

A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: LEGITIMIDADE E FUNDAMENTOS

THE DEFENSIVE INVESTIGATION: LEGITIMACY AND FUNDAMENTALS

Nadir Mazloum

Pós-Graduando Lato sensu na Escola Paulista da Magistratura – Especialização em Direito Processual Penal. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2355549636052706>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4108-8577>

mazloum14@hotmail.com

Resumo: A investigação defensiva ganhou fôlego com o Projeto de Novo Código de Processo Penal, que procura introduzir esse instituto no Direito brasileiro. A ideia de que a defesa possa, por iniciativa própria, realizar atividade investigativa, suscita certos questionamentos a respeito da legitimidade desse novo modelo de investigação. Neste trabalho, procurar-se-á demonstrar que a investigação defensiva dispõe de sólidos fundamentos teóricos, e que as críticas que se lhe endereçam analisam o fenômeno de modo superficial, negligenciando todas as virtudes que esse instituto pode oferecer ao Processo Penal brasileiro.

Palavras-chave: Investigação defensiva – Novo Código de Processo Penal – Defesa – Processo Penal.

Abstract: The defensive investigation gained momentum with the Project for the New Code of Criminal Procedure, which seeks to introduce this institute into Brazilian law. The idea that the defense can, on its own initiative, carry out investigative activities, raises certain questions about the legitimacy of this new model of investigation. In this work, we will try to demonstrate that defensive investigation has solid theoretical foundations, and that the criticisms addressed to it analyze the phenomenon in a superficial way, neglecting all the virtues that this institute can offer to the Brazilian criminal procedure.

Keywords: Defensive investigation – New Code of Criminal Procedure – Defense – Criminal proceedings.

1. Introdução

O novo Código de Processo Penal voltou ao centro do debate na Câmara dos Deputados por meio do Projeto de Lei 8.045/2010. Dentre as novidades do projeto, a investigação defensiva é a que mais vem atraindo a atenção dos estudiosos. De um lado, há um óbvio entusiasmo por parte da defesa, que passará a contar com um instrumento com a virtude de colocá-la em pé de igualdade com a atuação investigativa/acusatória do Ministério Público; do outro, existem aqueles que enxergam a investigação defensiva com desconfiança, apontando algumas impropriedades desse novo instituto.

No presente trabalho, nos dedicaremos a demonstrar as virtudes da investigação defensiva por meio da análise de cada um dos possíveis argumentos contrários que, em tese, podem ser lançados contra ela.

Vejamos, então, os principais argumentos que podem ser lançados contra a investigação defensiva e se eles realmente têm fundamento:

2. A investigação oficial é imparcial e busca apenas a verdade

Diz-se que a desnecessidade de participação da defesa na fase preliminar decorre da ausência de partes litigantes, cada qual querendo fazer prevalecer a sua versão, como no sistema acusatório, mas uma verdadeira busca imparcial da verdade, característica do sistema inquisitório. E nessa busca imparcial pela verdade a autoridade será conduzida a recolher tanto a prova que incrimina como a prova que inocenta. A garantia da defesa estaria assegurada na própria índole da fase preliminar, feita para assegurar o descobrimento da verdade independentemente de quem ela favoreça.

O problema dessa versão é que ela descreve as coisas não como elas são, mas como deveriam ser, e é então categoricamente desmentida

pela realidade. Como lembra o italiano **Silvio Campani** (1879, p. 25), o ideal de uma autoridade que coleta, com igual cuidado, com igual amor, tanto as provas contrárias ao réu como aquelas favoráveis, se é um belo ideal, é ainda assim e tão somente um ideal, com o qual a inocência e o direito de defesa do réu não podem contar. Na prática, a teoria é outra. E o autor acrescenta ainda que essa busca oficial não pode oferecer garantias sérias à defesa em razão até de uma possível desonestidade no exercício da função: como afastar o perigo de a autoridade deixar de recolher as provas favoráveis ao réu mesmo deliberadamente? (1879, p. 26) Costuma-se trabalhar, de um modo deveras ingênuo, com uma espécie de presunção de boa-fé das autoridades policiais, a partir de uma importação indevida da presunção de veracidade dos atos administrativos que vigora no Direito Administrativo. Nesse contexto todo, a possível inocência de uma pessoa fica vulnerável à efetiva boa-fé do agente que goza dessa famigerada presunção, o que nem sempre se verifica.

