



COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER AO PROJETO DE LEI Nº 8045, DE 2010, QUE TRATA DO "CÓDIGO DE PROCESSO PENAL" (revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941; altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; e 11.343, de 2006).

PROJETO DE LEI Nº 8.045, DE 2010.

EMENDA ADITIVA

Inclua-se onde couber, no Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, uma seção com as seguintes subseções e artigos:

Seção ____

Da investigação defensiva

Subseção I

Disposições Comuns

Art. ____ A investigação defensiva, realizada por advogado ou defensor público no exercício da ampla defesa de seu constituinte, é essencial ao exercício do direito de defesa, ao devido processo legal e aos deveres de solidariedade e lealdade processuais entre as partes.

Art. ____ Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado ou defensor público, no exercício da ampla defesa técnica, com ou sem assistência de perito, consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, processo ou procedimento judicial ou administrativo e em qualquer grau de jurisdição ou instância administrativa, visando à constituição de acervo probatório lícito destinado exclusivamente à tutela defensiva de direitos de seu constituinte.



Subseção II

Dos atos de investigação defensiva

Art. ____ A investigação defensiva pode ser desenvolvida em sindicâncias, processos disciplinares ou qualquer outro procedimento administrativo, assim como em apurações fiscais e penais de qualquer natureza, especialmente em investigações preliminares conduzidas pelo Ministério Público ou por autoridade policial, inquéritos policiais, no decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer, orientando-se, notadamente, para a produção de prova para emprego em:

- I - pedido de trancamento de inquérito;
- II - rejeição de denúncia ou queixa;
- III - resposta à acusação;
- IV - pedido de medidas cautelares ou sustação destas;
- V - defesa em ação penal de iniciativa pública ou privada;
- VI - razões de recurso;
- VII - *habeas corpus*;
- VIII - proposta de acordo de colaboração premiada;
- IX - proposta de acordo de leniência;
- X - outras medidas defensivas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal ou fiscal.

Art. ____ Poderá o advogado ou defensor público, na condução da investigação defensiva, promover diretamente diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento de determinado fato, em especial a coleta de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, pedido de cooperação jurídica internacional à Autoridade Central brasileira, elaboração de laudos e exames periciais por profissionais privados e realização de reconstituições, ressalvadas as



hipóteses de reserva de jurisdição e os procedimentos previstos na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso a Informações).

Parágrafo único. Na realização da investigação defensiva, o advogado ou defensor público poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo.

Subseção III

Da cooperação jurídica internacional

Art. ____ A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará:

I - o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente;

II - a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados;

III - a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente;

IV - a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação;

V - a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras.

§ 1º Na ausência de tratado, a cooperação jurídica internacional poderá realizar-se com base em reciprocidade, manifestada por via diplomática.

§ 2º Na cooperação jurídica internacional não será admitida a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro.

§ 3º O pedido de cooperação jurídica internacional formulado por advogado ou defensor público no estrito exercício da investigação defensiva será recebido e operacionalizado pelo Ministério da Justiça ou qualquer outro órgão com atribuições específicas de Autoridade Central coordenadora da execução da cooperação jurídica internacional.



Art. __ A cooperação jurídica internacional poderá ter por objeto:

I - comunicações e notificações judiciais e extrajudiciais;

II - obtenção de provas e de informações de natureza técnica;

III - concessão de medida judicial de urgência;

IV - assistência jurídica internacional;

V - qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

Subseção IV

Dos direitos e deveres

Art. __ Durante a realização da investigação defensiva, o advogado ou defensor público preservará o sigilo das informações colhidas e zelará pelos direitos e garantias das pessoas físicas ou jurídicas envolvidas, especialmente em relação à dignidade, privacidade, intimidade, direitos autorais, propriedade intelectual e segredo industrial, sob pena de responsabilização disciplinar, cível, administrativa e criminal.

Art. __ O advogado, o defensor público e os outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade judicial ou policial os fatos investigados defensivamente.

Parágrafo único. A investigação e a utilização do seu produto deverão ser solicitadas e autorizadas prévia e expressamente pelo outorgante do advogado ou defensor público.

Art. __ As atividades descritas nesta subseção são privativas da advocacia, compreendendo-se como ato legítimo de exercício profissional, não podendo receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades.

