

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: BREVES APONTAMENTOS PRÁTICOS

CRIMINAL DEFENSE INVESTIGATION: BRIEF PRACTICAL NOTES

Fabrício Reis Costa

Mestrando em Direito Penal e bacharel em Direito pela USP. Advogado Criminalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6257296204324075>

ORCID: 0000-0002-7307-3388

frc.fabriciocosta@gmail.com

Resumo: O artigo aborda a temática da investigação criminal defensiva, especificamente no âmbito de sua aplicação prática no cotidiano forense brasileiro. Busca-se responder às lacunas deixadas pela legislação, através de uma análise pautada nas prerrogativas dos advogados, bem como com atenção a eventuais problemas que podem vir a surgir em decorrência de sua prática. Ao cabo, explica-se a importância do instituto e, ao mesmo tempo, a noção de que sua aplicação não pode ensejar eventual inversão do ônus da prova ou mitigação do princípio *in dubio pro reo*.

Palavras-chave: Investigação criminal defensiva, Direito de defesa, Prerrogativas da advocacia, Método investigativo.

Abstract: This article subject is the criminal defensive investigation, specifically in the context of its practical application in Brazilian forensic daily life. The article answers the questions not answered by the current legislation, through an analysis based on the lawyers' prerogatives, as well as paying attention to any problems that may arise as a result of the practice of criminal defensive investigation. After all, the importance of the institute is explained and, at the same time, the notion that its application cannot give rise to an eventual inversion of the burden of proof or mitigation of the *in dubio pro reo* principle.

Keywords: Criminal defensive investigation, Right of defense, Lawyers's prerogatives, Investigative method.

A advocacia criminal constantemente enfrenta novos desafios na medida em que inovações legislativas e novas técnicas dos atores processuais são desenvolvidas e aplicadas. No campo dogmático, a discussão desenvolvida por **Ulrich Beck¹** e **Silva Sánchez²**, definindo novas formas de atuação criminosa, a ampliação de possibilidade de cometimento de delitos, o aumento de riscos aos quais os cidadãos estão submetidos e a transnacionalidade dos crimes cometidos é exemplo que colabora para que se chegue àquela conclusão.

Especificamente no tocante à realidade brasileira recente, os desafios postos à advocacia criminal crescem proporcionalmente ao incremento da força do órgão acusatório, que até pouco tempo não possuía legitimidade para capitanear as investigações preliminares, na maioria das vezes rumo ao oferecimento da denúncia. É dizer: com as inovações trazidas pelos provimentos 181 e 183 de 2017 editados pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a paridade de armas³ – que já era uma ficção jurídica –, na fase preliminar de investigação, ficou mais comprometida ainda, trazendo um sem número de prejuízos aos investigados pelo Ministério Público.

Para movimentar o fiel da balança em direção à justiça e ao direito de defesa, não necessariamente em movimento de contraposição ao CNMP, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), por meio do provimento 188/2018, regulamentou um exercício há muito tempo já desenvolvido pelos advogados: a investigação defensiva.

Trata-se, conforme o art. 1º do referido provimento, de instituto fundado “no complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados⁴, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos informativos destinados à

constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.”

Nesse mesmo sentido e ainda no ano de 2007, isto é, antes da edição do texto normativo por parte do Conselho Federal da OAB, **Baldan** definiu o instituto como um complexo de atividades de natureza investigatória, que pode ser desenvolvido em qualquer fase da persecução criminal, com vistas à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção. A finalidade destas atividades concatenadas, segundo o autor, é a construção de acervo probatório que o advogado tem o dever/poder de utilizar na construção de um contraponto à investigação ou acusação oficial.⁵ Em outras palavras, o que se tem é a possibilidade de o profissional da advocacia dirigir, paralelamente ao inquérito policial⁶ ou ao procedimento investigatório criminal, no curso da instrução processual em juízo, em fase recursal e até durante a execução da pena para eventual propositura de revisão criminal, uma investigação que sirva como base de defesa de seu cliente.

Tal método de defesa já era realidade em outros ordenamentos muito antes de sê-lo no Brasil. A Itália, por exemplo, possui, desde o ano 2000, uma previsão expressa no Código de Processo Penal para o tema⁷. O mesmo se aplica à realidade estadunidense, que conta com regulamentação específica e bem dirigida à atuação dos advogados por meio da *American Bar Association*.⁸

Com relação à regulamentação brasileira, merece elogio a iniciativa do Conselho Federal da OAB em normatizar este tema, no sentido de que reforçar as prerrogativas da classe – previsão legal do próprio Estatuto – é fundamental para a concretização do Direito e da Justiça, fatores estes tão mitigados no momento da aplicação da lei penal no Brasil.

