

Delação e investigação defensiva: levando o processo legal a sério



A ampliação dos espaços de negociação na Justiça Penal deveria, ao menos,

acompanhar-se de campos reais de investigação defensiva enquanto medida possível à redução dos flagrantes níveis de desigualdade entre os sujeitos implicados nas etapas da persecução criminal.

O que se pretende sublinhar é que a investigação levada a efeito pela defesa do imputado, especialmente na fase preliminar, apresenta-se na chamada “justiça penal de consenso”¹ como exigência fundamental ao devido processo legal (substancial). Isso porque, dentre outras coisas, a investigação defensiva confere ao imputado uma carga informativa própria a respeito do caso penal e, por conseguinte, melhores condições de barganha² com os órgãos estatais legitimados à negociação penal e processual penal.

A lógica é bastante simples: quanto mais e melhores as informações do negociador a respeito da notícia-crime, maiores as suas chances de um acordo favorável/menos prejudicial. No caso penal, sabe-se que esse plexo informativo deriva da atividade de investigação, especialmente na etapa pré-processual, bem como que os acordos (por exemplo, delação/colaboração premiada) podem ocorrer tanto no âmbito processual quanto na fase preliminar. Logo, com base no direito à prova defensiva e à garantia de paridade de armas, deve-se outorgar ao imputado o direito de empreender, por conta própria e de maneira potencialmente exitosa, a atividade de investigação independente dos órgãos estatais. Do contrário, restará ao imputado contar com a própria sorte (ou azar) nos dilemas do jogo processual.

Entre nós, onde admitida pelo Supremo Tribunal Federal a investigação ministerial (RE 593.727/MG) e disciplinada por resolução³ do próprio Conselho Nacional do Ministério Público (181/2017), que prevê, inclusive, um controvertido⁴ “acordo de não persecução penal” (artigo 18⁵), o tema da investigação defensiva torna-se algo de fato premente.

É justamente com o fito de rever essa absoluta desproporcionalidade, que garante ao órgão acusador uma posição de superioridade na produção das teorias possíveis a respeito do caso penal e do manejo dos



instrumentos de negociação na persecução penal, que pode funcionar a investigação defensiva. A hipótese, portanto, se funda na exigência democrática de paridade de armas⁶ indispensável ao devido processo penal.

A investigação defensiva versa sobre a possibilidade de o imputado realizar diretamente a apuração da notícia-crime, por meio de seu defensor, a fim de reunir os elementos de convicção que lhe sejam favoráveis⁷. O que configura, além de claro avanço do direito de defesa do imputado e do próprio sistema de investigação criminal, uma importante forma de buscar maior equilíbrio em relação aos poderes investigatórios do Ministério Público⁸. Afinal de contas, dentre as inúmeras desigualdades materiais que desfavorecem o imputado no sistema penal brasileiro, “talvez a mais significativa ocorra justamente na fase de investigação preliminar do delito”⁹.

Sublinhe-se que esse direito ao desenvolvimento de investigação própria, que deve ser outorgado também à defesa, constitui nítida expressão da busca por igualdade de oportunidades processuais em um sistema acusatório¹⁰. Surge como uma dimensão do direito de defesa do imputado, na medida em que funciona como instrumento para a identificação de fontes de prova que serão posteriormente transformadas em meios de prova necessários e pertinentes à sustentação da versão apresentada pela defesa em juízo ou como forma de verificação e controle das provas externadas pela acusação¹¹.

Não há qualquer dúvida a respeito de sua imprescindibilidade em sistemas processuais adversariais. O processo penal de partes exige uma defesa efetiva, a qual, por sua vez, tem como ponto de partida a operacionalização da investigação pelo defensor do imputado. Não se trata apenas de um direito, mas de um “dever investigativo”.

No contexto estadunidense, por exemplo, marcado pelo *adversary system*, a Suprema Corte já reconheceu expressamente que o dever de investigação (*duty to investigate*) é um dos consectários lógicos do direito à prova defensiva (caso Strickland); ademais, segundo a Ordem dos Advogados norte-americanos (American Bar Association), constitui dever ético mínimo, assim estabelecido no código de conduta profissional¹².

