



Gabriel Bulhões: Investigação defensiva e a paridade de armas

**Artigo originalmente publicado no Boletim IBCCrim de abril*

A investigação defensiva é um tema com poucas análises no Brasil, apesar de ser uma atividade muito desenvolvida em outros recantos do mundo, a exemplo dos modelos adotados na Itália^[1] e nos Estados Unidos^[2].

Em síntese, pode-se defini-la como um conjunto de diligências e técnicas de apuração da verdade, com a consequente produção e catalogação de provas, as quais podem estar encadeadas documentalmente em um instrumento único, ou não, em ordem lógica e/ou cronológica, visando resguardar a tutela judicial dos interesses do cidadão, seja na condição de acusado ou de vítima de crimes; incluindo nessa perspectiva as pessoas jurídicas.

No Brasil, existe um potencial ainda desconhecido para utilização prática desse tipo de atividade e, sem embargo, o momento histórico que se enfrenta atualmente faz dessa quadra um momento ideal para que floresçam as condições que permitirão o desenvolvimento do modelo brasileiro de investigação defensiva.

1. A busca pela paridade de armas

A paridade de armas no processo penal é uma necessidade democrática, a qual visa o aprimoramento das instituições que compõem o sistema de Justiça e a observância concreta de direitos e garantias fundamentais. Tudo isso porque a Constituição Federal instituiu o sistema processual penal acusatório, com a delimitação de papéis bem definidos e que permitem um equilíbrio pela equidistância da acusação e da defesa ao órgão julgador.

Como elementos constitucionais fundantes da investigação defensiva, temos a salvaguarda dos princípios da igualdade (artigo 5º, *caput*, CF), do devido processo legal (artigo 5º, LIV, CF), do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, CF). Ainda, é possível alegar que a segurança pública é direito e responsabilidade de todos (artigo 144, CF).

Além disso, há uma acentuada relevância quanto ao aspecto do controle da legalidade nas persecuções penais, quando se lançam novos olhares sobre a forma de atuar dos agentes estatais, desde os integrantes das forças de segurança pública, passando pelos órgãos ministeriais e desembocando no próprio Judiciário.

Confere-se, assim, maior ressonância aos anseios da advocacia e dos próprios cidadãos que garantem seus direitos através dos seus advogados, pois se oferecem mais condições materiais para o advogado instrumentalizar, do ponto de vista probatório, as suas teses e pleitos.

Contudo, é bem verdade que essa nova forma de atuação profissional da advocacia exige uma mudança significativa de postura e de perspectiva, a exemplo da maior energia a ser demandada do profissional, que passa a ter uma postura nitidamente mais ativa na defesa dos interesses de seus constituintes.

Há, dessa forma, uma especial finalidade preventiva na investigação defensiva, que serve, (i) em alguns



momentos, para fomentar a legalidade na atuação dos agentes estatais; e, (ii) em outros, para viabilizar as responsabilizações dos eventuais desvios e excessos cometidos por esses mesmos agentes. É importante perceber que a potencialidade da segunda medida acarreta um efeito pedagógico que fomenta a primeira.

Apesar das mencionadas características positivas do uso da investigação defensiva como instrumento de promoção da almejada paridade de armas entre acusação e defesa, dentro do sistema acusatório, não se pode olvidar que se trata de instituto complexo. A análise de complexidade exige o enfrentamento de complicadores por parte de seus teóricos e aplicadores, tendo em vista que as reflexões acerca das implicações morais e éticas devem mapear um plexo de deveres e limitações ao advogado que se propõe a executar a prática investigativa defensiva.

2. Teoria geral da investigação defensiva

Uma questão se coloca: quais as espécies de atividades, procedimentos e diligências disponíveis ao advogado no mister de desempenhar com altivez e segurança essa peculiar espécie de investigação?

Pela natureza de atividade privada, a advocacia encontra-se delimitada pelas proibições: constitucionais, legais e administrativas. Além dessas, as únicas limitações que devem ser impostas ao advogado são a *criatividade* e o *orçamento*.

Dessa forma, tudo aquilo que for proibido, seja no próprio texto constitucional, ou em qualquer lei, ou ainda nos atos normativos expedidos pela OAB, está fora da circunscrição do modelo de atuação da investigação defensiva passível de ser implementada no Brasil.