De outro lado, por honestidade acadêmica e intelectual, não se pode

deixar de fazer críticas ao provimento que foi econômico em seus poucos oito artigos. Faltou esclarecimento: faltou trazer detalhes do funcionamento do instituto, faltou explicar os limites investigatórios impostos ao advogado, faltou também delimitar a forma de utilização do que for obtido, seja perante o Poder Judiciário, seja perante a Polícia Judiciária.

Diante de tais falhas, as dúvidas que pairam quanto à sua aplicação no Brasil são muitas. Algumas de ordem penal, outras no âmbito processual; algumas com viés acadêmico e outras tantas acerca de questões práticas. Como exemplo, podem-se destacar as seguintes, que serão objeto deste pequeno ensaio: (a) quais os limites do advogado em se considerando as garantias individuais a serem protegidas?; (b) qual o *modus operandi* para realização destas diligências investigativas?; (c) existe obrigatoriedade de apresentação do resultado das investigações à Autoridade Policial ou Judiciária?; (d) qual o modo de entrega dos resultados das investigações às autoridades competentes?; (e) em que momento a entrega dos elementos produzidos deve ocorrer?; (f) pode haver implicações criminais ao advogado que conduzir as investigações criminais defensivas?; e, por fim, (g) qual a situação prática ao investigado ou denunciado que não dispuser de tal serviço em sua defesa?

Dito isso, sem a pretensão de solucionar a economia de palavras do provimento e evidentemente longe de esgotar o tema, passa-se à resposta das perguntas autoformuladas.

No que tange aos limites impostos ao advogado, entende-se que, obviamente, este não pode extrapolar as próprias balizas constitucionalmente postas à defesa das garantias individuais. Isso significa dizer que as interceptações telefônicas, telemáticas, de correspondência e escutas ambientais continuam a depender da autorização judicial, nos moldes legais. O que cabe discutir, no entanto, é se pode o advogado representar por tal quebra de sigilo. Neste ponto, defende-se que tal representação é possível. No entanto, após o deferimento judicial, a execução da medida deve ser, como de praxe, de responsabilidade da Autoridade Judicial.

Quanto ao *modus operandi* a ser adotado na realização destas diligências investigativas, é importante que se observe a necessidade de garantir a maior idoneidade possível ao que for obtido, de modo a sustentar positivamente sua valoração pelo magistrado que julgará o feito. Sendo assim, medidas como a gravação integral e sem interrupções de eventuais oitivas de testemunhas são exemplos de meios de assegurar que a testemunha foi ouvida de forma justa, sem coação ou coerção e com a preservação, inclusive, do direito ao silêncio e da presença de seu advogado.

Para garantia da idoneidade dos elementos, o advogado deve se valer de meios oficiais para validação de seus atos, como tabelionatos que atestem o ocorrido por meio de atas notariais e, sempre que possível, proceder às intimações por meio dos cartórios de documentos e títulos. Ainda, é aconselhável, mesmo que não obrigatório, que o profissional da advocacia se preocupe em estar acompanhado de testemunha idônea e desinteressada no desfecho das investigações para que esta possa atestar a condução ílibada dos procedimentos feitos.

O procedimento e a condução das diligências investigativas, como dito, estão intrinsecamente ligados à validade e posterior modo e método de valoração dos elementos. Disso decorre a crítica ao

fato de já ter transcorrido mais de um ano após a publicação do provimento autorizador da investigação defensiva e não haver qualquer norma que o balize.

A obrigatoriedade ou não de apresentação do resultado das investigações à Autoridade Policial ou Judiciária é outro tema gerador de incertezas. O provimento do Conselho Federal da OAB deixa claro que “o advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados” e que “eventual comunicação e publicidade do resultado da investigação exigirão expressa autorização do constituinte.”

Evidentemente, o advogado não deve agir como *longa manus* dos órgãos de persecução. Pelo contrário, seu trabalho, enquanto constituído para garantir o exercício ao direito de defesa, o isenta de qualquer compartilhamento de provas colhidas que venham a servir, futuramente, para possível condenação do cliente.

De mais a mais, para que se oriente a autoridade policial, ministerial ou judicial de forma satisfatória e que os leve a uma conclusão benéfica ao constituinte – evidentemente de acordo com os

documentos legalmente produzidos –, o advogado deve se atentar para dois aspectos centrais, que são o momento ideal para a apresentação do que foi colhido e a forma de apresentação.