Nesse contexto, a palavra imparcialidade, como pondera **Impallomeni** (1886, p. 37), é utilizada mais para enganar do que para esclarecer qualquer coisa, pois, se a imparcialidade do inquisidor fosse realmente a garantia de todos quanto à culpa ou inocência de alguém, a própria fase acusatória e a exigência da divisão de acusar, defender e julgar perderia sua razão de ser, e tudo voltaria a ser tão “simples” quanto nos tempos da Inquisição: bastaria o inquisidor e a sua determinada busca pela verdade! O erro da Inquisição foi justamente esse: acreditar que uma só pessoa poderia absorver funções de natureza tão diversas e psicologicamente incompatíveis. A imparcialidade não é um atributo que se desenvolve em si mesmo: ela é o produto do contraste de duas parciaisidades: a da acusação, querendo a busca das provas de suas razões, e a da defesa, querendo as suas. Sem a defesa, a dita imparcialidade se traduz na mais pura parcialidade: a busca apaixonada pela prova acusatória.

A investigação defensiva deita a sua razão de ser, então, na necessidade de se conferir à investigação oficial uma efetiva imparcialidade, que, sem o concurso da defesa, ela jamais poderia ter.

3. A participação do investigado na fase preliminar pode prejudicar a apuração da verdade

Costuma-se dizer que a fase inquisitiva deve ser também secreta para que a apuração da verdade não seja obstruída pelo interesse do investigado e de seu advogado em desviar o curso da justiça em obtê-la.

O grande problema dessa afirmação é a petição de princípio que nela vai implícita: a pressuposição de que toda a investigação tem como sujeito passivo um culpado. E aí a afirmação é absolutamente verdadeira: o investigado culpado tem todo interesse em ocultar a verdade e alterar os fatos que podem conduzir a ela. Mas já não é o que ocorre quando as autoridades concentram as suas investigações em um inocente. Os adeptos da negação da participação da defesa na fase preliminar, quando pregam com veemência essa negação, inadvertidamente excluem a hipótese sempre possível de um investigado inocente.

Como lembra o italiano **Vittorio Mele** (1959, p. 89), o inocente não tem interesse algum em “falsificar” a realidade ou “desviar” o curso da justiça: ele é o maior interessado em que os fatos sejam apurados e revelados tal como aconteceram, e aí a sua participação não só não deve ser considerada um perigo para a investigação, mas deve antes ser considerada positiva e desejável. Conclui, então, o italiano, que o segredo inquisitivo é corolário lógico da petição de princípio de se considerar o investigado como culpado:

Queste espressioni, nel loro positivo contenuto, si fondano sul presupposto che si abbia a che fare con un imputato probabilmente disonesto, o, se no disonesto, certamente colpevole: “sviare” significa infatti allontanare da una via (è evidente, dalla via giusta); falso è il contrario del vero; artificioso è il contrario del reale. E l'imputato innocente – in linea di massima – non ha interesse alcuno a sviare il retto corso della giustizia, creando una falsa realtà. Così come dovrebbe essere al contrario augurabile un attività dell'imputato innocente diretta a distruggere eventuali false prove raccolte dal giudice. Il segreto istruttorio, così inteso, è perciò un modo di considerare l'imputato colpevole ed anzi proprio nella sua responsabilità deve ricercarsi l'origine, la fonte del segreto.

Note-se a imprudência do raciocínio: o segredo da investigação tem fundamento na culpa do investigado; se então a investigação é secreta, é porque o investigado é culpado; se o investigado é culpado, a investigação deve então ser secreta; e a justiça, se perdendo nas insídias desse círculo vicioso, acaba sempre por considerar todo investigado como culpado, e, conseqüentemente, como um perigo para a verdade, quando em realidade a justiça está se privando de um colaborador para a busca dessa verdade.

Nesse contexto, cumpre lembrar que a inocência de uma pessoa investigada e a respectiva descoberta dessa inocência, não constitui

um interesse particular dele próprio, mas antes da justiça como um todo, afinal, quando a justiça toma posse da inocência de uma pessoa, ela, a rigor, está tomando posse da verdade, o que significa, visto o fenômeno pelo ângulo oposto, na persistência da investigação em busca do verdadeiro culpado.

A investigação defensiva, a favor do inocente, é, então, no rigor do fenômeno, uma investigação a favor da justiça e da verdade, pois essas duas finalidades – proteger o inocente e perseguir o culpado – são resultado óbvio e inexorável da busca da verdade, que é o que a investigação defensiva procura preservar.

4. Não há acusação na fase preliminar e, portanto, não há que se falar em direito de defesa e contraditório

A função da fase preliminar é acauteladora: busca-se, como a atuação rápida e enérgica das autoridades, assegurar que as fontes de prova não desapareçam. Não há, nessa fase, acusação formulada contra uma pessoa específica e, portanto, não há necessidade do direito de defesa e do contraditório.