Art. __ O abuso do direito de defesa e a prática de atos de investigação defensiva em desacordo com o disposto nesta seção poderão configurar, isolada ou cumulativamente, ilícitos de natureza cível, disciplinar, administrativo e criminal.



JUSTIFICAÇÃO

Afigura-se oportuna e de grande proveito a inserção, no Projeto de novo Código de Processo Penal, de dispositivos relativos à investigação defensiva conduzida por Advogado ou por Defensor Público, o que vem ao encontro da necessidade de promoção de mecanismos e vias procedimentais suficientes à “paridade de armas” entre as partes de uma ação penal ou entre os envolvidos em uma investigação criminal.

Segundo as lições de Rogério Lauria Tucci¹, o devido processo legal está alicerçado em uma estrutura tricotômica de garantias caracterizada por: a) regramento legal emanado de agências legislativas legítimas e continente de disposições intrinsecamente justas e razoáveis; b) instrumento adequado de aplicação dessas normas jurídicas, especialmente o inquérito policial, o termo circunstanciado e o processo judicial; c) paridade de armas entre os sujeitos parciais, sendo o equilíbrio de situações entre eles o reflexo das disposições legais sobre a realidade processual. É exatamente em relação ao último aspecto apresentado, a paridade de armas, que se alicerça o cerne da emenda aqui sugerida.

Nesse diapasão, a paridade de armas deve ser prestigiada quando, ao advogado, for assegurada a prerrogativa, à semelhança do que se dá com o Estado, de promover a investigação para a efetiva defesa de seu constituinte, de modo a dar-lhe tratamento isonômico na proteção da dignidade da pessoa humana e de seus consectários lógicos relativos ao devido processo legal e à ampla defesa.

Frise-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 593.727/MG, reconheceu o chamado “poder de investigar do Ministério Público” nos seguintes termos:

“O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais

¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)**. São Paulo: RT, 2002, p.202-204.



de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”.

Esta decisão possibilitou a concentração da realização de atividades de investigação e da promoção da ação penal nas mãos de um único órgão, configurando um perigosíssimo desequilíbrio entre os meios de obtenção de provas colocados à disposição da acusação e da defesa no exercício de seus respectivos múnus.

Assim, para balancear o “jogo de forças na persecução penal”, é imprescindível uma disciplina legal da investigação defensiva².

Em conclusão ao que ora se sustenta, valemo-nos das sempre elucidativas lições de Gustavo Badaró, que apresenta, inclusive, elementos de direito comparado:

“Partindo-se da premissa de que o direito à prova pressupõe um direito à investigação, é inegável que o acusado tem o direito de realizar atividades investigativas para descobrir fontes de prova de seu interesse e, posteriormente, requerer a produção judicial do meio de prova respectivo.

Mormente no caso da investigação criminal, em que há um aparato estatal organizado e estruturado – a Polícia Civil e Federal – para realizar a atividade investigativa das fontes de prova de interesse da acusação, negar à defesa tal direito seria defender uma inadmissível iniquidade, violadora da paridade de armas. Nem se argumente que a Polícia Judiciária teria interesse na “descoberta da verdade” e, portanto, buscaria elementos de provas tanto que confirmassem a hipótese

² Sobre a investigação defensiva no ordenamento brasileiro, cf.: Machado, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010; FERNANDES, Antonio Scarance. Equilíbrio na investigação criminal. In: YARSHELL, Flavio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ RD, 2005, p. 326; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 88; FERNANDES, Antonio Scarance, GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 67.



investigada quanto a eventual inocência do suspeito. Na prática, tal postura mostrou-se irrealizável, tendo a polícia clara propensão a buscar as fontes de prova acusatória, não se preocupando com elementos defensivos.

A despeito disso, o Código de Processo Penal não disciplina a atividade de investigação defensiva, embora também não a proíba. Aliás, não se pode esquecer que o art. 8.2, c, da CADH, assegura a “concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para preparação de sua defesa”, o que inclui, sem dúvida, o direito de investigar fontes de provas. A mera previsão do art. 14 do CPP, de que o indiciado “requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”, é claramente insuficiente.

Entretanto, ainda que se admita que seja possível a realização de atividade investigativa pela defesa, o grande problema é que, sem um regime específico que assegure ao advogado do investigado poderes para realizar, por si ou por intermédio de investigadores particulares, as atividades investigativas, sua eficácia será diminuta. Por exemplo, diante da notícia de uma eventual fonte de prova, a autoridade policial intima a testemunha para depor no inquérito.