Destaque-se que a investigação defensiva não é exclusividade dos sistemas jurídicos de tradição anglo-saxônica. Também os modelos de origem romano-germânica, especialmente aqueles com maior influência dos ordenamentos da *common law*, como o italiano, passaram a disciplinar a atividade investigatória pela defesa do imputado. Afinal de contas, como ensina Paolo Tonini, o correto funcionamento de um sistema processual de tipo acusatório depende da investigação defensiva¹³.

No caso da Itália, desde o Código de Processo Penal de 1988, que entra em vigor no dia 24 de outubro de 1989, em substituição ao sistema inquisitorial do Codice Rocco (1930), tem-se um novo modelo de persecução criminal e, por conseguinte, de investigação. O novel código, marcado pelos ideais de separação entre a fase preliminar e a fase processual, bem como pela retomada do direito à defesa por meio de um reequilíbrio de forças em vista da parte acusatória¹⁴, abre espaço para o surgimento da *investigazioni difensive* ou *indagini difensive*.

A investigação defensiva italiana, fundada originalmente no Código de 1989 (artigo 190 – direito à prova), encontra respaldo constitucional com a chamada reforma do “justo processo” (revisão do artigo



111 da Constituição da República em 1999) e, por fim, disciplina específica na Lei 397/2000¹⁵, em nome da paridade de armas¹⁶, para contrabalançar o viés acusatório das *indagini preliminari* dirigidas pelo Ministério Público¹⁷.

Nesse sentido, tem-se que a investigação defensiva implica, ao mesmo tempo, direito e dever do advogado. Quanto ao sistema de Justiça Penal, trata-se de direito assegurado à defesa técnica do imputado, que deve ser efetivamente garantido pelo juiz. No tocante ao cliente/assistido, figura como dever profissional do defensor¹⁸.

Por aqui, embora possível atualmente, com base em tratados internacionais¹⁹ e garantias constitucionais (ampla defesa e devido processo legal), inexistente regulamentação própria que outorgue ao defensor as prerrogativas necessárias ao exercício concreto (e efetivo) desse direito, ou melhor, dever profissional, como já ocorre em outros países.

É bem verdade, contudo, que o PL 8045/2010 (antigo PLS 156/09), em tramitação na Câmara dos Deputados, que versa sobre a reforma do Código de Processo Penal brasileiro, estabelece certa disciplina, ainda que tímida, à investigação defensiva nos seguintes termos:

“Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. § 1º As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas. § 2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento. § 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista. § 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial. § 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. § 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos”.

Conforme se percebe, o regramento normativo ainda seria insuficiente; contudo, sem dúvida, melhor do que o atual vácuo legislativo, o qual tem dificultado (e muito) o estabelecimento desse novo campo de atuação no sistema de Justiça Criminal.

De fato, em que pese o avanço da barganha processual penal no modelo brasileiro, as táticas defensivas continuam a depender principalmente das informações construídas pelos órgãos de persecução estatal. Com exceção de algumas ferramentas recentes, como o manejo estratégico da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011)²⁰, as diligências autônomas de investigação defensiva são extremamente limitadas.



No fundo, perde não somente a defesa do imputado, mas todo o sistema de persecução criminal, cuja legitimidade democrática vincula-se necessariamente ao grau de observância concreta da garantia do devido processo legal, a qual, por sua vez, relaciona-se com as exigências do direito à prova e da paridade de armas entre todos os sujeitos implicados no jogo processual penal.

1 A Justiça Criminal negocial/consensual implica “aceitação (consenso) de ambas as partes — acusação e defesa — a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 209-210).

2 “A barganha se apresenta como espécie de justiça consensual, um instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 210).