Nesse sentido, a produção de elementos informativos pela defesa, em regra, deve começar da forma mais antecipada possível, evitando, assim, todo o desgaste sofrido com eventual denúncia e prosseguimento de uma ação penal. Isto significa dizer que, neste novo modelo, espera-se do advogado uma postura proativa em detrimento de uma postura reativa⁹. Mas, é possível que o obtido e juntado aos autos de investigação defensiva seja útil para, por

exemplo, impedir o indiciamento do cliente investigado, impedir o oferecimento da denúncia em desfavor do constituinte, ensejar a rejeição da denúncia e a absolvição sumária do denunciado ou até mudar os rumos da conclusão do magistrado por oportunidade de eventual sentença após a instrução, em grau de apelação ou ainda por oportunidade de uma revisão criminal.

O melhor momento para apresentar tais resultados investigativos deve levar em consideração a fase processual em que se encontra o feito e também o andamento das investigações privadas. Estando aptas a formar um bom convencimento, deve-se aguardar o momento prévio a uma definição importante do inquérito policial ou da ação penal. Isto é, produzidos ou colhidos os documentos informativos, colacionados aos autos do inquérito defensivo, deve o advogado requerer a juntada destas aos autos principais em que seu cliente está sendo investigado ou acusado, como num arrazoado pré-processual se antes da denúncia ou como em arrazoado de investigação defensiva, se durante a ação penal. Por certo, parte do trabalho do advogado será, juntamente desta peça processual com novos subsídios aptos a corroborar a inocência de seu cliente, explicá-los também de forma verbal à autoridade, utilizando-se dos recursos visuais mencionados anteriormente.

Quanto à forma, que neste caso importa quase tanto quanto o conteúdo, entregar às autoridades um sem número de páginas, documentos, laudos periciais e não facilitar a leitura dos responsáveis por analisá-la em nada irá ajudar. A formação de, literalmente, autos de investigação defensiva é necessária, inclusive de modo a garantir

“O ADVOGADO E
OUTROS PROFISSIONAIS
QUE PRESTAREM
ASSISTÊNCIA NA
INVESTIGAÇÃO NÃO TÊM
O DEVER DE INFORMAR
À AUTORIDADE
COMPETENTE OS FATOS
INVESTIGADOS”

certa formalidade no momento da apresentação dos resultados. No entanto, é recomendável que o profissional da advocacia utilize uma formatação agradável aos olhos do leitor, que propicie leitura facilitada, com remissão a documentos mais complexos, a partir de infográficos, de modo a diminuir a complexidade e facilitar o trabalho das partes.

O penúltimo ponto de relevo que se pretende analisar nestas linhas diz respeito às possíveis implicações criminais ao advogado que conduzir as investigações criminais defensivas. De início, e aqui cumpre fazer uma ressalva, é importante saber que adotando a postura proativa que a investigação defensiva espera do advogado, tem-se como tendência que pressões processuais recaiam mais ainda sobre a classe. Por regra, o advogado tende a estar mais exposto a críticas e apontamentos das outras partes e também de membros da sociedade, motivo pelo qual se enxerga a necessidade de extrema cautela e prudência em todos os atos investigativos que venham a ser praticados.

Ultrapassado este aviso, é importante que sejam citadas algumas investidas que podem ser buscadas contra o advogado que promove a investigação criminal defensiva, tais como os crimes de falso testemunho ou falsa perícia, coação no curso do processo e fraude processual. Os Crimes Contra a Administração da Justiça podem ser meios para os contrários ao direito de defesa tentarem conter o advogado combativo que, no uso de suas prerrogativas, defende seu cliente se utilizando da investigação criminal defensiva. Os tipos, por si só, deixam clara a desnecessidade de exemplos de atividades temerárias ou descuidadas que podem dar ensejo às suspeitas dos atores processuais envolvidos. Daí, a importância do advogado seguir práticas hígidas e sempre com a devida demonstração do modo e método de obtenção.

O último ponto a ser abordado versa mais sobre um necessário alerta do que um esclarecimento de dúvida. O investigado ou denunciado que não estiver em condições de arcar com uma defesa técnica que consiga trazer aos autos as *benesses* da investigação

criminal defensiva, não pode ser por tal fato prejudicado. Significa dizer o óbvio: a investigação criminal defensiva deve ser vista com a cautela de um direito subjetivo que o advogado e a parte perseguida pelo Estado possuem e não um dever que venha a inverter o ônus da prova.

