto, infelizmente, não se vê muito nas decisões judiciais a aplicação das suas normas ou quiçá referência aos mesmos.

⁸⁷ Até porque, como bem realçou Geraldo Prado, “em um processo penal acusatório não há espaço para institutos ou procedimentos inquisitórios.” PRADO *As Garantias na Investigação Criminal: O Direito de se Defender Provando*. p. 703.

⁸⁸ Basta pensar que há uma ampla discussão sobre a investigação direta do Ministério Público em todos os Tribunais, especialmente superiores, mas nenhuma discussão quanto a investigação defensiva.

⁸⁹ “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, **que será realizada, ou não, a juízo da autoridade**”.

defesa, durante a investigação, tem o objetivo de prejudicar ou manipular a apuração dos fatos. Esta visão se traduz em um modelo arbitrário preconceituoso em que nada moderniza o nosso sistema. Temos realmente que identificar o processo penal como um instrumento de proteção de todos, inclusive e especialmente àquele submetido às suas agruras, até porque presumidamente inocente, justamente para garantir eficácia ao primeiro artigo da nossa Constituição.

Por isso, denota-se extremamente interessante entendermos o significado da alteração de postura do modelo italiano, garantindo maior eficácia ao contraditório e ao justo processo, incluindo as partes como formadoras da prova e na influência da decisão penal, estabelecendo a presença da defesa em fase apuratória para contribuir com a introdução de fontes de prova através de uma atividade investigativa própria.

A real diferença entre o nosso modelo e o italiano acaba servindo para identificarmos que a discussão sobre ser um sistema acusatório ou inquisitório não está apenas na atuação oficiosa do julgador, mas sim na maior valorização reservada às partes, objetivando a construção de equilíbrio entre as mesmas. Neste ponto, acreditamos ser necessária uma mudança de postura legislativa para garantir uma atuação mais ativa da defesa na investigação preliminar⁹¹.

6 BIBLIOGRAFIA

AMODIO, Enio. **Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo Código de Processo Penal**. Trad. Paulo Zomer. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 7. N. 25, jan./mar. 1999, pp. 09/22.

ANGELETTI, Riziero. **La costruzione e la valutazione della prova penale**.

⁹⁰ CUNHA MARTINS. *O ponto Cego do Direito*. p. 93/94.

⁹¹ Basta pensarmos que apenas com a edição da Lei 397/2000 em que houve uma engrenagem na investigação defensiva. O derogado art. 38, CPP italiano que garantia a atuação defensiva na investigação, pela sua generalização, não fortalecia a efetividade da investigação pela defesa. Ou seja, foi necessário não só a mudança da postura acadêmica, mas também legislativa para identificação de um modelo acusatório *forte*.

Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

CAPRIOLI, Francesco. **Indagini preliminari e udienza preliminare.** In Compendio di Procedura Penale. Giovanni Conso, Vittorio Grevi e Marta Bargis (org.). 6^a. ed. Padova: Cedam, 2012.

CONTI, Carlotta. **Il diritto delle prove penali.** Carlotta Conti e Paolo Tonini (org.). Milano: Giuffrè, 2012.

CERQUA, Federico e MATTEO, Pellacani. **Quale qualifica per il difensore-investigatore.** In Archivio della Nuova Procedura Penale. n. 5, 2007, pp. 609/613.

CHIAVARIO, Mario. **Diritto Processuale Penale.** Profilo Istituzionale. 4a. ed. Torino. Utet Giuridica, 2009.

CORDERO, Franco. **Procedura penale.** 9^a. ed. Milano: Giuffrè, 2012.

COSTA OLIVEIRA, Francisco da. **A defesa e a investigação do crime.** 2^a. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CRISTIANI, Antonio. **Guida alle Indagini Difensive nel Processo Penale.** G. Giappichelli Editore: Torino, 2001.

CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DEDDA, Enrico Di. **Le investigazioni difensive: soggetti attivi, limiti taciti e patologie processuali** (vere o presunte) In Archivio della Nuova Procedura Penale. n. 1, gennaio, 2004, pp. 98/101.

FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione. **Teoria del garantismo penale.** 8a. ed. Roma: Laterza, 2004.

FERRUA, Paolo. **La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrilevanza probatoria delle contestazioni.** In Il Giusto Processo. Tra contraddittorio e Diritto al silenzio. Roberto E. Kostoris (org.)Torino: G. Giappichelli Editore, 2002, p. 07 (pp. 05/24).

FRIGO, Giuseppe. **"Giusto Processo" e funzione della difesa.** In Il Giusto Processo. Tra contraddittorio e Diritto al silenzio. Roberto E. Kostoris

(org.)Torino: G. Giappichelli Editore, 2002, p. 390 (pp. 389/406).

GAROFOLI, Vincenzo. **Istituzioni di Diritto Processuale Penale**. 2a. ed. Milano> Giuffrè Editore, 2006.

LOPES Jr, Aury. **(Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório**. In Boletim IBCCRIM. Ano 21, no. 251, out. 2013, p. 5/6.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação Criminal Defensiva**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010.

MALAN, Diogo. **Investigação defensiva no processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminas. vol. 96, maio-jun., 2012, pp. 279/309.

ORLANDI, Renzo. **L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale**. In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milano: Dott. A. Giuffrè. Anno XLI, fasc. 2, Aprile-giugno, 1998, pp . 452/508.

PASTA, Alessandro. **Dall'epistème alla critica : il diritto alla prova dell'acusato**. In In Processo Penale e Costituzione. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 388/410.

PASTA, Alessandro. **Tra individuo e stato: il diritto di difesa**. In Processo Penale e Costituzione. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 154/179.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo. **Parecer. As Garantias na Investigação Criminal: O Direito de se Defender Provando**. In Temas de Direito Penal e Processo Penal. Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 691/718.

SAGNOTTI, Simona Carlotta. **Il contraddittorio: una riflessione filosofico-giuridica**. In Processo Penale e Costituzione. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 331/343.

SAPONARO, Luisa. **La ricerca della prova nelle indagini difensive. In La Prova Penale. Le dinamiche probatorie e gli strumenti per**

l'accertamento giudiziale. Vol. II. Alfredo Gaito (org.) Torino: Utet Giuridica, 2008, pp.175/208.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança.** Trad. Luís Greco. In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Luís Greco (coord.). Madri: Marcial Pons, 2013, pp. 205/221.

TONINI, Paolo. **Direito de defesa e prova científica: novas tendências do processo penal italiano.** Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 48. 2004, pp. 194/214.

TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale.** 12^a. ed. Milano: Giuffrè, 2011.

TONINI, Paolo. **Lineamenti di Diritto Processuale Penale.** 10^a. ed. Milano: Giuffrè, 2012.

TRIGGIANI, Nicola. **Le investigazioni della difesa tra mito e realtà.** In Archivio della Nuova Procedura Penale. n. 1, gennaio/febbraio, 2011, pp. 01/13.

VASSALI, Giuliano. **Il diritto alla prova nel Processo Penale.** In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milano: Giuffrè. Anno XI, 1968, pp. 03/59.