Duas objeções devem ser feitas aqui: a primeira é que, embora não haja acusação formal, haverá a reunião das fontes de prova com as quais essa acusação será feita em juízo, e o interesse da defesa então, se não é ainda o de se defender da acusação, é ao menos o de estar preparada para quando esse momento se apresentar, e para isso ela também deve ter o poder de recolher as fontes de prova de sua futura defesa; a segunda é que a afirmação de que não há acusação contra uma

pessoa na fase preliminar não é inteiramente verdadeira.

Dizer que na fase preliminar não há contraditório porque não há acusação formal é ignorar o fato, nem sempre divisado, de que existem inúmeros atos na investigação que, embora não possam ser considerados uma acusação formal, carregam em si a “imputação implícita” da autoria do delito, que se manifesta em atos como a prisão preventiva, o reconhecimento de pessoas, a busca e apreensão, a quebra de sigilo bancário, as medidas assecuratórias, etc. **Carnelutti** (2004, p. 183), ao se debruçar sobre esse problema, demonstrou que a suspeita que recai sobre uma pessoa implica “uma antecipação da posição de imputado sobre a imputação”, que ocorre justamente quando, antes do oferecimento da denúncia, são praticados atos contra o suspeito que o colocam como imputado.

Com essas reflexões, **Carnelutti** (2004, p. 186) formulou a noção de imputado impróprio ou quase imputado, que é o indivíduo submetido aos atos da persecução penal sem ter contra si a denúncia formulada. Com isso, **Carnelutti** quer dizer que, embora não imputado, *rectius*, denunciado, o imputado impróprio é muitas vezes colocado, no plano fático, em situação equiparável ao imputado próprio, quando não em situações muito piores, como é o famigerado caso da prisão preventiva. Portanto, se não há acusação formal a ser rebatida na investigação, há, por assim dizer, uma acusação informal que paira no ar, consistente na suspeita que recai sobre o imputado impróprio, que o coloca na posição de sujeição a todos esses atos investigativos conducentes a comprovar aquela suspeita, atos que afetam sua honra, sua propriedade e sua liberdade.

Nesse contexto, **Impallomeni** (1886, p. 20) faz uma pertinente observação: na fase preliminar da persecução, pode acontecer absolutamente tudo contra o investigado: prisão cautelar, quebra de seu sigilo bancário, condução ao interrogatório, testemunhas ouvidas sem o seu conhecimento, perícias sendo feitas, medidas assecuratórias impostas contra o seu patrimônio, e o que se concede a ele nessa fase é, no máximo, a "misericórdia" de ao menos poder acompanhar a busca e apreensão que se faz na sua casa. E arremata: esse homem, que não tem o direito de saber nada do que se faz contra ele, que não tem o direito de reagir contra toda a acusação que está sendo construída contra ele, com qual nome deve ser designado?:

L'imputato nella istruzione preparatoria è un uomo accusato, processato, arrestato, condotto da un punto ad un altro, privato spesso per lungo tempo, prima del giudizio, della sua libertà, della sua famiglia, del suo lavoro, coi beni forse ipotecati a favore dello Stato – come può farsi per lo articolo 1969 del codice civile, prima della condanna in seguito al mandato di cattura, contro il quale si eleva tutto un edificio di denunce, informazioni, testimonianze, perizie, requisitorie, ordinanze, e che non ha il diritto di chiedere ragione della sua cattura, di conoscere donde e da che parte gli venga l'accusa, non può presenziare alcun atto, neanche le ispezioni oculari del giudice, gran mercè se gli si concede di assistere alle perquisizioni che si facciano in sua casa, ove sia presente, o sia in istato di arresto, art. 143. E quest' uomo che non ha il diritto di vedere, di sapere cosa alcuna, di reagire con forme legali contro ciò che si opera a carico di lui, con qual nome lo chiameremo?

Se, portanto, na fase preliminar da persecução penal, existem "atos objetivos que demonstrem o juízo de valor de atribuição da autoria do fato delituoso ao investigado" (GUIMARÃES, 2017, p. 123), o argumento de que não existe acusação na fase investigativa não se sustenta, o que torna a atividade defensiva uma exigência também nesta fase.