Como exemplo das limitações constitucionais, temos os sigilos telefônico, telemático, fiscal, bancário, de correspondência etc., e ainda a inviolabilidade domiciliar (artigo 5º, XI, CF).

No plano legal, além de todas as possibilidades de violação ao direito de outrem^[3], ainda deve se considerar as condutas tipificadas penalmente. Ademais, chama-se atenção para o relevante papel do Estatuto da Advocacia e da OAB (EAOAB), a Lei Federal 8.096/1994.

Por fim, temos as determinações normativo-administrativas do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e suas respectivas seccionais, o Código de Ética e Disciplina da OAB (Resolução 02/2015-CFOAB), bem como demais resoluções, provimentos, instruções normativas, e também o Regulamento Geral do EAOAB.

Afora as *limitações normativas*, que são objetivas e oponíveis genericamente, ainda há limitações de ordem *material* e de ordem *criativa*.

Quanto às limitações materiais, revela-se um aspecto seletivo e, de certa forma, até cruel quanto às possibilidades de desenvolvimento da investigação defensiva. Não há como olvidar o custo monetário inerente às medidas e diligências necessárias a uma investigação defensiva, sendo certo que existem várias ferramentas de baixo custo, enquanto outras são extremamente custosas, como a contratação dos serviços de detetive particular e a consulta a bancos de informações.

Em outro aspecto, quanto à limitação *criativa*, há que se perceber a complexidade do mundo, expressada



na variedade possível de casos concretos, embora existam textos e, futuramente, até mesmo manuais de investigação defensiva possam vir a existir. Isso certamente demandará do advogado especial sagacidade para aplicação dos instrumentos, mecanismos, diligências e profissionais assessores; para sua própria atuação, em prol de conferir maior dinamicidade e, conseqüentemente, maior eficácia/eficiência à investigação.

Pelo exposto, a investigação defensiva é feita por conta própria ou por meio de profissionais habilitados e contratados para tal finalidade, executando coleta de dados e informações de natureza não criminal de forma planejada, com conhecimento técnico, e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do constituinte.

Diante da especificidade de conhecimentos e práticas demandadas pela investigação defensiva, tal atividade pode ser objeto de subcontratação de serviços especializados de outro advogado ou banca, devendo tal decisão ser comunicada e aprovada previamente pelo constituinte do advogado condutor da estratégia processual^[4].

Quanto aos deveres do advogado condutor da investigação defensiva, transpondo a leitura das obrigações (constitucionais, legais, administrativas e éticas) que norteiam a advocacia para o campo dessa atividade, entende-se que se deva: (i) preservar o sigilo das fontes de informação; (ii) respeitar o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas; (iii) exercer a atividade com zelo e probidade; (iv) defender, com isenção, os direitos e as prerrogativas profissionais, zelando pela própria reputação e a da classe; (v) zelar pela conservação e proteção de documentos, objetos, dados ou informações que lhe forem confiados pelo constituinte ou em defesa dos seus interesses; (vi) restituir, íntegro, ao constituinte, findo o contrato ou a pedido, documento ou objeto que lhe tenha sido confiado; e (vii) prestar contas ao constituinte.

Sendo assim, o advogado, no desempenho da investigação defensiva, deverá agir sempre com ética, técnica, honestidade, discrição, zelo e apreço pela verdade, sendo vedada a aceitação de causas cujas diligências e medidas a serem tomadas contribuam para a prática de infração penal e/ou ética.

Questionamentos surgirão naturalmente, do tipo: o que deve fazer o advogado que confirmar a culpa do cliente? Ou: o que deve fazer o advogado que descobrir, ao longo das diligências empreendidas, novos crimes perpetrados pelos seus clientes e/ou terceiros?

São questões éticas e morais relevantes, que exigem um grau de maturidade teórica e prática da classe para firmar parâmetros e balizas adequadas às exigências democráticas e constitucionais, de sorte que, ao seu tempo, serão devidamente exploradas.

3. Possibilidades da investigação defensiva para a advocacia criminal

Prima facie, cumpre dizer que, com a utilização do instrumento de investigação defensiva, o advogado de defesa criminal tem o dever de empreender as diligências possíveis e necessárias, ainda que aja confessado o seu cliente, para angariar elementos de prova no sentido de reforçar a(s) tese(s) defensiva(s).