Em suma, passou-se a uma nova fase do processo, em que é instituído o direito de se defender provando¹⁰. Deve-se apenas se atentar para que não se abra uma nova porta, que é a de uma inversão do ônus da prova maléfica ao réu. É dizer: não deve o Ministério Público passar a atribuir a responsabilidade de provar inocência à defesa técnica do acusado. Assim, de forma alguma se deve aplicar a lei penal sob o argumento falso de que, tendo o réu um advogado que desenvolveu a investigação criminal defensiva e nada encontrou, deveria este acusado ser condenado. A prova da incriminação incumbe a quem a faz. Tal fato pode parecer óbvio, mas tem-se como certo que não o é, diante da extensa mitigação deste mandamento no cotidiano forense, assim como da extensa lista de casos em que se fazem esquecidos tal comando processual. Os exemplos internacionais, já citados da doutrina e prática italiana e estadunidense, demonstram que a investigação defensiva, ainda que por ora parcamente aplicada e normatizada no direito brasileiro, é uma realidade. No Brasil, uma real normatização com mudanças eficazes e claras, do ponto de vista procedimental, na legislação processual se faz cada vez mais necessária, de forma a se garantir uma menor disparidade de armas entre a defesa técnica e o órgão acusatório. Isso passa pela comunhão de esforços entre o Poder Legislativo e a própria da Ordem dos Advogados do Brasil, o que poderia ser feito, inclusive, pela criação de uma comissão voltada exclusivamente para o estudo do tema, visando a posterior apresentação de proposta legislativa. Enquanto isso, o advogado preocupado com a defesa de seus constituintes deve se aproximar deste instrumento e fazê-lo, ainda que pela prática, passar a valer junto às autoridades que dialogam, sempre lembrando, em pé de igualdade¹¹ com a advocacia.

NOTAS

- 1 BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- 2 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução da 2. edição espanhola: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Revisão: Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- 3 Sobre o tema, ver: NÓBREGA DIAS, Gabriel Bulhões. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 26, v. 150, p. 145-187, dez. 2018.
- 4 Ressalta-se aqui a possibilidade do uso de serviços de detetives particulares, frente à regulamentação da profissão a exemplo do que se observa na Lei 13.342/17.
- 5 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, p. 269.
- 6 A intervenção do advogado em investigação própria durante o inquérito policial configura tema complexo, na medida em que nesta fase preliminar a paridade de armas é fato ainda mais mitigado. As peculiaridades do inquérito policial e suas imbricações com a investigação criminal defensiva mereceriam, por si, um estudo apartado. Sobre o tema, de modo aprofundado, ver: MENDES MACHADO, André Augusto. *A investigação criminal defensiva*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito)

Bibliografia

AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). *Boletim IBCCRIM*, n. 137, abr. 2004.

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, p. 269.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal. *CONJUR*, 10 abr. 2018. Disponível em: <www.conjur.com.br/2018-abr-10/gabriel-bulhoes-investigacao-defensiva-paridade-armas>. Acesso em: 19 ago. 2020.

- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- 7 Cf. segunda parte, quinto livro, título VI, bis do Código de Processo Penal Italiano. A codificação da investigação criminal defensiva italiana tem seu advento com a operação Mãos Limpas e o incremento dos conhecidos maxiprocessos. Sobre o tema, ver: STEFANI, Eraldo. *Manuale delle indagini difensive nel processo penale*. Aspetti teorico-pratici di investigazione privata. Utilizzabilità processuale degli atti. Milano: Ed. Giuffrè, 1999.
 - 8 Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/>. Acesso em: 19 ago. 2020.
 - 9 BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal. *CONJUR*, 10 abr. 2018. Disponível em: <www.conjur.com.br/2018-abr-10/gabriel-bulhoes-investigacao-defensiva-paridade-armas>. Acesso em: 19 ago. 2020.
 - 10 AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). *Boletim IBCCRIM*, n. 137, abr. 2004.
 - 11 Art. 6º da Lei 8.906/1994. Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

MENDES MACHADO, André Augusto. *A investigação criminal defensiva*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

NÓBREGA DIAS, Gabriel Bulhões. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 26, v. 150, p. 145-187, dez. 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução da 2. edição espanhola: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Revisão: Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STEFANI, Eraldo. *Manuale delle indagini difensive nel processo penale*. Aspetti teorico-pratici di investigazione privata. Utilizzabilità processuale degli atti. Milano: Ed. Giuffrè, 1999.

Recebido em: 19/08/2020 - Aprovado em: 07/10/2020 - Versão final: 04/12/2020