As objeções teóricas contra a investigação defensiva, vê-se bem, baseiam-se em premissas falsas. Por outro lado, a investigação defensiva apresenta outras virtudes:

5. Proporciona a efetiva paridade de armas no Processo Penal

O italiano **Gaetano Leto** (1887, p. 5), já no final do século XIX, levantou uma indagação muito oportuna: a legislação que veda a participação da defesa na fase preliminar da persecução penal, impõe a mesma proibição à parte acusadora? Um Processo Penal equilibrado e justo pressupõe que acusação e defesa disponham de poderes equivalentes de fazerem valer as suas razões. A exclusão da defesa da fase de busca de fontes de provas que serão utilizadas na fase dos debates públicos coloca a acusação em uma posição absolutamente confortável: os debates públicos e orais serão orientados com base em provas carreadas apenas pelo Ministério Público.

A virtude da investigação defensiva é de conferir à defesa o poder de providenciar fontes de prova que, por descuido, ou até mesmo deliberadamente, vale enfatizar, não foram coletadas pela autoridade

investigativa, deixando a defesa em uma posição absolutamente fragilizada. A paridade de armas deve incidir, portanto, desde o início da persecução penal, para que a defesa tenha o poder de buscar as fontes de prova eventualmente existentes que possam subsidiar as suas razões na fase de debates. Como já explicava **Impallomeni** (1886, p. 24), a "*difesa dei diritti dello imputato non si concepisce, senza che questi abbia a propria tutela un potere da contrapporre a quello del pubblico accusatore e dello inquirente.*"

6. Proporciona um efetivo contraditório no Processo Penal

Como corolário do item anterior, a investigação defensiva desloca o direito de defesa de sua posição passiva – e extremamente vulnerável – consistente em meramente arrazoar sobre as provas da acusação, para uma posição ativa, consistente em defender-se provando. É o que já defendiam **Giuseppe** e **Rodolfo Bettiol** (2008, p. 183):

O outro princípio constitucional é aquele do direito de defender-se provando. O direito de defesa não se resolve no argumentar sobre as provas da acusação, mas em igualdade de condições com aquela última de introduzir a prova contrária e toda outra prova útil.

Existem inúmeros exemplos de como a ausência desse poder investigativo da defesa resulta num aporte de provas exclusivamente da acusação na fase processual: nos crimes de roubo, a defesa requer as imagens de um coletivo ou das câmeras de segurança do estabelecimento para tentar comprovar que o acusado, embora "reconhecido" pela vítima, não foi o autor do delito, e o pedido é sumariamente negado, por ser meramente "protelatório"; o entendimento de que é desnecessária a degravação integral das interceptações telefônicas, ficando então a defesa com aquilo que as autoridades selecionaram a conta-gotas para ingressar no processo; entre outros. Com a investigação defensiva, essas situações poderão ser contornadas, garantindo o direito de todo acusado poder provar a sua inocência.

7. Conclusão

Em conclusão, parece-nos que a desconfiança em relação à investigação defensiva não é senão o reflexo da desconfiança que sempre se teve em relação à advocacia: partindo-se de um maniqueísmo pueril que coloca o Ministério Público como representante da sociedade e da verdade, passa-se a enxergar no advogado um profissional da "mentira", da "dissimulação", da "malícia", e a investigação defensiva, "por tabela", passa a ser vista da mesma forma. Todas as objeções contra a investigação defensiva, se bem analisadas, tem como causa oculta esse inconfessável desprezo pela defesa, entendida como um trabalho sujo de "auxiliar" o seu cliente a escapar das garras da justiça. Nada mais equivocado: a defesa busca justiça como qualquer outro sujeito processual, e ela deve ser protagonista nessa busca, e não mera coadjuvante.

Não se pode demonizar a investigação defensiva. Ela tem cabimento no Direito brasileiro e, na verdade, chega com anos de atraso. As reflexões a seu respeito devem ser mais no sentido de se fixar limites legais a ela e menos a respeito da sua legitimidade, que, a esta altura, não pode ser questionada.

Referências

BETIOL, Giuseppe; BETIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*. Trad. Almicare Carletti. São Paulo: Pillares, 2008.
CAMPANI, Silvio. *La difesa penale in Italia*. v. primo. Bologna: Presso Nicola Zanichelli, 1879.
CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. v. 1. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004.
GUIMARÃES, Johnny Wilson Batista. *Imputação criminal preliminar e indiciamento:*

legitimidade e conformação constitucional. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
IMPALLOMENI, Giovanni Battista. *La difesa dell'imputato nella istruzione preparatoria*. Palermo: Ditta Giuseppe Pedone Lauriel, 1886.
LETO, Gaetano. *Il pubblico accusatore e l'imputato*. Palermo: Stabilimento Tipografico Virzi, 1887.
MELE, Vittorio. *Il segreto istruttorio*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1959.

Recebido em: 24.11.2021 - Aprovado em: 11.05.2022 - Versão final: 10.06.2022