3 Aliás, resolução que garante a hipertrofia de um sujeito parcial no processo penal. Sim, o ministério público é parte (não imparcial) e possui inúmeros poderes para além do imputado também na fase de investigação. Quanto ao lugar de parte do MP: “Impossível, pois, diante das atribuições constitucionais do Ministério Público, negar-lhe a condição de parte. O promotor de justiça, no processo penal, é um dos sujeitos do contraditório e atua parcialmente (...) A justificativa para a atuação diferenciada do Ministério Público no processo penal não reside na impossível e mitológica imparcialidade, mas em sua condição de órgão estatal, que, por essa razão, está adstrito ao princípio da legalidade” (CASARA, Rubens R. R.. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 161-162). Quanto aos poderes investigatórios do MP segundo o artigo 7º da Resolução 181 do CNMP: Art. 7º “O membro do Ministério Público, observadas as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e sem prejuízo de outras providências inerentes a sua atribuição funcional, poderá: (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

I – fazer ou determinar vistorias, inspeções e quaisquer outras diligências, inclusive em organizações militares;

II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades, órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

III – requisitar informações e documentos de entidades privadas, inclusive de natureza cadastral;

IV – notificar testemunhas e vítimas e requisitar sua condução coercitiva, nos casos de ausência injustificada, ressalvadas as prerrogativas legais;

V – acompanhar buscas e apreensões deferidas pela autoridade judiciária;

VI – acompanhar cumprimento de mandados de prisão preventiva ou temporária deferidas pela autoridade judiciária;

VII – expedir notificações e intimações necessárias;

VIII – realizar oitivas para colheita de informações e esclarecimentos;



IX – ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;

X – requisitar auxílio de força policial.

§ 1º Nenhuma autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de função pública poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido, ressalvadas as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

§ 2º As respostas às requisições realizadas pelo Ministério Público deverão ser encaminhadas, sempre que determinado, em meio informatizado e apresentadas em arquivos que possibilitem a migração de informações para os autos do processo sem redigitação.

§ 3º As requisições do Ministério Público serão feitas fixando-se prazo razoável de até 10 (dez) dias úteis para atendimento, prorrogável mediante solicitação justificada.

§ 4º Ressalvadas as hipóteses de urgência, as notificações para comparecimento devem ser efetivadas com antecedência mínima de 48 horas, respeitadas, em qualquer caso, as prerrogativas legais pertinentes.

§ 5º A notificação deverá mencionar o fato investigado, salvo na hipótese de decretação de sigilo, e a faculdade do notificado de se fazer acompanhar por defensor. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

§ 6º As correspondências, notificações, requisições e intimações do Ministério Público quando tiverem como destinatário o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, membro do Congresso Nacional, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro de Estado, Ministro de Tribunal Superior, Ministro do Tribunal de Contas da União ou chefe de missão diplomática de caráter permanente serão encaminhadas e levadas a efeito pelo Procurador-Geral da República ou outro órgão do Ministério Público a quem essa atribuição seja delegada.

§ 7º As notificações e requisições previstas neste artigo, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça ou outro órgão do Ministério Público a quem essa atribuição seja delegada.

§ 8º As autoridades referidas nos §§ 6º e 7º poderão fixar data, hora e local em que puderem ser ouvidas, se for o caso.

§ 9º O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo e de documentos assim classificados”.

4 Registre-se que, inclusive, membros do próprio Ministério Público apontaram a inconstitucionalidade da medida criada pelo CNMP. Cite-se: ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva.

Observações Preliminares sobre o Acordo de Não Persecução Penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 37, 2017, p. 240-261.

Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77401>>. Acesso em: 5/2/2018;

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *No País das Resoluções e dos Enunciados, Quem Precisa de Lei?*

Revista da Faculdade de Direito da Unifacs, n. 209, nov. 2017, p. 01-04. Disponível em: <

<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5136/3257>>. Acesso em: 5/2/2018.

5 CNMP. Resolução 181. Artigo 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas



cumulativa ou alternativamente: (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018).

6 Nesse sentido, vale (sempre) a lição de Ferrajoli: “Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo o estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 565).

7 “Entende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultante técnico e/ou investigador privado autorizado, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficiais” (BALDAN, Édson Luís. *Investigação Defensiva: o direito de defender-se provando*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007).

8 MACHADO, André Augusto Mendes. *A Investigação Criminal Defensiva*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 01.

