

## Opinião: Como advogados podem utilizar a investigação defensiva?

Por muito tempo, no cotidiano das varas de justiça e tribunais, a palavra "investigação" teve seu sentido direto e unicamente associado à prática da polícia judiciária ou dos órgãos públicos, tais como o Ministério Público, na figura do magistrado.



Ao advogado, caberia a função analítica das provas

produzidas por esses órgãos ou, caso necessitasse, a submissão de pedido para que a entidade pública promovesse a investigação com determinado escopo. Tivemos agora, com a recente [decisão](#) judicial concedida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (SP), o reconhecimento da advocacia sobre o direito de adotar a chamada "investigação defensiva" para buscar provas em empresas ou entidades privadas, tornando o sistema investigatório igualitário entre defesa e acusação.

Com a ressignificação das funções advocatícias — alinhada com uma mudança de panorama sobre a ampla defesa e até mesmo com a ideia de acesso à justiça —, a promoção de atividades investigativas defensivas por parte do advogado foi estruturada em ordenamentos jurídicos internacionais e, no Brasil, concretizou-se por meio do Provimento 188/2018 da Ordem dos Advogados do Brasil.

Definida no artigo 1º do Provimento, a investigação defensiva pode ser compreendida como "*o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte*".

É possível extrair três informações importantes do referido enunciado. Em primeiro lugar, a "investigação defensiva" não se trata de atividade única, engessada em determinado conceito uno, podendo ganhar forma por diferentes meios. Em segundo, a colaboração de outros profissionais é permitida, o que corrobora a interdisciplinaridade existente no instituto. Em terceiro, não é exclusivamente aplicada a um ramo do direito ou momento processual.

Além da definição, no provimento também são tratadas as hipóteses de cabimento temporal, podendo ser em qualquer momento processual, e material, visto que ela pode ser aplicada em diferentes atos processuais, desde propostas de acordo de colaboração, passando por resposta à acusação e razões recursais, e não se limitando à revisão criminal. Também é ressaltado o dever de sigilo profissional,

tanto das informações do próprio cliente quanto dos investigados.

Ocorre que, a despeito do artigo 3º do Provimento dar um maior enfoque à atividade processual criminal, em uma interpretação gramatical do artigo 1º, combinado com uma abordagem sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, em especial às garantias constitucionais da ampla defesa, extrai-se a aplicabilidade da investigação defensiva nos demais ramos do direito.

Tal tese ganha relevância se analisada com a prática profissional de juristas que atuam em diferentes frentes, os "generalistas", ou os especialistas das demais áreas. É necessário regulamentar, por exemplo, a utilização da *due diligence*, já utilizada pelo direito empresarial, ou as futuras possibilidades que podem envolver o direito sucessório, consumerista, trabalhista, entre outros, bem como demandas comuns, como a concessão de gratuidade de justiça.

A realidade é que, no contexto contemporâneo superconectado, a utilização das informações produzidas pelas próprias partes ou o cruzamento desses dados possui apenas fração do seu real potencial para demandas judiciais.

Conjugada com a atuação de diferentes profissionais, cabe ao advogado traçar a melhor estratégia profissional para obter a maior quantidade de informações possíveis para atingir seu objetivo, tanto na lide já instaurada quanto em momentos de acordos pré-processuais.

Tal amplitude cooperativa também é prevista pelo artigo 4º do provimento e encontra respaldo no contexto fático: o mercado investigativo tem se demonstrado diligente ao diversificar produtos investigativos, evitando a existência de fatores determinados para o não acesso às ferramentas, como a eventual complexidade do produto ou a condição financeira do cliente. Destaca-se, por exemplo, as iniciativas que envolvem uma democratização do referido processo.

Especialmente em demandas de direito público — em que uma das partes é um ente estatal —, mas também em casos privados, a utilização dos recursos investigativos pode significar uma maior quantidade de informação para tomar decisões e basear argumentos próprios ou contrapor argumentos adversários. Ou seja, um passo considerável em busca de uma paridade de armas.

Não depender exclusivamente das investigações dos entes estatais ou do deferimento de solicitações amplia as possibilidades de estratégias defensivas, que ganham maior consistência e contrapõem a figura de uma defesa passiva que conta com a sorte mais do que a técnica.

### **Date Created**

03/06/2021