Em posição diametralmente oposta, temos a investigação defensiva dos interesses das vítimas de crimes, enfatizando um papel já demandado do criminalista na defesa dos interesses, patrimoniais e/ou não



patrimoniais, das vítimas. E isso se desenvolve tanto na fase processual, quando se fala propriamente do instituto da assistência de acusação, incluído no CPP desde 1941, quanto na fase pré-processual, *inclusive no sentido de angariar elementos de prova para subsidiar o início* (através da provocação) *e o próprio desenvolvimento da persecução penal* (por meio da continuidade das medidas e diligências).

Por outro lado, existe a possibilidade da contratação, seja habitual ou pontualmente, de profissionais especializados para auxiliar na apuração de fraudes e outros ilícitos no ambiente corporativo-empresarial, vez que as técnicas especiais de investigação defensiva são consecutivas da mesma finalidade aí almejada: apurar determinada conduta criminosa, por meio da produção e catalogação de provas, se possível em ordem lógica e cronológica, para auxiliar as autoridades públicas responsáveis pelas devidas apurações/responsabilizações. De outra perspectiva, existe a possibilidade de conjugação às medidas judiciais tomadas pela pessoa jurídica, por meio dos seus sócios e/ou representantes legais, na esfera cível.

Observa-se a utilização dessa atividade no ambiente empresarial, a exemplo das medidas e diligências implementadas para investigações internas e demandas por diligências prévias quanto à idoneidade de parceiros comerciais, fornecedores, investidores e até mesmo clientes, ambas situações exigidas de um bom programa de conformidade/integridade (*compliance*).

Por último, diante das influências cada vez mais maciças de um modelo negocial e colaborativo de Justiça criminal, há que se considerar a utilização da atividade ora discutida no ambiente colaboracional, proporcionado pela Lei de Organização Criminosa (Lei Federal 12.850/2013). Contudo, não se almeja neste texto incursão acerca das questões éticas aqui implicadas, apenas existindo a necessidade de menção expressa.

Surge, assim, para o advogado, na área criminal, algumas possibilidades de atuação. Para fins didáticos, portanto, propomos a seguinte taxonomia, sendo tratada a investigação defensiva (*lato senso*) como um gênero, do qual fazem parte quatro espécies: i) investigação defensiva *stricto senso*; ii) investigação defensiva dos interesses das vítimas; iii) investigação defensiva corporativa; e, iv) investigação defensiva colaboracional.

Além disso, a investigação defensiva não se confunde com a função de polícia judiciária, pois enquanto esta visa apurar a prática de infrações criminais, aquela somente intenta obter informações no sentido da defesa dos legítimos interesses do constituinte, podendo eventualmente contribuir com a apuração policial e/ou ministerial.

Desse modo, a investigação defensiva pode colaborar com a investigação policial em curso, ficando o aceite da colaboração a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo, o que não obsta o prosseguimento das atividades e diligências no bojo da atuação profissional do advogado[5].

Inobstante, a investigação defensiva pode colaborar com a investigação policial concluída e pendente de análise ministerial, ou ainda em procedimentos investigatórios conduzidos diretamente pelos órgãos ministeriais, ficando o aceite da colaboração a critério do promotor/procurador encarregado, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo, o que não obsta o prosseguimento das atividades e diligências no bojo da atuação profissional do advogado. Tudo isso tendo como parâmetro o disposto no artigo 5º,



parágrafo único, da Lei Federal 13.432/2017, bem como o fundamento do artigo 14, do CPP.

Em outro sentido, durante a instrução processual, após o recebimento da denúncia, a investigação defensiva pode ser apresentada aos autos a qualquer tempo, devendo o material já autuado até o oferecimento da resposta à acusação ou defesa prévia ser obrigatoriamente juntado, sob pena de preclusão, salvo se ainda existirem diligências pendentes e/ou a divulgação das atividades possa frustrar a eficácia das medidas[6].

Nessa toada, entendemos que a investigação defensiva pode ser desenvolvida em qualquer fase, procedimento ou grau de jurisdição[7], ou ainda em caráter meramente preventivo[8], diante da possibilidade de eventual necessidade futura para defesa dos interesses do constituinte.

Portanto, a investigação defensiva pode ser feita a qualquer tempo, desde que solicitada pelo constituinte ou sugerida pelo advogado. Por essa lógica, pode-se falar ainda que não há duração máxima fixada para a investigação defensiva, devendo ela perdurar enquanto houver necessidade/interesse do constituinte para resguardar os seus direitos.