Todavia, que poderes o defensor teria para inquirir alguém sobre fatos de interesse da defesa? A resposta é: nenhum. Não há dispositivo legal que obrigue qualquer cidadão a prestar esclarecimentos para particulares. Uma “intimação” do defensor, para que alguém compareça ao seu escritório para prestar esclarecimentos sobre fatos do interesse de seu cliente, ou mesmo para confirmar se a testemunha tem algum conhecimento específico sobre tal fato, seria um nada jurídico. Mesmo um simples convite para esclarecimentos poderia ser solenemente ignorado. Por outro lado, caso a testemunha comparecesse, conversasse com o advogado, narrando o que sabe sobre os fatos, ou o seu desconhecimento sobre os mesmos, e se tal contato fosse posteriormente revelado em juízo, o advogado poderia ter sua atitude considerada violadora de regras deontológicas e, quiçá, caracterizadoras de crime.



O que dizer, então, da necessidade de examinar documentos em poder de terceiras pessoas e, em um grau ainda maior, inspecionar locais ou buscar e apreender fontes de provas?

A análise do direito comparado mostra que, nos EUA, o direito à investigação defensiva é reconhecido como uma decorrência da VI Emenda, que assegura o *right to a counsel*, considerado como direito a uma defesa técnica efetiva. Do ponto de vista da atividade advocatícia, há um dever legal e deontológico de o defensor investigar os fatos. O *duty to investigate*, isto é, o dever de investigação é corolário do dever de propiciar uma defesa efetiva.

Por outro lado, na Itália, a investigação defensiva firmou-se após uma gradual evolução legislativa. No regime originário do CPP de 1988 havia apenas uma previsão no art. 38 das normas de atuação do CPP, na forma de mera enunciação de princípio, sem regulamentar a modalidade de desenvolvimento, o modo de documentação e valor e forma de utilização. Simplesmente facultava-se ao defensor apresentar diretamente ao juiz os dados reunidos na investigação preliminar. Todavia, tal previsão foi interpretada restritivamente pela jurisprudência, que não admitia que o resultado da investigação defensiva fosse diretamente valorado como prova pelo juiz. A defesa, então, tinha que requerer a juntada nos elementos de investigação por ela obtidos nos autos da investigação do Ministério Público. Ou seja, todos os elementos de investigação, inclusive os defensivos, deveriam ser canalizados para os autos da investigação do Ministério Público. Posteriormente, a Lei nº 332/1995 alterou tal disciplina, reconhecendo ao defensor o direito de introduzir seus elementos de investigação no processo, mediante requerimento direto ao juiz, sem a mediação ou o filtro do Ministério Público. Superou-se, assim, a denominada “teoria da canalização”, embora não existisse um regramento específico da investigação defensiva. Com a Reforma Constitucional promovida pela Lei Constitucional nº 2/1999, foi acrescido o § 6º ao art. 111 da Constituição italiana, assegurando que o acusado disponha do “tempo e das condições necessárias para preparar a sua defesa”, tornando-se



CÂMARA DOS DEPUTADOS - 56º LEGISLATURA
DEPUTADO FEDERAL LUIZ FLÁVIO GOMES

necessário que se efetivasse o direito à investigação defensiva. Logo depois, foi aprovada a lei da investigação defensiva – Lei nº 397/2000 –, que acrescentou o título VI-bis do livro quinto do CPP italiano, prevendo a possibilidade de o defensor ou seu substituto, auxiliado ou não por investigador particular, realizar atividades de investigação, com o objetivo de descobrir e individualizar elementos de provas favoráveis ao investigado.”³

Esclarece-se, por derradeiro, que a inspiração desta emenda se originou no Provimento nº 188, de 11 de dezembro de 2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil⁴.

Ante o exposto, pede-se o apoio dos nobres Pares para a aprovação da presente emenda, que pretende contribuir com a elaboração de um Código de Processo Penal mais justo, equilibrado, consentâneo com a Constituição Federal e com a legislação moderna estrangeira sobre o tema.

Brasília, de setembro de 2019.

Deputado LUIZ FLÁVIO GOMES

³ BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 95-96.

⁴ Disponível em: <<https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>>.