9 MALAN, Diogo. *Investigação Defensiva no Processo Penal*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). *Direito Penal e Processo Penal*. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 390.

10 SÁNCHEZ LUGO, Carlos Felipe. *La Teoría del Caso*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, Defensoria del Pueblo, p. 18.

11 HOLMAN, Leonardo Moreno. *Teoría del Caso*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2015, p. 46.

12 MALAN, Diogo. *Investigação Defensiva no Processo Penal*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). *Direito Penal e Processo Penal*. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 393-404. Por oportuno, cite-se a primeira parte do item 4-4.1 das Normas para a administração da Justiça Criminal da Ordem dos Advogados norte-americanos (American Bar Association Standards for the Administration of Criminal Justice): “(a) O advogado de defesa deve conduzir uma pronta investigação das circunstâncias do caso, e explorar todas as vias que levem a fatos relevantes para o julgamento do mérito da causa e a aplicação da pena, no caso de condenação. A investigação deve incluir esforços para obter informações na posse da parte acusadora e da Polícia Judiciária. O dever de investigação existe independentemente da confissão do acusado, ou de afirmações para o advogado de defesa sobre fatos que configuram culpa, ou a afirmação da intenção do acusado de se declarar culpado” (MALAN, Diogo. *Investigação Defensiva no Processo Penal*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). *Direito Penal e Processo Penal*. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 399).

13 TONINI, Paolo. *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*. 12 ed.. Milano: Giuffrè, 2014, p. 331.

14 ORLANDI, Renzo. *Direitos Individuais e Processo Penal na Itália Republicana*. Trad. de Marco Aurélio Nunes da Silveira e Stefano Volpi. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. (Org.). *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: anais do congresso internacional “Diálogos sobre Processo Penal entre Brasil e Itália”*. v. 1. 1ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 39.

15 ORLANDI, Renzo. *Direitos Individuais e Processo Penal na Itália Republicana*. Trad. de Marco



Aurélio Nunes da Silveira e Stefano Volpi. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. (Org.). *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: anais do congresso internacional "Diálogos sobre Processo Penal entre Brasil e Itália"*. v. 1. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 47-48. Vale lembrar que a Lei italiana 397, de 7/12/2000, regulamentadora da investigação defensiva, inseriu no Código de 1988 o artigo 397-bis (Attività investigativa del difensore) e o Título VI-bis (Investigazioni difensive) (MALAN, Diogo. *Investigação Defensiva no Processo Penal*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). *Direito Penal e Processo Penal*. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 392). Registre-se, no entanto, que a primeira referência legal à expressão "investigação do defensor" no processo penal italiano se deu com a chamada "Lei Carotti" (Lei nº 479, de 16-12-1999, em vigor desde 03-01-2000), a qual, embora com o mérito de conferir dignidade codificada à investigação defensiva, apresentou deficiente disciplina para pleno exercício dessa faculdade" (AZEVEDO, André Boiani e, BALDAN, Édson Luís. *A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004).

16 CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao Processo Penal*. 01 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 231-232.

17 MACHADO, André Augusto Mendes. *A Investigação Criminal Defensiva*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 112. No mesmo sentido: "O pensamento da conveniência da instituição da investigação também pela defesa foi, na Itália, fruto da verificação de que o Ministério Público, a quem fora passada a supervisão da investigação, conservava uma tendência natural de parte, posto devesse em tese também colher elementos do interesse da defesa" (SOUZA, José Barcelos de. *Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa*. Disponível em: <

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8498,41046->

[Poderes+da+defesa+na+investigacao+e+investigacao+pela+defesa](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8498,41046-Poderes+da+defesa+na+investigacao+e+investigacao+pela+defesa)>. Acesso em: 7/2/2018).

18 TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. 08 ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 495.

19 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Decretos 592/1992). Art. 14, item 3, alíneas "b" e "e": "Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias: b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; e) (...) obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação". Pacto de São José da Costa Rica (Decreto 678/1992). Art. 8.º, item 2, alíneas "c" e "f": "Garantias judiciais (...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; (...) f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos".

20 MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 03 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 231.

Date Created

13/02/2018