4. A regulamentação da matéria no Brasil

Sobre a regulamentação do tema no Brasil, temos a inclusão da matéria no Projeto de Lei 156, de 2009 (Reforma do CPP)[9], ainda que de forma tímida[10]. Contudo, não se pode prever quando e se haverá a promulgação do texto nessa forma; não há também necessidade de se aguardar tal implementação para que a advocacia pratique atos de investigação defensiva.

Existe uma proposição em trâmite no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, desde outubro de 2017, que trata justamente da investigação defensiva, encaminhada para análise da Comissão Especial de Estudos do Direito Penal, cujo debate está marcado para a primeira reunião da comissão neste mês, no próprio CFOAB. Se for aprovado na comissão, o projeto será colocado para discussão e possível aprovação na sessão do CFOAB do dia subsequente, 17 de abril.

Essa proposição foi fruto de iniciativa desenvolvida no âmbito da Comissão de Advogados Criminalistas (Comacrim) da seccional do Rio Grande do Norte da OAB, através de um grupo de trabalho que maturou o tema em leituras, pesquisas, debates e reflexões ao longo do ano de 2017, culminando com a redação da minuta de um provimento que foi encaminhada ao CFOAB.

Dessa forma, o tema se apresenta com uma importância singular para viabilizar uma advocacia de alta performance, por meio de técnicas de instrumentalização e antecipação probatória das demandas judiciais, o que militará em favor de uma real paridade de armas no processo penal e da efetivação do devido processo legal substancial.

[1] Para uma conceituação do modelo, veja-se: “Para aclarar o objeto e objetivo de nossa reflexão, principiemos com um enunciado conceitual necessário que, a partir do estudo daquele instituto italiano, elaboramos: ‘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 consulente 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” In: AZEVEDO, André Boiani; 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.

[2] Referendando essa importância, o Código de Normas para a Administração da Justiça Criminal da Ordem dos Advogados dos EUA ([American Bar Association](#), *Standards for the Administration of Criminal Justice*), em seu item 4-4.1, “(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”.

[3] Devendo-se considerar sempre que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito poderá ser afastada da tutela judicial (conforme artigo 5º, XXXV, CF); e que aquele que, por ação ou omissão, causar prejuízo a outrem está obrigado a repará-lo (de acordo com o Código Civil, em seus artigos 186 e 187).

[4] Nesse sentido, a minuta proposta ao CFOAB, no artigo 10, parágrafo único, *ipsis litteris*: “Art. 10 (...) Parágrafo Único. A Investigação Defensiva pode ser objeto de subcontratação de serviços especializados de outro advogado ou banca, devendo tal decisão ser comunicada previamente ao constituinte do advogado condutor da estratégia processual”.

[5] ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 70: “Por isso, em razão dessa omissão legislativa, a investigação promovida diretamente pelo particular não está proibida. Contudo, a repercussão dessa investigação varia de acordo com a natureza da ação penal: – ação privada: a investigação particular pode servir de base para a queixa, sem qualquer participação direta ou indireta da investigação estatal e do Ministério Público; – ação penal pública: de certa forma, incide a ‘teoria da canalização’ do Direito italiano, uma vez que toda a investigação particular deve ser apresentada ao Delegado de Polícia ou ao Ministério Público para que verifiquem a necessidade de produção de outros elementos de informação, caso não haja base suficiente para a propositura da denúncia”.

[6] Nesse sentido, a minuta proposta ao CFOAB, no artigo 6º, parágrafo 3º, *verbis*: “Art. 6º A Investigação Defensiva pode ser realizada a qualquer tempo, desde que solicitada pelo constituinte ou sugerida como técnica de Defesa pelo advogado. (...) §3º Durante a instrução processual, após o recebimento da Denúncia, a Investigação Defensiva pode ser juntada aos autos a qualquer tempo, devendo o material já autuado até o oferecimento da Resposta à Acusação ou Defesa Prévia ser obrigatoriamente juntado, sob pena de preclusão, salvo se ainda existirem diligências pendentes e/ou a divulgação das atividades possam frustrar a eficácia das medidas”.

[7] AZEVEDO; BALDAN, op. cit..

[8] MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: RT, 2010. p. 48.

[9] Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 17.mar.2018.

[10] “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. 4 § 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 discricção 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.”

Date Created

10/04/2018